



**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA**

**RODRIGO NERY CARDOSO**

**Repensando a ação e a jurisdição no processo civil brasileiro**

**BRASÍLIA**

**2025**

RODRIGO NERY CARDOSO

**Repensando a ação e a jurisdição no processo civil brasileiro**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação  
em Direito da Universidade de Brasília – UnB como  
requisito parcial à obtenção do grau de Doutor em  
Direito.

Orientador: Prof. Dr. Benedito Cerezzo Pereira  
Filho

Brasília

2025

RODRIGO NERY CARDOSO

## **Repensando a ação e a jurisdição no processo civil brasileiro**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília – UnB como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor em Direito.

### **BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Dr. Benedito Cerezzo Pereira Filho  
Universidade de Brasília – UnB – Presidente

---

Profa. Dra. Paula Pessoa Pereira  
Universidade de Brasília – UnB

---

Profa. Dra. Teresa Arruda Alvim  
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP  
(externa)

---

Prof. Dr. Antonio do Passo Cabral  
Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ.  
(externo)

---

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes  
Universidade de Brasília – UnB  
(suplente)

Aprovado em: 05 de maio de 2025.

## AGRADECIMENTOS

*Antes de qualquer coisa: agradeço a Deus por ter me permitido chegar até aqui.*

Uma certa noite, uma mulher estava deitada no sofá da sala, sozinha, enquanto a sua família dormia. A televisão estava ligada. De repente aparece seu filho mais velho e pergunta: “o que está fazendo, mãe?” . A mulher, ainda com cara de sono, aponta para a televisão e diz: “não posso deixar ele sozinho”.

Essa história é um pequeno exemplo de como a minha mãe é. Eu sou o filho mais velho mencionado acima e ela é a mulher que estava deitada no sofá. O programa que passava naquele momento era uma aula que eu tinha ministrado para a TV Justiça, no Supremo Tribunal Federal, versando sobre recursos no processo civil<sup>1</sup>. Se já é difícil ter muita gente interessada em uma exposição de um desconhecido sobre um assunto técnico como esse, imagina então naquele horário da noite. Mas minha mãe estava lá, como sempre esteve, como sempre estará.

Por isso que, como também sempre faço, agradeço e dedico este trabalho a ela. Não há como fazer uma distinção, neste momento, entre agradecimento e dedicatória. Especialmente quando se trata da minha mãe. Então, que assim seja: agradeço e dedico a ela estas palavras.

A elaboração de uma tese não é nada simples. Ainda mais quando se busca ultrapassar seus próprios limites. Esse foi o meu objetivo. O futuro dirá se o resultado foi bom ou não. O que importa é que dei tudo de mim na sua construção, mesmo que isso tenha feito meus últimos anos não terem sido “comuns”. É como nos diz o próprio título de um filme que me ajudou muito a ter forças: “Agonia e êxtase”. O estudioso fica extasiado com as possibilidades teóricas e as descobertas. Ao mesmo tempo, e servindo para equilibrar a situação, passar as ideias para o papel nem sempre é fácil. Às vezes demanda um grande trabalho, a chegar a circunstâncias de gerar uma certa “agonia”. E não para por aí: a agonia pode estar presente em vários momentos, não somente na escrita. Antes e depois também podem ter situações de verdadeira angústia, e isso é natural. Não estou aqui reclamando, mas apenas constatando o que talvez seja uma realidade na vida de muitos acadêmicos.

Contudo, independentemente de ser difícil ou não, quando buscamos dar o nosso melhor, precisamos sair da nossa zona de conforto. Muitas vezes precisamos fingir que somos

---

<sup>1</sup> A título de curiosidade, a íntegra da aula pode ser vista no seguinte endereço eletrônico: <https://www.youtube.com/watch?v=JqqGw1WvLWY>.

até mesmo os nossos próprios treinadores, a chegarmos ao ponto de nos falarmos que “não está adequado”, que “é necessário revisar mais uma vez”, “que não pode deixar de olhar determinada fonte bibliográfica” etc.

O bom é que, no fim, o êxtase tende a prevalecer. Até porque, numa situação contrária, seria muito difícil continuar. E, para minha sorte, em vários momentos compartilhei essa sensação com diversas pessoas, o que me deu forças. Daí por que aqui acaba sendo o momento de lembrar de algumas delas, ainda que não consiga listar todos os nomes.

Logo, além da minha mãe, quero agradecer ao meu pai, Roberto Cardoso, meu “herói”, pelo apoio inegociável ao longo de todo período de elaboração do trabalho, bem como pela acolhida em um dos momentos mais sensíveis da caminhada. Meu pai é um exemplo de pessoa honesta e de bom gosto cinematográfico e musical. Meu perfil de interesses culturais e minha forma peculiar de ver o mundo devem muito à sua grande influência.

Agradeço a Alexandre Leal Barbosa, meu segundo pai, pela companhia diária (ainda que à distância) e por todo o carinho e suporte que me deu nessa empreitada. Sem Alexandre eu não teria conseguido terminar a tese. Sempre me recordo do exemplo que ele me deu ao acordar praticamente de madrugada para lutar pelos seus objetivos acadêmicos em um certo momento da sua vida, isso num cenário em que já era comum (como sempre foi) ele acordar cedo, mas não tanto. Além disso, “Xande” fazia questão de corrigir minhas redações quando eu ainda estava no ensino médio. Constantemente cuidadoso, vem acompanhando a minha história desde o início, pensando estrategicamente e me apoiando em cada desafio. Inclusive, agora, enquanto escrevo estas palavras, são cinco horas da manhã. Penso que é um horário simbólico e oportuno para registrar essa homenagem a ele.

Agradeço também à minha avó Herbene, pelo amor incondicional. Minha avó é minha segunda mãe, e sempre estará no meu coração. Graças à energia espiritual que ela emana, sempre me sinto protegido para lutar pelo que é certo.

À minha outra avó, Valmira, também direciono os mais sinceros agradecimentos, pelo amor e carinho que sempre me deu, recebendo-me sempre em sua casa e lembrando-me constantemente de dar uma pausa para relaxar. Para a sua infelicidade, em razão dos compromissos que a vida acadêmica e a advocacia me trouxeram, não me tornei “procurador”, algo que ela sempre sonhou para mim. Contudo, penso que foi melhor assim. Eu não iria conseguir conciliar a elaboração desta tese com os estudos necessários para ser aprovado em tal cargo. Da mesma forma, não teria vivido tantos momentos incríveis que minhas “duas vidas” (de advogado e de acadêmico) me proporcionaram.

Agradeço igualmente às minhas lindas irmãs, Letícia e Clarissa, dois anjos que sempre estarão ao meu lado e que poderão contar comigo para o resto da vida. Saber que tenho esses dois portos seguros junto comigo é um alento. Espero que esta tese possa servir de inspiração, tal como as duas me inspiram diaramente.

Agradeço ao meu querido irmão Enzo, por iluminar e por ter dado alegria a mim e ao meu pai nos últimos anos. Enzo me lembrou sobre como a sensibilidade pode ser algo tão bonito. Vejo-me muito nele e espero poder estar sempre presente em sua vida.

Agradeço ao meu querido afilhado Mauricio, pela paciência e pelo carinho que sempre me deu. A necessária ausência decorrente dos árduos períodos de estudo para esta tese jamais foram objeto de reclamação por parte dele. Espero que ele saiba que sempre esteve no meu coração durante todo esse tempo.

Um outra pessoa especial, que merece um verdadeiro manifesto a título de agradecimento, é a Cris, minha psicóloga. Se não fosse pela “minha Cris”, eu não sei o que faria nos últimos anos. Todo o apoio diário que me foi dado, numa postura profissional, calma e paciente (haja paciência) foram fundamentais para vencer todas as lutas que travei contra o maior inimigo que pude enfrentar. Graças ao apoio da Cris, posso dizer que venci, sem deixar de seguir lutando pelo meu sonho. Cris acompanhou de perto cada pedaço desta tese, todos os momentos de “agonia” e “extase” dela decorrentes.

Por fim, também preciso agradecer àqueles que me apoiaram academicamente nessa jornada, permitindo o aprimoramento das minhas reflexões. São muitos. Aqui listo apenas uma parcela.

Em primeiro lugar, o meu orientador, professor Benedito Cerezzo Pereira Filho. Eu só consegui chegar até este momento acadêmico também em razão de ele ter acreditado em mim desde o início. A presença constante em todas as fases desta tese, inclusive nas mais sensíveis, permitiu que eu tivesse a segurança de seguir em frente. Espero ter honrado a confiança que ele teve em mim. Com certeza esta tese não será o fim da nossa diária e prazerosa convivência acadêmica e futebolística.

Agradeço também à professora Daniela Marques de Moraes, por desde sempre ter me acompanhado academicamente, e por ter me inserido nos estudos teóricos do processo civil, dando suporte e debatendo até mesmo o meu primeiro texto de fôlego. A professora Daniela esteve em todas as minhas bancas na UnB. É uma honra tê-la também nesta. Espero continuar sendo aquele garoto “prestígio” cuja transformação de “um jovem de short e sandália” para um “rapaz de terno e gravata” ela sempre teve o maior orgulho de contar em sala.

Ademais, outros amigos e professores que não poderiam ficar sem menção são os seguintes: Jorge Amaury Nunes (*in memoriam*), por despertar minha curiosidade em relação aos debates sobre a ação; Luigi Paolo Comoglio e sua esposa Giancarla, pela gentil recepção em sua casa na linda cidade de Novara, na Itália, pelas palavras de inspiração e pelo diálogo acadêmico; Teresa Arruda Alvim, Freddie Didier Júnior e Daniela Marques de Moraes (novamente), pelas imprescindíveis observações, críticas e sugestões feitas na qualificação deste trabalho, as quais busquei incorporar integralmente, conforme espero ser possível perceber da leitura da presente versão; Antonio do Passo Cabral, Teresa Arruda Alvim (novamente) e Paula Pessoa Pereira, pelas fundamentais contribuições dadas na sessão de defesa desta tese, honrando-me com o cuidado dispensado à minha pesquisa; João Pedro Mello, por ter me acompanhado durante todo o período de elaboração, sendo um interlocutor atento às minhas ideias e, principalmente, um incentivador até mesmo quando em um determinado momento eu ousei pensar que não haveria mais nada a se dizer sobre o tema da “ação”; Roberto P. Campos Gouveia Filho, por sua presença em praticamente todas as reflexões que venho fazendo nos últimos anos sobre o processo civil, e, principalmente, por não se limitar a simplesmente ouvir, e sim a expor de forma contundente as suas opiniões e as minhas eventuais falhas de análise, abrindo meus horizontes para campos acadêmicos que hoje entendo serem fundamentais para um jurista; Natasha Cardoso, pelos fundamentais diálogos durante relevante período de elaboração desta tese; Antonio Augusto Brandão de Aras, pelas conversas acadêmicas e por todas as reflexões, ensinamentos e oportunidades; Fernando César Cunha, Grace Kelly, Renato Baggio, Bruno Marra, André Amoras e Ana Shirley, da Alves Cunha Advocacia, pela companhia, apoio e por todo o aprendizado; Otto Pipolo, grande mestre da advocacia baiana, por acreditar em mim e me incentivar em diversos momentos na divulgação de meus livros; Cassia, Gê, Ritinha, Renata (*in memoriam*), Andrea, Graciele, Adriana, Seu Gonçalo, Gugu e demais amigos da advocacia baiana, por acreditarem naquele jovem recém formado que começou a trabalhar com vocês; amigos da vida acadêmica na UnB e no Distrito Federal, aqui representados por Mayk Gomes, Angelo Prata de Carvalho (com quem debati minhas ideias), Luciano Ramos, João Pires, Rafael Pitta, José Henrique Mouta, André Macedo, Paulo Mendes, Paula Pessoa (novamente), Maria Helena, Luiz Krassuski, Marcus Caldeira, Rodrigo Buzzi, Maria Eduarda, Leonardo Muhammad e Henrique Porto.

Agradeço aos trabalhadores das bibliotecas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, pelo cuidado e pela velocidade na busca das obras que eu solicitava quase que diariamente; aos funcionários da *Università di Firenze*, por permitirem a consulta

presencial dos livros da sua belíssima biblioteca; a Jefferson Carús Guedes, pelas conversas e empréstimos de relevantes trabalhos, que ainda preciso devolver; a Petrônio Calmon, pelos ensinamentos, histórias, almoços e cafés, bem como por ter aberto várias vezes as portas de uma das mais preciosas bibliotecas de direito processual civil do Distrito Federal, que é a que se encontra em sua própria casa, permitindo-me ter contato com o que há de melhor da doutrina italiana recente; e aos valorosos funcionários da Faculdade de Direito da UnB, por todo o auxílio nas naturais questões burocráticas do Doutorado.

Embora tenha falado que já estava finalizando, preciso ir novamente além do campo jurídico. Não posso deixar de agradecer aos meus amigos de Salvador e de Brasília: Breno, Nando, Xande, Tefo, Vitor, Paulo, Xandão, Crys, Renan, João, Raimundo, Paulo Portuguez, Satyro, Dudu Sanchez, Toniol etc., pela paciência com a minha ausência.

E, agora sim, *last but not least*, agradeço penhoradamente a Jessica Baqui, por toda a companhia na fase final da escrita e na defesa, pelas aventuras que tivemos na Itália percorrendo praticamente todas as livrarias de Roma e de Florença, e por todas as conversas a respeito de pontos fundamentais para as minhas reflexões, abrindo a minha cabeça de uma forma única.

Brasília, 09 de maio de 2025.

Rodrigo Nery

## RESUMO

Esta tese reflete sobre a ação e a jurisdição no direito brasileiro. A partir da constatação de diversos problemas teóricos e práticos interentes às atuais definições desses dois conceitos, propõe-se a superação do primeiro e a ressignificação do segundo, de modo a se estabelecer uma nova forma de compreensão do acesso ao judiciário e à arbitragem no Brasil. Será demonstrado que a noção conceitual de ação, como elemento classificador da garantia da possibilidade do acesso ao judiciário e à arbitragem, é prescindível e não recomendável. Da mesma forma, será evidenciado que a noção de jurisdição merece ser reconfigurada, a ser compreendida como uma norma jurídica, responsável por todo o fenômeno jurisdicional, o que envolve também o conjunto de situações jurídicas que garantem o acesso ao judiciário e à arbitragem. Conforme se demonstrará, essa nova forma de definir o conceito de jurisdição traz mais coerência e não padece dos mesmos vícios que as definições atualmente existentes.

**Palavras-chave:** Ação; Jurisdição; Repensar; Processo; judiciário; Arbitragem.

## **ABSTRACT**

This thesis reflects on right of action and jurisdiction in Brazilian law. Based on the findings of various theoretical and practical problems related to the current definitions of these two concepts, this thesis suggests overcoming the former and re-signifying the latter, in order to establish a new way of understanding access to the judiciary and arbitration in Brazil. The research conducted posits the idea that the notion of right of action, as a synonym for guaranteeing the possibility of access to the Judiciary and arbitration, is dispensable and not recommended. Likewise, this study indicates that the notion of jurisdiction should be reconfigured, to be understood as a legal norm, responsible for the entire jurisdictional phenomenon, which also involves the set of legal positions that guarantee access to the Judiciary and arbitration. This new way of defining the concept of jurisdiction is more coherent and does not suffer from the same defects as the definitions that currently exist.

**Keywords:** Right of action; Jurisdiction; Rethink; Procedure; Judiciary; Arbitration.

## **LISTA DE FIGURAS**

Figura 1 - Obra de Vik Muniz da coleção “Gordian Puzzles”, do ano de 2008 .....	134
Figura 2 - Aspectos principais da ideia de “agir jurisdicional” .....	165
Figura 3 - Jurisdição. ....	168
Figura 4 - Jurisdição transprocedimental.....	169

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>14</b>
<b>1.1 Sobre o tema e a sua importância.....</b>	<b>14</b>
<b>1.2 Sobre a estrutura.....</b>	<b>16</b>
<b>1.3 Premissas necessárias à compreensão do trabalho .....</b>	<b>17</b>
<b>1.4 O porquê de abordar conjuntamente as noções de ação e de jurisdição .....</b>	<b>22</b>
<b>2 APONTAMENTOS SOBRE O CONCEITO DE AÇÃO .....</b>	<b>23</b>
<b>2.1 A grande heterogeneidade de compreensões .....</b>	<b>23</b>
<b>2.2 O exemplo dos Estados Unidos: a inexistência de discussões clássicas contrastada com os diversos debates sobre o <i>right of action</i> e conceitos correlatos.....</b>	<b>32</b>
2.2.1 Observações introdutórias .....	32
2.2.2 As discussões nos Estados Unidos sobre right of action, access to justice, cause of action e open courts clause.....	33
2.2.3 Conclusão Preliminar .....	41
<b>2.3 A noção paralela de “direito à tutela judicial efetiva” em países europeus e das amérias .....</b>	<b>43</b>
2.3.1 Observações introdutórias .....	43
2.3.2 Posicionamentos doutrinários e de cortes estrangeiras .....	47
2.3.3 O Direito à Tutela Judicial Efetiva e suas facetas no cenário do Direito Internacional .....	55
<b>2.4 A dificuldade de obter um consenso satisfatório .....</b>	<b>56</b>
<b>2.5 Reflexões quanto à forma que o tema é abordado no Brasil .....</b>	<b>60</b>
2.5.1 O conceito de ação é realmente “fundamental”? .....	60
2.5.2 A escassa discussão sobre a relatividade da ação no Brasil .....	65
2.5.3 A repetição acrítica e a falta de investigação de perspectivas paralelas .....	73
2.5.4 O protagonismo do direito constitucional na classificação do poder/faculdade/possibilidade de acesso efetivo ao judiciário .....	75
2.5.5 A não prevalência do conceito de direito de ação em julgados do Supremo Tribunal Federal e em comentários doutrinários ao art. 5º, XXXV, da Constituição brasileira .....	77
2.5.5.1 Breve menção histórica e exposição dos resultados e das conclusões da pesquisa jurisprudencial realizada .....	77
2.5.5.2 A posição de alguns estudiosos do direito constitucional.....	83
<b>2.6 Reflexões sobre aspectos técnicos relacionados ao(s) conceito(s) de ação.....</b>	<b>88</b>
2.6.1 Faz sentido, no atual contexto brasileiro, adotar o conceito de “ação”? .....	89
2.6.2 O problema da pré-processualidade e da pós-processualidade .....	91
2.6.3 A natureza mista que o conceito do “direito” de acesso ao judiciário/arbitragem deve ter .....	93
2.6.4 Alguns aspectos da separação entre processo e direito material .....	94
2.6.5 A dificuldade de lidar com a categoria “condições da ação” .....	98
2.6.6 A insuficiência do conceito de ação para abranger o agir jurisdicional de diversos sujeitos no curso do processo .....	100

<b>2.7 Conclusão parcial: da desnecessidade de se pensar a ação no direito brasileiro como um conceito apto a explicar o poder de acesso efetivo ao judiciário .....</b>	<b>102</b>
2.7.1 Observação introdutória: a necessidade de superação da ideia de ação como um elemento que representa o acesso ao judiciário .....	103
2.7.2 O “direito à jurisdição” como categoria suficiente para exercer a função da ideia de “direito de ação” .....	103
<b>2.8 Fixando as noções de “direito à jurisdição” e de “direito de acesso ao direito” ...</b>	<b>105</b>
<b>3 APONTAMENTOS SOBRE O CONCEITO DE JURISDIÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO .....</b>	<b>107</b>
3.1 Um conceito que padece de marcante imprecisão.....	107
3.2 Um conceito e uma definição sem fundamentos sólidos .....	118
3.3 A jurisdição como elemento legitimador de práticas e teorias.....	119
3.4 A insuficiência de algumas classificações existentes.....	123
3.5 Da necessidade de ressignificação.....	130
<b>4 UM NOVO CAMINHO: A JURISDIÇÃO COMO NORMA, O FENÔMENO JURISDICIONAL E A IDEIA DE “AGIR JURISDICIONAL” .....</b>	<b>132</b>
<b>4.1 Do “direito de ação” ao “direito à jurisdição” e à “jurisdição como norma jurídica”: uma explicação mais adequada ao direito/poder/garantia de acesso ao judiciário .....</b>	<b>132</b>
4.1.1 Observações introdutórias .....	132
4.1.2 A jurisdição deve ser vista como uma norma jurídica (princípio jurídico) .....	134
4.1.2.1 Delineamento conceitual preliminar.....	135
4.1.2.2 Antes de qualquer outro ponto: das razões que justificam a posição aqui adotada .....	138
4.1.3 Observações sobre o fenômeno jurisdicional .....	141
4.1.4 As bases para a ideia do “agir jurisdicional”:.....	142
4.1.4.1 A relação entre as noções de jurisdição e processo .....	142
4.1.4.1.1 Observações introdutórias.....	142
4.1.4.1.2 Ainda sobre os aspectos preliminares: o que coordena o processo jurisdicional?.....	144
4.1.4.1.3 A jurisdição no campo da pré-processualidade .....	147
4.1.4.1.4 A jurisdição no campo da processualidade .....	150
4.1.4.1.5 A jurisdição no campo da transprocessualidade .....	152
4.1.4.1.6 A jurisdição no campo da pós-processualidade .....	153
4.1.4.2 A noção de “agir jurisdicional”.....	154
4.1.4.2.1 A definição proposta: .....	154
4.1.4.2.2 O agir jurisdicional do julgador .....	155
4.1.4.2.3 O agir jurisdicional dos demais sujeitos processuais .....	157
4.1.4.2.4 Critérios para a identificação de um fenômeno jurisdicional, especialmente do agir jurisdicional .....	162
4.1.4.2.5 Síntese de aspectos da ideia do agir jurisdicional.....	163

4.1.4.3 As duas dimensões da jurisdição: normativa e consequencial (por metonímia) .....	165
4.1.4.3.1 Observações gerais.....	166
4.1.4.3.2 Aspectos específico atinente à amplitude normativa da jurisdição e a sua relação com a sua dimensão consequencial (por metonímia) .....	169
<b>4.2 Jurisdição e democracia .....</b>	<b>171</b>
<b>4.3 A descentralização do exercício de poderes jurisdicionais .....</b>	<b>172</b>
<b>4.4 A dinâmica processual é influenciada de forma marcante por quem realiza o agir jurisdicional.....</b>	<b>175</b>
<b>4.5 Importantes aspectos relacionados a nomenclaturas .....</b>	<b>181</b>
<b>4.6 A questão atinente aos fins da jurisdição e a síntese da nossa proposta conceitual .....</b>	<b>184</b>
<b>4.7 Sobre o processo penal e o processo trabalhista.....</b>	<b>192</b>
<b>4.8 Sobre o direito internacional e a sua relação com o conceito de “jurisdição” aqui defendido.....</b>	<b>196</b>
<b>5 CONCLUSÕES.....</b>	<b>198</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>204</b>

## 1 INTRODUÇÃO

### 1.1 Sobre o tema e a sua importância

A presente tese propõe uma revisão conceitual a respeito de dois institutos vistos como fundamentais<sup>2</sup> no âmbito do direito processual civil: a ação e a jurisdição. Por uma série de razões, constatou-se que esses dois conceitos padecem de uma grande dificuldade classificatória, a tornar necessário um novo olhar em relação à sua utilização.

Servindo de meio para estabelecer um norte, tomou-se como parâmetro a pergunta a seguir transcrita, cuja resposta se configurou como principal fim a ser alcançado:

*Os conceitos de ação e jurisdição explicam satisfatoriamente a realidade judicial e arbitral no âmbito do direito processual civil brasileiro contemporâneo?*

Todas as posições adotadas neste trabalho buscaram, ao fim, trazer uma explicação ao aludido questionamento que, por sua complexidade, considerando as inúmeras perspectivas teóricas existentes e frente a uma série de variáveis, tornou necessário o estabelecimento de dois objetivos.

O primeiro deles foi o da fixação da premissa de que haveria uma incerteza a respeito do que as noções de ação e jurisdição descrevem no âmbito do direito processual civil brasileiro. Demonstrar tal circunstância foi o passo inicial a ser dado por esta tese, considerando que, conforme explica Clovis V. do Couto e Silva, “os conceitos são realidades do modo jurídico, do mundo do pensamento, embora não se constituam em mera substância”. Nesse sentido, “são

---

<sup>2</sup> Nesse sentido, consultar: PODETTI, J. Ramiro. **Teoría y técnica del proceso civil y trilogía estructural de la ciencia del proceso civil**. Buenos Aires: EDIAR, 1963, p. 336-338 e CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. Enseñanzas y sugerencias de algunos procesalistas sudamericanos acerca de la acción. **Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)**. Tomo I: números 1-11. Ciudad Universitaria: Universidad Nacional Autónoma de México, 1974, p. 323-323. Vale destacar que Ramiro Podetti entende que é possível extrair tal entendimento com base na teoria chiovendiana, especificamente da nota nº 2 contida na versão publicada da “prolusion” (PODETTI, J. Ramiro. **Teoría y técnica del proceso civil y trilogía estructural de la ciencia del proceso civil**. Buenos Aires: EDIAR, 1963, p. 336, rodapé, nº 4; e, sobre a obra de Chiovenda, nas versão aqui consultada: CHIOVENDA, Giuseppe. L’azione nel sistema dei diritti. **Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)**. Volume primo. Milano: Giuffrè editore, 1993, p. 30, rodapé nº 2). Apontando também que Chiovenda, além de outros outros autores, dá grande relevo à ideia de jurisdição: DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**: Tomo I. 3<sup>a</sup> ed. Revisão e atualização de Antônio Rulli Neto. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 111-112. Chamando a jurisdição, a ação e o processo de “nozioni fondamentali”, conferir: CALAMANDREI, Piero. Istituzioni di diritto processuale civile. **Opere Giuridiche, volume IV**. 4<sup>a</sup> ed. do original. Roma: Roma trE- Press, 2019, p. 31-32.

em certa medida, realidades funcionais, não submetidas a uma causalidade semelhante à do mundo da natureza”<sup>3-4</sup>.

O segundo objetivo foi o de demonstrar a necessidade de repensar as duas noções conceituais que foram investigadas, de modo a se propor a superação da ação e a ressignificação da noção de jurisdição, gerando, nesse último caso, uma nova proposta conceitual<sup>5</sup>, adequada a descrever o que ocorre no cenário judicial (e arbitral) no Brasil<sup>6</sup>.

Após toda a investigação feita para a elaboração do presente estudo, a solução encontrada para o problema indicado nesta introdução demandou a fixação de novos arquétipos conceituais. A título de adiantamento, considerando que a resposta à pergunta de se “os conceitos de ação e jurisdição explicam satisfatoriamente a realidade judicial e arbitral no âmbito do direito processual civil brasileiro contemporâneo” foi negativa, tornou-se necessário expor que fenômeno jurídico cumpriria a função desses institutos, ou então esclarecer se seria o caso de apenas abandoná-los sem nenhuma nova teorização.

<sup>3</sup> Para ambas as transcrições, conferir: COUTO E SILVA, Clovis V. do. Para uma história dos conceitos no direito civil e no direito processual civil (a atualidade do pensamento de Otto Karlowa e de Oskar Bülow). **Revista de Processo**. vol. 37, p. 238-270. São Paulo: Ed. RT, jan-março, 1985, p. 1. Em linha semelhante: NUNES, Jorge Amaury Maia. Sentenças, sentenças interlocutórias e decisões. NUNES, Jorge Amaury; NÓBREGA, Guilherme Pupe da (org). **Processo e Procedimento**. Ribeirão Preto: Migalhas, 2019, p. 255.

<sup>4</sup> É claro que também as classificações a respeito de fenômenos concretos são voláteis, passíveis, portanto, de relativização. Conforme ensinam William J. Goode e Paul K. Hatt, o conceito não se confunde com o fenômeno. Trata-se de uma construção lógica que precisa de um quadro de referência. Nas suas palavras: “Não reconhecer isto se denomina êrro de reificação, isto é considerar as abstrações como se fossem fenômenos reais” (para tudo: GOODE, William Josiah; HATT, Paul K. **Métodos em pesquisa social**. Trad. Carolina Martuscelli Bori. 4<sup>a</sup> ed. São Paulo, Editora Nacional, 1972, p. 56). Entretanto, quando há um maior apego a uma determinada realidade do mundo físico, a experiência do dia a dia evidencia que há uma maior facilidade em se estabelecer uma nomenclatura para um determinado objeto que se busca nomear. Isso, contudo, especialmente à luz de tradições e costumes da sociedade, não impede a existência de divergências sobre pontos mais básicos. Um exemplo é o da curiosa discussão que há quanto à denominação da canjica no Brasil. No estado da Bahia, esse nome define uma espécie de quitute. No Distrito Federal e em outros estados, ele é usado para definir outro “doce” completamente diferente. Portanto, até mesmo num aspecto supostamente menos complexo é possível ver discordâncias.

<sup>5</sup> Valendo-nos aqui das palavras de Waldyr Viegas, conceito é “o produto da ação do pensamento”, sendo o “primeiro ato da mente”, e representa uma ideia, uma “imagem da coisa produzida – concebida – a partir das sensações” (VIEGAS, Waldyr. **Fundamentos de metodologia científica**. Brasília: Paralelo 15, Editora Universidade de Brasília, 1999, p. 93-94). Nesse sentido, agora, conforme explica Eduardo Augusto Tomanik, a busca permanente de conhecimentos novos e melhores é um elemento que a ciência social deve ter, e tal característica inevitavelmente acarreta a elaboração dos novos conceitos e a reformulação de outros. Logo, “Embora isto cause dificuldades, tanto aos iniciantes quanto aos cientistas ‘veteranos’, esta é uma atividade necessária, sem a qual o conhecimento científico perderia qualquer chance de refletir, ainda que parcialmente, a realidade”(TOMANIK, Eduardo Augusto. **O olhar no espelho**: “conversas” sobre pesquisa em Ciências Sociais. 2. ed. rev. Maringá: Eduem, 2004, p. 124).

<sup>6</sup> De certa forma, esse objetivo, somado com o descrito anteriormente, configura-se como a hipótese que aqui se pretende comprovar. A hipótese inevitavelmente antecipa algo. Nas palavras de Goode e Hatt, trata-se de “uma proposição que pode ser colocada à prova para determinar sua validade”. Ou, em outra forma de se dizer, “é uma questão proposta de tal maneira que uma resposta de algum tipo pode estar próxima a aparecer” (GOODE, William Josiah; HATT, Paul K. **Métodos de pesquisa social**. Trad. Carolina Martuscelli Bori. 4<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Nacional, 1972, p. 75).

Aqui se entendeu ser mais adequada uma nova teorização, ao menos em relação à jurisdição, e não um abandono. Por isso que somente quanto a um dos conceitos, o da ação, é que foi sugerida a superação, considerando que, entre outros pontos, a sua função pode ser exercida plenamente pelo outro.

Eis a reunião dos dois objetivos mencionados (o último podendo ser subdividido em duas partes): *(i) demonstrar que tanto em relação à ação quanto em relação à jurisdição há uma incerteza conceitual, que repercute indevidamente na utilidade desses dois conceitos, especialmente no direito brasileiro; (ii) propor a (a) superação do conceito de ação (em todas as suas dimensões atinentes ao acesso à jurisdição) no direito brasileiro e (b) defender um novo conceito de jurisdição, aqui visto como mais adequado para descrever a realidade brasileira contemporânea.*

Conjuntamente, os dois objetivos em comento configuraram-se como fonte da resposta que se buscou dar à pergunta colacionada na presente parte introdutória. Foi para obter tal resultado que as considerações contidas no presente trabalho foram estabelecidas.

## 1.2 Sobre a estrutura

No segundo capítulo, que sucede a presente introdução, fez-se uma exposição crítica a respeito do primeiro dos dois conceitos aqui analisados, que é o da ação. Foram apontados, entre outros assuntos, a heterogeneidade das compreensões existentes, bem como a ausência de um consenso sobre esse tema. Ao fim, buscou-se deixar clara a necessidade de superação conceitual, ante todas as razões que serão expostas.

No terceiro capítulo, realizou-se uma análise do conceito de jurisdição e de algumas impropriedades identificadas em relação aos seus contornos. Com a exposição, buscou-se evidenciar a necessidade de sua ressignificação.

O quarto e último capítulo antes da conclusão trouxe a defesa de uma nova forma de se compreender o fenômeno jurisdicional, à luz de uma noção eminentemente democrática e com vistas a explicar de maneira mais coerente como o sistema processual brasileiro funciona em termos jurídicos. Para explicar tal concepção, os seus contornos foram identificados, mediante a apresentação das noções de “jurisdição”, “processo jurisdicional” e “agir jurisdicional”, concebidas pela ótica decorrente das conclusões obtidas da presente pesquisa.

À luz de críticas à indeterminação do que seria a jurisdição atualmente, ante as constantes relativizações existentes, tal como se espera ter sido demonstrado no terceiro

capítulo, buscou-se estabelecer balizas para conceber tal conceito de uma forma que lhe atribua uma finalidade jurídica clara, essa que, ao fim, faz com que seja desnecessária a adoção da noção de ação (ligada ao acesso à jurisdição) no nosso sistema.

Nesse quarto capítulo foi apontado que a jurisdição deve ser entendida como uma norma jurídica, especificamente um princípio jurídico. Ademais, foi defendido que essa norma não estabelece apenas um “poder” exclusivamente exercido pelo juiz, sendo necessário adotar uma noção descentralizada do fenômeno jurisdicional, a se entender que os integrantes da sociedade também exercem poderes jurisdicionais, um deles sendo o próprio direito à jurisdição. Objetivou-se positivar que a jurisdição deve ser vista como um instituto a serviço de todos (não somente sob uma perspectiva política, mas também jurídica), e o nosso sistema processual já tem vários elementos que podem ser entendidos como exemplos de desconcentração do exercício do poder jurisdicional.

Por fim, no capítulo de conclusão, fez-se uma síntese das teses defendidas, bem como também de pontos relevantes para finalizar a exposição.

### **1.3 Premissas necessárias à compreensão do trabalho**

A investigação dos conceitos de ação e de jurisdição exige uma série de cautelas. A seguir são expostas algumas delas.

Não se desconsidera a distinção feita por diversos autores nacionais a respeito da “ação”, do “direito de ação”, entre outros conceitos relacionados<sup>7</sup>. Contudo, para fins de uma pesquisa ampla, considerando que diversos teóricos não fazem tal diferenciação, foram adotados na maioria das explicações os vocábulos “ação” ou “direito de ação” como sinônimos para designar os variados fenômenos estudados<sup>8</sup>. A significação e a distinção em relação a outros

---

<sup>7</sup> Segundo Ovídio Baptista da Silva, “O direito é status; a ação é seu exercício”, logo, nas suas palavras, “Ação não é direito, insista-se mais uma vez: é exercício de um direito público subjetivo de tutela jurídica” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. Direito Subjetivo, Pretensão de Direito Material e Ação. **Polêmica sobre a ação, a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo**. org. Fábio Cardoso Machado, Guilherme Rizzo Amaral; Carlos Alberto Alvaro de Oliveira ... [et al.]. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 23-24). Freddie Didier Jr., por sua vez, aponta a polissemia do conceito de ação, que pode representar o “direito material em movimento/exercício”; o “direito autônomo em relação ao direito material”, de “provocar a jurisdição”; e o “exercício daquele direito abstrato de agir”, ou seja, a “ação exercida”(DIDIER JR., Freddie. **Pressupostos processuais e condições da ação**: o juízo de admissibilidade do processo. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 203-206). Em trabalho posterior, esse mesmo autor já afirma que “O estudo do direito de ação não se confunde com o estudo da ação, embora com ele, obviamente, se relate” (DIDIER JR., Freddie. O direito de ação como um complexo de situações jurídicas. **Revista de Processo**. versão física. Ano 37, vol. 210, agosto de 2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 51).

<sup>8</sup> Em linha semelhante à que adotou Leonardo Greco para explicar as várias significações do conceito que, para ele, seria um dos pontos “mais equívocos do Direito Processual científico” (GRECO, Leonardo. **A teoria da ação no processo civil**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 9-16). Da mesma forma, vê-se Chiovenda mencionar as diversas

conceitos podem ser percebidas do próprio contexto em que a nomenclatura está sendo utilizada.

Sempre que possível, buscou-se falar em “ação” ou “direito de ação”, mas apenas com a finalidade de se valer de um *modus operandi* que não prejudicasse a explicação sobre determinado elemento conceitual. Quando houve efetivamente a necessidade de distinção, ela foi feita.

A preocupação manifestada acima foi tão importante para o presente escrito que aqui nem mesmo se buscou adotar de maneira imperiosa somente o vocábulo “ação” ou a expressão “direito de ação”. Por isso mencionou-se que tais noções seriam usadas somente na maioria dos casos, e não em todos. Embora a preferência fosse para tais nomenclaturas, quando foi mais adequado fazer menção à específica noção usada pelo autor (como a de “poder de ação”, ou de ação como um “fato”, por exemplo), ela foi utilizada. O objetivo foi o de descrever aspectos da teoria que foi estudada da maneira mais coerente com a ideia do seu próprio autor. Até porque, já se adianta, há divergência entre os teóricos a respeito dos mais variados pontos, o que inclui também a afirmação de se a ação seria um “direito”, um “poder”, uma “faculdade”, um “fato” etc. Logo, adotar uma noção mais restrita desse conceito (se seria um “direito”, um “agir”, uma “faculdade”, entre outros<sup>9</sup>) acabaria gerando incongruência com a descrição dos relatos de cada autor, assim como também seria de pouca utilidade prática, considerando a fácil identificação do que a ação seria para cada jurista, mediante o contexto de cada obra, não havendo risco, portanto, de ocorrer algum problema de compreensão quanto ao que se objetivou expor.

Ademais, a problemática a respeito das variações de concepções não se limita somente à ação, abrangendo também outras noções que são usadas como referência para indicar o que seria esse instituto. Da leitura da parte desta tese dedicada ao estudo da ação, será possível perceber, na linha do que foi adiantado, a existência de visões desse conceito como referente a

concepções sobre a natureza da ação como variações das noções de “Azione” (CHIOVENDA, Giuseppe. **Principii di diritto processuale civile. Le azioni. Il processo di gognizione.** 2<sup>a</sup> edizione reveduta e notevolmente aumentata. Napoli: Casa Tipografico – Editrice n. Jovene E. C., 1923, p. 43-46). Em uma das mais aprofundadas investigações sobre o tema da ação, Pekelis também usa o conceito “Azione” para rotular as mais variadas noções: PEKELIS, Alessandro. **Azione** (teoria moderna). **Novissimo Digesto italiano.** II. AZARA, Antonio (et.al.) (dir.). Torino: Vnione Tipografico – Editrice Torinese, 1957, p. 31. Uma forma semelhante de se proceder pode ser vista no trabalho de Riccardo Orestano: ORESTANO, Riccardo. **Azione. L’azione in generale. Storia del Problema. Enciclopedia del diritto. IV.** Milano: Giuffrè, 1959, p. 785-822. Por fim, vale destacar as observações de Enrico Redenti a respeito do tema, apontando a polissemia desse conceito e a viabilidade de usar esse vocabulo para uma análise mais ampla (REDENTI, Enrico. **Diritto processuale civile. I. Nozione e regole generali.** Milano: Giuffrè, 1957, p. 45-46).

<sup>9</sup> Para menções a outras perspectivas, por todos, conferir; PEKELIS, Alessandro. **Azione** (teoria moderna). **Novissimo Digesto italiano.** II. AZARA, Antonio (et. al.) (dir.). Torino: Vnione Tipografico – Editrice Torinese, 1957, p. 31.

um “fato”<sup>10</sup>, a um direito subjetivo<sup>11</sup>, a um direito potestativo<sup>12</sup>, a uma faculdade<sup>13</sup>, a uma relação jurídica<sup>14</sup>, a um conjunto de posições jurídicas processuais<sup>15</sup>etc., e cada uma dessas concepções é passível igualmente de ser discutida, a sofrer variações a depender de cada autor exposto.

Se até sobre a noção de “direito” há divergências, a ponto de Virgílio Afonso da Silva destacar isso em seu livro panorâmico sobre o direito constitucional<sup>16</sup>, não há como pressupor que o que um autor diz ser um “direito”, neste trabalho, corresponda ao que algum outro também diga. É plenamente possível que dois juristas que entendam que a ação seja um direito possam estar defendendo noções completamente distintas uma da outra, isso caso adotem conceitos diferentes como pressupostos teóricos<sup>17</sup>.

Igualmente, e talvez se configurando até como uma questão mais sensível, há o caso da divergência sobre classificações a respeito de noções como “poder”, “faculdade”, “pretensão”, “relação jurídica”, “situações jurídicas” etc. Por exemplo, não é de surpreender se para um determinado autor uma faculdade também possa ser considerada como um poder jurídico, assim como também um direito possa ser considerado como uma faculdade para outro jurista, entre outras possibilidades. Quando foi feito um relato sobre determinada perspectiva teórica (exemplo: a afirmação de que um autor específico entende que a ação seria uma “potestade”, enquanto outro entende que a ação seria um “fato”), buscou-se sempre reproduzir a concepção de maneira fiel à literalidade da expressão utilizada pelo doutrinador (ainda que em língua estrangeira), sem investigar qual conceito é adotado pelo jurista a respeito da nomenclatura usada como parâmetro de comparação. Essa postura não prejudicou a compreensão da explicação feita, tendo em vista que, pelo contexto, pode-se compreender de maneira

<sup>10</sup> Conforme destaca Alfredo Rocco, Kohler entendia a relação processual “come semplici rapporti fra le parti, all’infuori di qualunque rapporto fra le parti e lo Stato” (ROCCO, Alfredo. **La sentenza civile**. Studi. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1906, p. 94).

<sup>11</sup> REDENTI, Enrico. **Diritto processuale civile. I. Nozione e regole generali**. Milano: Giuffrè, 1957, p. 47.

<sup>12</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. L’azione nel sistema dei diritti. **Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)**. Volume primo. Milano: Giuffrè editore, 1993, p. 20.

<sup>13</sup> CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. Enseñanzas y sugerencias de algunos procesalistas sudamericanos acerca de la acción. **Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)**. Tomo I: números 1-11. Ciudad Universitaria: Universidad Nacional Autónoma de México, 1974, p. 347-348.

<sup>14</sup> FERREIRA, Benedicto de Siqueira. **Da natureza jurídica da ação. Exposição e crítica**. São Paulo: Empresa Gráfica da “Revista dos Tribunais”, 1940, p. 229.

<sup>15</sup> FAZZALARI, Elio. **Note in tema di diritto e processo**. Milano: dott. A. Giuffrè – Editore, 1957, p. 135.

<sup>16</sup> Segundo aponta: “O conceito de *direito* é controverso, em praticamente todas as acepções das palavras, isto é, como ordem jurídica, como direitos subjetivos, como disciplina acadêmica, além de outras” (SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021, p. 100).

<sup>17</sup> Eis um exemplo: Alessandro Pekelis entende que a ação seria o único direito subjetivo de que o particular dispõe. O direito subjetivo material é apenas um reflexo da ação (PEKELIS, Alessandro. *Azione (teoria moderna). Novissimo Digesto italiano. II*. AZARA, Antonio (*et. al.*) (dir.). Torino: Vnione Tipografico – Editrice Torinese, 1957, p. 31). Sem dúvidas, essa perspectiva seria distinta da de inúmeros autores existentes.

satisfatória o ponto adotado, sem incorrer em risco de equivocadamente fazer uma abordagem que seria incoerente com a premissa utilizada pelo próprio jurista ou tribunal investigado.

Quanto ao critério de escolha dos países e obras analisados, buscou-se ampliar ao máximo as possibilidades de estudo. Para as conclusões sobre a ação e jurisdição aqui expostas, sem pretensão de exaurir o assunto, foram investigadas obras dos Estados Unidos, da Espanha, da Itália, da Colômbia, da Alemanha (mediante traduções ou obras que fazem referência a esse país), da Argentina, da França (mediante traduções ou obras que mencionam esse país), de Portugal, do Peru, do México etc. A escolha dos livros e artigos investigados decorreu da análise da cadeia de citações de outros autores. No âmbito de cada leitura feita foi possível identificar novas obras, que foram buscadas e lidas, e, seguindo esse *modus operandi*, o conjunto de todos os autores aqui citados foi sendo formado, estudado e catalogado. No que concerne ao conceito de ação, de certa forma mais polemizado entre a doutrina, a investigação de fato abrangeu todos os países mencionados aqui. Quanto à jurisdição, o foco voltou-se a uma exposição mais restrita, mas ainda assim em quantidade que aqui se entende suficiente para demonstrar as ideias que foram expostas.

Não se pretendeu exaurir toda a doutrina a respeito dos conceitos estudados, até porque tal missão demandaria um número muito superior de páginas do que a presente tese exigiu. O que se buscou é, mediante a reunião de uma quantidade satisfatória de trabalhos acadêmicos e decisões judiciais, refletir sobre suas ideias e alcançar as conclusões expostas nesta pesquisa.

Inclusive, a escolha dos Estados Unidos da América e não de outro país de língua inglesa e adepto do *common law* para ser investigado como ordenamento (e não simplesmente analisando as obras de alguns autores específicos) se deu pela aparente influência que essa nação tem em relação ao Brasil em relevantes campos do direito processual (especialmente no âmbito dos processos coletivos, do processo constitucional, dos precedentes e das reflexões sobre direito probatório), bem como pela relativa impermeabilidade da doutrina estadunidense no que concerne aos debates estrangeiros sobre a noção de ação.

Chega a ser curioso que não tenha havido nenhum trabalho com um mínimo fôlego no nosso país comparando o *right of action* norte-americano com a ação defendida nas doutrinas europeias e latino-americanas. Até onde se sabe, as pesquisas brasileiras limitam-se ao estudo de outros campos, sem refletir sobre a noção de ação nesse país. Por essas razões, o presente estudo buscou sanar o espaço existente, fazendo uma investigação da possibilidade jurídica de

acesso ao judiciário tanto sob a perspectiva infraconstitucional quanto pela ótica da Constituição federal estadunidense e das constituições estaduais.

Ressalta-se que a limitação à análise de apenas um país alheio aos debates teóricos que se desenvolveram em outros continentes a respeito da ação, considerando o objetivo principal pretendido na presente tese, já é suficiente<sup>18</sup>. O fato de os Estados Unidos permanecer distante de uma das discussões mais comuns em outros países evidencia a necessidade de ao menos repensarmos a essencialidade de todo esse debate.

Por fim, quanto às referências citadas neste trabalho, de maneira geral, há mais uma observação que precisa ser feita.

Em muitas oportunidades foram elencados autores distintos para reforçar um específico ponto defendido nesta tese, ou então para evidenciar que alguém já teria abordado determinado tema que também foi analisado no presente escrito. Isso acarretou a aglutinação de diversas obras em rodapés, sempre que aqui se interpretou que elas estariam se referindo ao mesmo assunto que estava sendo abordado em determinado momento.

Para que não haja uma compreensão equivocada da prática descrita acima, é necessário fazer a seguinte ressalva: salvo observação expressa, não se deve entender aqui que as citações realizadas de pontos específicos de determinadas obras significam uma concordância com todas as demais premissas dos autores desses trabalhos<sup>19</sup>. Quando a citação de um aspecto da teoria de determinado teórico foi feita, o que se objetivou foi fazer referência apenas ao ponto que foi objeto de menção, e não à obra como um todo.

<sup>18</sup> De toda sorte, há sólidas constatações por parte, por exemplo, de Nicolò Trocker, no sentido de que as discussões europeias sobre a ação não tiveram grande influência em alguns países de cultura jurídica anglo-saxã, em razão de uma série de fatores. Concomitantemente a isso, também o mesmo autor aponta que a ação nunca chegou a ser vista como um pilar da estrutura do processo na França, país cuja Constituição sequer mencionaria esse instituto (TROCKER, Nicolò. Dal giusto processo all'effettività dei rimedi: l'<<azione>>nell'elaborazione della Corte europea dei diritti dell'uomo. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Marzo, 2007, anno LXI, n.1, p. 41-42).

<sup>19</sup> Nesse sentido, a explicação feita por Luís de Gusmão a respeito do uso de conceitos na sociologia é aplicável ao presente caso: “O uso desses conceitos sociológicos não implica um compromisso automático e iniludível com as principais generalizações estabelecidas pelos teóricos em questão. Um quadro conceitual pode ser utilizado com proveito, na verdade, mesmo quando ignoramos ou rejeitamos completamente as hipóteses gerais que, nas origens, o acompanham. Assim, por exemplo, ao lançar mão do conceito de *crise de legitimidade* apresentado por Habermas num livro, diga-se de passagem, em larga medida dependente das problemáticas confusões da teoria econômica marxista, Burke não precisa em absoluto endossar generalizações que são, contudo, ali centrais, tais como ‘se os sistemas morais científicos seguirem sua lógica interna, (...) a evolução da moralidade, como a evolução da ciência, se tornará dependente da verdade’ (Habermas, 1982: 113). Há mais ainda: Burke não precisa, nesse caso, sequer acreitar na existência ou possibilidade de coisas como ‘sistemas morais científicos’” (GUSMÃO, Luís de. **O fetichismo do conceito. Limites do conhecimento teórico na investigação social**. 2<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Topbooks, 2012, p. 26). Ainda em relação à postura adotada neste trabalho, conferir o momento em que aqui se fez menção à figura “Puzzles”.

## 1.4 O porquê de abordar conjuntamente as noções de ação e de jurisdição

Para encerrar esta parte introdutória, colaciona-se a justificativa para a abordagem conjunta de dois conceitos tão complexos como ação e jurisdição no direito processual civil brasileiro, e não apenas um deles isoladamente. Em suma: ambos tendem a representar duas facetas de uma mesma realidade<sup>20</sup> que, sem prejuízo de outras noções, pode ser considerada como a da concretização efetiva do acesso ao direito no Brasil.

Não importa qual concepção moderna ou antiga se adote. Ao menos em tese, será possível concluir que a jurisdição, caso não seja marcada pela ideia de participação popular, se aproximará de um puro arbítrio. Por sua vez, o agir popular sem a jurisdição, também independentemente do conceito escolhido, acabará se tornando um fenômeno distinto do que ele efetivamente seria se houvesse a presença da primeira. Seria um agir político, social, ou até mesmo jurídico, mas sem que pudesse ser caracterizado como ação propriamente dita.

Portanto, considerando que, especialmente num cenário democrático, ambos os conceitos são, em certa medida, dependentes entre si, ainda que em níveis distintos, um em nível de existência e o outro em nível de legitimação social, isso sem prejuízo da adoção de teorias que compreendam que eles se relacionam diretamente<sup>21</sup>, aqui se entende que a melhor proposta é a de investigar os dois conjuntamente, e foi isso o que se buscou fazer. A título de adiantamento, as conclusões expostas no presente trabalho têm pertinência com a relação entre esses dois institutos. Tanto é assim que foi proposta a superação de um deles, em termos conceituais, tendo em vista a sua desnecessidade em face de uma possível amplitude do outro.

---

<sup>20</sup> Apenas a título de exemplo, um reforço especificamente a esse ponto é a posição defendida por Ugo Rocco, no sentido de que a ação se constitui como “il riflesso dell’obbligo giuridico imposto dallo Stato a sé stesso”, ou seja, a obrigação “della giurisdizione civile”. Tanto é que, segundo defende, em primeiro lugar deve-se falar da obrigação jurídica do Estado de prestar a atividade jurisdicional, para somente depois se estabelecer reflexões a respeito do direito subjetivo (ação) à qual essa obrigação corresponderia (ROCCO, Ugo. **L’autorità della cosa giudicata e i suoi limiti soggettivi**. I. Roma: Athenaeum, 1917, p. 242).

<sup>21</sup> Como é o caso de Hugo Alsina, para quem a ação e a jurisdição são conceitos que se correspondem, sendo adequado falar que a ação é “el derecho a la jurisdicción” (ALSINA, Hugo. **Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial**. I. parte general. 2<sup>a</sup> ed. Buenos Aires: EDIAR, 1956, p. 333).

## 2 APONTAMENTOS SOBRE O CONCEITO DE AÇÃO

### 2.1 A grande heterogeneidade de compreensões

A ação e eventuais temas correlatos a esse vocábulo configuram-se como um dos assuntos mais investigados e debatidos pelos processualistas brasileiros, europeus e de alguns países sul-americanos, ao menos no contexto do século passado<sup>22</sup>. No Brasil, por exemplo, é fato notório que todo aspirante a se tornar um especialista no campo do processo civil inevitavelmente se deparará com o infundável debate a respeito do conceito da ação, isso porque tal discussão se configurou praticamente como um ponto obrigatório para quem queira aprofundar a própria pesquisa na teoria processual civil brasileira<sup>23</sup>.

Ante as sólidas produções bibliográficas existentes, um trabalho produzido recentemente que buscasse investigar tal questão no ordenamento jurídico nacional correria o risco de apenas reiterar a história já muitas vezes contada<sup>24</sup>. Repetiria todo aquele caminho que

<sup>22</sup> Segundo Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, entre os trabalhos que versaram sobre a ação, encontra-se o maior conjunto de obras capitais para o direito processual (CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. Enseñanzas y sugerencias de algunos procesalistas sudamericanos acerca de la acción. **Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)**. Tomo I: números 1-11. Ciudad Universitaria: Universidad Nacional Autónoma de México, 1974, p. 323-324). De acordo com Riccardo Orestano, no âmbito dos temas mais debatidos de seu tempo, “il problema dell’azione” continuava a ter uma posição da proeminência (ORESTANO, Riccardo. Azione. L’azione in generale. Storia del Problema. **Enciclopedia del diritto. IV**. Milano: Giuffrè, 1959, p. 786).

<sup>23</sup> Embora isso seja fato conhecido por todos, eis algumas obras nacionais de publicação recente (ainda que de nova edição) que, no âmbito de uma pretensão de análise ampla do processo civil nacional, dedicam um dos seus capítulos ou parcela relevante deles ao estudo do conceito de “ação”: DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil. Volume II**. Com participação de Daniel Menegassi Zotareli. 9ª ed. Revista e atualizada, 2023, p. 345-385; GAIO JÚNIOR, Antonio Pereira. **Instituições de direito processual civil**. 5. ed. atual. e ampl. Londrina: Editora Thoth, 2023, p. 129-134; LEONEL, Ricardo de Barros. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros/Juspodivm, 2023, p. 308-329; CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 8. ed., rev. e atual. Barueri: Atlas, 2022, p. 51-56; BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil – parte geral do código de processo civil**. v. 01. 13. ed. Epub. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 504-517; CALMON, Petronio; ANDRADE, Ana Karenina S. Ramalho. **Teoria geral dos meios de solução dos conflitos**. 1. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2024, 203-215; FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil**. 6. ed. e-book. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 177-197; THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**, volume I. 65. ed. e-book. Rio de Janeiro: Forense, 2024, p. 158-182; ARRUDA ALVIM, Teresa; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao código de processo civil**. 3. ed. e-book baseada na 3. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. RL-1.4; MITIDIERO, Daniel. **Processo civil**. 3ª ed. em e-book baseada na 3ª ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024, p. RB-3.1; YARSHELL, Flávio Luiz. **Curso de direito processual civil**: vol. I. 2. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 97-100 e 279-283; ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro, volume I**: parte geral: fundamentos e distribuições de conflitos. 3. ed. em e-book baseada na 3. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. RB-16.1 a RB-16.6.

<sup>24</sup> Segundo Nieve-Fenoll, trata-se de uma história “tantíssimas veces explicada” (NIEVA-FENOLL, Jordi. Imprecisiones privatistas de la ciencia jurisdiccional. **Revista de Processo**. vol. 220/2013, p. 113-156, junho de 2013, p. 4).

parte do debate entre Windscheid vs. Muther<sup>25</sup>, seguido das contribuições de Plósz e Degenkolb<sup>26</sup>, Adolf Wach<sup>27</sup> e Chiovenda (com sua *prolusione*)<sup>28</sup>, adentrando posteriormente na perspectiva liebmaniana<sup>29</sup>, em alguns casos podendo até haver comentários sobre o relativismo mencionado por Calamandrei<sup>30</sup>, para depois analisar o instituto no direito brasileiro, à luz de

---

<sup>25</sup> WINDSCHEID, Bernhard; MUTHER, Theodor. **Polémica sobre la “actio”**. Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974, *passim*.

<sup>26</sup> Analisando as teorias desses autores, com a leitura das obras nas versões em alemão, conferir: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Efetividade e Tutela Jurisdiccional. Fábio Cardoso Machado [et al.]. **Polêmica sobre a ação, a tutela jurisdiccional na perspectiva das relações entre direito e processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 91-92.

<sup>27</sup> WACH, Adolf. **La pretensión de declaración**: un aporte a la teoría de la pretensión de protección del derecho. Trad. Juan M. Semon. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1962, p. 39-54 e WACH, Adolf. **Manual de derecho procesal civil. Volumen I**. trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1977, p. 34-49.

<sup>28</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. L’azione nel sistema dei diritti. **Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)**. Volume primo. Milano: Giuffrè editore, 1993, *passim*.

<sup>29</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. L’azione nella teoria del processo civile. **Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.**, 1950, p. 61-66 e *passim*.

<sup>30</sup> CALAMANDREI, Piero. La relatività del concetto d’azione. **Opere Giuridiche. Volume 1. Problemi generali del diritto e del processo**. Roma: Roma Ter-Press, 2019, p. 427-449, especialmente p. 431.

toda a contenda em torno das “condições da ação” pensadas por Liebman e reverberadas em nosso país<sup>31</sup>. Esse caminho teórico<sup>32</sup> é perceptível em várias obras nacionais<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> Eis alguns escritos nacionais dedicados de forma marcante às condições da ação no Brasil: THEODORO JÚNIOR, Humberto. Pressupostos processuais, condições da ação e mérito da causa. **Revista de Processo**, vol. 17/1980, p. 41-49, jan-mar, 1980, p. 4-7; NERY JÚNIOR, Nelson. Condições da ação. **Revista de Processo**, vol. 64/1991, p. 33-38, out-dez, 1991, *passim*; GOMES, Fábio. **Carência de ação**: doutrina, comentários ao CPC, análise da jurisprudência. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, *passim*; DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. Um réquiem às condições da ação. Estudo analítico sobre a existência do instituto. **Revista Forense**. Volume 351, ano 96. Rio de Janeiro: Forense, 2000, *passim*; FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. **Condições da ação**: enfoque sobre o interesse de agir. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, *passim*; COSTA, Susana Henriques da. **Condições da Ação**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, *passim*; DIDIER JR., Fredie. Será o fim da categoria “condição da ação”? Um elogio ao projeto do Novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**. Vol. 197/jul/2011, *passim*; CÂMARA, Alexandre Freitas. Será o fim da categoria “condição da ação”? Uma resposta a Fredie Didier Junior. **Revista de Processo**, vol. 197/2011, p. 261-269, julho de 2011, *passim*; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Será o fim da categoria condições da ação? Uma intromissão no debate travado entre Fredie Didier Jr. e Alexandre Freitas Câmara. **Revista de Processo**, vol. 198/2011, p. 227-236, ago, 2011, *passim*; ALVES, Gabriela Pellegrina; AZEVEDO, Julio Camargo de. Condições da ação e o novo código de processo civil: avanços e retrocessos. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Volume XIV, n. 1, 2014, *passim*; JARDIM, Afranio Silva. O novo código de processo civil e as condições da ação. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Volume 15. Janeiro a junho de 2015, *passim*; VAZ, Paulo Afonso Brum; GROCK, Gabriela. As condições da ação no código de processo civil. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Rio de Janeiro. Ano 15, Volume 22, Número 1, janeiro a abril de 2021, *passim*; AURELLI, Arlete Inês. Análise crítica sobre o cabimento da teoria da asserção no sistema processual do CPC/15 e o possível equívoco do entendimento do STJ. **Revista de Processo**. Vol. 330/2022, p. 17-42, Ago/2022, *passim*; CARVALHO, Guilherme Luvizotto. A permanência das condições da ação no sistema processual civil como forma de controle de vícios e nulidades ao desenvolvimento da ação. **Revista de Direito Privado**, vol., 112/2022/p. 243-260/abr-jun/2022, *passim*; LIMA, Vinícius G. F. Jallageas de. Repensando as condições da ação: papel do instituto no direito brasileiro e confronto com outros sistemas. **Revista de Processo**. Vol. 331/2022, p. 89-113, set, 2022, *passim*.

<sup>32</sup> A reflexão aqui feita inevitavelmente se inspirou na fala de Nieva-Fenoll sobre os autores cuja citação já permite compreender o mais importante do debate. Na sua visão, eis a lista, que, de certa forma, também pode ser aproveitada na presente exposição, como se um roteiro fosse: “Savigny, Windscheid, Muther, Plósz, Degenkolb, Wach, Chiovenda, Carnelutti, Calamandrei, Satta o Guasp” (NIEVA-FENOLL, Jordi. Imprecisiones privatistas de la ciencia jurisdiccional. **Revista de Processo**. vol. 220/2013, p. 113-156, junho de 2013, p. 4).

<sup>33</sup> A título de mero exemplo, independentemente de criticarem ou adotarem determinada premissa, constata-se um percurso semelhante (mas, óbvio, cada um com suas peculiaridades e escolhas de investigação teórica) nos seguintes trabalhos acadêmicos (sem desconsiderar vários outros analisados nesta tese), todos num notável esforço de aprofundar historicamente o tema: ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. **Direito processual civil**: teoria geral do processo de conhecimento. V. 1. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1972, p. 53-61; NEVES, Celso. **Estrutura fundamental do processo civil: tutela jurídica processual, ação, processo e procedimento**. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 86-116; FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. **Condições da ação**: enfoque sobre o interesse de agir. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 50-57; SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil, volume 1**: processo de conhecimento. 7<sup>a</sup> ed., rev. e atualizada de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2005, 79-95; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Efetividade e Tutela Jurisdiccional. Fábio Cardoso Machado [et al.]. **Polêmica sobre a ação, a tutela jurisdiccional na perspectiva das relações entre direito e processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 85-94; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria da ação de direito material**. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 45-61; SICA, Heitor Vitor Mendonça. **O direito de defesa no processo civil brasileiro**: um estudo sobre a posição do réu. São Paulo: Atlas, 2011, p. 9-15; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 1º ao 69**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 290-307; GAIO JÚNIOR, Antonio Pereira. **Instituições de direito processual civil**. 5. ed. atual. e ampl. Londrina: Editora Thoth, 2023, p. 129-130; LEONEL, Ricardo de Barros. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros/Juspodivm, 2023, p. 312-316; FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil**. 6. ed. e-book. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 180-183; THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**, volume I. e-book. 65. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024, p. 162.

No entanto, é a partir dessa constatação que surgem algumas perguntas. Seria necessário seguir essa forma de abordagem comumente adotada? Seria possível dizer que o conceito de ação e demais perspectivas relacionadas são essenciais para uma adequada compreensão da estrutura do direito processual civil brasileiro? Será que haveria uma razão robusta para que a doutrina seguisse sempre o referido “roteiro” para explicar o fenômeno jurídico que garante o acesso à jurisdição?

É importante refletir sobre a essencialidade e, principalmente, a necessidade de se continuar a adotar o conceito de ação no nosso ordenamento, tendo em vista uma série de fatores que, à luz de perspectivas atuais, permite que esse instituto, em suas mais variadas “versões”, não seja mais essencial como se costumava pensar. Por exemplo, desde Chiovenda<sup>34</sup>, passando por Pekelis<sup>35</sup>, Calamandrei<sup>36</sup>, Orestano<sup>37</sup> e Fairén Guillén<sup>38</sup>, há uma denúncia no direito estrangeiro a respeito da relatividade do conceito de “ação” e demais perspectivas relacionadas, algo que não pode ser ignorado numa investigação sobre esse tema. Em diversos países é possível perceber uma inconciliável diferenciação entre as noções conceituais de possibilidade jurídica de acesso ao judiciário, isso porque tal instituto se relaciona com uma série de variáveis que impedem a sua uniformização em um aspecto macro entre os juristas<sup>39</sup>.

Alguns dos pontos de discordância são os seguintes: (i) a existência de várias concepções contrastantes a respeito das classificações dos fenômenos jurídicos<sup>40</sup>; (ii) a gradual modificação da estrutura dos ordenamentos, especialmente após o fenômeno da

<sup>34</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. **Principii di diritto processuale civile. Le azioni. Il processo di gognizione.** 2<sup>a</sup> edizione reveduta e notevolmente aumentata. Napoli: Casa Tipografico – Editrice n. Jovene E. C., 1923, p. 44, rodapé n. 1.

<sup>35</sup> PEKELIS, Alessandro. Azione (teoria moderna). **Novissimo Digesto italiano.** II. AZARA, Antonio (*et. al.*) (dir.). Torino: Vnione Tipografico – Editrice Torinese, 1957, p. 32, 42, *passim*.

<sup>36</sup> CALAMANDREI, Piero. La relatività del concetto d’azione. **Opere Giuridiche. Volume 1. Problemi generali del diritto e del processo.** Roma: Roma Ter-Press, 2019, p. 427-449, especialmente p. 431.

<sup>37</sup> ORESTANO, Riccardo. Azione. L’azione in generale. Storia del Problema. **Enciclopedia del diritto.** IV. Milano: Giuffrè, 1959, p. 817.

<sup>38</sup> GUILLÉN, Víctor Fairén. **Estudios de derecho procesal.** Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, p. 61.

<sup>39</sup> Referindo-se a uma parcela da doutrina, possivelmente a europeia, Enrico Redenti denuncia a dificuldade de lidar com o conceito de ação, seja pela multiplicidade de sentidos, seja pela longa tradição histórica e pela variação de compreensões a depender do ordenamento jurídico estudado (REDENTI, Enrico. **Diritto processuale civile. I. Nozioni e regole generali.** Milano: Giuffrè, 1957, p. 45-46).

<sup>40</sup> Basta comparar a noção dos seguintes autores (i) Goldschmidt, da ação como um direito justicial material (GOLDSCHMIDT, James. **Derecho procesal civil.** trad. da 2<sup>a</sup> ed.: Leonardo Prieto Castro. Com add. De Niceto Alcalá-Zamora Castillo. Barcelona: Editorial Labor, 1936, p. 96-97); (ii) Cipriano Gómez Lara, da ação como uma *instancia proyetiva* (LARA, Cipriano Gómez. **Teoría general del proceso.** 9<sup>a</sup> ed. DF: Oxford University Press, 2001, p. 112); (iii) Benedicto de Siqueira Ferreira, numa perspectiva da ação como relação jurídica processual (FERREIRA, Benedicto de Siqueira. **Da natureza jurídica da ação. Exposição e crítica.** São Paulo: Empresa Gráfica da “Revista dos Tribunais”, 1940, p. 229).

constitucionalização se proliferar no mundo<sup>41</sup>; (iii) variadas interpretações sobre as funções do Poder Judiciário e das partes no agir procedural; (iv) a proliferação de teorias que visam a debater a função do direito processual no campo do ordenamento jurídico<sup>42</sup>; (v) a influência da herança teórica de cada país<sup>43</sup>.

Apenas para ilustrar, verifica-se que a grande dificuldade entre os teóricos a respeito da ação estaria relacionada às divergências de concepções atinentes à disputa sobre qual seria a melhor classificação para a possibilidade jurídica de acessar o judiciário. Haveria divergência até mesmo quanto à gradação dessa possibilidade, mediante a investigação da profundidade e da efetividade da garantia estabelecida pelo ordenamento<sup>44</sup>.

Por essa razão, no transcorrer dos escritos sobre o tema foram sustentadas as mais distintas concepções (jurídicas e não jurídicas) sobre a “ação”, tais como as desse instituto como um “meio”<sup>45</sup>; um “fato”<sup>46</sup>; um direito “abstrato”, mas que dependeria da boa-fé do

<sup>41</sup> O que fica claro quando se percebem as discrepâncias teóricas entre autores do início do século XX e os posteriores, especialmente no âmbito do Brasil. A título de exemplo, basta conferir as seguintes obras de juristas do começo do século passado (alguns até do final do século retrasado) para ver uma perspectiva notadamente infraconstitucional: BAPTISTA, Francisco de Paula. **Compendio de Theoria e Pratica do Processo Civil para uso das faculdades de direito do Imperio**. Recife: Typographia Universal, 1855, p. 1-2; FREITAS, Augusto Teixeira de. **Consolidação das leis civis**. Annotada por Martinho Garcez. 5<sup>a</sup> ed., muito aumentada com as leis, decretos e avisos publicados até 1913. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Antos Editore, 1945, p. XXXIII, rodapé 20; MONTEIRO, João. **Direito das acções**. São Paulo: Typographia Duprat & comp., 1905, p. 10-17; DINIZ, Almachio. **Theoria Geral do Processo ou Theoria das Acções segundo o Código Civil de 1916**. Livraria Francisco Alves: Rio de Janeiro, 1917, p. 13. Já quanto a autores mais próximos do final do século XX, é possível ver um maior diálogo de suas noções com a Constituição, conforme se observa das seguintes referências: GRINOVER, Ada Pellegrini. **As garantias constitucionais do direito de ação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973, p. 74-75; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução civil**: a execução na teoria geral do direito processual civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 130 (mas de uma forma mais restrita); OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Efetividade e Tutela Jurisdicional. Fábio Cardoso Machado [et al.]. **Polêmica sobre a ação, a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 109.

<sup>42</sup> A título de exemplo, considerando que esse ponto será abordado em outras oportunidades neste trabalho, no contexto histórico alemão se constatou a transferência dos debates sobre a ação ao cenário constitucional por influência de questões históricas e ideológicas, com o foco de garantir a efetividade da ação naquele país (TROCKER, Nicolò. **Processo civile e costituzione. Problemi di diritto tedesco e italiano**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1974, p. 186-187). Em verdade, tanto no contexto alemão quanto no ordenamento jurídico italiano, a concretização de uma nova forma de se compreender o ser humano, como uma pessoa dotada de valores, e não somente entendida sob uma ótica individualista, passou a permear a interpretação das Constituições desses dois países, devendo influenciar a forma como o processo é também compreendido (*Ibidem*, p. 196-197).

<sup>43</sup> A respeito desse ponto, o exemplo dos Estados Unidos é marcante. Nesse país, difundiu-se uma forma peculiar de compreender o direito de ação (*right of action*), algo que será investigado no subcapítulo 2.2 deste trabalho.

<sup>44</sup> Tanto que esse é um dos pontos de maior debate em julgados analisados nesta tese, inclusive nos do Supremo Tribunal Federal.

<sup>45</sup> SAINT-PRIX, Berriat. **Corso di procedura civile ad uso della facoltà di diritto di parigi**. Tomo I. Trad. da 5<sup>a</sup> ed. francesa por Giuseppe-Nicola Rossi. Napoli: Dai Torchi del tratamater, 1826, p. 47-48.

<sup>46</sup> Tal como defendia Kohler, segundo relata Chiovenda em: CHIOVENDA, Giuseppe. **L'azione nel sistema dei diritti. Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)**. Volume primo. Milano: Giuffrè editore, 1993, p. 70, rodapé nº 51.

demandante<sup>47</sup>; um direito autônomo desvinculado das chamadas condições da ação<sup>48</sup>; um direito que tem um nexo com as razões veiculadas na demanda<sup>49</sup>; um pressuposto para o exercício da jurisdição, sendo a maneira pela qual se individualiza a norma jurídica, a ser classificada como um dever jurídico, e não como um direito subjetivo ou potestativo<sup>50</sup>; um direito potestativo distinto e autônomo do direito material<sup>51</sup>; uma “potestade”<sup>52</sup>; uma mera faculdade de agir<sup>53</sup>; uma faculdade com características de ônus jurídico<sup>54</sup>; uma espécie de direito de petição<sup>55</sup>; um “motor” para a dinâmica do ordenamento jurídico<sup>56</sup>, movendo o processo<sup>57</sup>; um direito público à jurisdição<sup>58</sup>; uma pretensão à tutela jurídica<sup>59</sup>; um “direito

<sup>47</sup> Conforme inicialmente sustentado por Degenkolb, pelo que conta Chiovenda (CHIOVENDA, Giuseppe. L’azione nel sistema dei diritti. *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*. Volume primo. Milano: Giuffrè editore, 1993, p. 64).

<sup>48</sup> PEREIRA FILHO, Benedito. **Repensando o processo de execução para uma maior efetividade da tutela do crédito pecuniário.** Tese de doutorado da Universidade Federal do Paraná, Faculdade de Direito. Curitiba, 2002, 379f., p. 131-135.

<sup>49</sup> BETTI, Emilio. **Diritto processuale civile italiano.** II ed. Roma: Società Editrice del “Foro Italiano, 1936, p. 74.

<sup>50</sup> MERCADER, Amílcar A. **La acción, su naturaleza dentro del orden jurídico.** Buenos Aires: Editorial Depalma, 1944, p. 168.

<sup>51</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. L’azione nel sistema dei diritti. *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*. Volume primo. Milano: Giuffrè editore, 1993, p. 15-23, por exemplo.

<sup>52</sup> ZANZUCCHI, Marco Tullio. **Diritto processuale civile. I. Introduzione e parte generale.** 4<sup>a</sup> ed. aggiornata. Milano: Guffrè, 1946, p. 48-50. Também definindo como potestade: CASTRO, Leonardo Prieto. **Derecho procesal civil.** Zaragoza: Liebrería General, 1946, p. 53-54.

<sup>53</sup> ROSENBERG, Leo. **Tratado de derecho procesal civil. Tomo II.** Tradução de Angela Romera Vera. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-américa, 1955, p. 58. Em linha semelhante, atribuindo natureza de fato a essa faculdade, também é possível mencionar Josef Kohler (KOHLER, Josef. Der Prozess als Rechtsverhältnis, Mannheim, 1888, p. 13 *apud* WACH, Adolf. **La pretensión de declaración:** un aporte a la teoría de la pretensión de protección del derecho. Trad. Juan M. Semon. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1962, p. 61).

<sup>54</sup> CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. Enseñanzas y sugerencias de algunos procesalistas sudamericanos acerca de la acción. **Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972). Tomo I:** números 1-11. Ciudad Universitaria: Universidad Nacional Autónoma de México, 1974, p. 332 e 348.

<sup>55</sup> COUTURE, Eduardo J. **Introdução ao estudo do processo civil:** discursos, ensaios e conferências. Trad. Hilton Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003, p. 24; COUTURE, Eduardo. Las garantías constitucionales del proceso civil. **Estudios de derecho procesal en honor de Hugo Alsina.** Buenos Aires: Ediar, 1946, p. 167.

<sup>56</sup> DOMÍNGUEZ, Manuel Serra. **Jurisdicción, acción y proceso.** Barcelona: Atelier, 2008, p. 183-184.

<sup>57</sup> DOMÍNGUEZ, Manuel Serra. **Jurisdicción, acción y proceso.** Barcelona: Atelier, 2008, p. 225-226.

<sup>58</sup> NOSETE, Jose Almagro. El “libre acceso” como derecho a la jurisdicción. **Revista de la Facultad de derecho de la Universidad de Madrid.** Nueva Serie. Vol. XIV, núm. 37, Madrid, 1970, p. 95-107.

<sup>59</sup> WACH, Adolf. **La pretensión de declaración:** un aporte a la teoría de la pretensión de protección del derecho. Trad. Juan M. Semon. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1962, p. 40. Confirmando a classificação aqui mencionada: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Efetividade e Tutela Jurisdicional. Fábio Cardoso Machado [et al.]. **Polêmica sobre a ação, a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 88.

justicial material”<sup>60</sup>; um instrumento necessário para a sanção jurídica ser aplicada<sup>61</sup>; um “direito fundamental”<sup>62</sup>; uma “*instancia proyectiva*”<sup>63</sup> etc.

Também se percebe a presença (i) de perspectivas monistas<sup>64</sup>, (ii) de noções que ficam no meio do caminho a respeito do tema<sup>65</sup> e (iii) de vieses dualistas<sup>66</sup>, isso no que diz respeito às relações entre o processo, ação e direito material; ou então, num outro contexto, de (iv) perspectivas constitucionalizadas<sup>67</sup>, (v) não constitucionalizadas<sup>68</sup>, (vi) intermediárias<sup>69</sup>, (vi)

<sup>60</sup> GOLDSCHMIDT, James. **Derecho procesal civil**. trad. da 2<sup>a</sup> ed.: Leonardo Pietro Castro. Com add. De Niceto Alcalá-Zamora Castillo. Barcelona: Editorial Labor, 1936, p. 96-97. A expressão em português é fruto da tradução feita por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira em: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Efetividade e Tutela Jurisdiccional. Fábio Cardoso Machado [et al.]. **Polêmica sobre a ação, a tutela jurisdiccional na perspectiva das relações entre direito e processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 90.

<sup>61</sup> KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Trad. Luíz Carlos Borges. 3<sup>a</sup>ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 117-118). Sobre o tema, também a explicação de: ORESTANO, Riccardo. *Azione. L'azione in generale. Storia del Problema. Enciclopedia del diritto. IV*. Milano: Giuffrè, 1959, p. 808-809.

<sup>62</sup> ÁLVAREZ, Roberto González. El principio fundamental de acción. Nuevo paradigma de la ciencia procesal. **Arb boni et aequi**. Ano 7, nº 2, 2011, p. 227.

<sup>63</sup> LARA, Cipriano Gómez. **Teoría general del proceso**. 9<sup>a</sup> ed. DF: Oxford University Press, 2001, p. 109.

<sup>64</sup> SATTA, Salvatore. **Diritto processuale civile**. Oitava Edizione. Padova: CEDAM, 1973, p. 110; KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Trad. Luíz Carlos Borges. 3<sup>a</sup>ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 117-118; PEKELIS, Alessandro. *Azione (teoria moderna)*. **Novissimo Digesto italiano. II**. AZARA, Antonio (et. al.) (dir.). Torino: Vnione Tipografico – Editrice Torinese, 1957, p. 31.

<sup>65</sup> Conforme se interpreta a teoria de Hermes Zaneti Junior (ZANETI JUNIOR, Hermes. *A Teoria Circular dos Planos (Direito Material e Direito Processual)*). MACHADO, Fábio Cardoso [et al.]. **Polêmica sobre a ação, a tutela jurisdiccional na perspectiva das relações entre direito e processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 181).

<sup>66</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Direito Subjetivo, Pretensão de Direito Material e Ação. Polêmica sobre a ação, a tutela jurisdiccional na perspectiva das relações entre direito e processo*. org. Fábio Cardoso Machado, Guilherme Rizzo Amaral; Carlos Alberto Alvaro de Oliveira [et al.]. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 28.

<sup>67</sup> Por todos: COUTURE, Eduardo J. **Introdução ao estudo do processo civil: discursos, ensaios e conferências**. Trad. Hiltonar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003, p. 25; GRINOVER, Ada Pellegrini. **As garantias constitucionais do direito de ação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973, p. 74; MARINONI, Luiz Guilherme. O direito de ação como direito fundamental (consequências teóricas e práticas). **Revista dos Tribunais**, vol. 872/2008, p. 11-30, julho de 2008, *passim*.

<sup>68</sup> Distinguindo ação de direito de petição: LIEBMAN, Enrico Tullio. *L'azione nella teoria del processo civile. Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1950, p. 62-63; PASSOS, José Joaquim Calmon de. **A ação no direito processual civil brasileiro**: tese apresentada à faculdade de direito da Universidade da Bahia, concorrendo à cátedra de direito judiciário civil (1960). Salvador: editora JusPodivm, 2014, p. 52. Mais recentemente, diferenciando a ação do direito constitucional à tutela judicial efetiva, em prática que inevitavelmente esvazia o conteúdo da primeira, tem-se: SCHUMANN BARRAGÁN, Guillermo. **Derecho a la tutela judicial efectiva y autonomía de la voluntad: los contratos procesales**. Madrid: Macial Pons, 2022.

<sup>69</sup> Por exemplo: José Manoel Arruda Alvim Netto entende que haveria dois tipos de ação, uma de origem constitucional, outra de origem processual. A única ligação entre ambas é o fato de que a última (ação processual) nasceria do exercício da primeira (ação constitucional), que é chamada pelo autor de direito de petição. Logo, percebe-se uma marcante distinção entre os campos do direito processual e do direito constitucional, mas sem um que haja uma separação absoluta, já que uma “ação” nasce da outra (ALVIM NETTO, José Manoel Arruda. **Curso de direito processual civil**. vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1971, p. 385).

anteriores ao aprofundamento do debate da constitucionalização<sup>70</sup>, sem considerar outras inúmeras outras variáveis<sup>71</sup>.

Em obras brasileiras do século passado, é possível perceber também uma tendência de conceber noções díplices do fenômeno do poder de acesso ao judiciário, mas sem deixar de lado o uso da nomenclatura da ação. A título de exemplo, as distinções propostas por Pontes de Miranda, inicialmente isolando a ação ao campo do direito material e deixando à figura do “remédio processual” a função de explicar o agir processual<sup>72</sup>; por Guilherme Estellita, entre “direito de ação” e “poder de demandar”<sup>73</sup>; por Botelho de Mesquita, entre “direito de ação” e de “direito à administração da justiça”<sup>74</sup>; por Cândido Dinamarco, entre a ação no sentido condicionado e no sentido incondicionado (nesse último caso, podendo ser chamada também

<sup>70</sup> SAVIGNY, F. K. V. de. **Sistema del derecho romano actual. Tomo IV.** Trad. M. CH Guenoux, Jacinto Mesía e Manuel Poley. Madrid: F. Góngora y Compañía Editores, 1879, p. 10; SAINT-PRIX, Berriat. **Corso di procedura civile ad uso della facoltà di dritto di parigi.** Tomo I. Trad. da 5<sup>a</sup> ed. francesa por Giuseppe-Nicola Rossi. Napoli: Dai Torchi del tratamater, 1826, p. 47-48; MORTARA, Lodovico. **Manuale della procedura civile.** Volume I. 2<sup>a</sup> ed. riveduta. Torino: Unione Tipografico-editrice, 1987, p. 15.

<sup>71</sup> Como a daqueles que atribuem outras significações a esse conceito, até mesmo não jurídicas, tal como se observa em: KOHLER, Der Prozess als Rechtsverhältnis, Mannheim, 1888, p. 13 *apud* WACH, Adolf. **La pretensión de declaración:** un aporte a la teoría de la pretensión de protección del derecho. Trad. Juan M. Semon. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1962, p. 61; Leo Rosenberg: ROSENBERG, Leo. **Tratado de derecho procesal civil. Tomo II.** Tradução de Angela Romera Vera. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1955, p. 4 e 58; JAUERNIG, Othmar. **Direito processual civil.** 25<sup>a</sup> ed., totalmente refundida da obra criada por Friedrich Lent. Trad. Silveira Ramos. Coimbra: Almedina, 2002, p. 202; e GUASP, Jaime. La pretensión procesal. **Anuario de Derecho Civil.** Vol. 5, nº 1, p. 7-61, 1952, p. 31-32.

<sup>72</sup> MIRANDA, Pontes de. **A Acção Rescisória contra as sentenças.** Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1934, p. 14-24.

<sup>73</sup> De acordo com Estellita, o o exercício do “poder de demandar” (ou “poder de propor a demanda”) é o que dará início ao processo judicial. A demanda será instaurada, independentemente de haver ou não o direito do autor. Nas suas palavras: “Basta que o indivíduo queira intentá-la, para que intentada seja”. Logo, se o direito alegado existe ou não, isso é irrelevante para a instauração e até mesmo para o prosseguimento da lide. O “direito de ação”, por sua vez, teria a finalidade de, quando verificada a relação jurídica alegada demandante, gerar o pressuposto para o direito processual assegurá-la (ESTELLITA, Guilherme. **Direito de ação, direito de demandar.** 2<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto Editora, 1942, p.117-118). Inclusive, na visão defendida por esse autor, o “poder de demandar” subdividiria-se em duas outras situações jurídicas: (i) “faculdade de demandar” e (ii) “direito de demandar”. Todos os cidadãos possuiriam a faculdade de demandar, enquanto que somente quem tivesse o direito de ação é que possuiria o direito de demandar. Nesse sentido, o conceito da ação não seria suficiente para explicar a chamada “ação judiciária”, seja em sua perspectiva clássica, seja em suas variações fruto das teorias abstratas. Por outro lado, a ideia de direito de demandar poderia cumprir essa finalidade (Ibidem, p. 137)

<sup>74</sup> Sobre o tema, conferir: MESQUITA, José Ignácio Botelho de. **Da ação civil.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1975, p. 81- 100. Em síntese, enquanto o “direito de ação” estaria relacionado ao poder de exigir do Estado o cumprimento do que determina a norma jurídica, o “direito à administração da justiça” seria aquele que garantiria um julgamento para a eliminação da incerteza sobre o dever de prestar a atividade jurisdicional. No que concerne ao primeiro (direito de ação), esse seria condicionado pelas hipóteses em que as normas de direito material estabelecem a necessidade de agir estatal (Ibidem, p. 96). Em relação, agora, ao segundo (“direito à administração da justiça”), ele caberia “tanto ao titular do direito de ação como a quem quer que se afirme titular do direito de ação” (Ibidem, p. 94).

de “direito de demandar”<sup>75</sup>; e por José Manoel Arruda Alvim, entre ação processual e ação constitucional<sup>76</sup>.

Outro aspecto que marcou as divergências entre diversos teóricos foi o relacionado a quem a ação seria direcionada. Há posições nos mais variados sentidos: do direcionamento contra o Estado<sup>77</sup>, do direcionamento contra a parte contrária<sup>78</sup>, da ação “defronte o réu” (que é

<sup>75</sup> Segundo esse autor, na primeira edição de sua obra “Execução civil”, o direito de ação deveria ser visto em dois sentidos: incondicionado e condicionado. O primeiro setindo seria o do instituto como uma “faculdade inerente à própria personalidade”, não se prendendo a nenhuma condição. Essa interpretação é a ele extraiu do art. 153, §4º, da Constituição de sua época (CRFB 1967), sendo, contudo, apenas uma primeira forma de entender a garantia prevista no referido dispositivo constitucional. É que, também segundo a sua perspectiva, o citado art. 153, §4º, estabelecia uma garantia que seria igualmente um “poder de ação”, mas, dessa vez, da ação “como ela é segundo as normas e princípios do direito processual, e segundo a relação de utilidade que ela pode ter com o direito substancial, para provocar a sua atuação” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução civil**: a execução na teoria geral do direito processual civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 130). Por fim, destaca-se que, quanto ao sentido incondicionado da ação, ele igualmente poderia ser definido, por conveniência, como “direito de demandar”, mas sem que seja aplicada a perspectiva de Guilherme Estellita a respeito do assunto, visto que se cuidaria “apenas ao dever do órgão jurisdiccional de se pronunciar sobre a existência” da “‘verdadeira’ ação” (Ibidem, p. 132).

<sup>76</sup> ALVIM, José Manoel Arruda. **Curso de direito processual civil**. vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1971, p. 385.

<sup>77</sup> Segundo Pugliese, e, posteriormente, Dominguez, Hasse teria sido o pioneiro a defender esse posicionamento (PUGLIESE, Giovanni. Introducción. In: WINDSCHEID, Benhard; MUTHER, Theodor. **Polemica sobre la “actio”**. Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-america, 1974, p. XII; e DOMÍNGUEZ, Manuel Serra. **Jurisdiccción, acción y proceso**. Barcelona: Atelier, 2008, p. 188). Posteriormente, a contribuição de Muther, no debate por ele travado com Windscheid, é relevante (MUTHER, Theodor. Sobre la doctrina de la “actio” romana, del derecho de accionar actual, dela “litiscontestatio” y de la sucesión singular em las obligaciones. In: WINDSCHEID, Benhard; MUTHER, Theodor. **Polemica sobre la “actio”**. Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-america, 1974, p. 248-249). Essa visão se popularizou. Eis alguns autores que a adotam, ressalvando eventuais particularidades de cada teoria: ROCCO, Alfredo. **La sentenza civile**. Studi. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1906, p. 102; ROCCO, Ugo. **L'autorità della cosa giudicata e i suoi limiti soggettivi**. I. Roma: Athenaeum, 1917, p. 241-242; REIS, José Alberto dos. **Processo ordinário e sumário**. Vol. 1º. 2ª edição, completamente refundida. Coimbra: Coimbra Editora, 1928, p. 133; LIEBMAN, Enrico Tullio. **L'azione nella teoria del processo civile**. Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 1950., p. 62-65; GUILLÉN, Víctor Fairén. **Estudios de derecho procesal**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, p. 76; MANDRIOLI, Crisanto. **L'azione esecutiva: contributo alla teoria unitaria dell'azione e del processo**. Milano: Giuffrè, 1955, p. 203; ALSINA, Hugo. **Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial**. I. parte general. 2ª ed. Buenos Aires: EDIAR, 1956, p. 335; ORBANEJA, Emilio Gomez. §1º El proceso civil: concepto y fin – naturaleza jurídica del proceso – clases de procesos – el proceso y otras intituciones para la paz jurídica – distinción entre proceso y procedimiento. In: ORBANEJA, Emilio Gomez; QUEMADA, Vicente Herce. **Derecho procesal civil**. 5ª ed. Madrid: 1962, p. 49; CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. Enseñanzas y sugerencias de algunos procesalistas sudamericanos acerca de la acción. In: **Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)**. Tomo I: números 1-11. Ciudad Universitaria: Universidad Nacional Autónoma de México, 1974, p. 334-335; AROCA, Juan Montero. **Introducción al derecho procesal: jurisdicción, acción y proceso**. Madrid: Editorial Tecnos, 1976, p. 160; FENECH, Miguel. **Derecho procesal civil. Introducción, Procedimientos ordinarios de declaración y ejecución**. Madrid: AGESA, 1983, p. 26; DOMÍNGUEZ, Manuel Serra. **Jurisdiccción, acción y proceso**. Barcelona: Atelier, 2008, 220- 221.

<sup>78</sup> REDENTI, Enrico. **Diritto processuale civile. I. Nozioni e regole generali**. Milano: Giuffrè, 1957, p. 45-49; BETTI, Emilio. **Diritto processuale civile italiano**. II ed. Roma: Società Editrice del “Foro Italiano”, 1936, p. 78; LARA, Cipriano Gómez. **Teoría general del proceso**. 9ª ed. DF: Oxford University Press, 2001, p. 112, sem desconsiderar a dinâmica *projetiva* pensada por esse autor.

diferente de ser “contra o réu”<sup>79</sup> da ação defronte ao Estado<sup>80</sup>, do direcionamento tanto contra o Estado quanto contra a parte contrária<sup>81</sup>, da ação contra o juiz e a parte contrária<sup>82</sup>, da ação somente contra o magistrado<sup>83</sup> e até mesmo da ação contra todos os demais sujeitos do processo, à exceção do demandado<sup>84</sup>.

Portanto, tentar estabelecer um meio do caminho para resolver toda essa discordância, que não se valha da conclusão de que esse assunto envolve uma discussão interminável, é uma opção inapropriada. De modo a reforçar essa constatação, a seguir serão apontados ao menos mais dois aspectos que também evidenciam a desnecessidade de prosseguir com os debates sobre o tema.

## **2.2 O exemplo dos Estados Unidos: a inexistência de discussões clássicas contrastada com os diversos debates sobre o *right of action* e conceitos correlatos**

O primeiro aspecto que deve ser coonsiderado é a forma como a possibilidade de acesso ao judiciário é vista nos Estados Unidos. A peculiaridade do tratamento desse tema no aludido país evidencia pontos importantes para o presente trabalho, especialmente no que diz respeito à ausência de essencialidade dos debates tradicionalmente difundidos na Europa e no Brasil sobre a ação.

### **2.2.1 Observações introdutórias**

<sup>79</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. L’azione nel sistema dei diritti. **Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)**. Volume primo. Milano: Giuffrè editore, 1993, p. 15

<sup>80</sup> “...una potestà spettante di fronte allo Stato; ma solo nel senso, che, in base ad essa, gli interessati, come abbiamo accennato, possono porre in essere i «presupposti » necessari affinchè nasca in loro il diritto subiettivo al rendimento, e, nel singolo organo giurisdizionale invocato, l’obbligo di rendere la sua attività, di addivenire cioè a quella prestazione obbligatoria di diritto pubblico, che è l’esercizio della attività giurisdizionale” (ZANZUCCHI, Marco Tullio. **Diritto processuale civile. I. Introduzione e parte generale**. 4<sup>a</sup> ed. aggiornata. Milano: Guffrè, 1946, p. 49). Também defendendo a noção de ação defronte ao Estado, sem prejuízo de marcantes peculiaridades de sua teoria, conferir: PEKELIS, Alessandro. *Azione* (teoria moderna). **Novissimo Digesto italiano**. II. AZARA, Antonio (et.al.) (dir.). Torino: Vnione Tipografico – Editrice Torinese, 1957, p. 31.

<sup>81</sup> A título de exemplo: PODETTI, J. Ramiro. **Teoria y tecnica del proceso civil y triología estructural de la ciencia del proceso civil**. Buenos Aires: EDIAR, 1963, p. 375.

<sup>82</sup> Segundo Alfredo Rocco, Degenkolb e Plósz entendiam que a ação seria direcionada contra a figura do juiz e do adversário (ROCCO, Alfredo. **La sentenza civile**. Studi. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1906, p.107-108). Em linha semelhante, ao menos nesse aspecto, vale destacar a posição de Adolf Wach (WACH, Adolf. **La pretension de declaracion: un aporte a la teoria de la pretension de proteccion del derecho**. Trad. Juan M. Semon. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1962, p. 39)

<sup>83</sup> ALLORIO, Enrico. **L’ordinamento giuridico nel prisma dell’accertamento giudiziale. L’ordinamento giuridico nel prisma dell’accertamento giudiziale e altri studi**. Milano: Giuffrè, 1957, p. 31.

<sup>84</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Saggio di una teoria integrale dell’azione*. **Rivista di diritto processuale**. Volume I - Parte I, anno 1946, Padova: CEDAM, 1946, p. 11.

Segundo Michele Taruffo, há ordenamentos que se desenvolveram sem as infundáveis preocupações com as discussões europeias sobre “natureza jurídica” da ação. É o caso dos Estados Unidos<sup>85</sup>. Quando se fala em *right of action* nesse país, se o estudioso for analisar com base numa perspectiva europeia ou até mesmo brasileira, a conclusão a ser obtida é a de que se trata de uma noção concreta do direito de ação, ligada ao direito material.

Esse tipo de constatação permite que novamente o pensamento de Taruffo seja lembrado, pois se um ordenamento funciona de maneira minimamente satisfatória para a sua sociedade, de forma despreocupada com as discussões de outros países sobre a ação, será que esses debates teriam efetivamente uma relevância inafastável para o direito processual? A abstração ou a concretude da ação seria um problema fundamental para um determinado ordenamento jurídico?<sup>86</sup>

Agora, mesmo num país em que não há a presença das variadas discussões europeias sobre a ação, ainda assim esse conceito gera dificuldades operacionais e é alvo de variadas contendas<sup>87</sup>. Tanto é assim que muitas das recentes reflexões sobre o direito de acessar o judiciário não adotam a noção de *right of action*, preferindo versar sobre perspectivas constitucionais e com base em outras nomenclaturas. Um exemplo é a ideia de *open courts clause*, que é um dos temas que serão abordados no próximo subcapítulo.

## 2.2.2 As discussões nos Estados Unidos sobre right of action, access to justice, cause of action e open courts clause

Estudar concepções jurídicas que possam se assemelhar a alguma perspectiva relacionada ao direito de acesso ao judiciário pode levar o jurista a se deparar com menções ao conceito de devido processo legal. A relação entre “direito de ação” (ou concepções semelhantes) e a noção do “devido processo legal” é marcante, tanto que Ada Pellegrini Grinover, em livro dedicado ao estudo das garantias constitucionais do direito de ação, separa relevante parcela de seu trabalho para estudar exclusivamente esse último conceito, com foco

---

<sup>85</sup> TARUFFO, Michele. Considerazioni sulla teoria chiovendiana dell’azione. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**. Dicembre, 2003, anno LVII, n. 4, Milano: Giuffrè, 2003, p. 1145.

<sup>86</sup> Sobre o tema, conferir: TARUFFO, Michele. Considerazioni sulla teoria chiovendiana dell’azione. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**. Dicembre, 2003, anno LVII, n. 4, Milano: Giuffrè, 2003, p. 1145-1146.

<sup>87</sup> Não só esse conceito, mas também outros elementos correlatos, tal como é o caso da noção de “cause of action”. Sobre o tema: FRIEDENTHAL, Jack H; KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur R; STEINMAN, Adam N. **Civil Procedure**. 6<sup>a</sup> ed. St. Paul: West Academic Publishing, 2021, p. 253-255.

nos Estados Unidos<sup>88</sup>. Inclusive, ao prosseguir em sua análise para o que ela mesma chama de “‘devido processo legal’ no sistema do direito codificado”, a autora adentra imediatamente no estudo do direito de ação, seguindo, logo após, ao estudo da tutela desse direito mediante a Constituição<sup>89</sup>.

A doutrina brasileira não se mantém silente sobre o estudo do devido processo legal nos Estados Unidos. Um grande exemplo de produção sobre o tema, que de certa forma dá continuidade à empreitada de Ada Pellegrini Grinover, é o artigo relativamente recente de Edilson Vitorelli, no qual é apontado o percurso histórico que o conceito do devido processo legal seguiu diante da Suprema Corte dos Estados Unidos, valendo mencionar a adoção de uma compreensão mais restritiva do referido tribunal, a partir de 1970, em *Mathew v. Eldridge*<sup>90</sup>. Em uma perspectiva distinta, com interessante abordagem sobre o devido processo legal aplicado às relações privadas, a dissertação de mestrado de Paula Sarno Braga, de 2007<sup>91</sup>, merece menção, especialmente por analisar esse conceito no âmbito de países como Inglaterra, Estados Unidos da América, Alemanha, Argentina, Itália, Espanha etc.<sup>92</sup>. Sem prejuízo de outros escritos, é igualmente adequado destacar os trabalho de Humberto Ávila, no qual é ressaltada a natureza procedural desse princípio<sup>93</sup>.

Dentro de todo esse arcabouço, na perspectiva adotada para este trabalho não se deve confundir o citado conceito de “devido processo legal” com a noção de “ação”. É relevante fazer esse apontamento pelo fato de que aqui se objetiva refletir sobre fenômenos ou conceitos jurídicos que possam primordialmente exercer a função que costumeiramente se atribui à ideia de ação. Embora o devido processo legal possa ser mencionado, o foco deverá ser outro.

Adentrando no estudo da doutrina estadunidense, no ano de 2016, em um relevante trabalho que visa a estudar a suposta promessa constitucional de acesso às cortes dos Estados Unidos (*Constitution’s Promise of Access to Courts*<sup>94</sup>), David H. Gans aponta que, desde o

<sup>88</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **As garantias constitucionais do direito de ação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973, p. 26-38.

<sup>89</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **As garantias constitucionais do direito de ação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973, p. 69 e ss.

<sup>90</sup> Sobre o assunto, conferir: VITORELLI, Edilson. O devido processo legal processual nos precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos: um contributo para a história das garantias processuais. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 72, p. 187-217, jan/Jun, 2018. Ainda sobre o tema, desse mesmo autor, conferir: VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo**: dos direitos aos litígios coletivos. 2. Ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 140-151.

<sup>91</sup> BRAGA, Paula Sarno. **Aplicação do devido processo legal às relações jurídicas particulares**. Salvador: Universidade Federal da Bahia, UFBA, 2007, *passim*.

<sup>92</sup> BRAGA, Paula Sarno. **Aplicação do devido processo legal às relações jurídicas particulares**. Salvador: Universidade Federal da Bahia, UFBA, 2007, p. 131-151.

<sup>93</sup> ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal”? **Revista de Processo**, v. 163, setembro, 2008, *passim*.

<sup>94</sup> GANS, David H. **The Keystone of the Arch**: the text and history of Article III and the Constitution’s Promise of Access to Courts. Constitutional Accountability Center, 2016, p. “iii”. Disponível em:

início da Constituição, o comprometimento de acesso às cortes federais pela população era o coração do novo sistema jurídico americano<sup>95</sup>. Após analisar diversos precedentes da Suprema Corte, o autor conclui que é plenamente possível extrair esse direito do art. 3º da Constituição americana, tendo em vista que é por meio do judiciário estadunidense, encabeçado pela Suprema Corte, que se estabeleceria um verdadeiro *binding rule of law* para o país. O judiciário, à luz do referido art. 3º, seria a “Keystone of the arch” de todo sistema jurídico americano<sup>96</sup>.

Todavia, conforme aponta, a força normativa da Constituição a respeito desse tema, antes pautada em uma elogiável perspectiva, atualmente estaria imersa em uma confusão, tendo em vista que, nas últimas décadas, uma série de *justices* conservadores vem esvaziando o direito de acesso ao judiciário, mediante doutrinas que desrespeitam a essência do *rule-of-law* estabelecida na Constituição<sup>97</sup>. Em sua origem, o art. 3º se pauta na ideia que repensava a posição do judiciário na sociedade, para que os magistrados deixassem de atuar como apêndices da Coroa. A concepção por trás seria a de que judiciário teria um papel essencial para a nação, tal como destacou Gordon S. Wood<sup>98</sup>, em trecho que foi citado também pelo próprio David H. Gans<sup>99</sup>.

A referida ideia a respeito da posição do judiciário, além de não se configurar como uma visão unânime na sociedade<sup>100</sup>, é fruto de uma série de mudanças sociais, podendo ser considerada como uma memorável transformação na forma de “pensar” naquele período, antes marcado por uma grande influência de conhecimentos oriundos do século XVIII, não mais

[https://www.theusconstitution.org/wp-content/uploads/2017/12/Keystone\\_of\\_the\\_Arch.pdf](https://www.theusconstitution.org/wp-content/uploads/2017/12/Keystone_of_the_Arch.pdf). Acesso em: 28 jul. 2023.

<sup>95</sup> GANS, David H. **The Keystone of the Arch: the text and history of Article III and the Constitution’s Promise of Access to Courts**. Constitutional Accountability Center, 2016, p. 1. Disponível em: [https://www.theusconstitution.org/wp-content/uploads/2017/12/Keystone\\_of\\_the\\_Arch.pdf](https://www.theusconstitution.org/wp-content/uploads/2017/12/Keystone_of_the_Arch.pdf). Acesso em: 28 jul. 2023.

<sup>96</sup> GANS, David H. **The Keystone of the Arch: the text and history of Article III and the Constitution’s Promise of Access to Courts**. Constitutional Accountability Center, 2016, p. 1. Disponível em: [https://www.theusconstitution.org/wp-content/uploads/2017/12/Keystone\\_of\\_the\\_Arch.pdf](https://www.theusconstitution.org/wp-content/uploads/2017/12/Keystone_of_the_Arch.pdf). Acesso em: 28 jul. 2023.

<sup>97</sup> GANS, David H. **The Keystone of the Arch: the text and history of Article III and the Constitution’s Promise of Access to Courts**. Constitutional Accountability Center, 2016, p. 1. Disponível em: [https://www.theusconstitution.org/wp-content/uploads/2017/12/Keystone\\_of\\_the\\_Arch.pdf](https://www.theusconstitution.org/wp-content/uploads/2017/12/Keystone_of_the_Arch.pdf). Acesso em: 28 jul. 2023.

<sup>98</sup> “From the much scorned and insignificant appendages of crown authority, Americans turned judges into one of ‘the three capital powers of Government’” (WOOD, Gordon S. The origins of judicial review revisited, or how the Marshall Court made more out of less. *Wash. & Lee L. Rev*, 787, 1999, p. 792. Disponível em: <https://scholarlycommons.law.wlu.edu/wlulr/vol56/iss3/3>. Acesso em: 23 jan. 2024).

<sup>99</sup> GANS, David H. **The Keystone of the Arch: the text and history of Article III and the Constitution’s Promise of Access to Courts**. Constitutional Accountability Center, 2016. Disponível em: [https://www.theusconstitution.org/wp-content/uploads/2017/12/Keystone\\_of\\_the\\_Arch.pdf](https://www.theusconstitution.org/wp-content/uploads/2017/12/Keystone_of_the_Arch.pdf). Acesso em: 28 jul. 2023, p. 8, citando expressamente o historiador Gordon Wood.

<sup>100</sup> WOOD, Gordon S. The origins of judicial review revisited, or how the Marshall Court made more out of less. *Wash. & Lee L. Rev*, 787, 1999, p. 793. Disponível em: <https://scholarlycommons.law.wlu.edu/wlulr/vol56/iss3/3>. Acesso em: 23 jan. 2024.

adequados aos tempos daquela época<sup>101</sup>. Conseguir que os americanos acreditassesem que os juízes deveriam ter independência e seriam parte essencial nos governos democráticos, tendo estatura igual à dos legisladores e membros eleitos do poder executivo, bem como fazer valer a ideia da chamada *judicial review*, foi, sem dúvidas, uma grande mudança<sup>102</sup>.

Se no plano constitucional se vê, especialmente no âmbito da justiça federal, ao menos a possibilidade<sup>103</sup> de conceber um direito de acesso ao judiciário, no plano infraconstitucional a situação é literalmente deixada à mercê da própria legislação. Em situação semelhante à perspectiva concretista, de origem romana<sup>104</sup>, após se desenvolver a ideia dos *writs* no *common law*, em que havia uma grande dependência do agir do judiciário ao direito material e ao formalismo inerente ao procedimento historicamente atrelado ao campo substancial<sup>105</sup>, o que se observa hoje no plano infraconstitucional dos Estados Unidos é a ideia do direito ação (*right of action*) oriundo da previsão legal e, principalmente, da ocorrência de determinado fato concreto<sup>106</sup>.

<sup>101</sup> WOOD, Gordon S. The origins of judicial review revisited, or how the Marshall Court made more out of less. *Wash. & Lee L. Rev.*, 787, 1999, p. 793. Disponível em: <https://scholarlycommons.law.wlu.edu/wlulr/vol56/iss3/3>. Acesso em: 23 jan. 2024.

<sup>102</sup> WOOD, Gordon S. The origins of judicial review revisited, or how the Marshall Court made more out of less. *Wash. & Lee L. Rev.*, 787, 1999, p. 793. Disponível em: <https://scholarlycommons.law.wlu.edu/wlulr/vol56/iss3/3>. Acesso em: 23 jan. 2024.

<sup>103</sup> Mesmo que para alguns inexista uma norma constitucional expressa a respeito desse ponto, tal como é o caso de Thomas R. Phillips (PHILLIPS, Thomas R. The Constitutional Right to a Remedy. *New York University Law Review*. Vol 78, number 4, october 2003, p. 1310).

<sup>104</sup> Segundo Clark H. Timerman, tanto no direito inglês quanto no direito romano, as formas procedimentais existentes para sanar os erros são conhecidas como “actions” (TIMERMAN, Clark H. *The Philosophy of Code Pleading (1889)*. Historical Theses and Dissertations Collection. Paper 167, n. p. Disponível em: [https://scholarship.law.cornell.edu/historical\\_theses/167/](https://scholarship.law.cornell.edu/historical_theses/167/). Acesso em: 28 jul. 2023). Inevitavelmente, sob um olhar latino-americano, é perceptível a influência romana na forma de pensar fenômenos semelhantes a uma visão de direito de ação. Apontando essa influência, à luz da perspectiva estadunidense: CLARK, Charles E. History, Systems and Functions of Pleading. *Virginia Law Review*. Vol. 11, nº 7, maio de 1925. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1065579>. Acesso em: 28 jul. 2023, p. 522-523. De acordo com José Rogério Cruz e Tucci, entretanto, ainda que seja possível falar em uma origem comum, “o sistema do *common law* e a experiência jurídica romana evoluíram sob circunstâncias históricas peculiares e totalmente heterogêneas” (TUCCI, José Rogério Cruz e. *Direito Processual Civil: Entre Comparação e Harmonização*. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p. 273).

<sup>105</sup> De acordo com Anthony J. Bellia Jr. e Bradford R. Clark, cada *writ* teria o seu procedimento específico, a ser possível dizer que cada “form of proceeding was its own miniature legal system” (BELLIA JR., Anthony J.; CLARCK, Bradford R. The original source of the cause of action in federal courts: the example of the alien tort statue. *Virginia Law Review*, vol. 101, nº 3, maio de 2015, p. 609-689, disponível em: <https://www.jstor.org/stable/24363261>. Acesso em: 26 jul. 2023, p. 634).

<sup>106</sup> Veja-se, por exemplo, a definição de *cause of action*, trazida por Charles E. Clark: “the cause of action is an aggregate of operative facts, a serie of acts or events, which gives rise to one or more legal relations of right-duty enforceable in the courts” (CLARK, Charles E. The Code Cause of Action. *The Yale Law Journal*, jun, 1924, vol. 33, N. 8, p. 828. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/788211>. Acesso em: 28 jul. 2023). Por sua vez, eis a definição de McCaskill, apontando a ampla relação com os fatos da causa: “I think we are now prepared to give a fairly accurate definition of the cause of action. It is that group of operative facts which, standing alone, would show a single right in the plaintiff and a single delict to that right giving cause for the state, through its courts, to afford relief to the party or parties whose right was invade” (MCCASKILL, O. L. Actions and Causes

Ante a grande complexidade e variação de compreensões sobre o tema<sup>107</sup>, esta pesquisa apenas se limitará a demonstrar que no direito norte-americano as concepções de ação (e outras similares) são intrinsecamente ligadas ao direito material e ao caso a caso<sup>108</sup>. O sistema dá grande relevo à chamada *cause of action*, que é um conceito fundamental para entender a dinâmica do *right of action* no referido país.

Segundo interpretação nossa da explicação feita por Anthony J. Bellia Jr. e Brandford R. Clark, a noção de *cause of action* pode ser definida, sem prejuízo de outras utilizações dessa expressão, como o conjunto de fatos que, à luz do ordenamento, permite a utilização de um remédio judicial, ou, em outras palavras, a utilização de um procedimento judicial. Quando o direito estabelece um remédio para determinada situação e nela os fatos vivenciados por uma pessoa se encaixam, será possível se falar em *cause of action*, a se permitir a utilização de um procedimento para tutelar o fato em questão<sup>109\_110\_111</sup>. Inclusive, cada procedimento atinente a

of Action. **The Yale Journal**, vol. 34, n. 6, abril, 1925, p. 639. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/788866>. Acesso em: 28 jul. 2023.

<sup>107</sup> Eis um marcante exemplo das discussões conceituais sobre a noção de “*cause of action*”, que logo a seguir será explicada: MCCASKILL, O. L. **Actions and Causes of Action**. *The Yale Journal*, vol. 34, n. 6, abril, 1925, p. 615-639. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/788866>. Acesso em: 28 jul. 2023. Também investigando uma série de conceituações: CLARK, Charles E. The Code Cause of Action. **The Yale Law Journal**, jun, 1924, vol. 33, N. 8, p. 823-828. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/788211>. Acesso em: 28 jul. 2023.

<sup>108</sup> Apontando que é essa a perspectiva que vigora atualmente, eis a afirmação feita por Bellia Jr. e Anthony Clarck: “Today, we consider the cause of action to be governed by substantive law. We typically ask whether a person who has suffered an injury is legally entitled to request a judicial remedy for that injury. If so, that person has a cause of action” (BELLIA JR., Anthony J.; CLARCK, Bradford R. The original source of the cause of action in federal courts: the example of the alien tort statue. **Virginia Law Review**, vol. 101, nº 3, maio de 2015, p. 609-689, p. 631. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/24363261>. Acesso em: 26 jul. 2023)

<sup>109</sup> BELLIA JR., Anthony J.; CLARCK, Bradford R. The original source of the cause of action in federal courts: the example of the alien tort statue. **Virginia Law Review**, vol. 101, nº 3, maio de 2015, p. 609-689, p. 631. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/24363261>. Acesso em: 26 jul. 2023.

<sup>110</sup> Entretanto, no século XVIII, a *cause of action* não preexistia a demanda. Ela era, em verdade, deduzida da demanda (BELLIA, Anthony J. Justice Scalia, Implied Rights of Action, and Historical Practice. **Notre Dame Law Review**, vol. 92, 2017, p. 2092. Disponível em: [https://scholarship.law.nd.edu/law\\_faculty\\_scholarship/1314](https://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/1314). Acesso em: 23 jan. 2024).

<sup>111</sup> O problema, contudo, é que o conceito aqui analisado não é tão simples quanto possa parecer. Segundo relatam Jack H. Friedenthal, Mary Kay Kane, Arthur R. Miller e Adam N. Steinman, o termo *cause of action* é ambíguo e fruto de uma grave discordância entre os juristas e até mesmo entre as cortes, isso sem falar na sua existência em diversos códigos, relacionando-se com outros temas. Os referidos autores chegam a mencionar que há duas vertentes teóricas que possibilitam uma maior operacionalidade do conceito. A primeira seria a do *primary right*, que relaciona a *cause of action* à natureza jurídica da lesão alegada em juízo. A segunda seria a do *aggregate of operative facts*, que define a *cause of action* à luz dos fatos judicializados, não precisando atender a formulações técnicas específicas. Nessa segunda teoria, os fatos são trazidos a juízo e a eles se aplica *all the law* que for possível. Se alguma teoria jurídica for aplicável a esses fatos, haverá a *cause of action*.

Mesmo se tratando de duas vertentes teóricas respeitáveis, ambas são passíveis de problemas. Ademais, ainda é possível se falar numa terceira corrente, difundida jurisprudencialmente, que seria uma espécie de reação à teoria dos *aggregate of operative facts*. Trata-se da *theory of the pleadings*, segundo a qual é necessário que o demandante especifique a base jurídica que consubstancia seu pleito, o que evidenciaría uma espécie de *reversion to the common-law system* (esse que presumia a escolha de uma determinada teoria jurídica no momento de escolha do *writ*; e se a escolha fosse incompatível com os fatos alegados na demanda, o procedimento não prosseguia) (FRIEDENTHAL, Jack H; KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur R; STEINMAN, Adam N. **Civil Procedure**. 6<sup>a</sup> ed. St. Paul: West Academic Publishing, 2021, p. 253-255).

determinada situação que pode dar origem a uma *cause of action* varia a depender do Estado americano. Modificando-se o cenário normativo, altera-se a previsão hábil a dar origem à *cause of action*. Segundo Bellia, a *cause of action* que faz surgir o *right of action* configura-se historicamente como matéria de lei local, e não de lei nacional<sup>112</sup>, embora haja também *causes of action* no âmbito federal, de grande relevância para o sistema.

Tanto é assim que foi no campo da justiça federal que se difundiu a chamada teoria dos *implied rights of action*, ganhando notoriedade com o julgamento do caso “*Texas & Pacific Ry, Co. v. Rigsby*”<sup>113</sup> pela Suprema Corte dos Estados Unidos<sup>114</sup>. Nesse julgamento, embora o *Federal Safety Appliance Act* não contivesse previsão expressa de um “direito de ação”<sup>115</sup> a determinados sujeitos, a Suprema Corte entendeu que esse direito estaria implícito no referido diploma<sup>116</sup>. Seria, nas palavras contidas no inteiro teor do julgado, a aplicação da máxima do *uni jus ibi remedium*, que, segundo o site da *Oxford Reference*, pode ser traduzida como “*where there is a right there is a remedy*”<sup>117</sup>. Nessa decisão, é feita uma referência expressa à ideia de que, tal como foi positivado em “*Couch V. Steel*”, julgado em 1854, pelo *Queen's Bench*, da Inglaterra, “*wherever a man has a temporal loss or damage by the wrong of another, he may have an action on the case, to be repaired in damages*”<sup>118-119</sup>.

<sup>112</sup> BELLIA JR., Anthony J.; CLARCK, Bradford R. The original source of the cause of action in federal courts: the example of the alien tort statute. **Virginia Law Review**, vol. 101, nº 3, maio de 2015, p. 609-689, p. 638. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/24363261>. Acesso em: 26 jul. 2023.

<sup>113</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court Of The United States. **U.S. Reports**: Texas & Pacific Ry. V. Rigsby. 241, U.S. 33, 1915, p. 39-40. Disponível em: <https://www.loc.gov/item/usrep241033/>. Acesso em: 25 jan. 2024.

<sup>114</sup> Sobre o tema: FRANKEL, Tamar. Implied rights of action. **Virginia Law Review**, vol. 67, No. 3, p. 553-585, abril de 1981, p. 555-556. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1072898>. Acesso em: 24 jan. 2024; BELLIA, Anthony J. Justice Scalia, Implied Rights of Action, and Historical Practice. **Notre Dame Law Review**, vol. 92, 2017, p. 2092. Disponível em: [https://scholarship.law.nd.edu/law\\_faculty\\_scholarship/1314](https://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/1314). Acesso em: 23 jan. 2024; FAZZONE, Patrick B. Implied rights of action in federal legislation: harmonization within the statutory scheme. **Duke Law Journal**. Vol. 928, 1980, p. 929. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2754&context=dlj>. Acesso em: 24 jan. 2024.

<sup>115</sup> Ou, mais adequadamente, uma possibilidade de configuração de uma *cause of action* para dar origem ao direito de ação (*right of action*).

<sup>116</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court Of The United States. **U.S. Reports**: Texas & Pacific Ry. V. Rigsby. 241, U.S. 33, 1915, p. 39-40. Disponível em: <https://www.loc.gov/item/usrep241033/>. Acesso em: 25 jan. 2024.

<sup>117</sup> OXFORD REFERENCE. *Ubi jus ibi remedium*. Disponível em: <https://www.oxfordreference.com/display/10.1093/oi/authority.20110803110448446>. Acesso em: 30 jan. 2024.

<sup>118</sup> INGLATERRA. Court of Queen's Bench. Couch vs. Steel. Hilary Term, January, 1854. The American Law Register (1852-1891), Sep., 1854, Vol. 2, No. 11 (Sep., 1854), p. 691. Published by: **The University of Pennsylvania Law Review**. Fonte: <https://www.jstor.org/stable/3301829>. Acesso em: 25 jan. 2024.

<sup>119</sup> Para uma explicação histórica das Cortes inglesas, consultar: HAZARD, Geoffrey C; TARUFFO, Michelle. **American civil procedure: an introduction**. New Haven: Yale University Press, 1993, p. 6-10. Essa obra foi traduzida para português, com importante comparação com o direito brasileiro, por Daniel Mitidiero. (HAZARD, Geoffrey C; TARUFFO, Michelle; MITIDIERO, Daniel. **A Justiça Civil: dos Estados Unidos ao Brasil**: tradução, atualização, apresentação e comparação com o Direito brasileiro por Daniel Mitidiero. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 25-27).

Observa-se que no plano da justiça federal, por grande influência do *Justice Scalia*<sup>120</sup>, há uma tendência de compreender que somente seria possível existir um *implied private right of action* oriundo de um estatuto legal se for constatado que o congresso americano assim queria, e, para aferir essa “vontade”, seria necessária a utilização de métodos textuais de interpretação<sup>121</sup>. Isso serviu de limitação ao acesso às cortes federais<sup>122</sup>.

No entanto, o que chama a atenção é a clara ideia de que o direito de ação deve ser extraído muitas vezes do ordenamento infraconstitucional, e surgirá a depender do caso concreto. Logo, é plenamente possível a afirmação de que um determinado fato, à luz do direito, não produz o chamado direito de ação, em uma perspectiva que pode ser considerada concretista, isso se for analisada sob a ótica das teorias europeias.

Paralelamente a isso, segundo destaca Patrick John McGinley, em posição que, de forma indireta, destoa da manifestada por David H. Gans<sup>123</sup>, a Constituição americana não contaria com uma cláusula *open courts ou remedies* tal como ocorreria nas Constituições de quarenta

<sup>120</sup> Para ter uma noção de sua perspectiva, antes de integrar a Suprema Corte Americana, consultar: SCALIA, Antonin. The doctrine of standing as an essential element of the separation of powers. **Suffolk University Law Review**. Vol. 17, N. 4, 1983, p. 881-900. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/sufflr17&div=62&id=&page=>. Acesso em: 28 jul. 2023.

<sup>121</sup> BELLIA, Anthony J. Justice Scalia, Implied Rights of Action, and Historical Practice. **Notre Dame Law Review**, vol. 92, 2017. Disponível em: [https://scholarship.law.nd.edu/law\\_faculty\\_scholarship/1314](https://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/1314). Acesso em: 23 jan. 2024, p. 2104.

<sup>122</sup> Sobre o tema: GANS, David H. **The Keystone of the Arch:** the text and history of Article III and the Constitution’s Promise of Access to Courts. Constitutional Accountability Center, 2016, p. 38-50. Disponível em: [https://www.theusconstitution.org/wp-content/uploads/2017/12/Keystone\\_of\\_the\\_Arch.pdf](https://www.theusconstitution.org/wp-content/uploads/2017/12/Keystone_of_the_Arch.pdf). Acesso em: 28 jul. 2023.

<sup>123</sup> Conforme já adiantado, Gans entende que o art. III da Constituição Americana estabeleceria a chamada *cheiking function*, que serviria para propiciar um amplo acesso à justiça no âmbito das Cortes Federais. Nas suas palavras: “Article III’s grant of judicial power to the federal courts would ensure that our new nation would not relive the experiences of government under the Articles of Confederation, when federal laws were effectively a dead letter. In the Framers’ conception of separation of powers, the courts had a critical role to play in protecting freedom, stopping abuse of power, and ensuring that our nation lived according to the rule of law” (GANS, David H. **The Keystone of the Arch:** the text and history of Article III and the Constitution’s Promise of Access to Courts. Constitutional Accountability Center, 2016, p. 54. Disponível em: [https://www.theusconstitution.org/wp-content/uploads/2017/12/Keystone\\_of\\_the\\_Arch.pdf](https://www.theusconstitution.org/wp-content/uploads/2017/12/Keystone_of_the_Arch.pdf). Acesso em: 28 jul. 2023).

estados<sup>124</sup> dos Estados Unidos<sup>125</sup>. Esse tipo de cláusula (*open courts*) serviria para estabelecer a necessidade de as cortes jurisdicionais estarem abertas a todas as pessoas que sofressem danos jurídicos (e, acrescenta-se, ameaças).

Enquanto alguns estados americanos entendem que esse tipo de cláusula, no seu contexto, apenas garantiria um formal acesso ao judiciário, a ser classificada como *Procedural Open Courts Clause*<sup>126</sup>, outros compreendem que, mediante esse tipo de previsão normativa, se estabeleceria um direito ao remédio judicial, que o autor chama de “*Substantive Open Courts Clause*”<sup>127</sup>. A depender do caso, esse direito resistiria até mesmo a atos do legislativo que visassem a criar obstáculos para o acesso à tutela jurídica, sejam materiais, sejam procedimentais<sup>128</sup>.

Conforme destaca Thomas R. Phillips, dos quarenta Estados, é possível identificar cerca de trinta e duas versões diferentes de *Open Courts Clause*, com duas variações de natureza

<sup>124</sup> Eis uma lista feita por Thomas R. Phillips com as abreviações (das Constituições estaduais) e as indicações dos respetivos dispositivos que corresponderiam a cláusulas *open courts*: “Ala. Const. art. I, § 13; Ariz. Const. art. II, § 11; Ark. Const. art. II, § 13; Colo. Const. art. II, § 6; Conn. Const. art. I, § 10; Del. Const. art. I, § 9; Fla. Const. art. I, § 21; Ga. Const. art. I, § 1, para. 12; Idaho Const. art. I, § 18; Ill. Const. art. I, § 12; Ind. Const. art. I, § 12; Kan. Const. Bill of Rights, § 18; Ky. Const. § 14; La. Const. art. I, § 22; Me. Const. art. I, § 19; Md. Const. Decl. of Rights, art. 19; Mass. Const. pt. I, art. 11; Minn. Const. art. I § 8; Miss. Const. art. III, § 24; Mo. Const. art. I, § 14; Mont. Const. art. II, § 16; Neb. Const. art. I, § 13; N.H. Const. pt. I, art. 14; N.C. Const. art. I, § 18; N.D. Const. art. I, § 9; Ohio Const. art. I, § 16; Okla. Const. art. II, § 6; Or. Const. art. I, § 10; Pa. Const. art. I, § 11; R.I. Const. art. I, § 5; S.C. Const. art. I, § 9; S.D. Const. art. VI, § 20; Tenn. Const. art. I, § 17; Tex. Const. art. I, § 13; Utah Const. art. I, § 11; Vt. Const. ch. I, art. 4; Wash. Const. art. I, § 10; W. Va. Const. art. III, § 17; Wis. Const. art. I, § 9; Wyo. Const. art. I, § 8” (PHILLIPS, Thomas R. The Constitutional Right to a Remedy. **New York University Law Review**. Vol 78, number 4, october 2003, p. 1310-1311). Trazendo igual afirmação: GADSON, Marcus Alexabder. Theseus in the Labyrinth: how state Constitutions can slay the procedural minotaur. **Washington Law Review**, vol. 98, nº 1, 2023, p. 2-3, 11 e 50-51.

<sup>125</sup> MCGINLEY, Patrick John. Results from the laboratories of democracy: evaluating the substantive open courts clause as found in state constitutions. **Albany Law Review**, Vol. 82, nº 4, setembro de 2019, p. 1453-1454. Afirmando que a Constituição Americana não prevê o que ele chama de direito de acesso às cortes para obter um remédio para uma lesão (“right of access to the courts to obtain a remedy for injury”): PHILLIPS, Thomas R. The Constitutional Right to a Remedy. **New York University Law Review**. Vol 78, number 4, october 2003, p. 1310.

<sup>126</sup> “The more nascent interpretation of the Open Courts Clause establishes a procedural right. This Procedural Open Courts Clause can be likened to a physical access right. The courts, in their physical sense, stand open and accessible to the state’s citizens. States embracing the Procedural Open Courts Clause strike down legislation transferring traditional lawsuits to less traditional venues such as arbitration, binding mediation, or administrative law tribunals. Five of the 40 states with an Open Courts Clause interpret it to contain only a Procedural Open Courts Clause” (MCGINLEY, Patrick John. Results from the laboratories of democracy: evaluating the substantive open courts clause as found in state constitutions. **Albany Law Review**, Vol. 82, nº 4, setembro de 2019, p. 1461).

<sup>127</sup> “A more advanced interpretation of the Open Courts Clause protects existing causes of action from being abolished by state legislatures. This Substantive Open Courts Clause protects certain causes of action from being eliminated unless a replacement is offered” (MCGINLEY, Patrick John. Results from the laboratories of democracy: evaluating the substantive open courts clause as found in state constitutions. **Albany Law Review**, Vol. 82, nº 4, setembro de 2019, p. 1461).

<sup>128</sup> PHILLIPS, Thomas R. The Constitutional Right to a Remedy. **New York University Law Review**. Vol 78, number 4, october 2003, p. 1461.

preponderante. Onze estados usam uma linguagem bastante ligada à do século XXVII<sup>129</sup>, enquanto vinte e sete estados adotam versões mais compactas<sup>130</sup>, todas elas tendo, em diversas graduações, a finalidade de afastar impedimentos processuais ao acesso à justiça ou vedar modificações de direito material que dificultem o surgimento de *causes of action* ou *remedies*<sup>131</sup>.

Nesse sentido, Phillips, que foi *Chief Justice* da Suprema Corte do Texas<sup>132</sup>, destaca a atuação relevante das Cortes estaduais em uma série de situações que serviriam de impeditivo ao acesso efetivo à justiça nos mais variados ramos. Desde temas relacionados ao procedimento do *discovery*, passando por tentativas de estabelecer imunidades indevidas a municípios, até mesmo em relação a tentativas de vedação a demandas por negligência<sup>133</sup>. Seja no campo procedural, seja no campo do direito material, a atuação das cortes tem efetivado o direito de acesso ao judiciário, ainda que sem a fixação de parâmetros uniformes<sup>134-135</sup>.

### 2.2.3 Conclusão Preliminar

Embora o direito estadunidense tenha contato e se valha de uma noção que pode ser inserida no bojo das teorias da ação, ainda assim há a desconsideração de diversas discussões travadas na Europa e na América Latina, o que possibilita que tal país siga um caminho teórico verdadeiramente singular, pautado na ideia de *right of action*, *cause of action* e *writ*, não obstante posteriores mudanças de compreensão quanto a esse último instituto.

<sup>129</sup> Segundo o autor, a redação dessas Constituições segue a linha do seguinte trecho: “*That every person for every injury done him in his goods, land or person, ought to have remedy by the course of the law of the land and ought to have justice and right for the injury done to him freely without sale, fully without any denial, and speedily without delay, according to the law of the land*” (PHILLIPS, Thomas R. The Constitutional Right to a Remedy. **New York University Law Review**. Vol 78, number 4, october 2003, p., p. 1311).

<sup>130</sup> Novamente, segundo o autor, a redação mais compacta seria escrita da seguinte forma: “*That all courts shall be open, and every person, for an injury done him in his person, property or reputation, shall have remedy by the due course of the law*” (PHILLIPS, Thomas R. The Constitutional Right to a Remedy. **New York University Law Review**. Vol 78, number 4, october 2003, p. 1311).

<sup>131</sup> PHILLIPS, Thomas R. The Constitutional Right to a Remedy. **New York University Law Review**. Vol 78, number 4, october 2003, p. 1311.

<sup>132</sup> Vide primeira nota de rodapé contida em: PHILLIPS, Thomas R. The Constitutional Right to a Remedy. **New York University Law Review**. Vol 78, number 4, october 2003, p. 1309.

<sup>133</sup> PHILLIPS, Thomas R. The Constitutional Right to a Remedy. **New York University Law Review**. Vol 78, number 4, october 2003, p. 1312.

<sup>134</sup> PHILLIPS, Thomas R. The Constitutional Right to a Remedy. **New York University Law Review**. Vol 78, number 4, october 2003, p. 1313.

<sup>135</sup> A afirmação de Phillips, contudo, não serve para infirmar a marcante crise de acesso à justiça existente nos Estados Unidos. Sobre o tema: GADSON, Marcus Alexander. Theseus in the Labyrinth: how state Constitutions can slay the procedural minotaur. **Washington Law Review**, vol. 98, nº 1, 2023, *passim*.

Com o desenvolvimento das perspectivas teóricas, começam a se difundir noções relacionadas ao acesso ao judiciário que acabam sendo relativamente apartadas da ideia essencial do *right of action*. É o caso da noção de *open clause* e das reflexões acerca da influência ou não das constituições (federal e estaduais) no âmbito da concretização do acesso à justiça pelos cidadãos.

Daí que surgem, portanto, algumas importantes perguntas.

Considerando que em uma das principais potências econômicas do mundo os debates europeus sobre a ação foram de certa forma secundarizados, senão verdadeiramente ignorados, realmente faria sentido a adoção dessas intermináveis discussões? De igual modo, mesmo sem absorver toda a contenda sobre a ação, e seguir adotando uma noção própria que, sob uma perspectiva estrangeira, poderia ser considerada como “concreta”, os problemas apontados pela doutrina desse país não serviriam de alerta para os gargalos inerentes a tal instituto, especialmente no que diz respeito ao acesso à justiça?

Por fim, se nesse mesmo país observa-se o surgimento de perspectivas constitucionais a respeito das garantias do acesso ao judiciário, que não se confundem em termos ontológicos com o *right of action*, mas que exercem uma das suas principais funções, que é a de garantir o acesso à justiça, será que no Brasil também não se deve ter mais atenção a esse exemplo, visto que até mesmo nos dias atuais se vê a proliferação de perspectivas concretas na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça?<sup>136</sup>.

A resposta que pode se dar a todas elas é a de que o exemplo dos Estados Unidos serve ao menos de alerta a respeito da ausência de essencialidade dos debates clássicos mencionados nesta tese a respeito da ação. Joga-se uma luz sobre essa realidade, a partir do momento em que

<sup>136</sup> Eis o trecho de julgado da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, do ano de 2024: “Este Superior Tribunal firmou o entendimento de que tal dispositivo legal remete ao princípio da *actio nata*, segundo o qual o direito de ação surge com a efetiva lesão do direito tutelado, quando nasce a pretensão a ser deduzida em juízo, acaso resistida” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. **Edel no AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2177921-RJ**. Relator: Ministro Sérgio Kukina. Julgado em 04 de junho de 2024. Publicado em: 13/06/2024, p. 13 do acórdão, atinente ao voto do Relator). Tal afirmação positiva uma noção concreta do direito de ação, valendo aqui o destaque de que o Relator é uma grande referência no campo do direito processual civil, sua especialidade. No ano de 2020, também a mesma Primeira Turma, dessa vez em processo sob a relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, positivou em um dos seus julgados o seguinte: “[...] deve-se lembrar que a prescrição tem início na data do nascimento da pretensão e da ação, que ocorre com a lesão ao direito” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. **AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1615087 – PR**. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Julgado em 31/08/2020. Publicado em: 03/09/2020, p. 5 do acórdão, atinente ao voto do Relator). Percebe-se que no trecho em questão há a clara positivação de uma perspectiva concreta do direito de ação, na linha da ideia de que o seu nascimento ocorre apenas na violação de determinado direito. Essa perspectiva, inclusive, também já foi positivada pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no âmbito do julgamento do Tema Repetitivo 529, em 2013, conforme se observa: “Pelo “princípio da *actio nata*, o direito de ação surge com a efetiva lesão do direito tutelado” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. **RECURSO ESPECIAL Nº 1.2070.439-PR**. Relator: Ministro Castro Meira. Julgado em: 26/06/2013. Publicado em: 02/08/2013, p. 19 do acórdão, atinente ao voto do Relator).

se busca investigar o contexto jurídico do aludido país, a servir de reforço para a refutação da suposta imprescindibilidade ou do caráter fundamental do instituto aqui criticado.

## **2.3 A noção paralela de “direito à tutela judicial efetiva” em países europeus e das amérias**

Outro aspecto que merece ser destacado na presente exposição é o do gradual surgimento de uma nova forma de compreender o direito/poder/possibilidade de acessar o judiciário em diversos outros países, tendo como campo fértil o direito constitucional e o internacional. Essa constatação é importante para evidenciar, entre outros pontos, a perda e relevância que o conceito de ação vem sofrendo ao longo dos anos. É sobre isso que os subcapítulos seguintes versarão.

### **2.3.1 Observações introdutórias**

Considerando a completa impossibilidade de encontrar uma solução minimamente satisfatória a todos teóricos que contribuíram para a formação do conjunto de teorias sobre a ação no plano infraconstitucional, várias constituições no pós-guerra, de maneira paralela a esse conceito, passaram a se preocupar expressamente com o acesso ao judiciário, mas sem a reverberação das discussões teóricas mais complexas do campo processual infraconstitucional a respeito do tema.

Foram os casos da Constituição Italiana (art. 24)<sup>137</sup>, em 1947, da Lei Fundamental Alemã (art. 19)<sup>138</sup>, em 1949, da Constituição Portuguesa (art. 20)<sup>139</sup>, de 1976, e da Constituição

<sup>137</sup> “Articolo 24

*Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi.*

*La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento.*

*Sono assicurati ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione. La legge determina le condizioni e i modi per la riparazione degli errori giudiziari.”* (ITALIA. Senato della Repubblica. **La Costituzione**. Disponível em: <https://www.senato.it/istituzione/la-costituzione/parte-i/titolo-i/articolo-24>. Acesso em: 30 nov. 2023).

<sup>138</sup> “Artigo 19 [...] (4) Toda pessoa, cujos direitos forem violados pelo poder público, poderá recorrer à via judicial. Se não se justificar outra jurisdição, a via judicial será a dos tribunais ordinários. Mantém-se inalterado o artigo 10 §2, segunda frase.” (tradução da versão original alemã: “*Artikel 19 [...] (4) Wird jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt, so steht ihm der Rechtsweg offen. Soweit eine andere Zuständigkeit nicht begründet ist, ist der ordentliche Rechtsweg gegeben. Artikel 10 Abs. 2 Satz 2 bleibt unberührt.*”). Para a tradução e o original, respectivamente: ALEMANHA. Deutscher Bundestag. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**. Edição de Junho de 2022, p. 27. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em 30 nov. 2023; ALEMANHA. Deutscher Bundestag. **Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland**. Disponível em: <https://www.bundestag.de/gg>. Acesso em: 30 nov. 2023.

<sup>139</sup> “Artigo 20.

---

#### Acesso ao direito e tutela jurisdicional efetiva

1. A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos.
2. Todos têm direito, nos termos da lei, à informação e consulta jurídicas, ao patrocínio judiciário e a fazer-se acompanhar por advogado perante qualquer autoridade.
3. A lei define e assegura a adequada proteção do segredo de justiça.
4. Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objeto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo.
5. Para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efetiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos” (PORTUGAL. Assembleia da República. **Constituição da República Portuguesa**. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em: 18 out. 2024); com a ressalva de que originariamente só havia os dois primeiros incisos no art. 20, *vide*: PORTUGAL. Assembleia da República. **Constituição da República Portuguesa de 1976**. Disponível em: [http://app.parlamento.pt/site\\_antigo/livraria/vozes\\_constituint](http://app.parlamento.pt/site_antigo/livraria/vozes_constituint). Acesso em: 18 out. 2024.

Espanhola (art. 24)<sup>140</sup>, de 1978. A essas constituições, somam-se também as do México (art. 17)<sup>141</sup>, da Venezuela (art. 26)<sup>142</sup>, África do Sul (art. 34)<sup>143</sup>, Suíça (art. 29)<sup>144</sup>, Rússia (art. 46)<sup>145</sup> e Angola (art. 29)<sup>146</sup>, por exemplo, isso além da previsão em diversos tratados<sup>147</sup>.

<sup>140</sup> “Artículo 24

*1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.*

*2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. [...]”* (ESPAÑA. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. **Constitución Española**. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>. Acesso em: 30 nov. 2023).

<sup>141</sup> “Artículo 17. Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.

*Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.*

*Siempre que no se afecte la igualdad entre las partes, el debido proceso u otros derechos en los juicios o procedimientos seguidos en forma de juicio, las autoridades deberán privilegiar la solución del conflicto sobre los formalismos procedimentales.*

*El Congreso de la Unión expedirá las leyes que regulen las acciones colectivas. Tales leyes determinarán las materias de aplicación, los procedimientos judiciales y los mecanismos de reparación del daño. Los jueces federales conocerán de forma exclusiva sobre estos procedimientos y mecanismos.*

*Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial.*

*Las sentencias que pongan fin a los procedimientos orales deberán ser explicadas en audiencia pública previa citación de las partes.*

*Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones.*

*La Federación y las entidades federativas garantizarán la existencia de un servicio de defensoría pública de calidad para la población y asegurarán las condiciones para un servicio profesional de carrera para los defensores. Las percepciones de los defensores no podrán ser inferiores a las que correspondan a los agentes del Ministerio Público. [...]”* (MÉXICO. Gobierno de México. **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos**. Disponível em: <https://www.gob.mx/indesol/documentos/constitucion-politica-de-los-estados-unidos-mexicanos-97187>. Acesso em: 02 dez. 2023).

Inicialmente, o artigo aqui transscrito tinha uma redação bem menos comprometida com a garantia do direito a uma tutela judicial. Eis o texto anterior da Constituição Mexicana: “Art. 17.- Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil. Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma ni ejercer violencia para reclamar su derecho. Los tribunales estarán expeditos para administrar justicia en los plazos y términos que fije la ley; su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.”. Posteriormente, a redação foi modificada, para incluir, por exemplo, a expressa previsão de que “Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales [...]”. A reforma que estabeleceu essa primeira mudança ocorreu em 1987 (MÉXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que reforma la de 5 de febrero de 1857**. Fonte: <https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/cpeum/documento/2020-06/CPEUM-017.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2023).

Houve outras modificações posteriores. Entre elas, vale destacar a que positivou o dever de priorizar o mérito em detrimento de formalismos processuais: “Siempre que no se afecte la igualdad entre las partes, el debido proceso u otros derechos en los juicios o procedimientos seguidos en forma de juicio, las autoridades deberán privilegiar la solución del conflicto sobre los formalismos procedimentales”, vide reforma ocorrida em 15 de setembro de 2017 (MÉXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que reforma la de 5 de febrero de 1857**. Fonte: <https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/cpeum/documento/2020-06/CPEUM-017.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2023). Para se ter uma ideia da repercussão dessa última modificação, à luz do conceito de “derecho a la tutela judicial efectiva”, conferir: SÁNCHEZ, Adán Maldonado. La tutela judicial efectiva: las formalidades esenciales

Nesse sentido, consolidou-se uma nova vertente que, tendo como base normativa as próprias cartas fundamentais<sup>148</sup>, serviu de caminho alternativo aos debates sobre a concepção de ação infraconstitucional. A mais difundida é a ideia do “direito à tutela judicial efetiva”<sup>149</sup>, doutrina de grande popularidade na Espanha e que dá origem a outras noções, como é o caso

---

del procedimiento y los formalismos. **Revista del instituto de la Judicatura Federal.** Número 45, enero-junio, 2018, *passim* e, especialmente, p. 68-81. Disponível em: [https://escuelajudicial.cjf.gob.mx/Sitio2016/include/sections/revista/45/5\\_Ad%C3%A1n%20Maldonado%20S%C3%A1nchez.pdf](https://escuelajudicial.cjf.gob.mx/Sitio2016/include/sections/revista/45/5_Ad%C3%A1n%20Maldonado%20S%C3%A1nchez.pdf). Acesso em: 02 dez. 2023).

<sup>142</sup> “Artículo 26: Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos; a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente. El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles” (VENEZUELA. Justia. **Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.** Disponível em: <https://venezuela.justia.com/federales/constitucion-de-la-republica-bolivariana-de-venezuela/titulo-iii/capitulo-i/#articulo-26> . Acesso em: 02 dez. 2023).

<sup>143</sup> “34. Access to courts

*Everyone has the right to have any dispute that can be resolved by the application of law decided in a fair public hearing before a court or, where appropriate, another independent and impartial tribunal or forum”*(ÁFRICA DO SUL. **South African Government. Constitution of the Republic of South Africa.** 1996, Chapter 2: Bill of Rights. Disponível em: <https://www.gov.za/documents/constitution/chapter-2-bill-rights#34> . Acesso em: 20 out. 2024).

<sup>144</sup> “Art. 2º General procedural guarantees

*1º Every person has the right to equal and fair treatment in judicial and administrative proceedings and to have their case decided within a reasonable time.*

*2º Each party to a case has the right to be heard.*

[...]

*Art. 29 a 5 Guarantee of access to the courts*

*In a legal dispute, every person has the right to have their case determined by a judicial authority. (...)*” (Tradução disponível em: SUÍÇA. Fedlex. **Federal Constitution of the Swiss Confederation.** Disponível em: [https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1999/404/en#art\\_29\\_a](https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1999/404/en#art_29_a) . Acesso em: 02 dez. 2023).

<sup>145</sup> “Article 46

*1. Everyone shall be guaranteed judicial protection of his rights and freedoms.*

*2. Decisions and actions (or inaction) of bodies of state authority and local self-government, public associations and officials may be appealed against in court”* (Tradução disponível em: RUSSIA. **The Constitution of the Russian Federation.** Disponível em: <http://www.constitution.ru/en/10003000-03.htm> . Acesso em: 03 dez. 2023).

<sup>146</sup> “Artigo 29.º (Acesso ao direito e tutela jurisdiccional efectiva)

*1. A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiênciam dos meios económicos.*

[...]

*5. Para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos”* (ANGOLA. Governo.gov.ao. **A Constituição.** Disponível em: <https://mtti.gov.ao/ao/angola/a-constituicao/> . Acesso em: 03 dez. 2023).

<sup>147</sup> Vide explicação mais à frente.

<sup>148</sup> Sobre esse ponto: DURÁN, Manuel Carrasco. La definición constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva. **Revista de Derecho Político.** UNED, nº 107, janeiro-abril, p. 13-40, 2020, p. 16. Disponível em: <https://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/27182>. Acesso em: 30 nov. 2023.

<sup>149</sup> Que pode ser observado, por exemplo, no seguinte julgado: ESPANHA, Tribunal Constitucional. Sala Segunda. **Sentencia 82/2022.** Pres. don Juan Antonio Xiol Ríos. Julgamento em 27 de junho de 2022. Boletín Oficial del Estado, n. 181, Viernes, 29 de julho de 2022, p. 110033.

do *principio de tutela jurisdiccional efectiva*, cristalizado em decisão judicial pela Suprema Corte de Justicia do Uruguai<sup>150</sup>.

### 2.3.2 Posicionamentos doutrinários e de cortes estrangeiras

A doutrina do “direito à tutela judicial efetiva” tem um caráter eminentemente constitucionalista, e inevitavelmente busca, muitas vezes de forma velada, isentar-se do complexo e infundável debate sobre os contornos jurídicos do conceito de ação<sup>151</sup>. O foco se torna a efetividade, e não o tecnicismo.

O que se observa dessa perspectiva teórica é a estrita preocupação com a fixação de uma noção que busque, mesmo que com variações, permitir o acesso efetivo do cidadão ao judiciário, à luz de previsões constitucionais. Ademais, o acesso, conforme se antevê, deve ser efetivo, não bastando um simples ingresso formal no procedimento.

Se formos analisar alguns julgados de cortes estrangeiras a respeito do tema, algumas considerações nesse sentido podem ser obtidas.

No cenário do direito português, por exemplo, o Tribunal Constitucional desse país (por meio do seu Acórdão 316/2023, retificado pelo Acórdão 346/2023, de 6 de junho) aponta que há um “princípio da tutela jurisdiccional efetiva”, à luz do art. 20 da Constituição portuguesa, sendo consolidado na sua jurisprudência que esse arquétipo jurídico abrange o (i) o “direito de ação”; (ii) o “direito ao processo”; (iii) o “direito a uma decisão judicial” etc.<sup>152</sup>. Em outro acórdão (nº 174 de 2020), referenciado no julgamento citado anteriormente, essa mesma Corte afirma que o art. 20º da Constituição “garante a todos o acesso ao direito e aos tribunais para defesa de seus direitos e interesses legítimos (1º), impondo ainda que esse direito se efetiva através de um processo equitativo (nº 4)”<sup>153</sup>.

---

<sup>150</sup> URUGUAI. Suprema Corte de Justicia. **Sentencia definitiva nº 576/2017**. IUE: 317-383/2016. Pres.: Dr. Jorge Omar Chediak Gonzalez. Julgado em 8 de maio de 2017, p. 6. Disponível em: <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BNPUBLICA/hojaInsumo2.seam?cid=504189>. Acesso em: 24 nov. 2023.

<sup>151</sup> Isso fica evidente da própria abordagem dos textos sobre o tema, que deliberadamente ignoram todo o profundo debate sobre o direito de ação. Um exemplo: RUIZ, Gerardo Ruiz-Rico. El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en el ordenamiento constitucional español: una perspectiva desde la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. BARRERA, Eloy Espinosa (*et al.*). **Tutela de derechos en sede jurisdiccional**. Lima: Fondo Editorial del Poder Judicial, 2012, p. 16.

<sup>152</sup> PORTUGAL. Tribunal Constitucional de Portugal. 1ª secção. **Acórdão nº 316/2023** (retificado pelo Acórdão 346/2023, de 6 de junho). Relatora: Conselheira Maria Benedita Urbano. Julgamento: 26 de maio de 2023. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20230316.html>. Acesso em 20 nov. 2023.

<sup>153</sup> PORTUGAL. Tribunal Constitucional Português. 1ª secção. **Acórdão 174/2020**. Relatora: Conselheira Maria de Fátima Mata-Mouros. Julgamento: 11 de março de 2020. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20200174.html>. Acesso em: 20 nov. 2023.

Nos dois julgados citados acima nota-se uma perspectiva constitucional que garante o direito de acessar os tribunais, bem como a proteção jurisdicional “eficaz ou de uma tutela judicial efetiva”. Ademais, em relação ao segundo acórdão mencionado, as garantias constitucionais anteriormente listadas abrangeiam a noção de “direito de ação”, que seria um conceito distinto, portanto. O direito de ação estaria, em verdade, abarcado por essas garantias, sendo por elas protegido. Da mesma forma, além desse direito haveria os chamados (i) “direito ao processo”, (ii) “direito a uma decisão judicial sem dilações indevidas e o (iii) “direito a um processo justo baseado nos princípios da prioridade e da sumariedade, no caso daqueles direitos cujo exercício pode ser aniquilado pela falta de medidas de defesa expedidas”<sup>154</sup>.

Em definição do direito de ação, o último julgado em questão afirma que se trataria de “direito subjetivo de levar determinada pretensão ao conhecimento de um órgão jurisdicional”<sup>155</sup>. Ou seja: é uma definição restritiva da ação, considerando a própria conceituação das previsões contidas na Constituição portuguesa. Esse é um dualismo interessante, a refletir a tendência da ideia de direito à tutela judicial efetiva que se disseminou na Europa. Igual entendimento já tinha sido manifestado antes, com praticamente as mesmas palavras, no acórdão 687/2019<sup>156</sup>, de mesma relatoria.

No bojo de um acórdão prolatado em 2023, também é possível ver a ideia de que o “direito de acesso aos tribunais” abrange outros direitos que não somente o de ação<sup>157</sup>. Ou seja, também nesse aresto, da mesma corte, verifica-se que a noção de direito de ação seria restrita, não se configurando como uma exorbitante garantia que abarcaria as mais variadas posições jurídicas processuais. A base jurisprudencial para esse acórdão foi o aresto de nº 616/2018<sup>158</sup>,

---

<sup>154</sup> PORTUGAL. Tribunal Constitucional Português. 1ª secção. **Acórdão 174/2020**. Relatora: Conselheira Maria de Fátima Mata-Mouros. Julgamento: 11 de março de 2020. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20200174.html>. Acesso em: 20 nov. 2023.

<sup>155</sup> PORTUGAL. Tribunal Constitucional Português. 1ª secção. **Acórdão 174/2020**. Relatora: Conselheira Maria de Fátima Mata-Mouros. Julgamento: 11 de março de 2020. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20200174.html>. Acesso em: 20 nov. 2023.

<sup>156</sup> PORTUGAL. Tribunal Constitucional Português. 1ª Secção. **Acórdão 687/2019**. Relatora: Conselheira Maria de Fátima Mata-Mouros. Julgamento em 03 de dezembro de 2019. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20190687.html>. Acesso em: 20 nov. 2023.

<sup>157</sup> PORTUGAL. Tribunal Constitucional Português. 3ª Secção. **Acórdão 747/2023**. Relatora: Conselheira Joana Fernandes Costa. Julgamento em 8 de novembro de 2023. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20230747.html>. Acesso em: 20 nov. 2023.

<sup>158</sup> PORTUGAL. Tribunal Constitucional Português. 1ª Secção. **Acórdão 616/2018**. Relator: Conselheiro **José António Teles Pereira**. Julgamento em 21 de novembro de 2018. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180616.html>. Acesso em: 20 nov. 2023.

esse que, por sua vez, faz referência ao acórdão 271/1995, que já realizava a distinção entre direito de ação e outras normas garantidoras<sup>159</sup>.

Uma observação importante feita no último julgado mencionado acima é a de que o “direito à proteção jurídica”, previsto no artigo 20º da Constituição portuguesa, integra o princípio “material da igualdade” e o próprio “princípio democrático”. Trata-se, portanto, de um elemento integrante desses arquétipos<sup>160</sup>, ou seja, além de ser mais amplo que a ideia de direito de ação, existiriam outras normas que ainda o abarcariam.

Na Espanha, no ano de 2023, o seu Tribunal Constitucional destacou que o direito de acesso à jurisdição se concretiza por meio do direito de ser parte no processo e do direito de poder promover a atividade jurisdicional para dar origem a uma decisão judicial sobre as pretensões deduzidas, tal como se observa da “Sentencia 1/2023”<sup>161</sup>. É de se ressaltar que, para o referido tribunal, o exercício do direito de acesso à jurisdição, por se tratar de *derecho prestacional*, depende das configurações legais estabelecidas pelo legislador, o que permite que ele se sujeite aos *presupuestos y requisitos procesales* estabelecidos legalmente<sup>162</sup>.

Em 2022, esse mesmo Tribunal Constitucional positivou, em referência a diversos outros julgados, que o “direito à tutela judicial efetiva” é condicionado, tratando-se de um direito de obter a prestação jurisdicional pelas vias processuais eventualmente existentes, sujeito a limites legais, desde que eles obedeçam a finalidades razoáveis de proteção de bens e interesses constitucionalmente protegidos<sup>163</sup>.

Por sua vez, no contexto da Alemanha, ao analisar o art. 19, parágrafo 4, da Constituição de seu país, o Tribunal Constitucional Federal Alemão positivou, em 1974, que o referido dispositivo não outorgaria somente a possibilidade abstrata de acesso aos tribunais, mas sim estabeleceria em prol do cidadão um direito ao controle jurisdicional efetivo<sup>164</sup>. Esse mesmo

<sup>159</sup> PORTUGAL. Tribunal Constitucional Português. 1ª Secção. **Acórdão 271/1995**. Rel. Cons. Monteiro Diniz. Julgamento em 30 de maio de 1995. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19950271.html>. Acesso em: 20 nov. 2023.

<sup>160</sup> PORTUGAL. Tribunal Constitucional Português. 1ª Secção. **Acórdão 271/1995**. Rel. Cons. Monteiro Diniz. Julgamento em 30 de maio de 1995. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19950271.html>. Acesso em: 20 nov. 2023.

<sup>161</sup> ESPANHA. Tribunal Constitucional. Sala Segunda Sentencia 1/2023. Pres. dona Inmaculada Montalbán Huertas. Julgamento em 6 de febrero de 2023. **Boletín Oficial del Estado**, n. 61, Lunes, 13 de marzo de 2023, p. 37454.

<sup>162</sup> ESPANHA. Tribunal Constitucional. Sala Segunda Sentencia 1/2023. Pres. dona Inmaculada Montalbán Huertas. Julgamento em 6 de febrero de 2023. **Boletín Oficial del Estado**, n. 61, Lunes, 13 de marzo de 2023, p. 37454.

<sup>163</sup> ESPANHA, Tribunal Constitucional. Sala Segunda. **Sentencia 82/2022**. Pres. don Juan Antonio Xiol Ríos. Julgamento em 27 de junho de 2022. Boletín Oficial del Estado, n. 181, Viernes, 29 de julho de 2022, p. 110033.

<sup>164</sup> SCHWABE, Jürgen. **Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán**: Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe. Distrito Federal: Konrad Adenauer Stiftung, 2009, p.

entendimento foi reiterado anos depois, em 2001, no sentido de que o cidadão, à luz do referido dispositivo, teria direito à proteção jurídica mais completa possível por parte dos tribunais, o que deve ser garantido desde o âmbito legislativo<sup>165</sup>.

Segundo aponta Martin Ibler, o art. 19.4 da Constituição alemã<sup>166</sup> apenas garante a tutela jurisdicional contra atos da administração pública. Esse dispositivo, pela sua redação, não resguarda a tutela jurídica contra todo e qualquer ato no âmbito do processo civil, daí por que, para todos os casos, a norma a tutelar esse direito seria extraída do princípio do Estado de Direito, previsto no art. 20.3 da Constituição alemã<sup>167-168-169</sup>. Conforme explicou Othmar Jauernig, com base no art. 103, I, da Constituição alemã, também haveria, à luz do entendimento do próprio Tribunal Constitucional, o “direito a ser ouvido”. Esse direito seria algo distinto da noção de ação e, ademais, segundo Jauernig, seria um elemento fundamental dos ordenamentos processuais<sup>170</sup>.

Deslocando-se da Alemanha para o México, no âmbito da atuação da *Suprema Corte de Justicia de la Nación*, em 2007, mediante a *Tesis de jurisprudencia 42/2007*<sup>171</sup>, foi fixado que a garantia à tutela jurisdicional poderia ser definida como um direito público subjetivo

<sup>165</sup> Caso explicado pelo autor: “Sentencia de la Segunda Sala, del 24 de abril, 1974 de conformidad con el § 24 BVerfGG –BvR 236, 245, 308/74.”.

<sup>166</sup> SCHWABE, Jürgen. **Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán:** Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe. Distrito Federal: Konrad Adenauer Stiftung, 2009, p. 464. Julgamento explicado pelo autor: “Resolución de la Segunda Sala, del 5 de diciembre, 2001 –2 BvR 527/99, 2 BvR 1337/00, 2 BvR 1777/00”.

<sup>167</sup> Eis a tradução: “Toda pessoa, cujos direitos forem violados pelo poder público, poderá recorrer à via judicial. Se não se justificar outra jurisdição, a via judicial será a dos tribunais ordinários. Mantém-se inalterado o artigo 10 §2, segunda frase” (ALEMANHA. Deutscher Bundestag. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**. Edição de junho de 2022, p. 27 Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2024).

<sup>168</sup> IBLER, Martin. El derecho a la tutela judicial en el Estado de Derecho de la Ley Fundamental de Bonn. Especial consideración del Derecho de exámenes. **Cuadernos Constitucionales de La Cátedra Fadrique Furió**. Ceriol 22/23, S. 185-201, Valência, 1998, p. 185.

<sup>169</sup> Eis a tradução desse dispositivo: “O poder legislativo está submetido à ordem constitucional; os poderes executivo e judiciário obedecem à lei e ao direito” (ALEMANHA. Deutscher Bundestag. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**. Edição de junho de 2022, p. 29 Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2024).

<sup>170</sup> O autor desta tese teve a oportunidade de conversar presencialmente, em 2025, com a Juíza Rhona Fetzer, que à época era Justice do Segundo Senado da Corte Constitucional Alemã. De acordo com a opinião dessa magistrada, para se estabelecer uma perspectiva de acesso à jurisdição sob a ótica constitucional, o art. 19.4 e o art. 20.3 da Constituição Alemã são conjugados também com o art. 2.1 dessa mesma Carta, esse último que estabelece que todas as pessoas são iguais perante a lei (“Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich”).

<sup>171</sup> JAUERNIG, Othmar. **Direito processual civil**. 25<sup>a</sup> ed., totalmente refundida da obra criada por Friedrich Lent. Trad. Silveira Ramos. Coimbra: Almedina, 2002, p. 167.

<sup>172</sup> MÉXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. **Tesis 42/2007**. Primera Sala. Aprovada em 14 de março de 2007. Disponível em: [https://bj.scjn.gob.mx/doc/tesis/FfVpMHYBN\\_4klb4H1vBs/Tesis%20de%20jurisprudencia%2042/2007](https://bj.scjn.gob.mx/doc/tesis/FfVpMHYBN_4klb4H1vBs/Tesis%20de%20jurisprudencia%2042/2007). Acesso em: 26 nov. 2023.

fundamental, que toda pessoa teria, de acessar os tribunais com o fim de obter uma decisão sobre a pretensão e, após isso, com o objetivo de executar essa decisão<sup>172</sup>.

Em análise a alguns dos julgados que dão origem a essa tese, no primeiro deles, o “*Amparo directo en revisión 1679/2003*”, após uma reflexão sobre a previsão contida no art. 17 da Constituição Mexicana, concluem os julgadores que seria possível extrair do referido dispositivo constitucional garantias como a da (i) proibição de autotutela ou de fazer justiça pelas próprias mãos; (ii) direito à tutela jurisdiccional; (iii) abolição de custas judiciais etc. No âmbito específico do direito à tutela jurisdiccional, elencado como “ii” anteriormente, a corte mexicana entendeu que ela deve ser definida da forma indicada acima: direito público subjetivo, atinente a todas as pessoas<sup>173</sup>. Esse posicionamento foi reiterado nos julgamentos do “*Amparo directo en revisión 806/2004*”<sup>174</sup>, do “*Amparo directo en revisión 1158/2005*”<sup>175</sup>, do “*Amparo directo en revisión 11394/2005*”<sup>176</sup> e do “*Amparo directo en revisión 631/2006*”<sup>177</sup>.

<sup>172</sup> Eis a íntegra da Tese: “*La garantía a la tutela jurisdiccional puede definirse como el derecho público subjetivo que toda persona tiene, dentro de los plazos y términos que fijen las leyes, para acceder de manera expedita a tribunales independientes e imparciales, a plantear una pretensión o a defenderse de ella, con el fin de que a través de un proceso en el que se respeten ciertas formalidades, se decida sobre la pretensión o la defensa y, en su caso, se ejecute esa decisión. Ahora bien, si se atiende a que la prevención de que los órganos jurisdiccionales estén expeditos -desembarazados, libres de todo estorbo- para impartir justicia en los plazos y términos que fijen las leyes, significa que el poder público -en cualquiera de sus manifestaciones: Ejecutivo, Legislativo o Judicial- no puede supeditar el acceso a los tribunales a condición alguna, pues de establecer cualquiera, ésta constituiría un obstáculo entre los gobernados y los tribunales, por lo que es indudable que el derecho a la tutela judicial puede conculcarse por normas que impongan requisitos impeditivos u obstaculizadores del acceso a la jurisdicción, si tales trabas resultan innecesarias, excesivas y carentes de razonabilidad o proporcionalidad respecto de los fines que lícitamente puede perseguir el legislador. Sin embargo, no todos los requisitos para el acceso al proceso pueden considerarse inconstitucionales, como ocurre con aquellos que, respetando el contenido de ese derecho fundamental, están enderezados a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardan la adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida, como es el caso del cumplimiento de los plazos legales, el de agotar los recursos ordinarios previos antes de ejercer cierto tipo de acciones o el de la previa consignación de fianzas o depósitos*” (MÉXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. **Tesis 42/2007**. Primera Sala. Aprovada em 14 de março de 2007. Disponível em: [https://bj.scjn.gob.mx/doc/tesis/FfVpMHYBN\\_4klb4H1vBs/Tesis%20de%20jurisprudencia%2042/2007](https://bj.scjn.gob.mx/doc/tesis/FfVpMHYBN_4klb4H1vBs/Tesis%20de%20jurisprudencia%2042/2007) . Acesso em: 26 nov. 2023).

<sup>173</sup> MÉXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. **Amparo directo en revisión 1670/2003**. Primera Sala. Ponente: José de Jesús Gudño Pelayo. Julgado em 10 de Março de 2004. Disponível em: [https://bj.scjn.gob.mx/doc/sentencias\\_pub/LzV53ngB\\_UqKst8oZww6/Amparo%20directo%20en%20revisi%C3%B3n%201670/2003%20AND%201670/2003](https://bj.scjn.gob.mx/doc/sentencias_pub/LzV53ngB_UqKst8oZww6/Amparo%20directo%20en%20revisi%C3%B3n%201670/2003%20AND%201670/2003). Acesso em: 26 nov. 2023.

<sup>174</sup> MÉXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. **Amparo directo en revisión 806/2004**. Primera Sala. Ponente: Ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Julgamento em: 11 de agosto de 2004. Disponível em: [https://bj.scjn.gob.mx/doc/sentencias\\_pub/VTRz3ngB\\_UqKst8oe6hp/806/2004](https://bj.scjn.gob.mx/doc/sentencias_pub/VTRz3ngB_UqKst8oe6hp/806/2004). Acesso em: 26 nov. 2023.

<sup>175</sup> MEXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. **Amparo directo en revisión 1158/2005**. Primera Sala. Ponente: Juan N. Silva Meza. Julgado em: 24 de agosto de 2005. Disponível em: [https://bj.scjn.gob.mx/doc/sentencias\\_pub/pjRh3ngB\\_UqKst8oq2mP/1158/2005](https://bj.scjn.gob.mx/doc/sentencias_pub/pjRh3ngB_UqKst8oq2mP/1158/2005). Acesso em: 26 nov. 2023.

<sup>176</sup> MEXICO. Suprem Corte de Justicia de la Nación. **Amparo directo en revisión 1394/2005**. Primera Sala. Ponente: Sergio A. Valls Hernández. Julgamento: 19 de outubro de 2005. Disponível em: [https://bj.scjn.gob.mx/doc/sentencias\\_pub/gzRk3ngB\\_UqKst8oYHMu/1394/2005](https://bj.scjn.gob.mx/doc/sentencias_pub/gzRk3ngB_UqKst8oYHMu/1394/2005). Acesso em: 26 nov. 2023.

<sup>177</sup> MEXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. **Amparo directo en revisión 631/2006**. Primera Sala. Ponente: Ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Julgado em: 08/04/2006. Disponível em: [https://bj.scjn.gob.mx/doc/sentencias\\_pub/1jRc3ngB\\_UqKst8oYz2I/631/2006](https://bj.scjn.gob.mx/doc/sentencias_pub/1jRc3ngB_UqKst8oYz2I/631/2006). Acesso em: 26 nov. 2023.

Já no âmbito da “*Tesis de jurisprudencia 90/2017*”, percebe-se uma nova positivação de entendimentos que derivam da *Tesis* analisada anteriormente (42/2007). Em síntese, a Corte mexicana consolida que o acesso à tutela jurisdiccional comporta as seguintes três etapas, que corresponderiam, por sua vez, a três direitos: (i) o momento prévio à análise jurisdiccional, que corresponde ao direito de acesso à jurisdição; (ii) o momento da atuação judicial, que corresponderia às garantias do devido processo; (iii) o momento posterior à demanda judicial, que se identifica com os efeitos da decisão judicial. Além disso, é destacado que o direito fundamental de acesso à jurisdição (*derecho fundamental de acceso a la jurisdicción*) deve ser entendido como uma espécie do direito de petição, mais especificamente uma atualização desse, em razão de ser dirigido às autoridades jurisdicionais<sup>178</sup>.

No direito argentino, ao longo dos anos a *Corte Suprema de Justicia de la Nación* tem tido um posicionamento tímido a respeito dos debates sobre a essência do conceito do direito de ação, optando, em seus julgados, por fazer uma análise mais voltada à afirmação de aspectos gerais sobre o acesso ao judiciário, em interpretação do art. 18 da Constituição argentina (que versa de forma direta apenas sobre devido processo adjetivo e sobre direito de defesa em juízo)<sup>179</sup>.

Conforme aponta Pablo O. Cabral, os constituintes argentinos não tiveram a preocupação de delinear de maneira expressa uma previsão constitucional de acesso ao judiciário em todas as suas dimensões<sup>180</sup>. É de se destacar, contudo, que a própria Corte Suprema consolidou uma tendência de realização de uma interpretação ampliativa das suas (ainda que lacônicas<sup>181</sup>) previsões constitucionais, o que pode ser percebido já nos julgados (i)

<sup>178</sup> MÉXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Tesis: Tesis de jurisprudencia 90/2017. **Gaceta del Semanario Judicial de la Federación**. Publicada em 24 de novembro de 2017. Disponível em: [https://bj.scjn.gob.mx/doc/tesis/gvhzMHYBN\\_4klb4HSOID/90/2017](https://bj.scjn.gob.mx/doc/tesis/gvhzMHYBN_4klb4HSOID/90/2017). Acesso em: 26 nov. 2023.

<sup>179</sup> “Artículo 18.- Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a prettexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice” (ARGENTINA. Ministerio de Justicia de la Nación. **Constitución de la Nación Argentina**. Disponível em: <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>. Acesso em: 24 nov. 2023).

<sup>180</sup> CABRAL, Pablo Octavio. La tutela judicial efectiva en la provincia de Buenos Aires. La problemática de la jurisdicción contencioso administrativa. **Jurisprudencia Argentina**, IV, 1253, 2002, p. 1-2. Disponível em: <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/69835>. Acesso em: 24 nov. 2023.

<sup>181</sup> Sobre o tema, a explicação de Luciana Jacó Braga e Marina Cieri Pinho é relevante, especialmente no que concerne ao laconismo da carta constitucional argentina: “A CN argentina não prevê de forma expressa uma vasta quantidade de princípios em matéria processual tal qual verificado no Brasil. Inclusive, parte da doutrina entende que haveria um ‘estado de ‘anomia’ constitucional processual, conforme destacado por Pacífico, citando Carlos

“*Domini, Dardo v. Municipalidad de Bahía Blanca*”<sup>182</sup> e (ii) “*Constantino, Eduardo Francisco c/ ANSeS s/ reajustes varios*”<sup>183</sup>.

No último julgado anterior, inclusive, é afirmado que o direito de acessar o judiciário em busca de justiça estaria consagrado no artigo 18 da Constituição argentina, e que esse direito requer que a tutela dos direitos seja efetiva. A efetividade se traduziria, segundo o julgado, pela constatação de que a tutela foi oportuna e que, virtualmente, teria aptidão de resolver definitivamente a questão levada ao conhecimento do judiciário<sup>184</sup>. Um destaque importante, perceptível tanto em textos acadêmicos<sup>185</sup> quanto na referida decisão, é a menção a diplomas normativos internacionais como principais fontes jurídicas do direito a uma tutela efetiva, tais como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos<sup>186</sup>.

No Uruguai, apenas a título de exemplo, no ano de 2017, a *Suprema Corte de Justicia* trouxe importantes definições a respeito do que seus integrantes entendem a respeito do *Princípio de tutela jurisdiccional efectiva*. Segundo os julgadores, o referido arquétipo se

Alberto Carbone” (BRAGA, Luciana Jacó; PINHO, Marina Cieri. Direito processual civil argentino. SICA, Heitor Vitor Mendonça Fralino (org) (*et. al.*). **Processo civil comparado**: Américas. Londrina: Thoth, 2020, p. 40).

<sup>182</sup> Tal como aponta Pablo Octavio Cabral em: CABRAL, Pablo Octavio. La tutela judicial efectiva en la provincia de Buenos Aires. La problemática de la jurisdicción contencioso administrativa. **Jurisprudencia Argentina**, IV, 1253, 2002, p. 1. Disponível em: <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/69835> . Acesso em: 24 nov. 2023. Eis o sumário desse julgado: “*Si la Corte dejó sin efecto el pronunciamiento que había rechazado “in limine” la demanda contencioso administrativa por entender que el actor no era titular de un derecho administrativo vulnerado que justificase la habilitación de la instancia, la nueva decisión que resolvió nuevamente desestimar la demanda por su improcedencia formal, argumentando idéntica circunstancia, traduce un apartamiento inequívoco de lo resuelto por la Corte en la causa*” (Conforme transrito na seguinte fonte: ARGENTINA. **Sistema Argentino de Información Jurídica**. Disponível em: <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-domini-dardo-delfor-municipalidad-bahia-blanca-demanda-contencioso-administrativa-fa88000367-1988-07-26/123456789-763-0008-8ots-eupmocsollaf?>. Acesso em: 24 nov. 2023).

<sup>183</sup> ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. **Constantino, Eduardo Francisco c/ ANSeS s/ reajustes varios**. 7 de junho de 2016. fallos: 339:740. Disponível em: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7311983&numeroPagina=1>. Acesso em: 24 nov. 2023.

<sup>184</sup> ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. **Constantino, Eduardo Francisco c/ ANSeS s/ reajustes varios**. 7 de junho de 2016. fallos: 339:740. Disponível em: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7311983&numeroPagina=1>. Acesso em: 24 nov. 2023.

<sup>185</sup> CABRAL, Pablo Octavio. La tutela judicial efectiva en la provincia de Buenos Aires. La problemática de la jurisdicción contencioso administrativa. **Jurisprudencia Argentina**, IV, 1253, 2002, p. 2. Disponível em: <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/69835>. Acesso em: 24 nov. 2023; GRILLO, Iride Isabel María. El derecho a la tutela judicial efectiva. **Sistema Argentino de Información Jurídica**. 2004, n. p. Disponível em: <http://www.saij.gob.ar/iride-isabel-maria-grillo-derecho-tutela-judicial-efectiva-dacf040088-2004/123456789-0abc-defg8800-Ofcancirtcod#~:text=El%20derecho%20a%20la%20tutela%20judicial%20efectiva%20comprende%20en%20un,del%20acuerdo%20de%20dicha%20decisi%C3%B3n>. Acesso em: 24 nov. 2023.

<sup>186</sup> ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. **Constantino, Eduardo Francisco c/ ANSeS s/ reajustes varios**. 7 de junho de 2016. fallos: 339:740, p. 7. Disponível em: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7311983&numeroPagina=1>. Acesso em: 24 nov. 2023.

configuraria como o conjunto de direitos humanos que asseguram a todas as pessoas: (i) o acesso aos tribunais para a realização de pleito de insatisfação jurídica; (ii) que esse processo tenha garantias, a cumprir o requisito do devido processo legal; (iii) que conte com mecanismos efetivos de execução das decisões judiciais<sup>187</sup>. Para cada uma dessas três circunstâncias, a corte uruguaia concebe direitos que possibilitam a sua existência. São, conforme aponta, o direito fundamental ao acesso à justiça, o direito fundamental ao devido processo e o direito fundamental à execução das decisões judiciais, essas que devem ser cumpridas “*en tiempo y forma, sin dilaciones injustificadas*”<sup>188</sup>.

A inspiração para tal perspectiva teórica encontra-se na doutrina espanhola da *tutela judicial efectiva*<sup>189</sup>, o que deu origem a um conceito que é ajustado ao cenário do uruguai, em razão de que, nesse país, o exercício da jurisdição não fica restrito apenas ao judiciário. Daí que, concluem os julgadores, acaba sendo melhor se falar em *principio de tutela jurisdiccional efectiva*, substituindo, portanto, a palavra “judicial” pela palavra “jurisdiccional”, a abarcar os outros órgãos que tutelam direitos fundamentais jurisdicionalmente<sup>190</sup>. A origem normativa desse princípio residiria no art. 72 da Constituição uruguaia, que pode ser interpretado conjuntamente com outros dispositivos constitucionais<sup>191</sup>.

Em 2022, o posicionamento descrito acima é expressamente aplicado pela mesma Suprema Corte, mas, desta vez, com a definição também do que significaria a ideia de *acesso a la justicia*. Para a corte, esse conceito define-se como a efetiva possibilidade (mais especificamente: um direito) de toda pessoa acessar o judiciário para fazer valer seus direitos, o que não abrange somente o acesso formal aos tribunais, mas sim todas as garantias processuais para a obtenção da tutela jurídica efetiva<sup>192</sup>.

---

<sup>187</sup> URUGUAI. Suprema Corte de Justicia. **Sentencia definitiva nº 576/2017**. IUE: 317-383/2016. Pres.: Dr. Jorge Omar Chediak Gonzalez. Julgado em 8 de maio de 2017. Disponível em: <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/hojaInsumo2.seam?cid=504189>. Acesso em: 24 nov. 2023.

<sup>188</sup> URUGUAI. Suprema Corte de Justicia. **Sentencia definitiva nº 576/2017**. IUE: 317-383/2016. Pres.: Dr. Jorge Omar Chediak Gonzalez. Julgado em 8 de maio de 2017. Disponível em: <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/hojaInsumo2.seam?cid=504189>. Acesso em: 24 nov. 2023.

<sup>189</sup> URUGUAI. Suprema Corte de Justicia. **Sentencia definitiva nº 576/2017**. IUE: 317-383/2016. Pres.: Dr. Jorge Omar Chediak Gonzalez. Julgado em 8 de maio de 2017. Disponível em: <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/hojaInsumo2.seam?cid=504189>. Acesso em: 24 nov. 2023.

<sup>190</sup> URUGUAI. Suprema Corte de Justicia. **Sentencia definitiva nº 576/2017**. IUE: 317-383/2016. Pres.: Dr. Jorge Omar Chediak Gonzalez. Julgado em 8 de maio de 2017. Disponível em: <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/hojaInsumo2.seam?cid=504189>. Acesso em: 24 nov. 2023.

<sup>191</sup> URUGUAI. Suprema Corte de Justicia. **Sentencia definitiva nº 576/2017**. IUE: 317-383/2016. Pres.: Dr. Jorge Omar Chediak Gonzalez. Julgado em 8 de maio de 2017. Disponível em: <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/hojaInsumo2.seam?cid=504189>. Acesso em: 24 nov. 2023.

<sup>192</sup> URUGUAI. Suprema Corte de Justicia. **Sentencia definitiva nº 291/2022**. IUE: 473-468/2021. Pres.: Johm Perez Brignani. Julgado em 10 de maio de 2022. Disponível em: <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/hojaInsumo2.seam?cid=504189>. Acesso em: 24 nov. 2023.

### 2.3.3 O Direito à Tutela Judicial Efetiva e suas facetas no cenário do Direito Internacional<sup>193</sup>

Se nas cortes investigadas anteriormente já há a percepção de uma tendência em se tratar o acesso à jurisdição sob uma outra ótica, distinta de uma noção enfática da do direito de ação, no âmbito de julgados a respeito do direito internacional a argumentação jurídica predominante gira efetivamente em torno da noção de direito à tutela judicial efetiva.

No referido contexto, inclusive, costuma-se afirmar que há previsão de tal direito na Declaração Universal de Direitos Humanos, especificamente de seu art. 10; na Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), em seu arts. 8 e 25; no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, em seu art. 14; na Carta Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos, em seu art. 7; na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, em seu art. 6, especialmente o §1<sup>194</sup>; e na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, no ano 2000, essa última que, em seu art. 47º, positiva *ipsis litteris* a expressão, em espanhol, “*tutela judicial efectiva*”<sup>195-196-197</sup>.

Nesse cenário, da análise de alguns julgados tanto do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (“European Court of Human Rights”)<sup>198</sup> quanto da Corte Interamericana de Direitos

<sup>193</sup> Não se objetiva, neste tópico, exaurir ou fazer conclusões peremptórias sobre o entendimento que seria possível extrair de todos os julgados das cortes aqui analisadas. O que se pretende é apenas comentar as conclusões acerca de alguns exemplos que versam sobre tomas que remetem à ideia do direito à tutela judicial efetiva e (ou) suas variações.

<sup>194</sup> Sobre a pertinência dos referidos dispositivos normativos: ACUÑA, Benjamin Marcheco. La dimensión constitucional y convencional del derecho a la tutela judicial efectiva (no penal) desde la perspectiva jurisprudencial europea y americana. **Estudios Constitucionales**, vol. 18, núm. 1, 2020. Disponível em: <http://www.estudiosconstitucionales.cl/index.php/econstitucionales/article/view/633>. Acesso em: 02 dez. 2023; e CABRAL, Pablo Octavio. La tutela judicial efectiva en la provincia de Buenos Aires. La problemática de la jurisdicción contencioso administrativa. **Jurisprudencia Argentina**, IV, 1253, 2002, p. 1-2. Disponível em: <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/69835>. Acesso em: 24 nov. 2023.

<sup>195</sup> ACUÑA, Benjamin Marcheco. La dimensión constitucional y convencional del derecho a la tutela judicial efectiva (no penal) desde la perspectiva jurisprudencial europea y americana. **Estudios Constitucionales**, vol. 18, núm. 1, 2020, p. 93-94. Disponível em: <http://www.estudiosconstitucionales.cl/index.php/econstitucionales/article/view/633>. Acesso em: 02 dez. 2023.

<sup>196</sup> UNIÃO EUROPEIA. **Diário oficial de las Comunidades Europeas**. Disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_es.pdf](https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf). Acesso em: 20 de out. 2024.

<sup>197</sup> Curiosamente, não se pode deixar de mencionar o fato de que, em português (de Portugal), a versão traduzida da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia utiliza a expressão “Direito à ação e a um tribunal imparcial”<sup>197</sup>, algo que já sofre sensível modificação (conforme aqui se entende) na versão traduzida para o inglês dessa mesma Carta, na qual consta a expressão “Right to an effective remedy and to a fair trial” (sobre o tema: UNIÃO EUROPEIA. **Jornal Oficial das Comunidades Europeias**. Disponível em [https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_pt.pdf](https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf). Acesso em: 31 nov. 2024; e UNIÃO EUROPEIA. **Official Journal of the European Communities**. Disponível em [https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_en.pdf](https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf). Acesso em: 31 jan. 2024).

<sup>198</sup> Julgamentos analisados: (i) STRASBOURG. European Court of Human Rights. Grand Chamber. **Case of Ald-Dulimi adn Montana Management Inc. v. Switzerland (Application no. 5809/08)**. President. Mirjana Lazarova Trajkovska. 21 de junho de 2016; (ii) STRASBOURG. European Court of Human Rights. Grand Chamber. **Case**

Humanos (“CIDH”)<sup>199</sup>, o que se percebe é a predominante presença de reflexões com base no direito à tutela judicial efetiva ou em variações desse conceito, postura que preencheria satisfatoriamente qualquer espaço que supostamente a não utilização de alguma noção de ação deixaria. Em outras palavras, de todas as reflexões feitas ao menos no conjunto de julgados investigados, percebeu-se ser prescindível a adoção de uma noção de direito de ação no entendimento dos dois tribunais em comento.

Em verdade, todas as reflexões analisadas ignoraram os seculares debates sobre a ação e sua essência jurídica. O caminho adotado nos julgamentos, como dito, foi outro, alheio às discussões existentes, algo que novamente levanta uma certa suspeita sobre a efetiva necessidade de reviver clássicas contendas sobre a ação, isso para a configuração de um direito à jurisdição minimamente efetivo.

## **2.4 A dificuldade de obter um consenso satisfatório**

Os apontamentos elaborados até então servem para demonstrar a grande dificuldade de estabelecer efetivamente um consenso ou solução para o complexo problema a respeito da classificação do fenômeno/poder/direito de acesso ao judiciário. Tanto é assim que autores atuais como Danilo de Santis e Guillermo Schumann Barragán admitem a possibilidade de existirem várias classificações sobre a ação, que não seriam excludentes entre si, mas sim perspectivas de um mesmo fenômeno<sup>200</sup>. Em relação ao último, em obra premiada

**of Case of Naït-liman v. Switzerland (application no. 51357/07).** President. Guido Raimondi. 15 de março de 2018; (iii) STRASBOURG. European Court of Human Rights. Third Section. **Case of Gil Sanjuan v. Spain (application no. 48297/15).** President. Paul Lemmens. 26 de maio 2020 (final 26/08/2020); (iv) STRASBOURG. European Court of Human Rights. Grand Chamber. **Case of Zubac v. Croatia (Application no. 40160/12).** President. Guido Raimondi. 5 de abril de 2018; (v) STRASBOURG. European Court of Human Rights. Plenary. **Case of Golder v. The United Kingdom (Application no. 4451/70).** President. G. Balladore Pallieri. 21 de fevereiro de 1975.

<sup>199</sup> Julgamentos analisados: (i) COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Federación Nacional de Trabajadores Marítimos y Portuarios (Femapor) VS. Perú. Sentencia de 1 de febrero de 2022.** Presidenta: Elizabeth Odio Benito. 1 de febrero de 2022; (ii) COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Baraona Bray VS. Chile. Sentencia de 24 de noviembre de 2022.** Presidente: Ricardo C. Pérez Manrique. 24 de noviembre de 2022; (iii) COSTA RICA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Professores de Chanáral y otras municipalidades VS. Chile. Sentencia de 10 de noviembre de 2021.** Presidenta: Elizabeth Odio Benito. 10 de noviembre de 2021; (iv) COSTA RICA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Muelle Flores VS. Perú. Sentencia de 06 de marzo de 2019.** Presidente: Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot. 06 de marzo de 2019.

<sup>200</sup> SANTIS, Angelo Danilo de. **La tutela giurisdizionale collettiva. Contributo allo studio della legittimazione ad agire e delle tecniche inhibitorie e risarcitorie.** Napoli: Jovene Editore, 2013, p. 21; SCHUMANN BARRAGÁN, Guillermo. **Derecho a la tutela judicial efectiva y autonomía de la voluntad:** los contratos procesales. Madrid: Macial Pons, 2022, p. 45-47.

internacionalmente<sup>201</sup>, é possível se falar tanto em direito de ação como em direito à tutela judicial efetiva, ambos existindo conjuntamente<sup>202</sup>.

O que se defende, contudo, é que não há como conciliar de forma minimamente satisfatória as diversas noções teóricas existentes, sejam clássicas ou mais modernas.

Em sua grande maioria, essas perspectivas são sim excludentes, e estabelecer uma espécie de aglutinação conceitual sem concessões de nenhum dos lados se configura apenas como um reducionismo inadequado, isso ante as particularidades pensadas por cada teórico que se aventura a escrever sobre esse tema.

Apenas para exemplificar, ao se comparar a perspectiva defendida por Enrico Tullio Liebman com a adotada por Cândido Rangel Dinamarco, seu autodeclarado discípulo<sup>203</sup>, o que se verá é uma manifesta incompatibilidade de conceitos, por contraste especialmente na própria essência jurídica do instituto.

Enquanto para Liebman a ação é um direito à jurisdição, e, conforme interpretação majoritária de sua teoria<sup>204</sup>, a ausência dela faz que não tenha havido exercício jurisdicional<sup>205</sup>, em Dinamarco a carência de ação não possibilita que o pronunciamento e os demais atos do processo deixem de ser jurisdicionais. Os atos serão jurisdicionais, mesmo sem haver direito de ação no caso concreto<sup>206</sup>. Ou seja, mesmo havendo uma relação de discípulo e mestre entre esses dois juristas, em uma aparente situação de continuação teórica quanto à doutrina da ação, se formos analisar em termos de essência, o instituto, tal como pensado por Dinamarco, tem um caráter jurídico absolutamente distinto do que teria sido pensado por Liebman.

Além disso, entre os “abstrativistas” e os “concretistas” do nosso país há uma grande dificuldade de se aglutinar as duas teorias, e isso se evidencia por vários motivos.

Um dos mais marcantes é o fato de que a noção de ação defendida classicamente no Brasil, ao menos a partir da independência, à luz de sólidas perspectivas teóricas, é a de um

<sup>201</sup> A respeito desse ponto: IAPL. **2024 Procedural Law in Multicultural Context** Örebro University. Disponível em: <https://www.iaplaw.org/index.php/en/>. Acesso em: 20 out. 2024.

<sup>202</sup> SCHUMANN BARRAGÁN, Guillermo. **Derecho a la tutela judicial efectiva y autonomía de la voluntad: los contratos procesales**. Madrid: Macial Pons, 2022, p. 45-47.

<sup>203</sup> O próprio Cândido Rangel Dinamarco, em uma síntese de seu currículo como advogado, colaciona a informação de que foi aluno de Liebman: DINAMARCO, Bernaldo e Bedaque Advocacia. **Sócios. Cândido Rangel Dinamarco**. Disponível em: <https://www.dinamarco.com.br/socios/>. Acesso em: 26 fev. 2024.

<sup>204</sup> Diz-se “majoritária”, pois há a peculiar posição de Egaz Dirceu Muniz de Aragão, autor que entende que para Liebman, mesmo com a carência de ação, haveria o exercício da jurisdição. A respeito do tema e das justificativas para tal posicionamento: ARAGÃO, E. D. Moniz de. Hobbes, Montesquieu e a teoria da ação. **Revista de Processo**, vol. 108, 2022, p. 9-22. Out – Dez, 2002, p. 3-4.

<sup>205</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. L’azione nella teoria del processo civile. **Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.**, 1950, p. 66.

<sup>206</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução civil**: a execução na teoria geral do direito processual civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 133. Nessa página, destaca-se o rodapé nº 36, apontando a contrariedade da posição de Liebman em relação ao que ele diz.

conceito literalmente “misto”<sup>207</sup>, isso no que diz respeito ao envolvimento de fenômenos que, sob o olhar de hoje, teriam natureza de direito material e de direito procedural, cada um. A título de exemplo, basta citar autores como José Homem Corrêa Telles (cuja obra foi bastante difundida no Brasil)<sup>208</sup>, Paula Baptista<sup>209</sup>, João Monteiro, com suas variadas concepções da ação<sup>210</sup> e Eduardo Espínola<sup>211</sup>.

A respeito expressamente de uma concepção eminentemente material do direito de ação, a distinção mais estanque, das encontradas na presente pesquisa em relação ao aludido período (entre a independência e a primeira metade do século), foi a feita por Pontes de Miranda, em 1934, na qual há a plena separação entre o fenômeno da ação, restrito ao direito material, e o remédio processual para fazer valer o direito violado<sup>212</sup>.

<sup>207</sup> Isso porque, classicamente, considerava-se a *actio* como elo (ou ponto de relação) entre o direito material e o direito processual civil, tanto que, no auge do período concretista, era possível perceber a utilidade da ação como um conceito relacionado a diversos institutos: cumulação de demandas, coisa julgada, litispendência etc (NÖRR, Knut Wolfgang. La scuola storica, il processo civile e il diritto delle azioni. Trad. Bruno Cavallone. **Rivista di diritto processuale**. Anno XXXVI (Seconda Serie). Gennaio-Marzo, 1981. Padova: CEDAM, 1981, p. 31).

<sup>208</sup> Autor que defendia a ação como um “remédio de Direito” (TELLES, José Homem Corrêa. **Doutrina das Acções. Accomodada ao Fôro do Brazil até o anno de 1877 por Augusto Teixeira de Frêitas**. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1880, p. 1).

<sup>209</sup> Denfesor da ideia da ação como um direito de demandar aos tribunais o que nos é devido (BAPTISTA, Francisco de Paula. **Compendio de Theoria e Pratica do Processo Civil Comparado com o commercial para uso das faculdades de direito do Imperio**. 3<sup>a</sup> ed. rev. e consideravelmente aumentada. Pernambuco: Livraria Academica de J. W. de Medeiros & C., 1872, p. 10), cujo exercício pertencecia ao *regimén judiciário* (BAPTISTA, Francisco de Paula. **Compendio de Theoria e Pratica do Processo Civil para uso das faculdades de direito do Imperio**. Recife: Typographia Universal, 1855, p. 2).

<sup>210</sup> MONTEIRO, João. **Direito das ações**. São Paulo: Typographia Duprat & comp., 1905, p. 24.

<sup>211</sup> Com a sua noção de “ação judiciária civil” como “garantia”, sendo o próprio direito como ato (ESPINOLA, Eduardo. **Systema do direito civil brasileiro**. Volume primeiro. Introdução e Parte Geral. Salvador: Litho-Typ. e Encadernação Ries & C., 1908, p. 222 e 531).

<sup>212</sup> Destoando das percepções de seu tempo, Pontes de Miranda, em 1934, no seu livro “Acção rescisória contra sentenças...”, defende uma noção de ação ontologicamente isolada do processo. Segundo a sua visão, no campo do processo se cuida dos chamados remédios processuais, e no campo do direito material existiriam, além de eventual direito, a ação, que não se confunde com esse último. Nesse sentido, ela seria o direito de reclamar, não podendo ser tratada como direito subjetivo e nem como direito meio. Logo, a ação, na perspectiva ponteana, também conhecida, atualmente, como ação de direito material, não se direciona ao Estado, sendo, em verdade, “a admissão, por parte do direito mesmo que cria a relação, a reclamar a aplicação da lei”. Por sua vez, o remédio processual seria um direito subjetivo contra o Estado, esse último que foi quem o teria estabelecido. Em vista disso, aponta o referido autor que “quando alguns escritores dizem que o direito de ação é o de fazer funcionar o comando, portanto direito público perante o Estado, confundem ação e remédio processual”. Ademais, Pontes de Miranda destaca que a ação seria concreta e determinada, atribuível a alguém ou a uma “certa categoria”. Não seria abstrata, universal, indeterminada, tal como são os remédios processuais, “para os quais, ainda assim, a lei determina pressupostos de legitimação activa e passiva, que atenuem a possibilidade de serem usados por todos”. Fixadas as premissas anteriores, tal como já é possível antever, a perspectiva ponteana, no contexto brasileiro e também em relação a autores estrangeiros por ele analisados criticamente (Savigny, Bülow, Hellwig, Wach entre outros) é indubitavelmente singular, seja por não tentar adotar uma noção abstrata da ação, seja também por não conceber a ideia de que esse instituto ficaria no “meio do caminho” entre o direito material e o procedimento, tal como fizeram alguns brasileiros de seu tempo, e também como fez a doutrina estrangeira, ao menos aqueles que tinham uma perspectiva concretista (para tudo o que foi dito até este momento no rodapé, inclusive as citações, conferir: MIRANDA, Pontes de. **A Acção Rescisória contra as sentenças**. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1934, p. 14-24).

É importante destacar, todavia, que, em posterior edição do seu livro “Accção rescisória...”, já intitulado como “Tratado da ação rescisória”, Pontes de Miranda passou a equiparar o conceito de remédio processual, ainda que

Pelos fatores apontados acima, afirmar que o direito/poder de ação poderia existir abstratamente, envolvendo um direito de ação que já existiria também no plano concreto (mas que estaria intrinsecamente relacionado ao direito procedural), seria literalmente uma confusão. A justificativa para tal conclusão é o fato de que haveria dois institutos, de origem e pressupostos distintos e contraditórios, que estariam objetivando pontos em comum, mas de maneira incompatível.

Há teóricos que concebem a noção abstrata da ação como algo manifestamente incompatível, até mesmo com a teoria da ação de direito material isolada do direito processual. Ou haverá uma, ou outra. Exemplo de defensor que segue linha semelhante a essa é Carlos Alberto Alvaro de Oliveira<sup>213</sup>. Portanto, afirmar que seria possível conciliar a visão desse jurista, ou de quem com ele concorda<sup>214</sup>, com a noção concreta de direito de ação, seja a isolada, defendida por Pontes de Miranda, seja a mista, adotada pelos autores mencionados nesta tese, seria um desvirtuamento inadequado em termos acadêmicos.

Por fim, também há grave incompatibilidade teórica entre as teorias monistas, dualistas e mistas, ao menos nas aqui pesquisadas<sup>215</sup>. Por se pautarem em distintas compreensões a respeito de como funciona o sistema jurídico, torna-se praticamente impossível aglutiná-las de forma harmônica.

De tudo o que foi dito, é evidente a impossibilidade de uma conciliação satisfatória das teorias sobre a ação, até mesmo num campo em que o que sempre prevalece é a existência de um “quebra-cabeças” ou “mosaico” de conceitos, montado por cada autor isoladamente ao criar suas concepções teóricas<sup>216</sup>. Mesmo considerando que de fato há uma grande dificuldade de

com ressalvas críticas, à ideia de “Ação”, mas apenas para demonstrar o que ele entendia como uma espécie de confusão legislativa sobre o tema (a respeito desse ponto, conferir: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Efetividade e Tutela Jurisdicional. Fábio Cardoso Machado [et al.]. **Polêmica sobre a ação, a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 93-95; e MIRANDA, Pontes de. **Tratado da ação rescisória**. atual: Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1998, p. 40-41).

<sup>213</sup>OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Efetividade e Tutela Jurisdicional. Fábio Cardoso Machado [et al.]. **Polêmica sobre a ação, a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 100-109.

<sup>214</sup>ZANETI JUNIOR, Hermes. A Teoria Circular dos Planos (Direito Material e Direito Processual). MACHADO, Fábio Cardoso [et al.]. **Polêmica sobre a ação, a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 172-178.

<sup>215</sup>Eis algumas perspectivas monistas: SATTA, Salvatore. **Diritto processuale civile**. Oitava Edizione. Padova: CEDAM, 1973, p. 110; e PEKELIS, Alessandro. **Azione** (teoria moderna). **Novissimo Digesto italiano**. II. AZARA, Antonio (et. al.) (dir.). Torino: Vnione Tipografico – Editrice Torinese, 1957, p. 31. Um exemplo de autor com uma perspectiva que aqui se entende ser “mista” é Hermes Zaneti Junior (ZANETI JUNIOR, Hermes. A Teoria Circular dos Planos (Direito Material e Direito Processual). MACHADO, Fábio Cardoso [et al.]. **Polêmica sobre a ação, a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 181).

<sup>216</sup>COSTA, Henrique Araújo. Puzzles: uma alegoria jurídica (ou semiologia aplicada ao processo). NERY, Rodrigo (coord). **Olhares críticos sobre o processo e temas afins: ensaios e reflexões**. Londrina: Thoth, 2025, p. 36-40.

encontrar consensos nas teorias jurídicas em geral, em se pressupondo que isso seja ao menos possível, é de se destacar que, por envolver inúmeras variáveis, às vezes a gosto até mesmo do autor, o conceito de ação, em todas as suas potencialidades atinentes ao acesso à jurisdição, distancia-se desse objetivo.

## **2.5 Reflexões quanto à forma que o tema é abordado no Brasil**

Fixados os contornos gerais a respeito da incerteza inerente à ação, bem como a demonstração de alguns indícios de que tal noção não se afigura necessária em relevantes contextos estrangeiros, passa-se à exposição de apontamentos críticos sobre a sua adoção no Brasil.

O objetivo das palavras a seguir é o de demonstrar a desnecessidade de sua utilização em nosso país, por diversas razões de ordem teórica e prática.

### **2.5.1 O conceito de ação é realmente “fundamental”?**

Em relevante análise sobre o ensino do direito, Ovídio A. Baptista da Silva denunciou à comunidade acadêmica a grande deficiência da formação dos juristas no que diz respeito à compreensão do fenômeno jurídico em sua completude. Para esse autor, o foco sempre se direcionava majoritariamente à perspectiva teórica abstrata, “lógica”, excluindo das reflexões os fatos da vida prática<sup>217</sup>.

Posturas como a apontada por Silva levam a uma valorização hipertrofiada das abstrações teóricas em detrimento do fenômeno concreto, do mundo dos fatos, esses últimos que muitas vezes não se amoldam a nenhuma teoria. Por apego a tradições, perpetuam-se concepções oriundas de outras épocas, especialmente do direito romano<sup>218</sup>, a fazer com que diversas categorias que foram criadas em contextos completamente diferentes sofram

---

<sup>217</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e Ideología**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 36. Não desconsideramos os posicionamentos desse autor a respeito do conceito de ação. O que fazemos neste momento é refletir sobre uma relevante afirmação contida em suas obras, essa que pode servir de inspiração até mesmo para se adotar uma perspectiva distinta da desse jurista quanto a determinado tema.

<sup>218</sup> Sobre o tema, consultar as reflexões críticas de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo em: CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. Enseñanzas y sugerencias de algunos procesalistas sudamericanos acerca de la acción. **Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)**. Tomo I: números 1-11. Ciudad Universitaria: Universidad Nacional Autónoma de México, 1974, p. 324-325.

metamorfoses, gerando um produto incompatível até mesmo com a própria essência ou conjunto de atributos que elas tinham<sup>219</sup>.

O ponto fulcral que deve ser deixado claro é o fato de que, seja à luz de uma perspectiva concreta, seja com base numa perspectiva intermediária, “ecléctica” ou completamente abstrata, de natureza constitucional, infraconstitucional ou ambas, todas as teorias a respeito da ação, até mesmo aquelas que não adotam tal concepção como sinônimo de direito de acesso ao judiciário, conforme se vê de forma marcante em autores clássicos da doutrina alemã<sup>220</sup>, são compatíveis com a ideia de se garantir, ainda que com gradações, um acesso à jurisdição.

Tal como afirmou Jordi Nieva-Fenoll, dentro desse debate não houve nenhum doutrinador que, com sua teoria sobre o tema, buscou negar o fenômeno de acesso ao judiciário<sup>221</sup>. Diversos autores (especialmente os monistas<sup>222</sup>) atribuíram uma função primordial ao fenômeno comumente rotulado como ação. Se tomar-se como exemplo um jurista com uma visão claramente original do tema, como foi James Goldschmidt, percebe-se que, não obstante abolir a ideia de ação abstrata, o autor atribui ao direito constitucional a pretensão à jurisdição (como exigência de um dever, em abstrato)<sup>223</sup>, deixando à figura da *actio* outra função, em outro campo, ainda que relacionada<sup>224</sup>.

---

<sup>219</sup> NIEVA-FENOLL, Jordi. Imprecisiones privatistas de la ciencia jurisdiccional. *Revista de Processo*. vol. 220/2013, p. 113-156, junho de 2013, p. 4.

<sup>220</sup> KOHLER, Der Prozess als Rechtsverhältnis, Mannheim, 1888, p. 13 *apud* WACH, Adolf. **La pretensión de declaración:** un aporte a la teoría de la pretensión de protección del derecho. Trad. Juan M. Semon. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1962, p. 61; ROSENBERG, Leo. **Tratado de derecho procesal civil. Tomo II.** Tradução de Angela Romera Vera. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1955, p. 4, 58 e *passim*; LEIBLE, Stefan. **Proceso civil alemán.** Trad. Rodolfo E. Witthaus. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 1998, p. 54 e *passim*; e JAUERNIG, Othmar. **Direito processual civil.** 25<sup>a</sup> ed., totalmente refundida da obra criada por Friedrich Lent. Trad. Silveira Ramos. Coimbra: Almedina, 2002, p. 201-202, 219 e *passim*. Relatando tal tendência: COMOGLIO, Luigi Paolo. Note riepilogative su azione e forme di tutela, nell'ottica della domanda giudiziale. **Rivista di diritto processuale.** Anno XLVIII, seconda serie, n. 2. Milano: CEDAM, 1993, p. 485.

<sup>221</sup> Eis a fala de Nieva-Fenoll: “[...] ningún autor se hubiese atrevido a negar que un ciudadano tenga derecho a la celebración de un proceso” (NIEVA-FENOLL, Jordi. Imprecisiones privatistas de la ciencia jurisdiccional. *Revista de Processo*. vol. 220/2013, p. 113-156, junho de 2013, p. 4).

<sup>222</sup> A título de exemplo: SATTA, Salvatore. **Diritto processuale civile.** Oitava Edizione. Padova: CEDAM, 1973, p. 110; KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado.** Trad. Luiz Carlos Borges. 3<sup>a</sup>ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 117-118; PEKELIS, Alessandro. Azione (teoria moderna). **Novissimo Digesto italiano.** II. AZARA, Antonio (*et. al.*) (dir.). Torino: Vnione Tipografico – Editrice Torinese, 1957, p. 31.

<sup>223</sup> GOLDSCHIMIDT, James. **Derecho, derecho penal y proceso. III. El proceso como situación jurídica:** una crítica al pensamiento procesal. Trad. QUIROGA, Jacobo López Barja (*et. al.*). Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 113.

<sup>224</sup> Segundo Goldschmidt, a ação tem o objetivo de fazer valer esse dever abstrato do Estado de prestar a jurisdição. É o exercício de um direito constitutivo que fundamenta o dever abstrato do Estado de prestar a justiça, mas apenas se limitando a uma *conditio iuris potestativa* (GOLDSCHIMIDT, James. **Derecho, derecho penal y proceso. III. El proceso como situación jurídica:** una crítica al pensamiento procesal. Trad. QUIROGA, Jacobo López Barja (*et. al.*). Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 113).

Ademais, muitas das discussões teóricas se devem a uma pretensão fruto de uma necessidade de coerência das abstrações<sup>225</sup>, tal como se exigiria das ciências matemáticas<sup>226</sup>, aplicada de forma exacerbada num campo social que tem intrínseca relação com a prática, como é o caso do direito<sup>227</sup>, a dar origem a um centenário debate que, em muitos casos, busca somente estabelecer uma relação (seja de conexão, seja de afastamento) de pouco valor prático entre os planos do “direito processual” e do “direito material”<sup>228</sup>. Um exemplo de uma contenda que tem suas razões voltadas a uma disputa abstrata é a clássica discussão sobre se as “condições da ação” seriam questões de mérito, pressupostos processuais ou da ação como instituto autônomo<sup>229</sup>.

A respeito desse último ponto, embora seja possível afirmar que haveria repercussões não puramente abstratas em relação à posição eventualmente adotada, como, por exemplo, a verificação de se a decisão sobre carência da ação seria apta à produção de coisa julgada material ou outra estabilidade de força similar<sup>230</sup>, a impedir a repositura da demanda; ao

<sup>225</sup> Tal como já adiantado, historicamente, a “*actio*” é um tema que versa sobre a relação entre o processo civil e o direito material, e, no seu ápice conceitual (como instituto material), ela tinha uma ligação ontológica ou consequencial com vários institutos hoje considerados como processuais: coisa julgada, cumulação de demandas etc (NÖRR, Knut Wolfgang. La scuola storica, il processo civile e il diritto delle azioni. Trad. Bruno Cavallone. **Rivista di diritto processuale**. Anno XXXVI (Seconda Serie). Gennaio-Marzo, 1981. Padova: CEDAM, 1981, p. 31).

<sup>226</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e Ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 50.

<sup>227</sup> A respeito da importância da pesquisa empírica como forma de controle do arbítrio, a evidenciar a relevância da prática para o campo jurídico: RODRIGUEZ, José Rodrigo. Pesquisa empírica e Estado de Direito: a dogmática jurídica como controle do poder do soberano. **Conpedi**. Anais. n.p. Disponível em: [http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/manaus/teoria\\_do\\_direito\\_jose\\_rodrigo\\_rodriguez.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/manaus/teoria_do_direito_jose_rodrigo_rodriguez.pdf). Acesso em: 27 fev. 2024. Curiosamente, é interessante a frase de Chiovenda no sentido de que, entre outros pontos, é um absurdo conceber um teórico do processo sem conhecimento prático: “Il puro teorico nella procedura è un non senso [...]” (CHIOVENDA, Giuseppe. Del sistema negli studi del processo civile. **Saggi di diritto processuale civile (1894-1937). Volume primo**. Milano: Giuffrè editore, 1993, p. 228).

<sup>228</sup> Esse tipo de pretensão de estabelecer uma coerência teórica pode ser visto, no âmbito da defesa de um direito “concreto” à tutela judicial pretendida, em: SCHUMANN BARRAGÁN, Guillermo. **Derecho a la tutela judicial efectiva y autonomía de la voluntad**: los contratos procesales. Madrid: Macial Pons, 2022, p. 58-60.

<sup>229</sup> No Brasil, esse debate rendeu inúmeras discussões. Eis algumas obras cuja leitura permitirá uma noção do contexto da contenda: PASSOS, José Joaquim Calmon de. **A ação no direito processual civil brasileiro**: tese apresentada à faculdade de direito da Universidade da Bahia, concorrendo à cátedra de direito judiciário civil (1960). Salvador: editora JusPodivm, 2014, p. 30-55; GUIMARÃES, Luiz Machado. Carência de ação. **Estudos de direito processual civil**. Rio de Janeiro-São Paulo: Jurídica e Universitária, 1969, p. 102-107; LACERDA, Galeno. **Despacho Saneador**. Porto Alegre: Livraria Sulina, 1953, p. 58-78; NEVES, Celso. Binômio, trinômio ou quadrinômio? **Revista dos tribunais**, ano 67, novembro de 1978, volume 517, Editora Revista dos Tribunais, 1978, p. 13-16; ARMELIN, Donaldo. **Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1979, p. 36-46; GOMES, Fábio. **Carência de ação**: doutrina, comentários ao CPC, análise da jurisprudência. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 56-70; DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. Um réquiem às condições da ação. Estudo analítico sobre a existência do instituto. **Revista Forense**. Volume 351, ano 96. Rio de Janeiro: Forense, 2000, *passim*; WATANABE, Kazuo. **Cognição no processo civil**. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 100-103.

<sup>230</sup> Refletindo sobre esse ponto: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 352-356. Apontando a existência de repercussão prática do

comparar-se esse tema com outras questões relacionadas à efetividade do processo, não há como negar que se trata de um ponto secundário e que não deveria chamar tanto a atenção da doutrina assim<sup>231</sup>, não obstante o sólido apelo intelectual.

No âmbito do direito de ação, a preocupação de teóricos nacionais muitas vezes se dá por obrigação de abordar o tema, para terem a aptidão de participar de um debate que tenta aproveitar um conceito oriundo do direito romano, ao ponto de, em vários casos, o ressignificar completamente, dando origem a outras noções completamente diversas, ainda que com o mesmo nome<sup>232-233</sup>.

Um exemplo dessa desnecessidade, especialmente no que concerne ao relato das teorias mais difundidas sobre a ação, cujo conhecimento possivelmente em nada serviria para afetar a reflexão teórica, é o fato de que Fredie Didier Jr., em seu livro que se consolida como uma das suas mais difundidas portas de entrada para o estudo do processo civil contemporâneo, não faz uma abordagem do percurso histórico do instituto<sup>234</sup>. Em verdade, até mesmo em sua tese de doutorado Didier Jr. deliberadamente não abordou o tema, isso não obstante seu trabalho versar também sobre as chamadas condições da ação<sup>235</sup>.

As circunstâncias acima se somam à constante repetição, muitas vezes exigida pelo costume, da mesma narrativa de teorias sobre esse assunto, em vários casos deixando de mencionar relevantíssimas perspectivas estrangeiras e até mesmo nacionais, apenas para chegar direto ao ponto de estabelecer uma opinião teórica sobre o tema. Aborda-se por necessidade de demonstrar erudição, mas sem se preocupar em demonstrar as inúmeras particularidades teóricas.

De todo modo, a partir das reflexões feitas, surge a seguinte pergunta: a “ação” é um conceito “essencial” para o direito processual?

debate sobre a carência de ação no âmbito da coisa julgada: DIDIER JR., Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 219-220.

<sup>231</sup> A respeito dos debates sobre o momento adequado para o reconhecimento das condições da ação, José Roberto dos Santos Bedaque é enfático ao afirmar que se trata de “puro exercício intelectual, cuja importância acadêmica não pode ser desprezada, pois contribui para o desenvolvimento do raciocínio lógico. Mas a relevância prática é nenhuma” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 398).

<sup>232</sup> A noção abstrata e constitucionalizada da ação, por exemplo, não tem precedentes no direito romano. É praticamente uma nova concepção, mas se aproveitando da nomenclatura da *actio*.

<sup>233</sup> NIEVA-FENOLL, Jordi. Imprecisiones privatistas de la ciencia jurisdiccional. **Revista de Processo**. vol. 220/2013, p. 113-156, junho de 2013, p. 4.

<sup>234</sup> Ao menos na edição de 2017 não há a referida abordagem: DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 19. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017.

<sup>235</sup> DIDIER JR., Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 203.

Sem desconsiderar a importância de determinadas construções acadêmicas numa estrutura de reflexões teóricas, nas quais possivelmente haverá concepções com maior relevo e função do que outras; num ordenamento democrático, o poder/direito/faculdade de obter uma decisão para a solução de questões jurídicas, a, entre outros pontos, impedir novas lesões, é de grande relevância. Uma elaboração teórica que analise esse fenômeno não pode ser considerada sem utilidade<sup>236-237</sup>.

Por outro lado, a explicação dada acima não é uma resposta à indagação de se seria ou não o conceito de ação algo essencial, a ponto de ser indispensável num determinado ordenamento jurídico, ao menos de viés democrático.

Nesse sentido, respondendo especificamente essa questão, à luz de inúmeras construções teóricas, que já a afastaram parcial ou completamente de maneira coerente e racional<sup>238</sup>, aqui se entende que a ação não se trata de um conceito essencial, especialmente no campo do direito brasileiro.

Como se viu, há teóricos que expressamente dispensam a existência de um conceito pautado na ideia de ação. Mais recentemente, Jordi Nieva-Fenoll realizou uma crítica à essencialidade desse conceito, afirmado ser ele reflexo de uma influência privatística antiga em relação ao direito atual, a fazer ser recomendável a não utilização de expressões como “exercer ações”, “cumular ações”, “ter ação”, sendo adequado falar-se de interposição de

<sup>236</sup> Para uma excelente investigação, à luz do contexto de vários países: COMOGLIO, Luigi Paolo. Note riepilogative su azione e forme di tutela, nell’ottica della domanda giudiziale. **Rivista di diritto processuale**. Anno XLVIII, seconda serie, n. 2. Milano: CEDAM, 1993, *passim*.

<sup>237</sup> Não se pode desconsiderar, todavia, a possibilidade de se conceber o exercício de jurisdição sem que o Judiciário seja instado inicialmente pelas partes. Sobre o tema: NIEVA-FENOLL, Jordi. Imprecisiones privatistas de la ciencia jurisdiccional. **Revista de Processo**. vol. 220/2013, p. 113-156, junho de 2013, p. 5. No Brasil, por todos: NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado**. 8ª ed em e-book baseada na 22ª ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. RL-1.2. Esse tema será abordado em rodapé mais à frente, considerando a própria previsão contida no art. 2º do atual CPC.

<sup>238</sup> Por exemplo: KOHLER, Der Prozess als Rechtsverhältnis, Mannheim, 1888, p. 13 *apud* WACH, Adolf. **La pretensión de declaración**: un aporte a la teoría de la pretensión de protección del derecho. Trad. Juan M. Semon. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1962, p. 61; ROSENBERG, Leo. **Tratado de derecho procesal civil. Tomo II**. Tradução de Angela Romera Vera. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1955, p. 4 e 58; GUASP, Jaime. La pretensión procesal. **Anuario de Derecho Civil**. Vol. 5, nº 1, p. 7-61, 1952, p. 29-33; LEIBLE, Stefan. **Proceso civil alemán**. Trad. Rodolfo E. Witthaus. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 1998, p. 54; NIEVA-FENOLL, Jordi. Imprecisiones privatistas de la ciencia jurisdiccional. **Revista de Processo**. vol. 220/2013, p. 113-156, junho de 2013, p. 4-8. Luigi Paolo Comoglio, por exemplo, aponta ser inútil postular e defender a autonomia da ação quando já há, num ordenamento jurídico, bases constitucionais de um direito incondicionado de agir perante órgãos jurisdicionais. Nesse caso, o poder de propor a demanda já suprimiria, de certa forma, a noção de ação. Em verdade, a pesquisa de Comoglio no texto aqui consultado é vasta e a profundada, investigando o conceito de ação em diversos ordenamentos. É de se espantar, contudo, a ausência de reverberação de suas conclusões no direito brasileiro. Sobre essa escrito, conferir: COMOGLIO, Luigi Paolo. Note riepilogative su azione e forme di tutela, nell’ottica della domanda giudiziale. **Rivista di diritto processuale**. Anno XLVIII, seconda serie, n. 2. Milano: CEDAM, 1993, 489 e *passim*.

demandas e cumulação de pretensões, por exemplo<sup>239</sup>. Num contexto mais antigo, Oskar von Bülow não entendia haver um direito de ação anterior ao ajuizamento da demanda<sup>240</sup>.

Outros pontos serão abordados mais à frente. Entretanto, incumbe deixar desde logo esclarecido o posicionamento aqui defendido: o conceito de ação, por ser plenamente substituível por classificações mais coerentes com realidades do nosso tempo, não deve ser tido como essencial. Nesse aspecto, à luz do que será exposto, é plenamente possível que a ação seja abarcada pela concepção de “jurisdição”, por exemplo, sem prejuízo nenhum para o sistema jurídico nacional<sup>241</sup>.

## 2.5.2 A escassa discussão sobre a relatividade da ação no Brasil

Um fenômeno curioso nas elaborações teóricas brasileiras é a importação de perspectivas estrangeiras com uma grande reverência que, em termos acadêmicos, precisa ser objeto de reflexões. No direito processual civil, essa postura é perceptível especialmente no que concerne às relações com o direito italiano<sup>242</sup>, em que é possível ver uma grande influência teórica, muito existente no âmbito do CPC de 1973, nesse caso em razão de anterior vinda de Enrico Tullio Liebman ao Brasil. É comum perceber em textos acadêmicos afirmações no sentido de que a vinda de Liebman ao nosso país teria feito surgir uma “moderna ciência

---

<sup>239</sup> Optou-se aqui pela tradução livre das expressões para facilitar o entendimento. Eis a versão original: “En conclusión, entiendo que por todas las razones anteriores, descartado el carácter fundamental del concepto de acción y rechazado su papel como acto supuestamente iniciador del proceso (que no lo tuvo realmente ni en la época del procedimiento formulario), si se acoge esta opción habrá que evitar en el futuro expresiones como ‘ejercitar acciones’, o ‘acumular acciones’, o incluso ‘tener acción’. Simplemente porque se interponen demandas, se acumulan pretensiones u objetos de juicio, y se tiene la posibilidad de interponer demandas con perspectivas de éxito. Pero nada se hace con las ‘acciones’” (NIEVA-FENOLL, Jordi. Imprecisiones privatistas de la ciencia jurisdiccional. *Revista de Processo*. vol. 220/2013, p. 7-8).

<sup>240</sup> Sobre essa perspectiva de Bülow: CHIOVENDA, Giuseppe. L’azione nel sistema dei diritti. *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937). Volume primo*. Milano: Giuffrè editore, 1993, p. 27; e MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *A Ação Rescisória contra as sentenças*. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1934, p. 23-24.

<sup>241</sup> Em linha semelhante, apontando que o direito processual pode ser explicado somente pelos conceitos fundamentais de “jurisdição” e “processo”, conferir: NIEVA-FENOLL, Jordi. Imprecisiones privatistas de la ciencia jurisdiccional. *Revista de Processo*. vol. 220/2013, p. 113-156, junho de 2013, p. 6-7.

<sup>242</sup> Nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco: “Em São Paulo desenvolvemos um pensamento processual muito ligado à escola italiana. Nós temos nossas origens no direito português dos colonizadores. Porém, houve uma influência muito grande, por volta do ano 1940, e durante 6 anos, do professor Enrico Tullio Liebman, que esteve no Brasil naquele tempo. Com isso, estando ele a ensinar em São Paulo, o pensamento italiano chegou ao Brasil e se difundiu através dos jovens estudiosos daquele tempo.” (INSTITUTO IBEROAMERICANO DERECHO PROCESAL. Cândido Dinamarco. *Youtube*. 16 de abr. 2015. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=ncAaETbbZb8&t=14s>. Acesso em: 01 mar. 2024).

processual brasileira”<sup>243</sup>, e que antes desse autor a produção acadêmica no direito processual não era tão robusta, salvo exceções<sup>244</sup>.

Considerando o refinamento tanto da pesquisa quanto das próprias ideias defendidas por diversos juristas na primeira metade do século XX no Brasil, seguindo amplo rigor teórico, esse tipo de afirmação merece ser afastado. A produção anterior à chegada de Liebman em solo brasileiro, além de dar ênfase também à doutrina estrangeira, de maneira inquestionavelmente aprofundada, mesmo com as limitações de pesquisa da época; ousava trazer novas possibilidades declaradamente diferentes das já reverberadas no Brasil, tal como se observa de Pontes de Miranda, Guilherme Estellita e Benedicto Ferreira Siqueira, no que concerne ao direito de ação, por exemplo<sup>245</sup>.

Entretanto, mesmo com o evidente valor acadêmico das produções dos referidos autores, ainda assim o que se percebe, desde a independência brasileira até os dias atuais, é uma falta de abordagem satisfatória do instituto à luz de aspectos sociais, históricos, culturais e institucionais do nosso país. Essa ausência configura-se como ponto bastante sensível, isso porque, da análise das obras sobre o tema, um eventual leitor desavisado pode ser compelido a acreditar que uma obra sobre o direito brasileiro estaria versando a respeito de um ordenamento jurídico europeu, isso porque todo o contexto histórico atinente ao instituto, ainda que no Brasil, é descrito com menções a antecedentes teóricos da Europa, “desenvolvendo-se” até a perspectiva liebmaniana, e somente a partir daí, salvo raras exceções, passa-se a debater as noções brasileiras, mas geralmente para verificar se elas seguem ou não as posições europeias.

Embora seja recomendável para propiciar um maior conhecimento a respeito do instituto no direito estrangeiro, esse tipo de postura, no caso do direito de ação, desconsidera uma própria constatação feita pelos europeus, no sentido de que esse conceito é notadamente relativo, sendo

<sup>243</sup> As aspas foram utilizadas para evidenciar que essa afirmação não se trata de uma concepção do autor da presente tese.

<sup>244</sup> Segundo afirma Alfredo Buzaid, referindo-se a Liebman, “Antes dele houve grandes processualistas, *mas não houve escola*; depois dele houve escola, *no seio da qual floresceram grandes processualistas*. Ele foi um divisor que, pondo remate a certo estilo de atividade processual, inaugurou entre nós o método científico, que os seus discípulos abraçaram apaixonadamente” (BUZAIID, Alfredo. A influência de Liebman no direito processual civil brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, v. 72, n. 1, 1977, p. 132). Ada Pellegrini Grinover refere-se a um suposto “método científico” que antes da chegada de Liebman era desconhecido por parte dos processualistas brasileiros (GRINOVER, Ada Pellegrini. O magistério de Enrico Tullio Liebman no Brasil. Trad. Cândido da Silva Dinamarco. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 81, p. 98-102, 1986, p. 99. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67069>. Acesso em: 01 mar. 2024).

<sup>245</sup> Conforme se viu da parte introdutória deste capítulo.

influenciado pela maneira como o próprio jurista do país percebe o seu ordenamento jurídico, à luz do seu contexto histórico<sup>246</sup>.

Uma perspectiva que estude esse assunto no âmbito do nosso país deve considerar as peculiaridades da compreensão nacional a respeito do direito e de temas relacionados, sob pena de realizar uma simples importação de uma noção estrangeira que não tem relação com a realidade brasileira. É óbvio que não é adequado desconsiderar toda a influência externa, mas, a título de exemplo, um fator interessante é a grande tendência de se valer de uma noção europeia da teoria abstrata para nomear uma perspectiva de direito à jurisdição pautada essencialmente na Constituição brasileira<sup>247</sup>.

Nesse sentido, não obstante o peso da tradição, será que não seria mais adequado superar as influências teóricas europeias, que nos trouxeram a *actio romana* como parâmetro inicial, e, de uma vez por todas, estabelecer uma classificação conceitual que considera a própria realidade constitucional do nosso país? A título de curiosidade, em nenhum momento a Constituição Federal de 1988 vale-se da expressão “direito de ação” ou utiliza da palavra “ação” que não seja em uma perspectiva de demanda processual, processo e/ou procedimento (ou, ao menos, no sentido “formal”, na classificação proposta por João Mendes Júnior para o plano infraconstitucional de sua época<sup>248</sup>).

Mesmo com o fato de, ao menos no contexto brasileiro, a noção constitucionalizada da ação ter sofrido grande influência da perspectiva de inquestionáveis intelectos do campo jurídico, como são os casos de Eduardo Couture<sup>249</sup> e, entre outros, dos juristas Ada Pellegrini

<sup>246</sup> A seguir, alguns autores que apontam o relativismo do conceito de ação, cada um com sua peculiaridade: CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile. Le azioni. Il processo di cognizione.* 2ª edizione reveduta e notevolmente aumentata. Napoli: Casa Tipografico – Editrice n. Jovene E. C., 1923, p. 44, rodapé n.1; PEKELIS, Alessandro. Azione (teoria moderna). *Novissimo Digesto italiano.* II. AZARA, Antonio (*et. al.*) (dir.). Torino: Vnione Tipografico – Editrice Torinese, 1957, p. 32, 42 e *passim*; CALAMANDREI, Piero. La relatività del concetto d’azione. *Opere Giuridiche. Volume 1. Problemi generali del diritto e del processo.* Roma: Roma Ter-Press, 2019, p. 427-449, especialmente p. 431; ORESTANO, Riccardo. Azione. L’azione in generale. Storia del Problema. *Enciclopedia del diritto.* IV. Milano: Giuffrè, 1959, p. 817.

<sup>247</sup> Por todos: MARINONI, Luiz Guilherme. O direito de ação como direito fundamental (consequências teóricas e práticas). *Revista dos Tribunais*, vol. 872/2008, p. 11-30, julho de 2008, *passim*.

<sup>248</sup> Ao investigar e explicar o tema, João Mendes de Almeida Junior afirma que a “ação judiciária” deve ser entendida em quatro sentidos: (i) subjetivo, sendo considerada como um direito do autor (“direito de requerer em Juízo aquillo que nos é devido”);(ii) objetivo, sendo, portanto, um remédio, “um meio para remover um impedimento”<sup>248</sup> ou, mais especificamente, um remédio para “pedir ao Juiz que obrigue a outrem a dar ou a fazer aquillo de que tem obrigação perfeita”; (iii) material, no qual a ação poderia ser definida como “o litígio em Juízo acerca de uma relação de direito; e, em linguagem vulgar, se diz *pleito* ou *demand*”; e (iv) formal, no qual a ação seria “a série ordenada e processual de actos formalizados pela lei, para o litígio em juízo sobre uma causa ou relação de direito” (ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. *Direito Judiciário Brasileiro.* 3ª ed., correcta, aumentada, com remissões ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1940, p. 97-98).

<sup>249</sup> COUTURE, Eduardo J. *Introdução ao estudo do processo civil: discursos, ensaios e conferências.* Trad. Hilton Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003, p. 24; COUTURE, Eduardo. Las garantías

Grinover<sup>250</sup> e Luiz Guilherme Marinoni<sup>251</sup>, ainda assim é de se refletir sobre a metamorfose que se operou em relação à concepção abstrata da ação, oriunda de um período cuja noção de constitucionalismo era outra<sup>252</sup>, a ponto de um grande teórico “garantista”, do século XX, como foi Calmon de Passos, ter restringido a sua relação com a Constituição, atribuindo uma maior preponderância à lei processual infraconstitucional<sup>253</sup>.

É nesse sentido que se questiona sobre qual seria a razão de adotar o conceito de ação, tão polêmico em termos teóricos tanto naquela época (Século XX) quanto atualmente, senão por uma simples tendência de se manter uma herança histórica. Não seria melhor se falar em “direito à jurisdição”<sup>254</sup>, “direito à justiça”, “direito à tutela judicial”<sup>255</sup>, entre outras nomenclaturas?

Da mesma forma, dentro do nosso atual sistema processual cível, à luz da Constituição Federal e, especialmente, do CPC de 2015, esse último que concretiza variados princípios processuais constitucionais ao realizar um grande aprimoramento na adaptação dos variados procedimentos para as mais diversas circunstâncias do direito material; faria sentido adotar uma

constitucionales del proceso civil. **Estudios de derecho procesal en honor de Hugo Alsina.** Buenos Aires: Ediar, 1946, p. 167.

<sup>250</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **As garantias constitucionais do direito de ação.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973, p. 74-75.

<sup>251</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. O direito de ação como direito fundamental (consequências teóricas e práticas). **Revista dos Tribunais**, vol. 872/2008, p. 11-30, julho de 2008, *passim*.

<sup>252</sup> Reflete de forma aprofundada a respeito do tema: ZANETI JUNIOR, Hermes. **A constitucionalização do processo:** a virada do paradigma racional e político no processo civil brasileiro do estado democrático constitucional. Porto Alegre, 2005. 408p. Tese de Doutorado - Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – FDUFRGS, *passim*; MITIDIERO, Daniel. As relações entre o processo civil e a constituição na primeira metade do século XX e sua evolução na doutrina processual civil brasileira. **Revista dos Tribunais**, vol. 915/2012, p. 50-60, jan. 2012, *passim*. Para uma reflexão direcionada ao estudo do direito de ação e à modificação na forma de compreender esse instituto, à luz da Constituição, sem deixar de lado o aspecto da defesa, conferir: SICA, Heitor Vitor Mendonça. **O direito de defesa no processo civil brasileiro:** um estudo sobre a posição do réu. São Paulo: Atlas, 2011, p. 21-57.

<sup>253</sup> PASSOS, José Joaquim Calmon de. **A ação no direito processual civil brasileiro:** tese apresentada à faculdade de direito da Universidade da Bahia, concorrendo à cátedra de direito judiciário civil (1960). Salvador: editora JusPodivm, 2014, p. 51-52.

<sup>254</sup> Eduardo Couture, por exemplo, afirmou que o direito de ação seria um direito à jurisdição (COUTURE, Eduardo. **Introdução ao estudo do processo civil: discursos, ensaios e conferências.** Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003, p. 22). Na mesma linha: ALSINA, Hugo. **Tratado teorico práctico de derecho procesal civil y comercial.** I. parte general. 2<sup>a</sup> ed. Buenos Aires: EDIAR, 1956, p. 333. Defendendo a adequação da nomenclatura “direito à jurisdição”: NOSETE, Jose Almagro. El “libre acceso” como derecho a la jurisdicción. **Revista de la Facultad de derecho de la Universidad de Madrid.** Nueva Serie. Vol. XIV, núm. 37, Madrid, 1970, p. 95-104. Stefan Leible, sem dar destaque ao conceito de ação, afirma haver um “direito à jurisdição” no contexto alemão (LEIBLE, Stefan. **Proceso civil alemán.** Trad. Rodolfo E. Witthaus. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 1998, p. 54). No direito italiano recente, Italo Andolina e Giuseppe Vignera afirmam ser mais adequado se falar em “diritto alla tutela giurisdizionale” do que em “diritto di azione” (ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. **I fondamenti costituzionali della giustizia civile. Il modello costituzionale del processo civile italiano.** 2<sup>a</sup> ed. Torino: G. Giappichelli; 1997, p. 64). No cenário brasileiro, o autor que claramente opta por não se falar em direito de ação constitucional e substituir tal compreensão pela ideia de “direito à jurisdição” é Pedro Henrique Nogueira (NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria da ação de direito material.** Salvador: JusPodivm, 2008, p. 45-103).

<sup>255</sup> Tal como ocorreu no contexto europeu, conforme apontado no subcapítulo 2.3 desta tese.

perspectiva de poder de acessar o judiciário que reproduz uma nomenclatura classicamente atribuída, em sua origem histórica, apenas àquele que tem razão? Em sua essência, ressalvando eventuais relativizações, só se concebia a existência da *actio* em relação ao sujeito que tinha o direito violado. Como que ficariam, portanto, a figura do réu e as garantias procedimentais?

Outrossim, qual a ampla relação da nossa sociedade com o judiciário? A concepção das “condições da ação” realmente deveria ser tão problemática assim? A ação não seria efetivamente condicionada quanto à sua existência e (ou) ao seu exercício? Como que se encaixam as condições da ação/pressupostos processuais à luz das diversas instituições do nosso país, e do sistema constitucional brasileiro? Como que o direito de ação é operacionalizado à luz das perspectivas precedentalistas, do chamado “sistema de precedentes”

brasileiro?<sup>256</sup> E no que concerne aos processos “estruturais”<sup>257</sup> ou “reestruturantes”<sup>258</sup>, assim como também à “intervenção” (ou influência) do Poder Judiciário na política?<sup>259</sup> E em relação

<sup>256</sup> O autor desta tese, conjuntamente com Benedito Cerezzo Pereira Filho, Luísa Rocha Corrêa e Guilherme Mazarello, realizou um estudo a respeito da maneira como se investiga, no Brasil, a questão dos precedentes. Sobre o tema: PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo; NERY, Rodrigo; CORRÊA, Luísa Rocha; MAZARELLO, Guilherme. **De polissemia a metonímia: a incerteza sobre o que é um precedente no direito brasileiro**. Direito UnB – Revista de Direito da Universidade de Brasília, v. 7, n. 1, 0. 201-227, 2023, disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadireditounb/article/view/43119>. Acesso em: 2 mar. 2024, *passim*. Não obstante a nossa perspectiva crítica, vale destacar a contribuição de Paula Pessoa Pereira para a consolidação teórica da ideia de que as Cortes Superiores exercem uma função que vai além da de simplesmente julgar o recurso do caso concreto. Nas suas palavras, como foco no Superior Tribunal de Justiça: “a concepção de que a função do STJ é de uma corte de revisão e, portanto, deve responder aos recursos interpostos de forma individual, entregando apenas a prestação jurisdicional do caso concreto, não responde aos valores e princípios que informam o Estado de Direito, tampouco respeita o desenho institucional do processo e, mais ainda, a obrigação constitucional que recai sobre o STJ” (PEREIRA, Paula Pessoa. **Legitimidade dos precedentes: Universabilidade das decisões do STJ**. 1. ed. em e-book baseada na 1. ed. impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, n.p.). Em outro momento do seu trabalho, anterior ao trecho aqui citado, essa mesma autora defende que “A tendência que podemos verificar nos últimos anos, a qual parece colocar-se em nível geral, revela que a função tradicional reativa de tutela da legalidade no caso concreto cede espaço para o desempenho da função proativa na evolução do direito, de modo que, com poucas exceções, a finalidade pública e prospectiva está se revelando a função de maior importância, caracterizando-se como o aspecto decisivo (e às vezes o único) da maior parte das cortes supremas” (Idem).

<sup>257</sup> No Brasil, um dos primeiros (possivelmente o primeiro de todos) a cuidarem do tema dos processos estruturais, à luz da noção de “decisões estruturais”, foi Sérgio Arenhart: ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo**, vol. 225/2013, p. 389-410, novembro de 2013, *passim*. Posteriormente, fazendo uma sólida investigação do tema, apontando várias características dos processos estruturais, sem se furtar de criticá-las e propondo uma nova e refinada forma de identificar o fenômeno. GALDINO, Matheus Souza. **Elementos para uma compreensão tipológica dos processos estruturais**. Dissertação (Mestrado – Direito). Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2019, *passim* e, especificamente, 22-49 e 151-155.

Segundo defendem Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., processo estrutural pressupõe um problema estrutural, que é justamente “a existência de um estado de desconformidade estruturada – uma situação de ilicitude contínua e permanente ou uma situação de desconformidade, ainda que não propriamente ilícita, no sentido de ser uma situação que não corresponde ao estado de coisas ideal”. Nesse sentido, com o processo estrutural “se pretende alterar esse estado de desconformidade, substituindo-o por um estado de coisas ideal”. Destaca-se que nem todas as características comumente entendidas na doutrina são essenciais para a caracterização de um processo estrutural. Entretanto, elementos que se sobressaem, além dos já citados, são a existência de “um procedimento marcado por sua flexibilidade intrínseca, com a possibilidade de adoção de formas atípicas de intervenção de terceiros e de medidas executivas, de alteração do objeto litigioso, de utilização de mecanismos de cooperação judiciária”, isso além da “consensualidade, que abranja inclusive a adaptação do processo”. Entre as características típicas não essenciais, estariam “a multipolaridade, a coletividade e a complexidade” (Para tudo o que foi dito desses autores, conferir: DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, vol. 303/2020, p. 45-81, maio de 2020, *passim*). Edilson Vitorelli, por sua vez, conceitua processo estrutural da seguinte maneira: “O processo estrutural é um processo coletivo no qual se pretende, pela atuação jurisdicional, a reorganização de uma estrutura burocrática, pública ou privada, que causa, fomenta ou viabiliza a ocorrência de uma violação pelo modo como funciona, originando um litígio estrutural” (VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. **Revista de Processo**, vol. 284, p. 333-369, outubro de 2018, p. 8). Em outra obra, Vitorelli reforça essa ideia de que o processo estrutural é um “processo coletivo” (VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática**. 4. ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora JusPodivm, 2023, p. 73). Didier Jr. e Zaneti Jr., por sua vez, refutam essa relação, afirmando que não se trata de uma característica essencial do processo estrutural o fato de ele ser coletivo ou não (DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, vol. 303/2020, p. 45-81, maio de 2020, p. 7).

<sup>258</sup> Defendendo tal nomenclatura (*processo reestruturante*), sob a premissa de que “Não parece adequado denominar-se estrutural a esse tipo de processo, já que o que o caracteriza não é ele se referir a uma estrutura, ou com ela se relacionar, e que “O que caracteriza esse tipo de processo é o fato de que ele tem por objeto a

ao agir jurisdicional nas demandas de controle de constitucionalidade concentrado no STF e nos Tribunais de Justiça? Seria também direito de ação?<sup>260</sup>

Todos esses pontos precisam ser objeto de análise aprofundada, não sendo adequada apenas uma reprodução do já consolidado “roteiro” teórico de autores, sem a reflexão até mesmo sobre a pertinência de se abordar o aspecto institucional, jurisprudencial e histórico do nosso país. Na presente tese, que visa a refletir também sobre o próprio estudo do fenômeno comumente rotulado como ação, demonstrando aspectos até mesmo pouco abordados na doutrina, a justificativa para mencionar a maior quantidade possível de teorias é fácil de se conceber. Agora, dentro de uma determinada perspectiva, talvez seja de utilidade duvidosa a abordagem de autores como Wach ou então a análise do complexo debate de *Windscheid vs. Muther* para apenas defender que as condições da ação seriam questões processuais ou de mérito.

reorganização de uma estrutura que funciona mal”, conferir: CÂMARA, Alexandre Freitas. Processo reestruturante de família. **Revista de Processo**, vol. 338, p. 277-298, abril de 2023, p. 5.

<sup>259</sup> Refletindo sobre o tema, numa perspectiva das cortes constitucionais, Dieter Grim aponta que não há como dizer que as duas correntes contrárias no âmbito do debate sobre se as referidas cortes exercem ou não função política estariam erradas. Em vista disso, esse autor afirma que o direito e a política andam lado a lado, e que os tribunais constitucionais têm papel político relevante ao analisar a constitucionalidade de atos políticos, assim como também “a atividade dos juízes constitucionais se diferencia daquela dos políticos, e que a diferença decisiva reside exatamente em sua especialização em questões jurídicas” (GRIMM, Dieter. O que é político na jurisdição constitucional? **Jurisdição constitucional e democracia**: ensaios escolhidos. Coord. Gilmar Ferreira Mendes; trad. Paulo Sávio Nogueira Peixoto Maia, Erica Luísia Ziegler. 1. ed. (ebook). São Paulo: Editora Coontracorrente, 2023, location 33). Defendendo que a investigação “abstrata” de constitucionalidade cuida-se de uma análise política sob um procedimento judicialiforme, conferir (NUNES, Jorge Amaury Maia. O papel das cortes superiores. **Revista Caderno Virtual**. Vol. 3, ed. 45, 2019). No âmbito dos demais campos dos procedimentos jurisdicionais, as reflexões de Eduardo José da Fonseca Costa a respeito da intervenção do judiciário em questões políticas são relevantes: COSTA, Eduardo José da Fonseca. Dez senões do processo estrutural. **Dr. Eduardo José da Fonseca Costa**. 21/06/2021. Disponível em: <https://www.eduardojfcosta.com.br/artigos/DEZ-SENOES-DO-PROCESSO-ESTRUTURAL/>. Acesso em: 02 mar. 2024. Por fim, fazendo uma análise da judicialização de políticas públicas, propondo uma “postura de autocontenção” com base nos pilares da (i) legitimidade democrática, (ii) policentrismo, (iii) expertise e flexibilidade, de modo a que o juiz atue “com deferência a outros órgãos jurisdicionais”, encontrada no julgamento do caso concreto, a fazer com que ocorra um “autocontenção” mediante a verificação da “expertise do Poder Público”, “da importância de considerar uma rede de relações e interesses interligados na implementação da política pública, da possibilidade de haver alternativas para enfrentar o problema constitucional (flexibilidade, negociação e criatividade)”, conferir: QUINTAS, Fábio Lima. Juízes-administradores: a intervenção judicial na efetivação dos direitos sociais. **Revista de informação legislativa**: RIL, v. 53, n. 209, p. 31-51, jan./mar. 2016, p. 47-48. Disponível em: <[http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/209/ril\\_v53\\_n209\\_p31](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/209/ril_v53_n209_p31)>. Acesso em: 02 mar. 2024.

<sup>260</sup> Defendendo tratar-se de uma “ação constitucional voltada à proteção da Constituição, atribuído com exclusividade e explicitamente como a principal função do Supremo Tribunal Federal”, em um conceito que se distinguiria do direito de ação propriamente dito, pelo fato de que esse último “não necessariamente inclui o controle de constitucionalidade e a jurisdição constitucional”, especialmente pela circunstância de que o supremo pode negar repercussão geral a questões veiculadas em recurso extraordinário, pelo voto de dois terços dos ministros, entre outras razões, conferir: FORTES, Luiz Henrique Krassuski. **Supremo processo constitucional**: a guarda da constituição em sentido estrito e o seu adequado módulo processual. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito, 164p, Curitiba, 2023, p. 67-69 e 149.

No cenário atual se torna imperioso pensar um conceito de direito de acessar o judiciário numa perspectiva que considere a realidade jurídica brasileira, a fazer com que, por exemplo, seus contornos sejam distintos dos das noções marcadas por influências privatistas<sup>261</sup> defendidas pela doutrina, bastante inspirada por perspectivas europeias. Um exemplo de proposta interessante em relação a uma consequência que se atribui à ação, considerando o cenário normativo nacional e, especialmente, as necessidades oriundas da complexa atuação processual no nosso país, é a tese a respeito do interesse-utilidade “cambiante da tutela jurisdiccional na vida dos litigantes”, de Antonio do Passo Cabral<sup>262</sup>, não obstante esse autor se valer da noção de “condições da ação”<sup>263</sup> para dar início à sua reflexão. Da mesma forma, convém mencionar a difusão das noções de processo estrutural por diversos teóricos do nosso país<sup>264</sup>.

Ainda nessa linha, a evolução na compreensão em geral da participação no processo civil é um aspecto a ser observado na academia nacional, considerando que há concepções teóricas que já estão um passo à frente em termos de acesso à justiça e democratização do direito a uma tutela justa, mesmo quando ainda se encontram limitadas a ter que se referir a noções tradicionais e ultrapassadas sobre o fenômeno que se rotula como ação.

Por isso, como forma de prosseguirmos na reflexão aqui proposta, torna-se importante recordar a fala de José Souto Maior Borges, no sentido de que eventual categoria formal somente poderá ser tida como efetivamente legítima “na medida em que os testes de sua transposição para uma ordem jurídica particular lhe revelem aptidão para solucionar problemas

<sup>261</sup> Em um tom claramente crítico, apontando o viés eminentemente privatista das doutrinas clássicas da ação, conferir: NIEVA-FENOLL, Jordi. Imprecisiones privatistas de la ciencia jurisdiccional. **Revista de Processo**. vol. 220/2013, p. 113-156, junho de 2013, p. 7-8. No Brasil, apontando a insuficiência do conceito de ação sob uma perspectiva constitucional, tendo em vista o fato de ele “externar uma ideia um tanto privatística do Direito processual, reduzida a ação a direito exercido em vista de litígio entre duas pessoas”, o que seria um problema no campo da legitimação, conferir: ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. O Estado de Direito e o direito de ação: a extensão do seu exercício. **Revista brasileira de direito processual**, Belo Horizonte, v. 15, n. 59, jul./set. 2007, n.p. Versão disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/32162>. Acesso em: 18/12/2024.

<sup>262</sup> Nas suas palavras: “A utilidade que deve nortear o estudo do interesse de agir é uma utilidade processualmente relevante, na óptica do litigante, não do Estado, para atingir um resultado que o próprio litigante entende favorável ao seu complexo de situações jurídicas, processuais ou substanciais”(CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração entre polos da demanda. **Revista Forense**, volume 404, ano 105, julho-agosto de 2009, p. 29-38).

<sup>263</sup> CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração entre polos da demanda. **Revista Forense**, volume 404, ano 105, julho-agosto de 2009, p. 8-9. Em outro texto posterior, o autor afirma também que continua a “lavorare ancora con le ‘condizioni dell’azione’ per ragioni etiche e di economia processuale” (CABRAL, Antonio do Passo. Interesse ad agire e “zone di interesse”. **Revista de Processo Comparado**, vol. 2, jul-dez/2015,p. 29-56, 2015, p. 1).

<sup>264</sup> Sobre o tema, conferir as reflexões de Paulo Victor de Carvalho Mendonça em: MENDONÇA, Paulo Victor de Carvalho. Pode-se dizer que é o maior momento do processo estrutural no Brasil? **Conjur**. 06 de setembro de 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-set-06/carvalho-mendonca-momento-processo-estrutural-brasil2/>. Acesso em: 02 mar. 2024.

de interpretação do direito positivo”<sup>265</sup>. A partir dessa constatação surge a indagação sobre se a ação cumpre o papel mencionado pelo referido autor. Na nossa visão, a resposta é “não”, conforme espera-se deixar claro neste trabalho.

### 2.5.3 A repetição acrítica e a falta de investigação de perspectivas paralelas

Não obstante o apego teórico de parte relevante da doutrina em relação às noções estrangeiras, o que se observa da pesquisa aqui feita, especialmente no que concerne às obras sobre direito de ação escritas a partir dos anos 1980, é praticamente uma limitação dos autores ao debate entre variações da teoria eclética e da teoria abstrata, aceitando as construções anteriores sem uma mínima reflexão crítica que busque trazer algo essencialmente novo ao tema. Tanto é assim que, por exemplo, a riquíssima discussão a respeito do “direito à tutela judicial efetiva” travada na Espanha, e as demais variações dessa visão em outros países<sup>266</sup>, bem como as construções conceituais estabelecidas nas cortes internacionais<sup>267</sup>, não reverberaram adequadamente no cenário acadêmico e jurisprudencial brasileiros.

De igual forma, salvo a crítica quanto ao debate a respeito da natureza jurídica do instituto, pouco se discutiu sobre a desnecessidade de se considerar a ação como um instituto fundamental do direito processual, ao lado das noções de processo e de jurisdição, mesmo com a publicação, em revista nacional, de relevantíssimo trabalho de Jordi Nieva-Fenoll sobre o tema<sup>268</sup>, já há mais de uma década.

Em verdade, sem prejuízo de pontuais menções a escritos específicos de autores estrangeiros recentes, muitos deles de origem italiana, as construções acadêmicas nacionais após os anos oitenta literalmente valem-se de uma fotografia do passado, cristalizando como ponto de partida de suas reflexões as noções teóricas desenvolvidas até Liebman, sem refletir se faz sentido reverberar um instituto tão polêmico.

É importante destacar, inclusive, que a crítica aqui feita está longe de atacar um conceito de origens “milenares” e supostamente consolidadas. Sem prejuízo de debates anteriores ao

<sup>265</sup> BORGES, José Souto Maior. **Obrigação tributária (uma introdução metodológica)**. 3<sup>a</sup> edição, revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 37.

<sup>266</sup> Sobre o tema, consultar o subcapítulo 2.3 desta tese.

<sup>267</sup> Idem.

<sup>268</sup> NIEVA-FENOLL, Jordi. Imprecisiones privatistas de la ciencia jurisdiccional. **Revista de Processo**. vol. 220/2013, p. 113-156, junho de 2013, p. 4-8.

século XIX e XX, tal como foi o caso da polêmica entre Azone vs. Piacentino<sup>269</sup>, a figura da ação como um fenômeno abstrato, embora tenha “surgido” ou ao menos “se difundido” no século XIX, apenas consolidou-se a partir do início do século passado, graças aos contornos que foram arduamente estabelecidos décadas antes por Mortara<sup>270</sup>, Alfredo Rocco<sup>271</sup>, Ugo Rocco<sup>272</sup>, Alberto dos Reis<sup>273</sup>, Emilio Betti<sup>274</sup>, Eduardo Couture<sup>275</sup>, Carnelutti<sup>276</sup>, entre outros. No Brasil, as contribuições marcantes em termos de abstração vieram de Pontes de Miranda (com sua “ação” entre aspas)<sup>277</sup>, Pedro Baptista Martins<sup>278</sup>, Benedicto de Siqueira Ferreira<sup>279</sup> e Calmon de Passos<sup>280</sup>, não obstante já haver reverberação de perspectivas abstratas até mesmo na época da elaboração do código civil de 1916, conforme se evidenciou de questionamento feito pela Faculdade Livre de Direito do Rio de Janeiro a respeito de condicionantes da ação e de sua previsão no projeto desse código, em parecer datado de 1901<sup>281</sup>.

<sup>269</sup> Sobre o tema, apontando o que seria um antecedente a respeito dos debates da autonomia da ação, mas sem acarretar efetivamente uma cisão entre processo e direito material: ORESTANO, Riccardo. *Azione in generale. Storia del Problema. Enciclopedia del diritto. IV.* Milano: Giuffrè, 1959, p. 793.

<sup>270</sup> MORTARA, Lodovico. *Manuale della procedura civile*. Volume I. 2<sup>a</sup> ed. riveduta. Torino: Unione Tipografico-editrice, 1987, p. 15.

<sup>271</sup> ROCCO, Alfredo. *La sentenza civile. Studi*. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1906, p. 82-91.

<sup>272</sup> ROCCO, Ugo. *L'autorità della cosa giudicata e i suoi limiti soggettivi. I.* Roma: Athenaeum, 1917, p. 235-336.

<sup>273</sup> REIS, José Alberto dos. *Processo ordinário e sumário*. Vol. 1º. 2<sup>a</sup> edição, completamente refundida. Coimbra: Coimbra Editora, 1928, p. 125.

<sup>274</sup> BETTI, Emilio. *Diritto processuale civile italiano*. II ed. Roma: Società Editrice del “Foro Italiano”, 1936, p. 72.

<sup>275</sup> COUTURE, Eduardo. Las garantías constitucionales del proceso civil. *Estudios de derecho procesal en honor de Hugo Alsina*. Buenos Aires: Ediar, 1946, p. 169; COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3<sup>a</sup> ed (póstuma). Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1958, p. 57.

<sup>276</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile. I. Funzione e composizione del processo*. Padova: CEDAM, 1936, p. 890.

<sup>277</sup> MIRANDA, Pontes de. *Tratado da ação rescisória*. atual: Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1998, p. 40-41.

<sup>278</sup> MARTINS, Pedro Baptista. Prefácio. ESTELLITA, Guilherme. *Direito de ação. Direito de demandar*. 2<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto Editora, 1942, p. IX.

<sup>279</sup> FERREIRA, Benedicto de Siqueira. *Da natureza jurídica da ação. Exposição e crítica*. São Paulo: Empresa Gráfica da “Revista dos Tribunais”, 1940, p. 227-229.

<sup>280</sup> PASSOS, José Joaquim Calmon de. *A ação no direito processual civil brasileiro*: tese apresentada à faculdade de direito da Universidade da Bahia, concorrendo à cátedra de direito judiciário civil (1960). Salvador: editora JusPodivm, 2014, p. 55.

<sup>281</sup> Eis trechos do questionamento: “E’ materia puramente processual, sobre que os Estados compete legislar” e “Demais, é livre o direito de propor a ação. Só a sentença decidirá si o autor tem nella interesse legitimo, economico ou de ordem moral” (FACULDADE LIVRE DE DIREITO DO RIO DE JANEIRO. Parecer. Relatores: Cândido de Oliveira e Paula Ramos Junior. In: CÂMARA DOS DEPUTADOS. Código civil brasileiro: trabalhos relativos à sua elaboração. Volume 2. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1918, pg. 35. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/14356?show=full>. Acesso em: 05/08/2023). A resposta a esse questionamento, por parte de Clóvis Beviláqua, pode ser vista em: BEVILÁQUA, Clóvis. *Em defesa do Projecto de Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1906, p. 292-293.

Portanto, o “instituto” criticado, além de ser fruto de amplo dissenso, está longe de ser recente, o que torna ainda mais curiosa a manutenção da sua adoção, algo que se justifica possivelmente pelo costume acadêmico de perpetuar tradições<sup>282</sup>.

#### 2.5.4 O protagonismo do direito constitucional na classificação do poder/faculdade/possibilidade de acesso efetivo ao judiciário

O desenvolvimento da doutrina constitucionalista, somado à grande dificuldade de se determinar efetivamente a natureza jurídica da “ação” no plano infraconstitucional, possivelmente contribuiu para que o poder/faculdade/possibilidade de acesso ao judiciário fosse também objeto de regulação pelo direito constitucional. Sem desconsiderar aqui outros caminhos, é possível identificar, a depender do país, (i) a consolidação de dois fenômenos paralelos com objetivos amplamente similares de regulação do acesso ao judiciário, não obstante as tentativas de distinção feitas por alguns autores<sup>283-284</sup>, e/ou (ii) a absorção do conceito de ação pelo direito constitucional<sup>285</sup>.

Essa constatação é de grande relevo, especialmente ante a importância do tema nos ordenamentos jurídicos democráticos. No direito estrangeiro, como visto em subcapítulo anterior, a figura do chamado “direito à tutela judicial efetiva” e suas variações é amplamente debatida, inclusive nas cortes superiores<sup>286</sup>. Em verdade, sem dúvidas se trata de noção

<sup>282</sup> Trata-se de um fenômeno semelhante ao que acontece a coisa julgada, conceito que em sua origem não corresponde de forma alguma à noção processual que vigora majoritariamente na doutrina brasileira Sobre o tema: NERY, Rodrigo. Breves considerações sobre a coisa julgada no direito romano: contornos históricos e a sua relação com a litis contestatio. *Revista de Processo*, vol. 331/2022, p. 407-422, setembro de 2022, *passim*.

<sup>283</sup> Como, por exemplo, SCHUMANN BARRAGÁN, Guillermo. *Derecho a la tutela judicial efectiva y autonomía de la voluntad*: los contratos procesales. Madrid: Macial Pons, 2022, p. 61-62.

<sup>284</sup> No direito estadunidense também se observa esse dualismo, à luz da concepção de *right of action* e da consagração da *open court clause* em diversas constituições estaduais. Sobre o tema, consultar o subcapítulo 2.2. deste trabalho.

<sup>285</sup> Exemplos dessa visão: COUTURE, Eduardo. Las garantías constitucionales del proceso civil. *Estudios de derecho procesal en honor de Hugo Alsina*. Buenos Aires: Ediar, 1946, p. 165-167; GUILLÉN, Víctor Fairén. *Estudios de derecho procesal*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, p. 74; NOSETE, Jose Almagro. El “libre acceso” como derecho a la jurisdicción. *Revista de la Facultad de derecho de la Universidad de Madrid*. Nueva Serie. Vol. XIV, núm. 37, Madrid, 1970, p. 111-113; GRINOVER, Ada Pellegrini. O direito de ação. *Revista dos Tribunais*, ano 62, volume 451, maio de 1973, p. 31; MARINONI, Luiz Guilherme. *Il diritto di azione come diritto fondamentale. A cura di Vincenzo Ansanelli*. Torino: Giappichelli Editore, 2016, p. 1-3.

<sup>286</sup> Exemplos de algumas cortes são (i) o *Tribunal Constitucional* da Espanha (ESPAÑA). Tribunal Constitucional. Sala Segunda Sentencia 1/2023. Pres. donã Inmaculada Montalbán Huertas. Julgamento em 6 de fevereiro de 2023. *Boletín Oficial del Estado*, n. 61, Lunes, 13 de março de 2023, p. 37454; (ii) o Tribunal Constitucional de Portugal (PORTUGAL). Tribunal Constitucional de Portugal. 1ª secção. **Acórdão nº 316/2023** (retificado pelo Acórdão 346/2023, de 6 de junho). Relatora: Conselheira Maria Benedita Urbano. Julgamento: 26 de maio de 2023. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20230316.html>. Acesso em 20/11/2023; PORTUGAL. Tribunal Constitucional Português. 1ª secção. **Acórdão 174/2020**. Relatora:

desvinculada dos inúmeros debates sobre a ação, muitas vezes dando a impressão de que esse último tema, limitado ao campo infraconstitucional, ficaria, de fato, em segundo plano. Luigi Paolo Comoglio, em sólida pesquisa de direito comparado, chegou a semelhante conclusão, afirmando, na década de noventa, a perda de relevância sistêmica da ação, ante a proliferação de diversas garantias no plano constitucional<sup>287</sup>. Isso se deve, inclusive, ao fato de que, mais uma vez conforme afirma esse mesmo autor, em outro escrito, a ideia de um processo igualitário e justo só se cristaliza definitivamente com a coordenação de diversas garantias concorrentes<sup>288</sup>. Sem óbice de perspectivas sobre a ação que, na prática, têm aptidão para abarcar todas as garantias, o mais comum quando se pensa nesse instituto é a sua restrição a um conjunto de posições processuais, mas não a todas<sup>289</sup>.

No direito constitucional brasileiro, não obstante haver menções pontuais ao direito de ação, o que se percebe é que ainda há pouco desenvolvimento de uma noção eminentemente constitucional, exceto no que diz respeito a uma perspectiva que apenas legitime as garantias já condensadas no código de processo civil<sup>290</sup>. Não se tem conhecimento até então de estudos,

Conselheira Maria de Fátima Mata-Mouros. Julgamento: 11 de março de 2020. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20200174.html>. Acesso em: 20 nov. 2023; PORTUGAL. Tribunal Constitucional Português. 1ª Secção. **Acórdão 687/2019**. Relatora: Conselheira Maria de Fátima Mata-Mouros. Julgamento em 03 de dezembro de 2019. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20190687.html>. Acesso em: 20 nov. 2023; PORTUGAL. Tribunal Constitucional Português. 3ª Secção. **Acórdão 747/2023**. Relatora: Conselheira Joana Fernandes Costa. Julgamento em 8 de novembro de 2023. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20230747.html>. Acesso em: 20 nov. 2023.); (iii) a *Corte Suprema de Justicia de la Nación*, da Argentina (ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. **Constantino, Eduardo Francisco c/ ANSeS s/ reajustes varios**. 7 de junho de 2016. fallos: 339:740, p. 7. Disponível em: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7311983&numeroPagina=1>. Acesso em: 24 nov. 2023); e (iv) a *Suprema Corte de Justicia* do Uruguai (URUGUAI. Suprema Corte de Justicia. **Sentencia definitiva nº 576/2017**. IUE: 317-383/2016. Pres.: Dr. Jorge Omar Chediac Gonzalez. Julgado em 8 de maio de 2017. Disponível em: <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/hojaInsumo2.seam?cid=504189>. Acesso em: 24 nov. 2023.

<sup>287</sup> COMOGLIO, Luigi Paolo. Note riepilogative su azione e forme di tutela, nell'ottica della domanda giudiziale. *Rivista di diritto processuale*. Anno XLVIII, seconda serie, n. 2. Milano: CEDAM, 1993, p. 481.

<sup>288</sup> COMOGLIO, Luigi Paolo. I modelli di garanzia costituzionale del processo. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Settembre, 1991, anno XLV, N. 3. Milano: Giuffrè, 1991, p. 687.

<sup>289</sup> O próprio Comoglio assim o faz, conforme se observa de COMOGLIO, Luigi Paolo. I modelli di garanzia costituzionale del processo. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Settembre, 1991, anno XLV, N. 3. Milano: Giuffrè, 1991, p. 700-702. Salvo para quem defende uma noção de ação como uma relação jurídica, a ampliar o âmbito de incidência desse conceito (por exemplo: MORTARA, Lodovico. **Manuale della procedura civile**. Volume I. 2ª ed. riveduta. Torino: Unione Tipografico-editrice, 1987, p. 15 e FERREIRA, Benedicto de Siqueira. **Da natureza jurídica da ação. Exposição e crítica**. São Paulo: Empresa Gráfica da “Revista dos Tribunais”, 1940, p. 229), nem todas as posições processuais serão efetivamente abarcadas pela ideia de direito de ação.

<sup>290</sup> Exemplo disso é a conceituação defendida por Fredie Didier Jr. de direito de ação como um complexo de direitos. Trata-se de uma noção amplamente refinada, mas que abrange (e, conforme aqui se entende, legítima) uma série de outras posições jurídicas, tais como “o direito à tutela jurisdicional, o direito a um procedimento adequado, direito a técnicas processuais adequadas para efetivar o direito afirmado, o direito à prova e o direito de recorrer” (DIDIER JR., Fredie. O direito de ação como um complexo de situações jurídicas. *Revista de Processo*. Ano 37, vol. 210, agosto de 2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 54).

salvo pontuais e tímidas exceções<sup>291</sup>, que visem à análise jurídica aprofundada de impactos, por exemplo, de medidas infralegais em relação ao direito de acesso ao judiciário, de modo a estabelecer parâmetros claros para aferição de quando que uma determinada medida poderia ser considerada inconstitucional. O tema, à luz da Constituição, vem sendo analisado pontualmente pelo STF<sup>292</sup>, mas sem um grande aprofundamento na perspectiva constitucional do direito à jurisdição.

### 2.5.5 A não prevalência do conceito de direito de ação em julgados do Supremo Tribunal Federal e em comentários doutrinários ao art. 5º, XXXV, da Constituição brasileira

Neste trabalho realizou-se uma pesquisa envolvendo alguns julgados do Supremo Tribunal Federal. Embora em alguns deles seja possível ver a menção à existência de um direito de ação, o que se observa é que há uma tendência nos votos dos Ministros de adoção de conceitos do direito constitucional (em detrimento de noções processuais) para descrever a possibilidade de acesso ao judiciário.

Até mesmo à luz do art. 5º, XXXV, o que se identifica é uma tendência de não aprofundar exatamente no direito que nele é previsto, bem como a ocorrência de uma histórica limitação jurisprudencial da normatividade desse dispositivo ao aspecto literal de sua redação.

Paralelamente à pesquisa citada, foi feita uma análise de interpretações de alguns teóricos a respeito da previsão contida no art. 5º, XXXV. Os resultados foram similares aos obtidos na análise jurisprudencial.

É o que será demonstrado a seguir.

#### 2.5.5.1 Breve menção histórica e exposição dos resultados e das conclusões da pesquisa jurisprudencial realizada

No que poderia ser classificado (apenas para fins didáticos) como a origem da redação do atual art. 5º, XXXV, ainda na Constituição de 1946 (art. 141, §4º, com modificações relevantes), percebe-se a clara finalidade de estabelecer apenas uma garantia contra atos

<sup>291</sup> Um exemplo interessante é o do seguinte artigo: LIMA, George Marmelstein. O princípio da proporcionalidade e o direito fundamental à ação: um estudo constitucionalmente adequado acerca das limitações ao direito de ação. *Themis*, Fortaleza, v. 3, n. 1, p. 125-151, 2000, p. 125-151.

<sup>292</sup> Sobre o tema, conferir o próximo subcapítulo. Para uma relevante coletânea das decisões a respeito do art. 5º, XXXV, do STF, num viés meramente descritivo: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **A Constituição e o Supremo**. Brasília: Secretaria de Documentação, 2011, p. 160-173.

normativos que visassem afastar indevidamente a possibilidade de apreciação de lesão a direito<sup>293</sup>. Pelos relatos existentes, não houve debate sobre efetividade da tutela jurisdicional<sup>294</sup>, algo que somente começou a ser discutido de forma direta, em relação a tal dispositivo, no âmbito doutrinário<sup>295</sup>.

De todo modo, não obstante os limites da redação do texto (considerando que o inciso XXXV do atual artigo 5º da Constituição manteve similar prescrição à contida no seu “correspondente” da Constituição de 1946<sup>296</sup>), a dimensão normativa atribuída pela doutrina o faz ser um grande avanço em termos de tutela judicial efetiva, isso mesmo com o fato de a jurisprudência do STF, dos anos seguintes, ter permanecido refratária, restrita apenas a uma noção formal de acesso ao judiciário, tal como demonstrou Ada Pellegrini Grinover em sua tese de livre-docência (ainda sob a égide da Constituição de 67 modificada pela EC nº 1/1969)<sup>297</sup>.

O desenvolver dos anos fez surgir, em diversas constituições do mundo, previsões do direito à jurisdição, várias delas sendo mais aprofundadas do que a que consta na Constituição do Brasil<sup>298</sup>. Muitos fatores podem justificar essa distinção de profundidade entre o Brasil e outros países, dos quais cita-se a diferença linguística (a dificultar o diálogo) e a diferença de contexto histórico<sup>299</sup>.

Essas reflexões podem ser obtidas da análise conjunta das constatações feitas nos subcapítulos anteriores com os resultados da pesquisa jurisprudencial já mencionada, essa última que buscou encontrar alguns acórdãos no repositório jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal<sup>300</sup> mediante dois caminhos de busca distintos.

<sup>293</sup> MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1946**. 4ª ed. (revista e aumentada). Tomo IV (arts. 129-141, §14). Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1968, p. 410.

<sup>294</sup> Para uma análise dos debates ocorridos: PACHECO, Cláudio. **Tratado das Constituições brasileiras. Volume X**. Rio de Janeiro: 1965, p. 29. Na mesma linha, DUARTE, José. **A Constituição Brasileira de 1946: exegese dos textos à luz dos trabalhos da Assembléia Constituinte**. 3º Volume. Rio de Janeiro: 1947, p. 16-19

<sup>295</sup> Por exemplo: MARQUES, José Frederico. O artigo 141, §4º, da Constituição Federal. **Revista de Direito Processual Civil**. Julho a Dezembro de 1960. São Paulo: Saraiva S. A, 1960, *passim*.

<sup>296</sup> Confirmado tal afirmação, conferir: ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. O Direito constitucional à jurisdição. TEIXEIRA, Sálvio Figueiredo (coord.). **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 47 e SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 6ª ed. atual. até a EC 57/2008. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 131.

<sup>297</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **As garantias constitucionais do direito de ação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973, p. 174.

<sup>298</sup> Conforme capítulo 3 desta tese, no qual foram feitas menções a diversas previsões constitucionais.

<sup>299</sup> Sobre o contexto histórico da positivação do direito à tutela judicial efetiva na Europa, ainda que com foco nos organismos internacionais, conferir: TROCKER, Nicolò. From access to the courts to the right to an effective remedy: a european perspective of modern procedural challenges. **Revista de Direito do Trabalho**. Vol. 216/2021, p. 19-76, mar-abr, 2021, *passim*.

<sup>300</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Pesquisa jurisprudencial**. 2024. Disponível em: [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa\\_inteiro\\_teor=false&sinonimo=true&plura\\_l=true&radicais=false&buscaExata=true&orgao\\_julgador=Tribunal%20Pleno&legislacoes=::art:5:inc:35:let::par:&page=1&pageSize=10&queryString=%22direito%20de%20a%C3%A7%C3%A3o%22&sort=date&sortBy=asc&isAdvanced=true](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plura_l=true&radicais=false&buscaExata=true&orgao_julgador=Tribunal%20Pleno&legislacoes=::art:5:inc:35:let::par:&page=1&pageSize=10&queryString=%22direito%20de%20a%C3%A7%C3%A3o%22&sort=date&sortBy=asc&isAdvanced=true). Acesso em: 22 out. 2024.

O primeiro foi o da coleta dos resultados obtidos com a procura realizada com os seguintes parâmetros: (i) a indicação do art. 5º, XXXV, da CF/1988<sup>301</sup>, e (ii) a transcrição da seguinte expressão entre aspas<sup>302</sup>, na aba de pesquisa: “direito de ação”. Como resultado, foram encontrados apenas 9 acórdãos no tribunal pleno<sup>303</sup>, 47 em todo o tribunal<sup>304</sup>. Retirando, desse montante de 47 as decisões em agravo de instrumento, agravo em recurso extraordinário e *habeas corpus*, o que se justifica pelas peculiaridades de cada sigla<sup>305</sup>, sobraram apenas 20 julgados<sup>306</sup>, todos devidamente analisados nesta tese.

O segundo caminho foi a busca por acórdãos referentes a temas que têm aptidão de serem associados à norma do art. 5º, XXXV, da Constituição. As razões de escolha são as mais variadas, merecendo destaque o critério da possível pertinência temática com o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

No âmbito dos acórdãos do Supremo Tribunal Federal estudados<sup>307</sup>, não se percebeu menção constante à doutrina estrangeira, isso no que concerne à ideia de “direito à tutela judicial

<sup>301</sup> Na parte de indicação dos dispositivos.

<sup>302</sup> O que estabelece a busca exata pela expressão.

<sup>303</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Pesquisa jurisprudencial**. 2024. Disponível em: [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa\\_inteiro\\_teor=false&sinonimo=true&plura\\_l=true&radicais=false&buscaExata=true&orgao\\_julgador=Tribunal%20Pleno&legislacoes>::art:5:inc:35:let::par:&page=1&pageSize=10&queryString=%22direito%20de%20a%C3%A7%C3%A3o%22&sort=date&sortBy=asc&isAdvanced=true](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plura_l=true&radicais=false&buscaExata=true&orgao_julgador=Tribunal%20Pleno&legislacoes>::art:5:inc:35:let::par:&page=1&pageSize=10&queryString=%22direito%20de%20a%C3%A7%C3%A3o%22&sort=date&sortBy=asc&isAdvanced=true). Acesso em: 22 out. 2024.

<sup>304</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Pesquisa jurisprudencial**. Disponível em: [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa\\_inteiro\\_teor=false&sinonimo=true&plura\\_l=true&radicais=false&buscaExata=true&processo\\_classe\\_processual\\_unificada\\_classe\\_sigla=AI&processo\\_classe\\_processual\\_unificada\\_classe\\_sigla=RE&processo\\_classe\\_processual\\_unificada\\_classe\\_sigla=ADI&processo\\_classe\\_processual\\_unificada\\_classe\\_sigla=ARE&processo\\_classe\\_processual\\_unificada\\_classe\\_sigla=HC&processo\\_classe\\_processual\\_unificada\\_classe\\_sigla=SE&orgao\\_julgador=Tribunal%20Pleno&orgao\\_julgador=Primeira%20Turma&orgao\\_julgador=Segunda%20Turma&legislacoes>::art:5:inc:35:let::par:&page=1&pageSize=10&queryString=%22direito%20de%20a%C3%A7%C3%A3o%22&sort=date&sortBy=asc&isAdvanced=true](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plura_l=true&radicais=false&buscaExata=true&processo_classe_processual_unificada_classe_sigla=AI&processo_classe_processual_unificada_classe_sigla=RE&processo_classe_processual_unificada_classe_sigla=ADI&processo_classe_processual_unificada_classe_sigla=ARE&processo_classe_processual_unificada_classe_sigla=HC&processo_classe_processual_unificada_classe_sigla=SE&orgao_julgador=Tribunal%20Pleno&orgao_julgador=Primeira%20Turma&orgao_julgador=Segunda%20Turma&legislacoes>::art:5:inc:35:let::par:&page=1&pageSize=10&queryString=%22direito%20de%20a%C3%A7%C3%A3o%22&sort=date&sortBy=asc&isAdvanced=true). Acesso em: 22 out. 2024.

<sup>305</sup> Em tese, agravos de instrumento e agravos em recurso extraordinário versam sobre matérias atinentes à admissibilidade recursal, e não ao mérito do recurso. Não se desconsidera aqui a natureza relativa (ainda que polêmica) dos limites na análise dos referidos agravos. Não raro há a análise do mérito. No que concerne aos *habeas corpus*, o único que surgiu com os parâmetros utilizados versava sobre matéria penal, a não fazer parte do escopo da presente pesquisa, restrita ao campo do processo civil.

<sup>306</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Pesquisa jurisprudencial**. Disponível em: [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa\\_inteiro\\_teor=false&sinonimo=true&plura\\_l=true&radicais=false&buscaExata=true&processo\\_classe\\_processual\\_unificada\\_classe\\_sigla=RE&processo\\_classe\\_processual\\_unificada\\_classe\\_sigla=ADI&processo\\_classe\\_processual\\_unificada\\_classe\\_sigla=SE&orgao\\_julgador=Tribunal%20Pleno&orgao\\_julgador=Primeira%20Turma&orgao\\_julgador=Segunda%20Turma&legislacoes>::art:5:inc:35:let::par:&page=1&pageSize=10&queryString=%22direito%20de%20a%C3%A7%C3%A3o%22&sort=date&sortBy=desc&isAdvanced=true](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plura_l=true&radicais=false&buscaExata=true&processo_classe_processual_unificada_classe_sigla=RE&processo_classe_processual_unificada_classe_sigla=ADI&processo_classe_processual_unificada_classe_sigla=SE&orgao_julgador=Tribunal%20Pleno&orgao_julgador=Primeira%20Turma&orgao_julgador=Segunda%20Turma&legislacoes>::art:5:inc:35:let::par:&page=1&pageSize=10&queryString=%22direito%20de%20a%C3%A7%C3%A3o%22&sort=date&sortBy=desc&isAdvanced=true). Acesso em: 11 nov. 2024.

<sup>307</sup> Eis os julgados aqui investigados: (i) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. **Agravo regimental no Recurso Extraordinário nº 1291493/SE**. Rel. Min. Dias Toffoli. Julgamento: 29/11/2021. Publicação: 15/03/2022; (ii) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 1308952/TO**. Rel. Min. Dias Toffoli. Julgamento: 23/08/2021. Publicação: 20/10/2021; (iii) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 888051/CE**. Rel. Min. Celso de Mello. Julgamento: 25/11/2016. Publicação: 19/12/2016; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Recurso Extraordinário nº 631240/MG**. Rel. Min. Roberto Barroso.

efetiva”. O foco, quando houve, esteve na noção de direito de ação ou em uma perspectiva constitucionalizada desse direito. Muitas vezes, contudo, os julgados utilizaram outras expressões, tais como “direito ao processo”<sup>308</sup>, “infastabilidade da jurisdição”<sup>309</sup>, “acesso à

Julgamento: 03/09/2014. Publicação: 10/11/2014; (iv) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5766/DF**. Rel. Min. Roberto Barroso. Rel. do acórdão: Min. Alexandre de Moraes. Julgamento: 20/10/2021. Publicação: 03/05/2022; (v) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3431/DF**. Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgamento: 29/06/2020. Publicação: 22/09/2020; (vi) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. **Recurso Extraordinário nº 434708/RS**. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento: 21/06/2005. Publicação: 09/09/2005; (vii) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Agravo Regimental na Sentença Estrangeira nº 5.206**. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento: 12/12/2001. Publicação: 30/04/2004; (viii) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 269579/RS**. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento: 26/09/2000. Publicação: 07/12/2000; (ix) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 256911/SP**. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento: 26/09/2000. Publicação: 15/12/2000; (x) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 263831/SP**. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgamento: 26/09/2000. Publicação: 07/12/2000; (xi) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 266754/RN**. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento: 26/09/2000. Publicação: 02/02/2001; (xii) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 249734/SC**. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento: 26/09/2000. Publicação: 15/12/2000; (xiii) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 250279/SC**. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento: 26/09/2000. Publicação: 07/12/2000; (xiv) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 258088/SC**. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento: 18/04/2000. Publicação: 30/06/2000; (xv) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 948/GO**. Relator: Min. Francisco Rezek. Julgamento: 09/11/1995. Publicação: 17/03/2000; (xvi) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Recurso Extraordinário nº 151508/DF**. Relator: Min. Paulo Brossard. Relator p/ acórdão: Min. Marco Aurélio. Julgamento: 01/06/1993. Publicação: 01/07/1993; (xvii) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4296/DF**. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator para o acórdão: Min. Alexandre de Moraes. Julgamento: 09/06/2021. Publicação: 11/10/2021; (xviii) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5941/DF**. Relator: Min. Luiz Fux. Julgamento: 09/02/2023. Publicação: 28/04/2023; (xix) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 223/DF**. Relator: Min. Paulo Brossard. Redator para o acórdão: Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento: 05/04/1990. Publicação: 29/06/1990; (xx) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal pleno. **Questão de ordem na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 272/DF**. Relator: Min. Aldir Passarinho. Julgamento: 08/05/1990. Publicação: 14/04/2000; (xxi) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Questão de Ordem na Medida Cautelar da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 273/DF**. Relator: Min. Aldir Passarinho. Julgamento: 08/05/1990. Publicação: 14/04/2000; (xxii) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 295/DF**. Relator: Min. Paulo Brossard. Redator para o acórdão: Min. Marco Aurélio. Julgamento: 22/06/1990. Publicação: 22/08/1997; (xxiii) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 975/DF**. Relator: Min. Carlos Velloso. Julgamento: 09/12/1993. Publicação: 20/06/1997; (xxiv) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Representação nº 1077/RJ**. Relator: Moreira Alves. Julgamento: 28/03/1984. Publicação: 28/09/1984; (xxv) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1772/MG**. Relator: Min. Carlos Velloso. Julgamento: 15/04/1998. Publicação: 08/09/2000; (xxvi) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3826/GO**. Relator: Min. Eros Grau. Julgamento: 12/05/2010. Publicação: 20/08/2010; (xxvii) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1074/DF**. Relator: Min. Eros Grau. Julgamento: 28/03/2007. Publicação: 25/05/2007.

<sup>308</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 223/DF**. Relator: Min. Paulo Brossard. Redator para o acórdão: Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento: 05/04/1990. Publicação: 29/06/1990. Voto do Ministro Celso de Mello, p. 02.

<sup>309</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5941/DF**. Relator: Min. Luiz Fux. Julgamento: 09/02/2023. Publicação: 28/04/2023. Voto da Ministra Cármem Lúcia, p. 7.

“justiça”<sup>310</sup>, “livre acesso à justiça”<sup>311</sup>, “direito à tutela jurisdicional”<sup>312</sup> “garantia de proteção judiciária”<sup>313</sup> etc. Não se encontrou uma uniformidade conceitual nas referidas decisões.

Em alguns momentos as expressões utilizadas para explicar o acesso ao judiciário não eram sequer sinônimas de alguma noção de ação, representando, em verdade, ideias bem mais amplas e de natureza distinta, algo que merece ser destacado também neste momento.

Quando o foco não era o direito de ação, a decisão, tal como já adiantado, acabava sendo tomada com base em uma terminologia conceitual de direito constitucional, à luz da redação do art. 5º, XXXV, ou então pautada em noções genéricas. Não raro houve a menção ao inciso XXXV por parte dos julgadores sem a mínima preocupação com a utilização do conceito de ação ou de qualquer outra noção constitucional mais aprofundada<sup>314</sup>.

Ademais, o uso do argumento do direito de ação constitucionalmente tutelado, quando efetivamente ocorreu, em muitos casos voltou-se a apenas justificar uma determinada premissa adotada, sem preocupação com a realização de um diálogo com conceitos usados em precedentes anteriores. Da leitura dos julgados examinados nesta tese, a impressão que se obtém é a de que, diferentemente do que acontece nas manifestações de algumas cortes estrangeiras, nas quais é possível ver a cadeia histórica de precedentes e a reiteração de conceitos<sup>315</sup>, o foco no Supremo Tribunal Federal aparentemente se dá no resultado, especificamente no dispositivo (se seria determinada norma constitucional ou inconstitucional). A fundamentação fica

<sup>310</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5766/DF**. Rel. Min. Roberto Barroso. Rel. do acórdão: Min. Alexandre de Moraes. Julgamento: 20/10/2021. Publicação: 03/05/2022. Voto do Ministro Luiz Fux, p. 5.

<sup>311</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3431/DF**. Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgamento: 29/06/2020. Publicação: 22/09/2020, Voto do Ministro Fachin, p. 2.

<sup>312</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5766/DF**. Rel. Min. Roberto Barroso. Rel. do acórdão: Min. Alexandre de Moraes. Julgamento: 20/10/2021. Publicação: 03/05/2022. Voto da Ministra Rosa Weber, p. 35.

<sup>313</sup> Conforme transcrição de manifestação do Ministro Francisco Rezek feita pelo Ministro Eros Grau em BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1074/DF**. Relator: Min. Eros Grau. Julgamento: 28/03/2007. Publicação: 25/05/2007. Voto do Ministro Eros Grau, p. 5.

<sup>314</sup> Conforme: (i) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 948/GO**. Relator: Min. Francisco Rezek. Julgamento: 09/11/1995. Publicação: 17/03/2000, *passim*; (ii) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Representação nº 1077/RJ**. Relator: Moreira Alves. Julgamento: 28/03/1984. Publicação: 28/09/1984, *passim*; e (iii) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1772/MG**. Relator: Min. Carlos Velloso. Julgamento: 15/04/1998. Publicação: 08/09/2000, *passim*.

<sup>315</sup> A título de exemplo, conforme capítulo 3 deste trabalho.

submetida ao “arbítrio” de cada julgador<sup>316</sup>, o que gera marcantes distorções quanto às premissas<sup>317</sup>.

Outro cenário curioso também é o do deslocamento da discussão sobre a abrangência do direito previsto no inciso XXXV a outros dispositivos específicos. Ao invés de adentrar na análise do referido inciso, busca-se fundamentar a decisão em outros argumentos constitucionais. Um exemplo disso se observa até mesmo na ínfima quantidade de julgados que foram obtidos de uma pesquisa simples, com base na expressão “direito de ação” à luz do art. 5º, XXXV, essa que, ao menos em tese, deveria propiciar muito mais resultados do que os que apareceram<sup>318</sup>. Isso talvez se justifique pelo tratamento de temas que necessariamente relacionam-se ao “direito à jurisdição” sob a ótica de outros dispositivos constitucionais, menos pertinentes à finalidade normativa do referido direito<sup>319</sup>.

Apenas a título de exemplo, embora muitos votos analisados tenham se pautado na ideia de proporcionalidade e/ou razoabilidade<sup>320</sup>, nos julgados investigados não se identificou uma

<sup>316</sup> Conforme ocorreu em: (i) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Recurso Extraordinário nº 631240/MG**. Rel. Min. Roberto Barroso. Julgamento: 03/09/2014. Publicação: 10/11/2014, *passim*; e em (ii) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5766/DF**. Rel. Min. Roberto Barroso. Rel. do acórdão: Min. Alexandre de Moraes. Julgamento: 20/10/2021. Publicação: 03/05/2022, *passim*.

<sup>317</sup> Isso reflete uma tendência do direito processual brasileiro, no sentido de valorizar exacerbadamente a parte dispositiva da decisão em detrimento da fundamentação. Sobre o tema: NERY, Rodrigo. **Repensando a coisa julgada e os motivos da decisão**. Londrina: Thoth, 2022, p. 166-173.

<sup>318</sup> Não se nega que por outras fórmulas seria possível obter um maior resultado. Entretanto, a ideia foi justamente demonstrar que pela simples busca de um conceito, e de um dispositivo constitucional que a doutrina processual associa a esse conceito, não gera uma relevante quantidade de resultados.

<sup>319</sup> Como, por exemplo, ocorreu no caso da ADI 4296/DF, em que sequer houve essa análise aprofundada (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4296/DF**. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator para o acórdão: Min. Alexandre de Moraes. Julgamento: 09/06/2021. Publicação: 11/10/2021, *passim*). Na mesma linha: a maior parte dos julgados que deram origem à Súmula 667 do STF também sequer adentra no que seria a suposta “garantia constitucional do acesso à jurisdição” indicada em seu texto. O único que faz uma menção mais explícita (embora lacônica) é a RP 1.077/RJ. Os demais, salvo uma ou outra indicação pontual do dispositivo, não se preocupam em adentrar aprofundadamente no tema. Para consulta, conferir: (i) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Representação nº 1077/RJ**. Relator: Moreira Alves. Julgamento: 28/03/1984. Publicação: 28/09/1984; (ii) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 948/GO**. Relator: Min. Francisco Rezek. Julgamento: 09/11/1995. Publicação: 17/03/2000; (iii) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1651/DF**. Relator: Min. Sydney Sanches. Julgamento: 15/04/1998. Publicação: 11/09/1998; e (iv) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1772/MG**. Relator: Min. Carlos Velloso. **Julgamento: 15/04/1998**. Publicação: 08/09/2000, indicados como precedentes da Súmula 667. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula667/false>. Acesso em: 19 jan. 2024.

<sup>320</sup> Voto vencedor na ADI 5766/DF (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5766/DF**. Rel. Min. Roberto Barroso. Redator do acórdão: Min. Alexandre de Moraes. Julgamento: 20/10/2021. Publicação: 03/05/2022. Voto do Min. Alexandre de Moraes, *passim*). Em linha semelhante: (i) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Segunda Turma. Recurso Extraordinário nº 151508/DF**. Relator: Min. Paulo Brossard. Redator p/ acórdão: Min. Marco Aurélio. Julgamento: 01/06/1993. Publicação: 01/07/1993, *passim*; e (ii) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5941/DF**. Relator: Min. Luiz Fux. Julgamento: 09/02/2023. Publicação: 28/04/2023, *passim*.

preocupação satisfatória com o devido esclarecimento desse critério decisório. A explicação mais aprofundada limitou-se a evidenciar as espécies que compõem a noção de proporcionalidade (necessidade; adequação e proporcionalidade em sentido estrito), sem, contudo, trazer elementos teóricos que pudessem justificar satisfatoriamente a escolha. Vale destacar que a lógica inerente à proporcionalidade é objeto de sólidas e complexas reflexões doutrinárias que não podem ser desconsideradas<sup>321</sup>.

Portanto, as conclusões obtidas da pesquisa realizada foram as seguintes: (i) aparentemente, à luz dos julgados analisados, não há uma uniformização conceitual quanto o direito previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição; (ii) da garantia do art. 5º, XXXV, extrai-se uma noção de acesso à jurisdição, mas a dimensão prática é costumeiramente voltada à análise do caso concreto nos acórdãos encontrados<sup>322</sup>. Em relação a esse último ponto, percebe-se, como dito, uma grande imprevisibilidade na definição de qual será o resultado, pois além da adoção de variadas vertentes, algumas até contraditórias entre si, houve ainda a presença de argumentos com base em razoabilidade e proporcionalidade, isso sem falar na menção a outros dispositivos que igualmente contêm previsões de garantias processuais. O foco somente retornou ao art. 5º, XXXV, quando a questão envolveu especificamente a redação desse dispositivo, inegavelmente direcionada (em termos literais) ao legislador<sup>323</sup>.

#### 2.5.5.2 A posição de alguns estudiosos do direito constitucional

Embora não haja a desconsideração do direito de ação no contexto da disciplina do direito processual, os comentários de constitucionalistas a respeito do assunto costumam abordar o art. 5º, XXXV, com base em outros conceitos. Não há sequer uma preocupação clara de demonstrar uma dualidade conceitual. O tratamento é dado de maneira despreocupada com essa duplicidade, demonstrando uma forma distinta (ou várias formas, para ser exato) de tratar o assunto.

---

<sup>321</sup> Para uma excelente explicação e exposição crítica sobre também esse tema, conferir: NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules:** princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, *passim*.

<sup>322</sup> Veja-se, por exemplo, a ADI 5.941/DF (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5941/DF**. Relator: Min. Luiz Fux. Julgamento: 09/02/2023. Publicação: 28/04/2023, *passim*).

<sup>323</sup> Tal como ocorreu no caso do AgRSE 5.206 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Agravo Regimental na Sentença Estrangeira nº 5.206**. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento: 12/12/2001. Publicação: 30/04/2004). Da mesma forma, é possível ver análises específicas da redação do art. 5º, XXXV, ainda que para lhe atribuir uma baixa normatividade, na ADI nº 223/DF (MC) (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 223/DF**. Relator: Min. Paulo Brossard. Redator para o acórdão: Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento: 05/04/1990. Publicação: 29/06/1990).

Alguns exemplos merecem menção.

De plano, destaca-se a noção de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, no sentido de que o art. 5º, XXXV, tem sua relevância prática justamente na vedação que ele impõe, especificamente a de que seria proibida a exclusão de determinadas questões da apreciação dos tribunais<sup>324</sup>. Não se percebe, ao menos na obra aqui consultada, uma preocupação desse autor em desenvolver toda a amplitude que a doutrina teria atribuído a tal previsão.

José Afonso da Silva, por sua vez, afirma que o inciso XXXV do art. 5º estabelece o “princípio da proteção judiciária”, ou, em outras palavras, o “princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional”. Essa norma seria “a principal garantia dos direitos subjetivos”, sendo fundamentada na separação dos poderes<sup>325</sup>. Uma observação relevante é a distinção do mencionado princípio constitucional em relação às noções de direito de ação, direito de defesa, do contraditório e da isonomia processual. Todos esses direitos (de ação; defesa etc.) seriam garantidos pelo princípio da proteção judiciária. Logo, para Afonso da Silva, a garantia do inciso XXXV e o direito de ação propriamente dito seriam elementos distintos<sup>326</sup>.

Essa distinção entre ação e a garantia do inciso XXXV é estabelecida de forma enfática por Silva, no sentido de que, nas suas palavras, o citado dispositivo não somente asseguraria “apenas o direito de agir, o direito de ação”. Conforme entende, “Invocar a jurisdição para a tutela de direito é também direito daquele contra quem se age”. Ou seja, o autor distingue o “direito de ação” do “direito de invocar a atividade jurisdicional”, esse último que abarcaria o primeiro<sup>327</sup>.

Vale destacar também a comparação desse dispositivo, feita por Afonso da Silva, em relação à previsão contida em outras Constituições, tais como as da Itália, Espanha e Portugal. O autor chega a firmar ser adequado censurar a redação do inciso XXXV, por ter optado pela “via indireta da proibição de competência ao legislador infraconstitucional de dispor em contrário, em lugar de assegurar o direito à formulação positiva e direta”, na linha do que aconteceu com as referidas constituições estrangeiras<sup>328</sup>.

<sup>324</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 54.

<sup>325</sup> Para tudo: SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 6ª ed. atual. até a EC 57/2008. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 131.

<sup>326</sup> SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 6ª ed. atual. até a EC 57/2008. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 131, corpo do texto e rodapé n. 207.

<sup>327</sup> SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 6ª ed. atual. até a EC 57/2008. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 132.

<sup>328</sup> SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 6ª ed. atual. até a EC 57/2008. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 131.

Outra autora que fez a mesma censura, tendo sido citada pelo próprio Afonso da Silva<sup>329</sup>, foi Cármem Lúcia Antunes Rocha, em escrito acadêmico contido em uma coletânea publicada em 1993, mais de 10 anos antes de ela se tornar ministra do Supremo Tribunal Federal. Nesse texto, de relevantes apontamentos<sup>330</sup>, a referida jurista defende expressamente a ideia de “direito à jurisdição”. Rocha não se preocupa em versar sobre os debates a respeito do conceito de ação. Seu foco é na percepção constitucional do fenômeno garantidor do acesso ao judiciário, por ela definido como “direito à jurisdição”. Tratar-se-ia de direito fundamental do cidadão, que, na sua visão, estabelece um dever do Estado<sup>331</sup>.

A respeito da mencionada censura ao texto constitucional, Rocha é enfática ao afirmar que a Constituição brasileira não cuidou de maneira “vigorosa e direta” do direito à jurisdição, ao menos quando se compara com as constituições de outros países<sup>332</sup>. Segundo aponta: “o constituinte de 1945/1946 preferiu a fórmula indireta da negação de competência ao legislador infra-constitucional para tolher aquele direito”<sup>333</sup>.

De igual forma, na visão de Rocha, além do inciso XXXV, a noção de direito à jurisdição se encontra condensada em diversos incisos do art. 5º (LIII; LIV; LV; LXXIV etc.). Trata-se, portanto, de um direito-garantia do cidadão, que o torna “ativo em face dos demais indivíduos e do próprio Estado, não permitindo que seus direitos seja lesados ou comprometidos por ação de outrem sem a correspectiva, necessária e justa reação”<sup>334</sup>. Da leitura do texto aqui analisado, não se detecta preocupação em versar sobre a ação. O objetivo da autora é investigar o fenômeno jurídico garantidor do acesso ao judiciário sob uma perspectiva constitucional.

---

<sup>329</sup> SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 6<sup>a</sup> ed. atual. até a EC 57/2008. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 131 que ele cita.

<sup>330</sup> O seguinte apontamento feito pela autora merece o devido destaque: “No Brasil, a prestação jurisdicional ainda não é tratada pelo Estado como a mais fundamental das obrigações estatais, cujo relevo é incontestável para que o indivíduo veja garantidos todos os seus direitos reconhecidos normativamente.

Primeiramente, porque somente o povo que conhece seus direitos – e este é um dado de educação política – pode reivindicá-los, e esta ainda não é a realidade nacional. Em segundo lugar, porque o aparato judiciário requer dos magistrados brasileiros uma tarefa sobre-humana para uma medida que é do homem, exigindo-se o exercício de uma competência estatal sem a correlata e imprescindível oferta de condições satisfatórias a este desempenho. E, se os indivíduos não crêem na jurisdição como um direito, o seu exercício torna-se um agravio de quem o exerce e uma afronta contra quem é exercido, estabelecendo-se um conflito que ultrapassa as folhas dos autos dos processos” (ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. *O Direito constitucional à jurisdição*. TEIXEIRA, Sálvio Figueiredo (coord.). **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 32-33).

<sup>331</sup> ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. *O Direito constitucional à jurisdição*. TEIXEIRA, Sálvio Figueiredo (coord.). **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 31-34.

<sup>332</sup> ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. *O Direito constitucional à jurisdição*. TEIXEIRA, Sálvio Figueiredo (coord.). **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 47.

<sup>333</sup> ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. *O Direito constitucional à jurisdição*. TEIXEIRA, Sálvio Figueiredo (coord.). **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 49.

<sup>334</sup> ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. *O Direito constitucional à jurisdição*. TEIXEIRA, Sálvio Figueiredo (coord.). **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 50-51.

Wolgran Junqueira Ferreira, ao comentar a Constituição brasileira, afirma que o inciso XXXV do art. 5º estabelece uma regra ao Poder Legislativo. Segundo o autor, essa regra impede que, na hipótese de haver uma ação competente (aplicando a premissa do art. 75 do Código Civil de 1916), o judiciário seja afastado da sua apreciação mediante lei. Veja-se que Ferreira, portanto, percebe no citado dispositivo uma garantia da ação infraconstitucional, chegando a ponto de afirmar que, por exemplo, quando inexistir a ação infraconstitucional, seria cabível, à luz do inciso XXXV, *habeas corpus* ou “mandado de segurança”<sup>335</sup>. Logo, não há uma preocupação de desenvolver uma concepção tão aprofundada de um direito à tutela jurisdicional, tal como fez Cármem Lúcia no texto citado anteriormente. Viu-se apenas a positivação de uma garantia para uma ação infraconstitucional, mediante uma perspectiva que tangencia uma noção concretista.

Celso Ribeiro Bastos também opta por trazer uma perspectiva voltada ao próprio texto constitucional e sem vinculação direta com o conceito de ação, chamando a norma que se extraeria do inciso XXXV de “princípio da acessibilidade ampla ao Poder Judiciário”<sup>336</sup>. Segundo entende, esse princípio positiva a noção de que toda lesão de direito poderia ser levada ao judiciário e que a jurisdição só pode ser exercida por esse último. Esses pontos, para o autor, são claros na redação do citado inciso. Vale destacar que Bastos chega até a mencionar “o caráter autônomo do direito de ação”, mas apenas para ressaltar que, não obstante essa compreensão, ainda “não se superou a associação historicamente estabelecida entre o interesse de agir e o interesse como núcleo de um direito subjetivo”<sup>337</sup>, isso ao refletir justamente sobre a supressão da palavra individual na redação do inciso XXXV<sup>338</sup>.

Seguindo uma linha de reflexão mais voltada ao direito processual, Alexandre de Moraes, em obra publicada em 2013 (9ª edição), antes de se tornar Ministro do Supremo Tribunal Federal, mediante citações de autores como Nelson Nery Jr. e, da mesma forma, Alfredo de Oliveira Baracho, vale-se de conceito de ação e, concomitantemente, de “direito à tutela jurisdicional”<sup>339</sup>. Ademais, destaca que no nosso sistema há as chamadas condições da ação e os pressupostos processuais, ambas as categorias que serviriam para regular o acesso à

<sup>335</sup> FERREIRA, Wolgran Junqueira. **Comentários à Constituição de 1988**. Campinas: Julex Livros, 1989, p. 166.

<sup>336</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. 2 volume**: arts. 5 a 17. 3. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 185.

<sup>337</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. 2 volume**: arts. 5 a 17. 3. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 193.

<sup>338</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. 2 volume**: arts. 5 a 17. 3. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 190-198.

<sup>339</sup> MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 9. ed. atualizada até a EC 71/12. São Paulo: Atlas, 2013, p. 235.

justiça, isso se forem plausíveis. Logo quando inicia o seu comentário ao art. 5º, XXXV, Moraes aponta que tal previsão garante o princípio da legalidade, arquétipo que, para ele, seria “basilar na existência do Estado de Direito”<sup>340</sup>.

Gilmar Ferreira Mendes, ao comentar o art. 5º, XXXV, afirma que nele há a consagração, “de forma clara e inequívoca”, “da tutela judicial efetiva, que garante a proteção judicial contra lesão ou ameaça a direito”<sup>341</sup>. Ele é uma expressão, segundo as palavras do próprio autor, do “princípio da tutela judicial efetiva”<sup>342</sup>, sendo uma garantia constitucional que permite, contudo, tanto uma conformação quanto também restrições por parte do legislador, desde que o seu núcleo essencial não seja agredido<sup>343</sup>.

Da leitura da análise realizada por esse último jurista, que se preocupa em expor uma série de julgados do Supremo Tribunal Federal a respeito de vários temas relacionados à tutela judicial efetiva (duração razoável do processo, publicidade, taxas judiciais, arbitragem, titularidade, âmbito de abrangência, substituição processual etc.)<sup>344</sup>, percebe-se um cuidado voltado à investigação do tema sob a ótica constitucional, não se valendo de formulações clássicas da ação oriundas da disciplina do direito processual. Tanto que o objetivo de preocupação é outro, atinente a dois eixos principais (sem prejuízo de mais algum ponto eventualmente aqui olvidado): conformação e limitação<sup>345</sup>.

Uma das constatações fundamentais feitas por Mendes é a de que o núcleo essencial do direito à tutela judicial efetiva, embora inicialmente possa ser relativo, torna-se inquebrantável quando for definido. A outra, conforme aqui se entende, é a fórmula indicada por esse jurista para analisar quando uma determinada limitação ao direito de ação seria constitucional ou não, à luz da garantia da tutela judicial efetiva. Segundo a sua visão, nesse último caso deve ser

<sup>340</sup> Para tudo: MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 9. ed. atualizada até a EC 71/12. São Paulo: Atlas, 2013, p. 234.

<sup>341</sup> Para tudo, cf. MENDES, Gilmar Ferreira. V Direitos fundamentais de caráter judicial e garantias constitucionais do processo. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 18ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 697.

<sup>342</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. V Direitos fundamentais de caráter judicial e garantias constitucionais do processo. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 18ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 697.

<sup>343</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. V Direitos fundamentais de caráter judicial e garantias constitucionais do processo. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 18ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 728.

<sup>344</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. V Direitos fundamentais de caráter judicial e garantias constitucionais do processo. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 18ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 697-745

<sup>345</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. V Direitos fundamentais de caráter judicial e garantias constitucionais do processo. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 18ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 697-745

aplicado o “princípio da proporcionalidade na sua tríplice acepção (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito)”<sup>346</sup>.

Por fim, em obra elaborada há menos tempo, Georges Abboud afirma que o citado dispositivo da Constituição brasileira versa sobre a inafastabilidade do controle jurisdicional “ou” direito de ação. Nesse contexto, seria uma regra “mediante a qual o Estado monopoliza o exercício da força”<sup>347</sup>.

Da análise da explicação feita por esse autor, percebe-se que, de forma implícita, há uma distinção entre princípio da inafastabilidade e, por sua vez, direito à tutela jurisdicional adequada. O primeiro garantiria o segundo. Seriam, portanto, coisas distintas, ao menos pela nossa interpretação de seu trabalho<sup>348</sup>.

Portanto, não obstante as sólidas contribuições de cada jurista, do conjunto de suas posições não é possível, de fato, extrair um único conceito claro, tendo em vista que cada um defende, a seu modo, uma espécie de variação de justificativa para o acesso à jurisdição ou para compreensão do art. 5º, XXXV, da Constituição atual, em grande parte dos casos sem a mínima preocupação com a fundamentação em argumentos de direito processual. Há uma grande quantidade de afirmações conceituais, com foco em direito constitucional, mas que também são contrastantes em termos de nomenclaturas utilizadas.

## 2.6 Reflexões sobre aspectos técnicos relacionados ao(s) conceito(s) de ação

Nesta parte do trabalho, algumas dificuldades operacionais inerentes ao conceito de ação serão demonstradas, a reforçar a conclusão final adotada a seu respeito.

<sup>346</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. V Direitos fundamentais de caráter judicial e garantias constitucionais do processo. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 18ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 730.

<sup>347</sup> ABOUD, Georges. **Constituição Federal Comentada**. 1ª ed. em e-book baseada na 1. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. RL-1.3.

<sup>348</sup> “O inciso sob comento consagra o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional ou direito de ação. Trata-se de regra mediante a qual o Estado monopoliza o exercício da força, o jurisdicionado tem resguardado o direito de agir, perante o Poder Judiciário, para obter proteção a direito lesado ou sob ameaça de lesão. A tutela reclamada pode ser preventiva ou repressiva. O direito de ação tem natureza de direito público subjetivo e pessoal, exercitável, inclusive, contra o Estado. Naturalmente, o direito de ação não concede ao jurisdicionado prerrogativa de obter sentença que lhe seja favorável; garante, sim, que o Estado aplique o direito ao caso concreto. Cuida-se, em resumo, de um direito à decisão judicial.”

[...]

O princípio da inafastabilidade da jurisdição garante o direito a uma tutela adequada, efetiva, que se preste à realmente garantir a proteção pretendida (caso o postulante tenha razão) (ABOUD, Georges. **Constituição Federal Comentada**. 1ª ed. em e-book baseada na 1. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. RL-1.3).

## 2.6.1 Faz sentido, no atual contexto brasileiro, adotar o conceito de “ação”?

A presente tese não visa a questionar a necessidade de haver uma figura jurídica que garanta, legítimamente e regule o acesso ao Poder Judiciário. Conforme já foi dito algumas vezes nas linhas anteriores, tal elemento é importantíssimo em países de cunho democrático, devendo ser sempre objeto de estudos.

É em razão da posição manifestada acima que aqui se reflete sobre a necessidade, não de descartar o fenômeno jurídico em si, mas de concebê-lo de maneira distinta da tradicionalmente adotada em solo brasileiro, por influência de todo o caldo jurídico e cultural importado do direito estrangeiro.

Responde-se agora a pergunta feita no título deste subcapítulo: não obstante o consolidado (porém confuso) histórico de delinear as regras do direito de acesso ao judiciário por parte da doutrina nacional, é necessário repensar a perpetuação dessa tradição, considerando toda a carga de significados que ela traz, bem como a existência de elementos que permitem escapar desse conjunto de teorias conflitantes<sup>349</sup>, sem, contudo, também se limitar a uma simples reprodução de tendências de países estrangeiros que já perceberam a crise na definição do que seria a “ação”.

Portanto, busca-se trazer uma nova perspectiva dos fenômenos que até então a doutrina nacional do direito processual rotula ou associa ao direito de ação, tendo em vista todas as reflexões críticas que estão sendo expostas no presente momento.

Vale destacar que muitos dos debates a respeito da abstração e da relação concreta entre ação e direito material tinham justificativa pela falta de outro parâmetro para garantir um dever de resolução da questão jurisdicional conforme o direito. Veja-se que, à luz da perspectiva concreta, considerando a ausência de uma Constituição com força eminentemente normativa em face do ordenamento infraconstitucional, o que servia de garantia, em termos racionais, da possibilidade jurídica de uma decisão sobre o mérito era justamente o próprio direito material. O direito material era o elemento que garantia a sua reparação, por exemplo, em face de lesão. A ação, para muitos autores vistos como concretos, era a garantia oriunda do próprio direito<sup>350</sup>.

---

<sup>349</sup> Sobre o tema: COMOGLIO, Luigi Paolo. Note riepilogative su azione e forme di tutela, nell’ottica della domanda giudiziale. *Rivista di diritto processuale*. Anno XLVIII, seconda serie, n. 2. Milano: CEDAM, 1993, p. 481-490, especialmente p. 481 e 489-490.

<sup>350</sup> Clóvis Beviláqua chega a afirmar expressamente a função de garantia da ação em relação ao direito (BEVILÁQUA, Clóvis. *Em defesa do Projecto de Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1906, p. 44). Em linha semelhante: ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema do direito civil brasileiro*. Volume primeiro. Introdução e Parte Geral. Salvador: Litho-Typ. e Encadernação Ries & C., 1908, p. 222. Segundo João Monteiro, a ação serviria de elemento para equilibrar a situação de lesão do direito (MONTEIRO, João. *Teoria do*

Com a consolidação do direito constitucional e, principalmente, da ideia de constitucionalização dos ordenamentos infraconstitucionais<sup>351</sup>, a necessidade racional de que houvesse uma garantia do próprio direito perdeu espaço em razão dos valores que eram consolidados nas cartas constitucionais. Ademais, também a difusão das teorias principiológicas possibilitou uma ampla incidência da carga normativa constitucional em face dos ordenamentos infraconstitucionais, especialmente o processual, a fazer com que o acesso ao judiciário se tornasse matéria de amplo interesse da Constituição, por estar nitidamente relacionado a diversos valores, tais como o devido processo legal, a dignidade da pessoa humana, o acesso à justiça etc.

Entretanto, conforme já adiantado anteriormente, por herança histórica, embora a noção de ação tenha sobrevivido a todas essas mudanças, ela adquiriu feições distintas das concepções que as deram origem, o que gera uma série de deturpações.

Ademais, a grande variedade de concepções sobre a “ação” (de maneira geral) acarretou a perpetuação de noções que classificam esse fenômeno jurídico como um conjunto de posições jurídicas<sup>352</sup>, o que, embora sirva para se atribuir legitimidade a essas posições, esvazia a própria definição, por não estabelecer o que ela identifica.

Como se não bastasse, outros pontos ficam sem resposta no atual cenário processual brasileiro: faz sentido adotar-se uma noção abstrata de ação, por exemplo, utilizando de maneira “emprestada” uma nomenclatura elaborada para classificar fenômenos atribuíveis apenas às posições jurídicas daqueles que teriam “razão” em seus pleitos? E como explicar, mais uma

**Processo Civil.** Tomo 1. 6<sup>a</sup> ed. atualizado por J. M de Carvalho Santos. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1956, p. 68), sendo “o mesmo direito no esforço da propria conservação integral” (MONTEIRO, João. **Direito das ações**. São Paulo: Typographia Duprat & comp., 1905, p. 17). Analisando a redação do art. 75 do Código Civil de 1916, nela há a previsão de que “A todo o direito corresponde uma cação, que o assegura.”. Vale destacar que, em interpretação contemporânea, Daniela Marques de Moraes, reverberando os ensinamentos de Ovídio A. Baptista da Silva, defende que esse dispositivo consagra a essência da tutela diferenciada, algo que evidenciaria a natureza instrumental do direito processual civil (MORAES, Daniela Marques de. A relevância do conceito de ação para a realização dos direitos. In: **XIV Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI**. Fortaleza, 2006, p. 5).

<sup>351</sup> Sobre esse ponto, elencando algumas das principais perspectivas estrangeiras a respeito, conferir: SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1<sup>a</sup> ed., 3<sup>a</sup> tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 38-167.

<sup>352</sup> Sem óbice de particularidades teóricas, é possível ver posicionamentos nesse sentido em: (i) WINDSCHEID, Bernhard. La “actio” del derecho civil romano, desde el punto de vista del derecho actual. In: WINDSCHEID, Bernhard; MUTHER, Theodor. **Polemica sobre la “actio”**. Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974, p. 14; (ii) MORTARA, Lodovico. **Manuale della procedura civile**. Volume I. 2<sup>a</sup> ed. riveduta. Torino: Unione Tipografico-editrice, 1897, p. 15 (com sua noção da ação como uma relação jurídica de direito público); (iii) ROCCO, Alfredo. **La sentenza civile. Studi**. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1906, p. 11 e rodapé nº 50; (iv) ROCCO, Ugo. **L'autorità della cosa giudicata e i suoi limiti soggettivi**. I. Roma: Athenaeum, 1917, p. 251; (v) FERREIRA, Benedicto de Siqueira. **Da natureza jurídica da ação. Exposição e crítica**. São Paulo: Empresa Gráfica da “Revista dos Tribunais”, 1940, 229-230 (reprisando a noção defendida por Mortara); e (vi) FAZZALARI, Elio. **Note in tema di diritto e processo**. Milano: dott. A. Giuffrè – Editore, 1957, p. 154.

vez, a histórica distinção entre “ação” e “reação”, que já chegou a ser defendida por Ovídio A. Baptista da Silva, por exemplo?<sup>353</sup> Qual seria, ademais, a classificação do agir processual de terceiros? Eles também exerceriam a ação, a reação ou ambas?<sup>354</sup> E a distinção entre ação e exceção, que já é possível perceber na obra de Donello, do século XVI<sup>355</sup>, e que está marcada por uma relação de oposição entre esses dois conceitos?<sup>356</sup> E os fenômenos nos quais se dá origem a um processo jurisdicional por determinação do próprio ordenamento e sem uma petição inicial em sua noção clássica, como (ii) os casos previstos Lei de Registros Públicos (art. 52, §2º, da LRP; por exemplo); (ii) a hipótese da herança jacente (art. 738 a 743 do CPC); e (iii) a ação de restauração de autos (art. 712-718 do CPC)? Nesses últimos, num momento quase imprescindível para a lógica da ação (que é a existência de uma demanda jurisdicional buscando a tutela de um interesse por parte de um jurisdicionado), há uma modificação marcante, e isso sequer é objeto de reflexões.

## 2.6.2 O problema da pré-processualidade e da pós-processualidade

De todas as teorias analisadas nesta tese, verificou-se que é possível fazer a seguinte divisão: de um lado estariam os autores que entendem que o fenômeno que garante o acesso ao judiciário (aqui citado de maneira geral, a abarcar todas as possibilidades teóricas), independentemente da sua nomenclatura, tem seus pressupostos de existência anteriores ao nascimento do processo jurisdicional; enquanto do outro encontrariam-se aqueles que acreditam que esses pressupostos são posteriores ao surgimento do processo, nele se encontrando<sup>357</sup>.

<sup>353</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil, volume 1: processo de conhecimento.** 7ª ed., rev. e atualizada de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 75.

<sup>354</sup> Sobre o tema, a seguinte fala de Antonio do Passo Cabral é relevante: “Tradicionalmente, o complexo desses poderes era descrito como ‘ação’, o que dificulta a correta compreensão de um fenômeno dinâmico da relação processual.

É que o poder de ação é o mesmo poder de praticar um ato jurídico processual, apenas considerados a partir de momentos distintos e atos diversos. Portanto, existem ‘ações’ de vários sujeitos, intrincadas e descontinuamente exercidas em formato reduzido, como ocorre com os intervenientes ulteriores, muitos dos quais detentores de menos poderes que as partes” (CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração entre polos da demanda. **Revista Forense**, volume 404, ano 105, julho-agosto de 2009, p. 11).

<sup>355</sup> Conforme relata Knut Wolfgang Nörr em NÖRR, Knut Wolfgang. La scuola storica, il processo civile e il diritto delle azioni. Trad. Bruno Cavallone. **Rivista di diritto processuale**. Anno XXXVI (Seconda Serie). Gennaio-Marzo, 1981. Padova: CEDAM, 1981, p. 32.

<sup>356</sup> Sobre o tema, já em Mortara se percebe o apontamento de que a exceção seria um fenômeno que se contrapõe ao direito de ação em sentido estrito (na perspectiva adotada por ele) (MORTARA, Lodovico. **Manuale della procedura civile**. Volume I. 2ª ed. riveduta. Torino: Unione Tipografico-editrice, 1897, p. 22).

<sup>357</sup> A título de exemplo, em seu escrito intitulado de *Klage und Urteil*, Oskar von Bülow nega a existência de um direito de agir, ou qualquer outro direito, antes da demanda, conforme relata Chiovenda (CHIOVENDA, Giuseppe. L’azione nel sistema dei diritti. **Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)**. Volume primo. Milano: Giuffrè

Para os que entendem que os pressupostos de existência já devem ocorrer antes do ajuizamento da demanda, ainda há a seguinte graduação: há quem defenda que, embora o direito de acessar o judiciário seja anterior, a sua existência seria condicionada à menção adequada às razões de direito material que consubstancia o pleito<sup>358</sup>. Outros, por outro lado, não condicionam a existência do direito de acesso ao judiciário a nenhuma circunstância que não os eventos anteriores ao processo.

Nesse último caso, a divergência maior se encontra entre o que efetivamente faria existir o “direito” de acesso ao judiciário. Se seria um elemento do próprio direito material ou à pretensão meterial que se buscará alegar na demanda, ou se seria um outro elemento, alheio ao citado direito material e sua respectiva pretensão. Os que adotam a primeira perspectiva, inevitavelmente são “concretistas”. Aqueles que adotam a segunda perspectiva são vistos como “abstrativistas”.

Sem desconsiderar toda a relevância teórica dos concretistas, considerando a já mencionada dificuldade de se entender como útil a adoção irrefletida de uma categoria do direito material pensada para outro contexto, como é o caso da ação, aqui se comprehende ser muito mais coerente conceber a fonte do “direito” de acessar o judiciário como algo oriundo de um campo distinto do cenário jurídico litigioso ou potencialmente litigioso, sendo a Constituição a origem mais satisfatória, só que não por meio de uma norma específica submetida ao bel prazer do legislador constitucional, mas sim de uma norma estrutural do próprio sistema constitucional brasileiro.

Dentro das possibilidades de categorias existentes na nossa carta constitucional, nenhuma afigura ser mais adequada para o fim descrito no parágrafo anterior do que a noção de jurisdição (vista como norma jurídica, tal como será explicado mais à frente), elemento que infelizmente vem sendo objeto de grande dificuldade de definição, de maneira próxima ao que acontece com instituto da ação.

Conforme já se adiantou na introdução, a conceituação do que seria a jurisdição é também um dos objetos da presente tese. Em momento mais à frente ela será feita. No que concerne, contudo, ao presente subcapítulo, cabe destacar que, considerando o atual cenário constitucional, torna-se mais coerente e até mesmo útil, ante as distinções entre processo e

editore, 1993, p. 27). Confirmado esse posicionamento, mas sem mencionar o escrito *Klage und Urteil*: MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **A Ação Rescisória contra as sentenças**. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1934, p. 23-24. Em sentido semelhante, afirmando que somente após o ajuizamento é que se pode falar em direito propriamente dito: ROSENBERG, Leo. **Tratado de derecho procesal civil. Tomo II**. Tradução de Angela Romera Vera. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-américa, 1955, p. 4 e 58.

<sup>358</sup> BETTI, Emilio. **Diritto processuale civile italiano**. II ed. Roma: Società Editrice del “Foro Italiano”, 1936, p. 74.

direito material, conceber que a origem do “direito” de acesso ao judiciário se encontra num campo apartado do direito material que eventualmente será objeto de alegação perante o juízo. Dentro desse contexto, a figura da jurisdição, como um instituto jurídico constitucional, parece ser a mais adequada para essa função, afastando-se da linha concretista, não obstante a sua utilidade e operacionalidade (ainda que passível de críticas), tal como demonstrou o direito estadunidense, e conforme também o nosso próprio sistema jurídico do início do século passado evidenciou, sendo a explicação de Clóvis Beviláqua um excelente exemplo para esclarecer a circunstância de eventual inexistência de direito de ação numa demanda judicial<sup>359</sup>.

### 2.6.3 A natureza mista que o conceito do “direito” de acesso ao judiciário/arbitragem deve ter

Um ponto relevante a respeito do “direito” de acesso ao judiciário foi devidamente apontado por Luigi Paolo Comoglio: a intrínseca relação com a própria conformação do direito material<sup>360</sup>. Embora o referido autor tenha feito essa análise à luz do sistema italiano, especificamente do art. 24 da Constituição Italiana, tal compreensão pode (e, conforme aqui se defende, deve) ser aplicada também ao contexto brasileiro, especialmente se considerar-se como fonte do “direito” de acesso ao judiciário a noção de jurisdição que aqui será defendida.

Ainda que a jurisdição, como fonte normativa, encontre-se na Constituição brasileira, podendo ser plenamente classificada como um elemento de interesse do direito processual, ela também produz efeitos no campo material, ostentando, portanto, uma natureza mista, não obstante a preponderância do aspecto processual<sup>361</sup>.

Os efeitos que a jurisdição produz no direito material são, entre outros, de natureza limitadora, a impedir que o direito de acesso ao judiciário seja afetado não somente pelo legislador processual, mas também pelo legislador do direito material, seja qual for a área. É óbvio que ao legislador de direito material (constitucional ou infraconstitucional) é plenamente

<sup>359</sup> Segundo Beviláqua, à luz de uma perspectiva jurídica de sua época, a decisão que declara a inexistência de direito de ação tem natureza declaratória (BEVILÁQUA, Clóvis. **Em defesa do Projecto de Código Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1906, p. 293). Tal posicionamento, de certa forma, serve para atribuir racionalidade ao sistema.

<sup>360</sup> COMOGLIO, Luigi Paolo. **La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile**. Padova: CEDAM, 1970, p. 154-155.

<sup>361</sup> Recentemente, Antonio do Passo Cabral fez uma acertada observação a respeito da necessidade de assumir-se a complexidade do fenômeno jurídico que, inevitavelmente, acaba pondo em cheque a clássica distinção entre normas processuais e normas materiais, de modo a ser imperioso concluir que “Há, portanto, uma clara reaproximação entre normas de direito material e normas de direito processual” (CABRAL, Antonio do Passo. Da instrumentalidade à materialização do processo: as relações contemporâneas entre direito material e direito processual. **Civil Procedure Review**, v. 12, n. 2: maio-ago. 2021, p. 88-89).

possível criar, regular e extinguir previsões jurídicas. Entretanto, essa possibilidade não está isenta de limitações, especialmente no que diz respeito a temas que intrinsecamente se relacionam com instrumentos de interesse do direito processual, tal como são os casos dos filtros processuais da legitimidade e do interesse de agir, isso além de temas como a decadência e a própria prescrição.

Esses institutos devem ser analisados e regulados de uma forma que respeite a razoabilidade e a proporcionalidade, sob pena de impedir a própria acessibilidade do jurisdicionado à tutela de determinado direito. Uma coisa é a pretensão declarada e racional de criar ou extinguir definitivamente previsões jurídicas, outra é a realização de tal pretensão de maneira desproporcional e irrazoável, a impedir o acesso à justiça dos jurisdicionados.

Um exemplo de eventual atuação desproporcional do legislador seria a fixação de um prazo prescricional de 1 (um) dia para pretensões de reparação pecuniária contra determinadas pessoas jurídicas. Tal previsão, sem uma mínima justificativa que respeite o referido postulado da proporcionalidade, não é permitida por, entre outras normas, a própria jurisdição. O resultado será a impossibilidade de se demandar em juízo contra essas pessoas jurídicas, considerando o tempo exíguo para interromper a prescrição da pretensão resarcitória.

Outro exemplo seria uma eventual determinação constitucional de que todos seriam colegitimados ordinariamente (ainda que isso pareça uma aberração jurídica) para demandar direitos transindividuais sem um mínimo de regulação, tanto no campo extrajudicial, quanto no campo processual. Sem dúvidas tal permissão, atinente ao direito material e processual, afrontaria o “direito” de acesso ao judiciário (porque o tornaria inviável de ser adequadamente exercido), o que faz que a norma da jurisdição torne tal medida inconstitucional.

Com base nas constatações anteriores, fica evidente que todo o debate a respeito da natureza da ação, se processual ou se material, perde seu sentido. O direito à jurisdição transcende esse debate, por ostentar uma natureza mista. Em vista disso, a adoção de uma nova nomenclatura pode permitir uma melhor aceitação de perspectivas não meramente restritas ao campo processual.

#### 2.6.4 Alguns aspectos da separação entre processo e direito material

Um dos grandes problemas relacionados ao direito de “ação” é a pretensão racionalista de tentar explicar a manifesta incerteza inerente ao campo jurídico. Por essa razão, grandes teóricos do direito optaram por defender uma noção de direito de ação como um “poder” de

concretização efetiva (ou até surgimento) do ordenamento no caso concreto, dando origem a variadas perspectivas de natureza monista<sup>362</sup>. Outros, por sua vez, defendem uma noção intermediária, sendo, no Brasil, Hermes Zaneti Jr. um exemplo, por entender que o ajuizamento de determinada demanda tem a aptidão de tornar o direito litigioso incerto, isso não obstante também poder se falar em pleno exercício de prerrogativas de direito material sem o ajuizamento da ação<sup>363</sup>.

A respeito desse ponto, reverbera-se aqui a fala de Ovídio Baptista da Silva, no sentido de que os teóricos nacionais e estrangeiros têm uma grande dificuldade de aceitar a natureza indeterminada fruto do estado de “pendência” do direito<sup>364</sup>, a tentarem criar construções que atribuam uma espécie de racionalidade a um sistema que, agora conforme aqui se entende, opera-se factualmente já considerando as suas limitações. Algumas delas afrontam a lógica normativista de inspiração iluminista<sup>365</sup> desses autores. Tanto é assim que não se pode ignorar que há, no direito brasileiro, a possibilidade de conflitos entre efeitos das decisões judiciais, até mesmo de cunho declaratório. Igualmente, também não se nega a possibilidade de conflito entre coisas julgadas.

Sem nenhuma pretensão de querer estabelecer uma verdade absoluta, ainda mais num campo notadamente fluido, conforme demonstrou Bruno Latour em sua obra “A fabricação do direito”<sup>366</sup>, a posição aqui adotada é a de que, em sua essência, sem desconsiderar as críticas do desse último (Latour) a quem será citado agora, o direito pode ser definido considerando a noção luhmanniana de um sistema caracterizado pela estabilização de expectativas

<sup>362</sup> Sobre essas perspectivas: PEKELIS, Alessandro. *Azione (teoria moderna)*. **Novissimo Digesto italiano**. II. AZARA, Antonio (et.al.) (dir.). Torino: Vnione Tipografico – Editrice Torinese, 1957, p. 31; MERCADER, Amílcar A. **La acción, su naturaleza dentro del orden jurídico**. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1944, p. 177; e SATTA, Salvatore. **Diritto processuale civile**. Oitava Edizione. Padova: CEDAM, 1973, p. 109.

<sup>363</sup> ZANETI JUNIOR, Hermes. *A Teoria Circular dos Planos (Direito Material e Direito Processual)*. MACHADO, Fábio Cardoso [et al.]. **Polêmica sobre a ação, a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 178, *passim*.

<sup>364</sup> Por exemplo: SILVA, Ovídio A. **Jurisdição, direito material e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 108, 113, *passim*.

<sup>365</sup> Ovídio A. Baptista da Silva utiliza de forma marcante essa expressão, em vários momentos de sua obra “Jurisdição, direito material e processo”. A título de exemplo, destacamos aqui o seguinte texto: “Como se vê, a presença, mais do que envolvente, tirânica, do Iluminismo preside o pensamento de nossos processualistas. Certamente é falsa a distinção entre direito processual ‘científico’ e direito material ‘destinados a mudar de acordo com os interesses em conflito’. De qualquer perspectiva que o pensemos, também o processo será sempre um produto cultural que, como tal, submete-se às contingências históricas, devendo conviver com a natural insegurança, peculiar à vida humana, administrando-a, como sua condição essencial” (SILVA, Ovídio A. **Jurisdição, direito material e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 138, *passim*).

<sup>366</sup> LATOUR, Bruno. **A fabricação do direito**: um estudo de etnologia jurídica. Trad. Rachel Meneguello. São Paulo: Editora Unesp, 2019, p. 340-341, *passim*.

normativas<sup>367-368</sup>, cuja efetiva análise deve ser feita no campo da sociologia jurídica e também de outras disciplinas<sup>369</sup>.

À luz dessa perspectiva, a indeterminação do direito se torna um tema complexo, de difícil definição apriorística. Da mesma forma, não há como ignorar a noção de que o direito se opera sob uma perspectiva sociológica, do caso concreto, existindo tanto com a ação do

<sup>367</sup> Nas palavras de Niklas Luhmann, traduzidas para o português, sem prejuízo de complexas variáveis atinentes ao tema e à visão desse jurista, o direito pode ser definido como “estrutura de um sistema social que se baseia na generalização congruente de expectativas comportamentais normativas”. Inclusive, ainda de acordo com sua perspectiva, as normas seriam “*expectativas de comportamento estabilizadas em termos contrafácticos*” (LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 121, 57). Para um aprofundamento no assunto, conferir: ALCOVER, Pilar Giménez. **El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann**. Barcelona: José M<sup>a</sup> Bosch Editor, S.A., 1993, *passim*. No Brasil, uma obra que é referencial nacional e internacional no estudo da teoria de Luhmann, aqui também consultada, é NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil. O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 1 a 25. No que concerne a trabalhos mais recentes, é pertinente mencionar a produção de Alexandre Satyro de Medeiros, autor que adota aspectos da teoria dos sistemas para conceituar a sua perspectiva sobre o direito (MEDEIROS, Alexandre Satyro de. **Do ativismo ao proativismo**: Perspectivas do ativismo judicial e da judicialização da política na jurisdição constitucional em contraste com a soberania democrática, com a separação de poderes e com a segurança jurídica. Dissertação de Mestrado aprovada perante o Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, 2022, p. 39-45).

<sup>368</sup> Eis as críticas feitas por Latour à noção luhmanniana: “Compreende-se facilmente que a explicação social do direito, sendo inoperante, não prova que o direito forma na sociedade um conjunto homogêneo e autorregulado. Para escapar dessa dificuldade, não serviria de nada autonomizar completamente o direito, transformando em esfera à parte e autossuficiente no interior da sociedade, ela própria compreendida como um conjunto de subsistemas no meio dos quais se poderia – por que não – instalar confortavelmente a Ciência! Teríamos reconhecido essa fantasia da visão social na caneta de Niklas Luhmann, que volta a abandonar todo o esforço de definição das variedades da autonomia para obter formas purificadas sem qualquer relação com sua existência empírica. Isso leva, a cada domínio, a definição mais redutora e frequentemente etérea que se dá a si mesmo: comprehende-se que os juristas gostem de se achar abrigados em um subsistema do tipo Luhmann, assim como os cientistas se deleitam em fortalecer as paredes de sua autonomia científica. Eles se tomam pelo rei Midas e acreditam que tudo o que tocarem virará científico ou jurídico. O esforço para fazer da Ciência um subsistema separado era insólito, mas no caso do direito a postura aparece mais rápido, pois para acreditar em sua distinção não temos a desculpa de um claro corte operado pelas paredes dos laboratórios e dos eventuais de seus técnicos” (LATOUR, Bruno. **A fabricação do direito**: um estudo de etnologia jurídica. Trad. Rachel Meneguello. São Paulo: Editora Unesp, 2019, p. 322-323).

<sup>369</sup> Obviamente que não há como desconsiderar noções clássicas como a de Miguel Reale, no sentido de que o “Direito é a ordenação heterônoma, coercível e bilateral atributiva das relações de convivência, segundo uma integração normativa de fatos segundo valores”.(REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 24<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 67). Embora seja possível buscar um aprofundamento analítico e até mesmo crítico de cada afirmação do autor, aqui se pensa que, para os fins da presente tese, não haveria prejuízo caso essa premissa fosse adotada. Num âmbito distinto, também se percebe a marcante noção defendida por Pontes de Miranda, do direito como “processo social de adaptação” (MIRANDA, Pontes de. **Sistema de ciência positiva do direito**. Tomo I. Introdução à ciência do direito. 2<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, p. 303), a ser “uma das adaptações do homem à vida em sociedade”, tendo “por fito destruir ou minorar, pela garantia e pela coação, os efeitos ou casos de certos defeitos de adaptação reputados como os mais graves”, isso além de caracterizar-se pelo fato de que “consuma-se nas relações jurídicas, nos fenômenos jurídicos, com a virtude nas ações, a verdade nos objetos” (MIRANDA, Pontes de. **Sistema de ciência positiva do direito**. Tomo II. Introdução à ciência do direito. 2<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, p. 129-132). A perspectiva mencionada acima esteve presente, de fato, em toda a obra ponteana, tendo sido reafirmada pelo próprio autor décadas depois (MIRANDA, Pontes de. **Sistema de ciência positiva do direito**. Tomo II. Introdução à ciência do direito. 2<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, p. 245 e ss). Reforçando a presença dessa noção em toda a produção ponteana, conferir: MELLO, Marcos Bernardes de. **Contribuição à teoria do fato jurídico**. 2<sup>a</sup> ed. rev. Maceió: 1982, p. 17, rodapé nº 1.

judiciário quanto sem a sua intervenção, assim como existe até mesmo paralelamente à judicialização de determinada questão.

Daí que o papel do jurista deve ser o de criar teorias que estabeleçam uma noção minimamente operacional, ainda que considerando o caráter eminentemente social, muitas vezes pragmático, do fenômeno jurídico.

Todos os teóricos mencionados, bem como os demais eventualmente não citados, têm o mérito de buscar estabelecer uma perspectiva própria a respeito do fenômeno jurídico. Entretanto, à luz de uma necessidade mínima de criar mecanismos que possam ser operacionalizados, mas sem desconsiderar incertezas, as noções monistas ou intermediárias não podem afastar eventuais noções dualistas, essas que também têm sua razão de ser, considerando essencialmente a controversa situação de se conceber que, em termos jurídicos, um determinado direito se tornaria incerto com a sua judicialização, ou, então, que só haveria efetivamente direitos com a declaração judicial. Esse tipo de pensamento, especialmente no que diz respeito a processos de aplicação de sanções legais, acaba afrontando princípios basilares do nosso sistema constitucional, especialmente o da presunção de inocência.

Ademais, também a prevalência exclusivamente de noções monistas ou intermediárias (mas com uma concepção restritiva quando se aplica a característica monista) atribui ao cidadão o poder de efetivamente afetar o direito somente com a judicialização de uma demanda, e tal visão inevitavelmente tem sua raiz na clássica compreensão da *actio*, especialmente a romana, pois, naquela época, só prosseguia em juízo quem efetivamente tinha a ação<sup>370</sup>.

Por essa razão, eventual construção de um “direito” (ou conjunto de “direitos”) de acesso ao judiciário (ou à jurisdição) deve ser vista como uma forma de contribuir com o ordenamento jurídico, mas não em caráter exclusivo. É que, nesse caso, vendo por outra perspectiva, também não faz sentido adotar uma noção eminentemente dualista e de cunho exclusivamente declaratório, como se o Poder Judiciário não tivesse força criativa, especialmente no que concerne a direitos cuja definição no ordenamento não está tão clara.

Tudo o que foi dito demonstra que o fenômeno jurídico que permite o acesso ao judiciário, quando pensando à luz da teoria do direito e, também, do direito processual, tem uma complexidade que a noção de ação, em variadas concepções, é insuficiente. Como resolver toda a problemática acima? O repertório teórico existente é adequado? Veja-se que na doutrina

---

<sup>370</sup> Nesse sentido: SILVA, Ovídio A. **Jurisdição, direito material e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 29.

estrangeira houve um esforço mastodôntico para explicar tais relações, mas sem que uma teoria vingasse e que a doutrina chegasse a um consenso.

#### 2.6.5 A dificuldade de lidar com a categoria “condições da ação”

No campo dos conceitos sobre a ação, um dos grandes debates existentes envolve a questão da categoria das condições da ação e da sua subsistência atualmente. Essa disputa se aprofundou de forma marcante, a chegar ao ponto de fazer alguns afirmarem que o direito de ação seria incondicionado<sup>371</sup>, por exemplo.

Em primeiro lugar, não há como defender a existência de um direito incondicionado. Todo direito é condicionado, especialmente em termos de existência, visto que, para existir, é preciso ser algo, e o “ser” é condicionado ao atendimento de pressupostos mínimos. Obviamente que, quando há um direito de grande amplitude, como é o caso da ação em uma perspectiva abstrata, é até coerente falar que as condições são bastante reduzidas. Entretanto, afirmar que há um direito incondicionado quanto aos requisitos para a sua constatação é um equívoco, ainda que esses requisitos sejam mínimos. Tal como todo direito ou poder jurídico, até mesmo a mais abstrata concepção de direito de ação necessita de elementos fáticos que possibilitem a sua existência<sup>372</sup>.

Em segundo lugar, no que diz respeito à forma de exercício e até à amplitude do direito de ação ou da proteção que ele confere, é inquestionável que há um determinado condicionamento, por mais abstrata que possa ser a percepção adotada. O direito de ação, tal como todos os demais direitos, tem requisitos e limites para o exercício, condicionando-se à observância deles. Não há que se falar em ausência de condições nesse caso, muito pelo contrário. A própria lei processual estabelece essas condições, mediante os procedimentos jurisdicionais para o exercício.

Também é possível cogitar uma espécie de graduação ou noção mista entre condições para a existência do direito de ação e condições para o exercício regular desse direito. As hipóteses em que há imunidade de jurisdição, seja de todas as fases, seja da fase executiva, na linha do que entende o Supremo Tribunal Federal sobre o tema, sem óbice de relativizações<sup>373</sup>,

<sup>371</sup> Conforme o autor da presente tese já chegou a firmar em NERY, Rodrigo. Reflexões sobre a legitimidade *ad causam* e a legitimidade *ad actum*: a alternância entre filtro meritório e filtro processual a depender da situação legitimante. **Revista de Processo**, vol. 329, julho de 2022, p. 2.

<sup>372</sup> De toda a pesquisa realizada, não se identificou nenhuma concepção de ação sem uma mínima base fática.

<sup>373</sup> Conferir: HARTMANN, Rodolfo Kronemberg. A Imunidade de Jurisdição e de Execução do Estado Estrangeiro no Brasil. **Revista da EMERJ**, v. 6, n. 23, 2003, p. 336-338. Mais recentemente, fixando novas balizas para a análise de atos que afrontem direitos humanos internacionalmente protegidos: BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL

impedem que o direito de ação seja exercido em uma amplitude semelhante à que poderia haver se a demanda fosse exercida contra um indivíduo submetido integralmente à jurisdição nacional. Mesmo havendo uma lesão jurídica fruto de um *jus imperium* (inserida na regra da imunidade jurisdicional) praticada em solo brasileiro por um ente “imune” à jurisdição, embora possa tentar demandar e obter uma resposta quanto à viabilidade do pleito processual, não haverá que se falar em um direito à ação adequada nesse caso. Mesmo havendo lesão, não se terá direito à reparação pela via do processo, ou então à execução da decisão que condene determinado ente, em razão da chamada imunidade de jurisdição.

De igual modo, no âmbito da justiça desportiva, também há uma certa condicionante para o exercício, que se configura como o momento em que as instâncias são exauridas. Nesse caso, é possível afirmar que há uma certa confusão entre limitação da existência e do exercício, pois, de fato, o sujeito não poderá se afirmar detentor de um direito a uma tutela jurisdicional específica naquele momento, pois a jurisdição está também limitada/condicionada.

Após as observações acima, não há como negar que defender um conceito incondicionado de direito de ação, em termos de existência, é um equívoco que contraria a ordem natural das coisas. Algo, para existir, *precisa ter condições*, especialmente no campo jurídico. Até mesmo uma norma abstrata precisa de, no mínimo, um certo respaldo no ordenamento jurídico para poder ser considerada como existente<sup>374</sup>. Afinal de contas, conforme aqui se entende, toda questão de direito é também uma questão de fato, que, portanto, existe. Até mesmo a norma, como um fenômeno jurídico isolado, é um fato, tal como explicam Ronald J. Allen e Michael S. Pardo<sup>375</sup>.

Da mesma forma, não há como negar que há condicionantes para o exercício da ação, independentemente do grau de abstração da percepção adotada. Em regra, se não forem todas, a esmagadora maioria das posições jurídicas vistas como “direitos” é condicionada. No caso do ação, isso é incontestável. O seu exercício é condicionado, não importando qual seja a perspectiva escolhida.

FEDERAL, Tribunal Pleno. **Recurso Extraordinário com agravo nº 954.858 – RJ.** Relator: Ministro Edson Fachin. Julgamento: 23 de agosto de 2021. Dje: 23 de setembro de 2021, *passim*.

<sup>374</sup> Ao menos no contexto atual. Sobre o tema, abordando a evolução da concepção de direito na sociedade, conferir: NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules:** princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, p. 112-115.

<sup>375</sup> ALLEN, Ronald J.; PARDO, Michael S. The Myth of the Law-Fact Distinction. **Northwestern University Law Review**, vol. 97, nº 4, 2003, p. 1790-1791. O autor desta tese já endoçou esse posicionamento, conjuntamente com Benedito Cerezzo Pereira Filho, em PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo; NERY, Rodrigo. **Fato e direito no recurso especial: o mito da distinção.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023, *passim*.

Por conseguinte, a categoria das condições da ação, embora fruto de relevantes debates, não deveria gerar tanta problematização, salvo pelo fato de que ela corresponderia a uma noção de ação que se distinguiria do processo. Se, contudo, os partidários dessa última vertente optassem por defender uma concepção semelhante à de Mortara<sup>376</sup> e à de Benedicto Ferreira Siqueira<sup>377</sup>, relacionando a ação à relação jurídica processual, seria completamente adequado rotular todos os pressupostos processuais como condições de exercício do direito de ação.

Na perspectiva que será adotada neste trabalho, que exclui da equação a noção de “direito de ação”, ainda assim haverá condições para o exercício do direito/poder de acessar o judiciário para obter uma tutela jurisdicional. Conforme se verá, a figura aqui defendida, do “agir jurisdicional”, também será condicionada, tanto em sua existência quanto em relação ao seu exercício, algo que não deve ser visto como uma contradição.

#### 2.6.6 A insuficiência do conceito de ação para abarcar o agir jurisdicional de diversos sujeitos no curso do processo

Por fim, é importante destacar que a doutrina nacional recente tem efetivamente adotado posicionamentos que convergem em direção à conclusão de que há diversos “interesses” além dos do “autor” e do “réu”, que devem (ou ao menos deveriam) ser tutelados pelo processo jurisdicional<sup>378</sup>.

Por exemplo, Antonio do Passo Cabral elaborou uma crítica à noção privatística de interesse de agir, elemento que classicamente é relacionado à ação<sup>379</sup>. Conforme aqui se

<sup>376</sup> MORTARA, Lodovico. **Manuale della procedura civile**. Volume I. 2<sup>a</sup> ed. riveduta. Torino: Unione Tipografico-editrice, 1897, p. 15.

<sup>377</sup> FERREIRA, Benedicto de Siqueira. **Da natureza jurídica da ação. Exposição e crítica**. São Paulo: Empresa Gráfica da “Revista dos Tribunais”, 1940, p. 229.

<sup>378</sup> Sobre o tema: CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração entre polos da demanda. **Revista Forense**, volume 404, ano 105, julho-agosto de 2009, p. 11; CABRAL, Antonio do Passo. Interesse ad agire e “zone di interesse”. **Revista de Processo Comparado**, vol. 2, jul-dez/2015, p. 29-56, 2015, p. 2-9. Seguindo linha semelhante: TEMER, Sofia. **Participação no Processo Civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 439-440; e EID, Elie Pierre. Multilateralidade no processo civil: divergência de interesses em posições jurídicas. **Revista de Processo**, vol. 297, p. 39-77, novembro de 2019, p. 4-5.

<sup>379</sup> Berriat Saint-Prix, antes da metade do século XIX, já relacionava o interesse à ação (SAINT-PRIX, Berriat. **Corso di procedura civile ad uso della facoltà di diritto di parigi**. Tomo I. Trad. da 5<sup>a</sup> ed. francesa por Giuseppe-Nicola Rossi. Napoli: Dai Torchi del trattamater, 1826, p. 75). Antonio do Passo Cabral atribui justamente à doutrina francesa, com citação também da obra de Saint-Prix, a origem da ideia de interesse como elemento relacionado à ação (CABRAL, Antonio do Passo. Interesse ad agire e “zone di interesse”. **Revista de Processo Comparado**, vol. 2, jul-dez/2015, p. 29-56, 2015, p. 2, rodapé nº 8). Na doutrina italiana, por todos, vale mencionar a clássica relação feita por Giuseppe Chiovenda (CHIOVENDA, Giuseppe. **Principii di diritto processuale civile. Le azioni. Il processo di gognizione**. 2<sup>a</sup> edizione reveduta e notevolmente aumentata. Napoli: Casa Tipografico – Editrice n. Jovene E. C., 1923, p. 141 e 151, por exemplo).

entende, as observações feitas por esse autor podem ser plenamente estendidas à própria configuração da ação como um todo<sup>380</sup>, seja numa perspectiva abstrata, seja numa perspectiva “concreta” ou intermediária.

Além de classicamente ser atrelada à figura do demandante<sup>381</sup>, em desconsideração da posição do réu<sup>382</sup>, é evidente a relação que a noção de ação (independente de qual seja) tem com a estrutura privada de credor *versus* devedor no âmbito do processo brasileiro, especialmente quando adota-se uma ideia desse instituto como uma relação jurídica de direito público que abrange todo o transcorrer da demanda<sup>383</sup>. Se o processo é estruturado na ideia de acertamento e depois cobrança de crédito, numa ideia de litígio entre duas pessoas<sup>384</sup> inspirado originariamente num contexto privado, a ação seguirá também essa linha.

A relação entre esses dois elementos (ação e o processo) permite que a forma de se entender as possibilidades processuais inevitavelmente afete a maneira que ambos são vistos. Portanto, ao se compreender o processo como um local para abarcar diversas posições, inevitavelmente o conceito de ação tende também a se alargar.

Ocorre que, enquanto o processo tem uma noção mais aberta a modificações e inserção de posições dos sujeitos processuais, considerando a natural possibilidade de haver relações jurídicas multilaterais, a fazer ser possível aceitar a multilateralidade na relação jurídica processual; a ação, em sua essência, além de ser uma ideia que traz a perspectiva de unilateralidade (restrição a um dos polos da demanda)<sup>385</sup>, relaciona-se à noção de realização de um ato para obter uma modificação<sup>386</sup>, algo que, embora seja uma consequência accidental, não é a sua principal finalidade.

<sup>380</sup> O próprio autor permite entender isso, conforme se observa de CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração entre polos da demanda. **Revista Forense**, volume 404, ano 105, julho-agosto de 2009, p. 11.

<sup>381</sup> Vale destacar a distinção feita por José Afonso da Silva, por exemplo, entre direito de ação e direito constitucional de invocar a atividade jurisdicional. O autor justifica essa diferenciação por compreender a ação como um elemento relacionado ao agir do demandante: SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 6<sup>a</sup> ed. atual. até a EC 57/2008. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 132.

<sup>382</sup> Conforme apontou Heitor Sica em: SICA, Heitor Vitor Mendonça. **O direito de defesa no processo civil brasileiro: um estudo sobre a posição do réu**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 297-298.

<sup>383</sup> Como, por exemplo, faz Mortara em: MORTARA, Lodovico. **Manuale della procedura civile**. Volume I. 2<sup>a</sup> ed. Riveduta. Torino: Unione Tipografico-editrice, 1897, p. 15.

<sup>384</sup> Inclusive, é por inevitavelmente estar atrelada à ideia de uma demanda entre duas pessoas, reproduzindo uma noção privatística de litígio, que Egaz Dirceu Muniz de Aragão afirmou que o conceito de ação seria insuficiente no âmbito do direito constitucional (ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. O Estado de Direito e o direito de ação: a extensão do seu exercício. **Revista brasileira de direito processual**, Belo Horizonte, v. 15, n. 59, jul./set. 2007, n.p. Versão disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/32162>. Acesso em: 18/12/2024).

<sup>385</sup> Em razão de, nas perspectivas concretas, estar ligada à existência do direito. Sobre o ponto, conferir: MONTEIRO, João. **Direito das ações**. São Paulo: Typographia Duprat & comp., 1905, p. 10.

<sup>386</sup> Teixeira de Freitas, por exemplo, na noção da ação como um meio, entende que ela faz parte da classe dos atos jurídicos (FREITAS, Augusto Teixeira de. **Consolidação das leis civis**. Anotada por Martinho Garcez. 5<sup>a</sup> ed., muito aumentada com as leis, decretos e avisos publicados até 1913. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Anjos

Mesmo que, ao menos na prática, a sociedade brasileira possa ser considerada como “acostumada”<sup>387</sup> a essa forma de se entender a estruturação processual (“autor” *versus* “réu”, relacionada à noção de “credor” *versus* “devedor”), a noção jurídica de ação, especialmente quando vista como uma classificação de um “complexo de situações jurídicas”<sup>388</sup>, mostra-se insuficiente ante a carga histórica de significados<sup>389</sup> atribuíveis a esse conceito.

A estrutura da noção de “direito de ação” não permite conceber de maneira imediata todas as facetas que atualmente são atribuídas a esse vocábulo pela doutrina clássica. Se, conforme já apontado em rodapé contido na introdução deste trabalho, um conceito é o “primeiro ato da mente”, representando uma “imagem da coisa produzida – concebida – a partir das sensações”, é necessário ao menos refletir sobre se o vocábulo da ação efetivamente permite de maneira clara já se pensar num fenômeno tão amplo ao ponto de abarcar as mais variadas posições jurídicas no curso do processo, e não somente aquele conjunto que garante unicamente o acesso ao judiciário pela perspectiva do demandante<sup>390</sup>.

## **2.7 Conclusão parcial: da desnecessidade de se pensar a ação no direito brasileiro como um conceito apto a explicar o poder de acesso efetivo ao judiciário**

Fixados todos os pontos anteriores do presente capítulo, passa-se agora à conclusão da primeira parte do trabalho, isso para que, logo em seguida, sejam estabelecidos alguns aspectos preliminares em relação à exposição contida no capítulo seguinte.

---

Editore, 1945, p. XXXIII, rodapé nº 20). Da mesma forma, Fredie Didier Jr., ao distinguir “ação” do “direito de ação”, afirmando que a primeira é o exercício do segundo, sendo conhecida, inclusive, como “demanda” (DIDIER JR., Fredie. O direito de ação como um complexo de situações jurídicas. **Revista de Processo**. Ano 37, vol. 210, agosto de 2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 51).

<sup>387</sup> Exemplo disso é a estrutura do sistema do Processo Judicial Eletrônico (Pje) no Brasil, em que se vê claramente essa distinção entre polo ativo e passivo, sobrando um terceiro espaço para “outros participantes”, mas que se relaciona às noções de “vítima, *amicus curiae*, testemunha do juízo etc.” (PJE. **Manual do Advogado**. Disponível em: [https://www.pje.jus.br/wiki/index.php/Manual\\_do\\_Advogado#Partes](https://www.pje.jus.br/wiki/index.php/Manual_do_Advogado#Partes) . Acesso em: 11 fev. 2024). Apontando a existência de uma bilateralidade no nosso sistema, isso quando o analisamos sob perspectivas não tão recentes, consultar: TEMER, Sofia. **Participação no Processo Civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 87-88.

<sup>388</sup> DIDIER JR., Fredie. O direito de ação como um complexo de situações jurídicas. **Revista de Processo**. Ano 37, vol. 210, agosto de 2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 52-56. Na doutrina estrangeira, por todos: FAZZALARI, Elio. **Note in tema di diritto e processo**. Milano: dott. A. Giuffrè – Editore, 1957, p. 154.

<sup>389</sup> Inclusive, conforme disse Alessandro Pekelis, “Non v’è, nelle dottrine sull’azione, nessun punto su cui possa dirsi raggiunto un accordo tra gli scrittori” (PEKELIS, Alessandro. Azione (teoria moderna). **Novissimo Digesto italiano**. II. AZARA, Antonio (et.al.) (dir.). Torino: Vnione Tipografico – Editrice Torinese, 1957, p. 31). Nas palavras de Riccardo Orestano: “Il problema dell’azione è stato considerato sotto i più diversi aspetti, come problema di teoria generale, come problema storico e come problema pratico” (ORESTANO, Riccardo. Azione. L’azione in generale. Storia del Problema. **Enciclopedia del diritto**. IV. Milano: Giuffrè, 1959, p. 786).

<sup>390</sup> VIEGAS, Waldyr. **Fundamentos de metodologia científica**. Brasília: Paralelo 15, Editora Universidade de Brasília, 1999, p. 93-94.

### 2.7.1 Observação introdutória: a necessidade de superação da ideia de ação como um elemento que representa o acesso ao judiciário

A noção de ação, no direito brasileiro, carece de graves problemas, seja em razão da incerteza que paira sobre a sua significação, seja pela sua desnecessidade e pela dificuldade de sua operacionalização. Tanto é assim que não se percebeu o prevalecimento desse conceito entre diversos constitucionalistas e no âmbito dos julgados analisados. Há uma verdadeira situação de heterogeneidade conceitual, o que gera dificuldades de extração de força verdadeiramente jurídica da classificação.

Considerando tudo o que foi dito, ainda mais com a demonstração de que em outros contextos a ação já não tem tanta relevância sistêmica para explicar o que a ela alguns pretendem atribuir, *mister se torna repensar a utilização de tal noção, especialmente ante a plena possibilidade de a ideia de jurisdição abarcar todas as suas finalidades, conforme se explicará na parte propositiva desta tese.*

A título de adiantamento, considerando todos os problemas aqui levantados, *a posição adotada no presente escrito, tal como já igualmente apontado na introdução, é a de superação de tal conceito, visto que é plenamente possível o fenômeno do direito/garantia/poder de o acesso ao judiciário ser explicado como uma consequência da noção de jurisdição, ainda mais se as considerações feitas nesta tese forem adotadas.*

É exatamente pela última premissa acima que, a partir do próximo capítulo, buscar-se-á analisar o segundo conceito objeto do presente estudo, que é o de jurisdição, isso com o objetivo de apontar problemas existentes também em relação a ele, para depois ser feita a nossa proposta conceitual, que abrange o que pode ser pensado como as funções dos dois conceitos aqui investigados.

Antes de adentrar na referida nova parte desta tese, contudo, alguns elementos prévios devem ser explicados. Falar-se-á sobre o chamado “direito à jurisdição”, noção que, não obstante já existir, aqui é vista como uma consequência da ideia de jurisdição aqui defendida. Esse conceito, isoladamente, já substitui perfeitamente qualquer noção de ação voltada à garantia de acesso ao judiciário ou à arbitragem no direito brasileiro.

### 2.7.2 O “direito à jurisdição” como categoria suficiente para exercer a função da ideia de “direito de ação”

A noção de direito de ação não merece ser perpetuada mais nos debates doutrinários, especialmente quando se concebe a ideia de “direito à jurisdição” como substituta de tal categoria<sup>391</sup>.

Escapando dos debates sobre o que seria conceitualmente um direito<sup>392</sup>, bem como sem desconsiderar todas as propostas feitas nas partes seguintes deste trabalho, aqui se entende que o “direito à jurisdição” define-se como a posição jurídica que garante a obtenção de todas as consequências favoráveis da jurisdição, dentro dos limites por ela estabelecidos. Trata-se do direito a que a jurisdição, vista nesta tese como norma jurídica (*vide* explicações à frente), possibilite a efetiva produção de efeitos.

Obviamente que a jurisdição inevitavelmente acarreta uma série de deveres. Entretanto, no plano constitucional brasileiro, por ser da própria essência do Estado Democrático de Direito, é possível dizer que todos têm um direito à jurisdição, visto que tal instituto (jurisdição como norma jurídica) estabelece, por sua vez, as condições para o devido agir jurisdicional. Geralmente, quem tem direito à jurisdição, no Brasil, também tem direito ao agir jurisdicional, nos termos a serem explicados nesta tese.

Esse “direito à jurisdição” é o elemento fundamental do ordenamento jurídico nacional. Embora ele não exclua uma série de outras possibilidades de agir para produção de normas jurídicas e eventuais soluções fáticas e, também, normativas<sup>393</sup>, no campo extrajudicial/arbitral; ao menos no contexto brasileiro não é adequado se falar em prescindibilidade da jurisdição, especialmente como instrumento garantidor de uma série de fins oriundos da própria sociedade.

<sup>391</sup> Não é de nossa autoria o conceito de “direito à jurisdição”. Trata-se de uma noção bastante difundida há muitos anos, tanto sob perspectivas constitucionais quanto infraconstitucionais. Eis alguns exemplos de obras relevantes sobre esse ponto: COUTURE, Eduardo. **Introdução ao estudo do processo civil**: discursos, ensaios e conferências. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003, p. 22; ALSINA, Hugo. **Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial**. I. parte general. 2<sup>a</sup> ed. Buenos Aires: EDIAR, 1956, p. 333; NOSETE, Jose Almagro. El “libre acceso” como derecho a la jurisdicción. **Revista de la Facultad de derecho de la Universidad de Madrid**. Nueva Serie. Vol. XIV, núm. 37, Madrid, 1970, p. 95-104; LEIBLE, Stefan. **Proceso civil alemán**. Trad. Rodolfo E. Witthaus. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 1998, p. 54; e ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. **I fondamenti costituzionali della giustizia civile. II modello costituzionale del processo civile italiano**. 2<sup>a</sup> ed. Torino: G. Giappichelli:, 1997, p. 64. No campo infraconstitucional, ainda no cenário internacional, Liebman já afirmava que o direito de ação era um “direito de provocar o exercício da jurisdição” (LIEBMAN, Enrico Tullio. O despacho saneador e o julgamento de mérito. **Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Bestbook, 2004, p. 97). No Brasil, além do sólido desenvolvimento proposto por Luiz Guilherme Marinoni em seu “Técnica processual e tutela de direitos” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 3<sup>a</sup> ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 129-187), também vale menção à noção defendida por Pedro Henrique Nogueira em: NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Sobre o Direito Fundamental à Jurisdição. DIDIER JR., Fredie; WAMBIER, Luiz Rodrigues; GOMES JR., Luiz Manoel (coords.) **Constituição e processo**. Salvador: JusPodivm, 2007, p. 547-573.

<sup>392</sup> Tal como aponta Virgílio Afonso da Silva em SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021, p. 100.

<sup>393</sup> Isso se percebe claramente da abrangente exposição feita por Fredie Didier Jr. e Leandro Fernandez em: DIDIER JR., Fredie; FERNANDEZ, Leandro. **Introdução à Justiça Multiportas**: sistema de solução de problemas jurídicos e o perfil do acesso à Justiça no Brasil. Salvador: Editora JusPodivm, 2024, *passim*.

## 2.8 Fixando as noções de “direito à jurisdição” e de “direito de acesso ao direito”

Uma premissa básica que se extrai do sistema jurídico brasileiro é a constatação de que todos têm o chamado “direito de acesso ao direito”. Trata-se do direito a ter direitos, assegurado pela Constituição, e que envolve também a própria ideia de que o nosso sistema jurídico não pode ser dependente do judiciário, sob pena de tornar a jurisdição um rito de passagem homologatório ou punitivo de toda e qualquer ação com potencial de produção de efeitos jurídicos.

A todo e qualquer tempo são realizados atos jurídicos, bem como fatos jurídicos em sentido estrito ocorrem, sem a necessidade de uma validação do Poder Judiciário. Não se trata de uma expectativa ou de um direito incompleto, sem juridicidade ou ineficaz, conforme poderiam defender algumas visões monistas<sup>394</sup>, mas sim de uma efetiva existência de um mundo jurídico dotado de uma certa dose de autonomia, não obstante ser dependente (ainda) de mecanismos para fazer valer as normas jurídicas em caso de ameaça ou lesão a direito.

Portanto, em se fixando a premissa acima comentada, o direito à jurisdição, tal como concebido nesta tese, convive plenamente com o “direito de acesso ao Direito”, nos termos da classificação sugerida por Paula Costa e Silva com base na leitura de Peter Gottwald<sup>395</sup>. Entretanto, embora a referida autora lusitana aponte a necessidade de superação da ideia de direito de acesso ao direito pela via dos tribunais, “para passar a ser um direito de acesso ao direito, de preferência sem contacto ou sem passagem pelos tribunais”, aqui se entende que deve haver uma coexistência das duas noções, não se tratando de uma superação de uma pela outra.

O nosso ordenamento jurídico, que para alguns tem em si estabelecido um denominado “sistema de justiça multiportas”<sup>396</sup>, ante a sua complexidade, deve ser visto como possuidor dessas duas possibilidades jurídicas: direito à jurisdição e direito de acesso ao direito. Esse

<sup>394</sup> SATTA, Salvatore. *Diritto processuale civile*. Oitava Edizione. Padova: CEDAM, 1973, p. 109; MERCADER, Amílcar A. *La acción, su naturaleza dentro del orden jurídico*. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1944, p. 177; PEKELIS, Alessandro. *Azione (teoria moderna)*. Novissimo Digesto italiano. II. AZARA, Antonio (*et. al.*) (dir.). Torino: Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1957, p. 31.

<sup>395</sup> SILVA, Paula Costa e. *A nova face da Justiça*: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias. Relatório sobre conteúdo, programa e métodos de ensino. Elaborado para a obtenção do título acadêmico de agregado em Direito, menção de Ciências Jurídicas, pela Universidade de Lisboa. 2008, p. 22. Disponível em: <https://ulisboa.academia.edu/paulacostaesilva>. Acesso em: 19 fev. 2024.

<sup>396</sup> DIDIER JR., Freddie; FERNANDEZ, Leandro. *Introdução à Justiça Multiportas*: sistema de solução de problemas jurídicos e o perfil do acesso à Justiça no Brasil. Salvador: Editora JusPodivm, 2024, p. 39-158 e *passim*.

último trata-se não somente do direito de resolução de problemas jurídicos<sup>397</sup>, mas também do próprio direito de ter direitos, o direito de poder realizar atos jurídicos e, de maneira mais abrangente, o direito de ser considerado pelo ordenamento jurídico. Se formos em busca de uma decomposição dessa noção de “direito de acesso ao direito”, será possível o surgimento de uma série de caminhos. No que concerne ao presente caso, a noção que deve ser enfatizada é aquela na qual o sistema deve ser operacional e sempre buscar evitar conflitos, o que torna imperiosa a concepção de um dever de todos de propiciar meios que impeçam um abarrotamento do Poder Judiciário, sob pena de ele literalmente não dar conta de todas as demandas.

Logo, está correta Paula Costa e Silva ao afirmar que modelos de acesso ao direito (supõe-se que a resolução e a prevenção de litígios jurídicos estejam inseridas nessa noção) preferencialmente sem contato com os tribunais devem prevalecer. Trata-se de medida salutar e coerente para justamente impedir que a Justiça jurisdicional fique completamente impossibilitada de atuar, ante a grande quantidade de demandas.

Entretanto, dizer que é possível e até recomendável a existência de mecanismos extrajudiciais de resolução e prevenção de demandas não significa afirmar que eles são possíveis em todas as situações, e de qualquer maneira. No contexto brasileiro, entende-se que o direito à jurisdição, em uma perspectiva clássica, mas cujo raciocínio se aplica à noção aqui defendida, não pode ser desproporcionalmente restringido por outras normas jurídicas (art. 5º, XXXV<sup>398</sup>). Logo, para que haja uma restrição peremptória em favor de um caminho não jurisdicional, em regra é preciso que a própria parte renuncie a uma das dimensões dessa possibilidade, e em toda restrição dilatória é necessária uma análise com todo o cuidado à luz da nossa Constituição.

Ademais, também não se pode conceber que as restrições sejam feitas de qualquer forma, assim como não se deve permitir que as hipóteses extrajudiciais de conflito não contem com critérios adequados, tendo como parâmetro os que são aplicados no processo jurisdicional. Isso não significa uma replicação do modelo da jurisdição judicial ou arbitral a outros sistemas, mas sim a verdadeira incidência de princípios como os da boa-fé, do devido processo legal<sup>399</sup> etc.

<sup>397</sup> Difundindo a noção de justiça como “a solução adequada de um problema jurídico” (DIDIER JR., Fredie; FERNANDEZ, Leandro. **Introdução à Justiça Multiportas:** sistema de solução de problemas jurídicos e o perfil do acesso à Justiça no Brasil. Salvador: Editora JusPodivm, 2024, p. 43).

<sup>398</sup> Salvo as previstas na própria Constituição, embora seja também necessária uma análise de cada situação à luz da proporcionalidade.

<sup>399</sup> Sobre o tema, com foco no devido processo legal, as palavras de Paula Sarno Braga são de grande importância: “Assim como o poder estatal – legislativo, jurisdicional e administrativo – é limitado pela cláusula do devido

### 3 APONTAMENTOS SOBRE O CONCEITO DE JURISDIÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

Após a investigação e a apresentação de críticas ao conceito de ação no direito brasileiro, o segundo conceito objeto desta tese será analisado a partir de agora e, no que for pertinente, as definições a seu respeito serão criticadas. Depois, em outro capítulo serão expostas e desenvolvidas as propostas teóricas que se configuraram como resultado das reflexões da presente pesquisa.

#### 3.1 Um conceito que padece de marcante imprecisão

De origens antigas<sup>400</sup>, com significados variáveis<sup>401</sup> e gozando de uma certa relatividade quanto ao contexto histórico e geográfico<sup>402</sup>, embora a jurisdição seja utilizada e mencionada de maneira recorrente até os dias atuais<sup>403</sup>, comumente se atribui a ela de forma implícita ou até

processo legal, coibindo-se excessos, abusos e arbitrariedades em face do particular, também o é a autonomia privada, na condição de poder negocial de auto-regramento dos interesses privados.

Todo poder só pode ser exercido dentro das restrições, limites, condicionamentos impostos pela ordem jurídica; só pode atuar por meio de um processo legal, cooperativo e equilibrado, que resulte em um ato normativo substancialmente justo e razoável. Não poderia ser diferente com a autonomia privada” (BRAGA, Paula Sarno.

**Aplicação do devido processo legal às relações jurídicas particulares.** Salvador: Universidade Federal da Bahia, UFBa, 2007, 232p., p. 215).

<sup>400</sup> Para interessantes investigações históricas desse conceito, apontando algumas variações ao longo do tempo, conferir: PICARDI, Nicola. Giurisdizione e sovranità. Alle origini della giurisdizione statuale. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Settembre, 2007, anno LXI, n. 3. Milano: Giuffrè, 2007, *passim*; e CORTESE, Barbara. Giurisdizione e Iurisdictio. CORTESE, Barbara; BENIGNI, Rita. **La Giurisdizione. Una riflessione storico-giuridica**. Roma: RomaTre-Press, 2019, *passim*.

<sup>401</sup> Nesse sentido: PICARDI, Nicola. Giurisdizione e sovranità. Alle origini della giurisdizione statuale. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Settembre, 2007, anno LXI, n. 3. Milano: Giuffrè, 2007, p. 685. Para um interessante apanhado no contexto da doutrina estrangeira, para além do âmbito da pesquisa histórica, cf. ZANZUCCHI, Maro Tullio. **Diritto processuale civile**. I. Introduzione e parte generale. 6<sup>a</sup> ed. aggiornata. Milano: Giuffrè Editore, 1964, p. 6-12. Em trabalho mais recente, não há como não mencionar o inventário feito por Marcelo Barbi Gonçalves a respeito das perspectivas sobre esse conceito: GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria Geral da Jurisdição**. Salvador: Editora Juspodivm, 2020, p. 31-90.

<sup>402</sup> “*Del concetto di giurisdizione non si può dare una definizione assoluta, valevole per tutti e tempi e per tutti i popoli*” (CALAMANDREI, Piero. Istituzioni di diritto processuale civile. **Opere Giuridiche, volume IV**. 4<sup>a</sup> ed. do original. Roma: Roma trE- Press, 2019, p. 34). Nos anos 70, Nicolò Trocker afirma que, em relação à jurisdição, ao lado de um certo âmbito essencial de incidência, haveria uma zona de incerteza quanto ao que seria jurisdicional. Seria uma “*sfera a contenuto variabile*”, a fazer surgir o perigo de, por exemplo, o legislador manipular esse conceito (o de jurisdição) para estabelecer limitações indevidas ao direito de acessar o judiciário” (TROCKER, Nicolò. **Processo civile e costituzione. Problemi di diritto tedesco e italiano**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1974, p. 178-179).

<sup>403</sup> Para uma pertinente investigação sobre o conceito de jurisdição na doutrina nacional e na italiana, refletindo sobre a sua utilização nos dias atuais: FROIS, Felipe Ribeiro; OLIVEIRA, Igor Campos. Novas perspectivas sobre o conceito de jurisdição no Brasil: transformações na teoria geral do processo? YARSHEL, Flávio Luiz [et. al] [coords]. **50 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil: passado, presente e futuro**. Versão ebook. Londrina: Thoth, 2024, p. 236-253.

mesmo expressa um aspecto específico: o de que se trataria de um exercício ou de uma delimitação de poder<sup>404</sup>.

Ocorre que, ao menos no campo brasileiro, não obstante a sua relevância, tendo em vista a complexidade das concepções teóricas, inclusive a presença de uma polissemia<sup>405</sup>, há uma grande dificuldade de se compreender o que seria efetivamente a jurisdição.

Por ser um conceito visto como “fundamental” ou “essencial”, muitas construções teóricas se valem da menção à jurisdição para legitimar determinadas práticas, ou para delimitar circunstâncias, algumas delas estranhas a o que poderia ser pensando como “noção clássica” do fenômeno jurisdicional, tendo em vista toda a carga valorativa existente nessa nomenclatura<sup>406</sup>. Um exemplo disso é a já mencionada associação feita por Liebman entre jurisdição e o direito de ação, de modo a que somente haveria exercício da primeira se houvesse também a presença do segundo<sup>407</sup>.

Considerando a alta carga valorativa da ideia de jurisdição e, além disso, a ampla relação que ela mantém com a noção de “processo”<sup>408</sup>, os críticos da visão liebmaniana não aceitaram essa perspectiva, tendo em vista que com ela não seria possível justificar os atos praticados pelo juízo até a decisão que entende não haver direito de ação. Esses autores, ao menos

<sup>404</sup> Criticando a definição de jurisdição como poder, defendendo que ela deve ser considerada como uma “função de tutela de interesses”, conferir: GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria Geral da Jurisdição**. Salvador: Editora Juspodivm, 2020 p. 375 e ss. Uma perspectiva amplamente difundida a respeito da relação entre jurisdição e poder é a defendida por Cândido Rangel Dinamarco em: DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, *passim*. Há um debate sobre se a jurisdição seria poder ou potestade. A respeito do tema, consultar, entre outros: GUILLEN. Victor Fairen. **Doctrina general del derecho procesal. Hacia una teoría y Ley procesal generales**. Barcelona: Livraria Bosch, 1990, p. 101-102 e ECHANDÍA, Hernando Devis. **Nociones generales de derecho procesal civil**. 2<sup>a</sup> ed. Bogotá: Editorial Temis, 2009, p. 83-85.

<sup>405</sup> “Primeiro, o termo jurisdição é em si plurívoco: ora significa poder, ora dever, ora função, ora atividade, ora, ainda, território no qual esse poder/dever/função/atividade é exercido” (NUNES, Jorge Amaury Maia. A clássica teoria geral do processo e o novo CPC – A arbitragem cabe no conceito de jurisdição? **Migalhas**, 24 de maio de 2016. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/processo-e-procedimento/239728/a-classica-teoria-geral-do-processo-e-o-novo-cpc---a-arbitragem-cabe-no-conceito-de-jurisdicao>. Acesso em: 27 mar. 2024).

<sup>406</sup> Jurisdição, como todo conceito, tem uma carga valorativa. No entanto, nesse caso, há uma sólida valoração atinente a, conforme aqui se entende, uma validação de um determinado agir. Um agir jurisdicional tem mais valor sociológico do que um simples agir, mesmo que não haja diferença alguma entre ambos. Trata-se, sem dúvidas, de uma questão de legitimação sociológica, tema esse que foi, no âmbito da própria jurisdição, analisado de maneira aprofundada por Cândido Dinamarco em DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, p. 193-205, sem óbice do fato de ele ter atribuído também à arbitragem a caracterização de jurisdição em momento posterior.

<sup>407</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. L’azione nella teoria del processo civile. **Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.**, 1950, p. 66.

<sup>408</sup> Aqui não se desconsidera a sólida vertente teórica que critica a associação entre jurisdição e processo, por entender que a primeira, pela carga publicista a ela inerente, macularia a função do segundo, de servir como garantia. Sobre o tema, conferir: CARVALHO FILHO, Antônio. **Processo como direito fundamental: a desconstrução do “processo justo” e a edificação do devido processo legal**. Tese (doutorado) defendida na pós-graduação do curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2021, 504p., p. 25-62.

implicitamente, fizeram as seguintes perguntas: o que será desses atos se lhes faltar a jurisdição? Qual a natureza jurídica deles?

Em razão do aspecto polêmico dessa perspectiva defendida por Liebman, o que se observou, no Brasil, conforme aqui também já dito, é que até grandes discípulos desse autor refutaram essa noção, de modo a distinguirem a ação da jurisdição e entenderem que haverá jurisdição mesmo com a carência do direito de ação<sup>409</sup>.

Outra evidência da forte carga valorativa existente na noção de jurisdição pode ser vista no movimento doutrinário que reivindicou a aplicação desse conceito também ao “processo arbitral”<sup>410</sup>. Embora a explicação se dê por questões procedimentais<sup>411</sup>, no atual contexto brasileiro de teoria das fontes seria irrelevante rotular a arbitragem como jurisdição, ao menos para a arbitragem. Em termos de sociologia jurídica, por outro lado, é possível sim dizer que há diferença. Afirmar que um instituto é “jurisdicional” modifica a forma como ele é visto no campo jurídico. Todavia, em termos eminentemente procedimentais, efetivamente, no cenário atual, não faz tanta diferença para a arbitragem, pois isso não afetará a necessidade de o árbitro se valer do instituto da “carta arbitral”<sup>412</sup>, bem como também a possibilidade de ação anulatória e (ou) declaratória contra a decisão arbitral<sup>413</sup>, a depender das circunstâncias, entre outras questões.

---

<sup>409</sup> Conforme se observa de Cândido Rangel Dinamarco (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução civil: a execução na teoria geral do direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 133, inclusive rodapé 36) e Ada Pellegrini Grinover (GRINOVER, Ada Pellegrini. O direito de ação. **Revista dos Tribunais**, ano 62, volume 451, maio de 1973, p. 31).

<sup>410</sup> CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Jurisdição. **Revista de Processo**, vol. 58, 1990, p. 33-40, Abr-Jun, 1990, *passim*; DINAMARCO, Cândido Rangel. **A arbitragem na teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 37-41; CAHALI, José Francisco. **Curso de arbitragem:** mediação: conciliação: tribunal multiportas. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. RB-4.3.

<sup>411</sup> Já nos idos de 1990, Carlos Alberto Carmona afirma que o legislador já teria reconhecido a natureza jurídica da arbitragem (CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Jurisdição. **Revista de Processo**, vol. 58, 1990, p. 33-40, Abr-Jun, 1990, p. 6).

<sup>412</sup> Sobre o assunto: NEVES, Fabiana Junqueira Tamaoki; ISOGAI, Stephanie Karolini Maioli; LIGERO, Gilberto Notário. Carta arbitral: novo instrumento de cooperação entre árbitros e juízes estatais. **Revista dos Tribunais**, vol. 988, p. 83-103, fevereiro de 2018, p. 7.

<sup>413</sup> Além da ação anulatória e da ação declaratória, vale destacar que, conforme aponta Mauro Pedroso Gonçalves, há outras possibilidades impugnativas, embora de cabimento restrito (GONÇALVES, Mauro Pedroso. Os meios de correção e invalidação da sentença arbitral, de acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. **Revista de Arbitragem e Mediação**, vol. 59, p. 167-179, dezembro, 2018, p. 7).

A arbitragem ser um sucedâneo jurisdicional<sup>414</sup> ou não, hoje, com a consolidação teórica por trás dessa via, é de pouca relevância<sup>415</sup>. Essa diminuta relevância, contudo, se refere estritamente ao âmbito da arbitragem, e só no contexto atual. Conforme dito, não haverá mudança relevante na concepção do seu procedimento (ao menos não deveria haver<sup>416</sup>), por ser considerado jurisdicional ou não. Agora, no passado, a situação era diferente, considerando uma série de variáveis, inclusive a questão da forma de compreender os efeitos da sentença<sup>417</sup> e a equiparação desse instituto ao nível do procedimento judicial<sup>418</sup>.

No que concerne ao próprio conceito de jurisdição, por seu turno, inevitavelmente haverá uma grande mudança de compreensão quando ele for atribuído a um outro campo que não apenas o do processo judicial, especialmente da forma que se deu no Brasil no âmbito da arbitragem. Vários elementos teóricos mudam, especialmente aqueles pautados na ideia de força executiva como característica individualizadora da jurisdição<sup>419</sup> e a noção de atuação estatal<sup>420</sup>. Nesse último caso, se a arbitragem passa a ser considerada como um exemplo de exercício de jurisdição, então afasta-se a característica estatal ou “judicial” como individualizadora desse conceito, e faz-se com que a forma de distinguir a jurisdição de outros fenômenos jurídicos se torne bastante complexa<sup>421</sup>.

<sup>414</sup> Conforme defendeu Jorge Amaury Maia Nunes, no sentido de que “a arbitragem é e deve continuar a ser um meio alternativo de solução de controvérsias” (NUNES, Jorge Amaury Maia. A clássica teoria geral do processo e o novo CPC – A arbitragem cabe no conceito de jurisdição? **Migalhas**, 24 de maio de 2016. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/processo-e-procedimento/239728/a-classica-teoria-geral-do-processo-e-o-novo-cpc---a-arbitragem-cabe-no-conceito-de-jurisdicao>. Acesso em: 27 mar. 2024).

<sup>415</sup> Em termos, contudo, de valorização do instituto, a impedir interpretações que o submetam indevidamente ao Poder Judiciário; há sim relevância, tal como aponta Carlos Alberto Carmona (CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Jurisdição. **Revista de Processo**, vol. 58, 1990, p. 33-40, Abr-Jun, 1990, p. 6).

<sup>416</sup> Na prática, contudo, ante a complexidade inerente ao próprio direito, percebe-se que considerar a arbitragem como um fenômeno jurisdicional pode afetar positivamente e, também, negativamente o instituto, a depender da perspectiva. Refletindo sobre esse aspecto, conferir: ANDRADE, Érico. Novas fronteiras da arbitragem: superação da discussão em torno da natureza contratual ou jurisdicional. **Revista de Processo**, vol. 305, p. 461-491, julho, 2020, *passim*.

<sup>417</sup> Ressaltando especificamente essa questão dos efeitos da decisão: ANDRADE, Érico. Novas fronteiras da arbitragem: superação da discussão em torno da natureza contratual ou jurisdicional. **Revista de Processo**, vol. 305, p. 461-491, julho, 2020, p. 2-3.

<sup>418</sup> CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Jurisdição. **Revista de Processo**, vol. 58, 1990, p. 33-40, Abr-Jun, 1990, *passim*.

<sup>419</sup> Conforme se entenderia caso não fosse possível considerar a arbitragem como um fenômeno jurisdicional. Essa perspectiva nossa é inspirada, sem sombra de dúvidas, na leitura da obra “Jurisdição e execução...” de Ovídio Baptista da Silva (SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2ª ed. revista. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, *passim*).

<sup>420</sup> Que há muito se conceitua como um requisito fundamental da jurisdição, embora não tenha sido essa uma realidade constante no passado. Giuseppe Chiovenda, por exemplo, rotulava a jurisdição como “pubblica funzione”. Na sua perspectiva, “emana esclusivamente dallo Stato la giurisdizione” (CHIOVENDA, Giuseppe. **Principii di diritto processuale civile. Le azioni. Il processo di gognizione**. 2ª edizione reveduta e notevolmente aumentata. Napoli: Casa Tipografico – Editrice n. Jovene E. C., 1923, p. 244-245).

<sup>421</sup> Vale destacar, contudo, que em sua origem a ideia de jurisdição não estava restrita à atuação estatal. Isso se justifica, primeiro, pelo fato de os antecedentes históricos da jurisdição serem anteriores à noção moderna de Estado, e, outrossim, pela possibilidade de particulares exercerem as funções jurisdicionais. Sobre o tema, conferir:

Tanto é assim que o próprio Cândido Rangel Dinamarco afirma que o elemento essencial para definir que a arbitragem seria jurisdicional é a presença do que ele entende ser o “escopo social de *pacificação*”<sup>422</sup>. Esse escopo estaria presente tanto no Poder Judiciário quanto no processo arbitral<sup>423</sup>. Logo, seriam “De importância menor [...], ou importância *nenhuma*”, as constatações de que o poder do juízo arbitral tem origem “na convenção das partes, e não na Constituição ou na lei, e de a execução forçada estar inteiramente excluída de suas atividades”<sup>424</sup>. Inclusive, o autor destaca que, ante o fato de a jurisdição, em sua origem, não pressupor a execução, hoje não faria sentido excluir o caráter jurisdicional da arbitragem somente em razão da ausência da atuação do árbitro *in executivis*<sup>425</sup>.

A posição de Dinamarco reflete uma visão eminentemente declaratória de jurisdição, amplamente criticada por Ovídio A. Baptista da Silva em escrito que merece ser reverberado, considerando o fato de que esse último autor denuncia o implícito descompromisso histórico do nosso sistema processual cível com a execução, ou seja, com a efetivação dos direitos<sup>426</sup>.

Não obstante a relevância que Dinamarco tem para o estudo do direito processual brasileiro, não há clareza quanto ao seu principal critério definidor de uma atividade jurisdicional. Além de excluir um elemento fundamental, que é o de poder, de maneira independente, executar suas decisões; um compromisso com a pacificação social (ou com a justiça) pode ser encontrado em diversos outros campos, e não somente na arbitragem ou no Poder Judiciário.

Um comitê de ética de uma empresa pode ter os mesmos compromissos. Um tribunal pretensamente não arbitral, igualmente. Uma assembleia privada pode realizar julgamentos e ter compromisso com a pacificação social. Nos processos administrativos, dos mais variados (a título de exemplo, julgamentos ocorridos nos Tribunais de Contas, no CADE, na CVM etc.), também se percebe tal viés. Se o aludido compromisso é aferível sob um ponto de vista objetivo e funcional, e não meramente subjetivo e/ou genérico, aqui se entende que na defesa feita por Dinamarco isso não está muito claro, pois seria necessário buscar elementos objetivos nos

PICARDI, Nicola. Giurisdizione e sovranità. Alle origini della giurisdizione statuale. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Settembre, 2007, anno LXI, n. 3. Milano: Giuffrè, 2007, *passim*.

<sup>422</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A arbitragem na teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 40.

<sup>423</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A arbitragem na teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 39.

<sup>424</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A arbitragem na teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 40-41.

<sup>425</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A arbitragem na teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 41.

<sup>426</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2<sup>a</sup> ed. revista. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 9-11.

universos do judiciário e da arbitragem para explicar a restrição da jurisdição somente a esses dois campos (judicial e arbitral) em detrimento dos demais nos quais também há heterocomposição pretensamente jurídica.

Outro ponto também deve ser objeto de reflexão: o fato de haver heterocomposição é definidor do caráter jurisdicional?<sup>427</sup> Nos exemplos hipotéticos citados acima, há heterocomposição. Da mesma forma, há função jurisdicional que não se configura como, propriamente, composição de lide<sup>428</sup> ou algo do gênero. Não é sequer necessário adentrar no âmbito das consultas jurisdicionais e da “não decisão”, tema que vem sendo tratado de maneira amplamente aprofundada pela doutrina recente<sup>429</sup>. Basta pensar, por exemplo, na homologação de acordo judicial em demandas que permitem tal prática, na qual não há efetivamente a resolução de um litígio pelo órgão jurisdicional, mas apenas análise formal. Óbvio que nessa homologação há decisão sobre a validade procedural, mas não haverá, frisa-se, decisão sobre a questão anteriormente controvertida, a se configurar como uma heterocomposição do litígio, isso não obstante entender-se que se trata de uma resolução de mérito<sup>430</sup>.

O fato de ser jurisdicional estaria relacionado, então, à similaridade do procedimento arbitral com o procedimento judicial? Nesse caso, só pelo fato de ser possível haver apenas uma

<sup>427</sup> Segundo Humberto Theodoro Júnior, em texto publicado no ano 2000, “O que, então, constitui uma única e universal característica da jurisdição é a ‘terceiridade’, com que o Estado-Juiz atua para superar a crise implantada pela situação de incerteza e insegurança, impondo solução para um relacionamento jurídico controvérsio que não lhe diz respeito, pois que travado entre as partes apenas”. Com efeito, não se trataria de uma simples situação de heterocomposição, mas de uma imposição do direito “*imperium super partes*” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Jurisdição e competência. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, n. 38, p. 145-182. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, 2000, p. 156 e 164). Não se concorda com essa perspectiva, isso quando se considera o atual contexto jurídico brasileiro, no qual se entende que há a plena possibilidade de se impor direito perante as partes, ainda que por terceiros, numa condição muito semelhante (senão idêntica) à ideia de “*terzietà*” ou “terceiridade”. Agora, isso não faz ser possível negar que a *terzietà* tenha relevância nos contornos da jurisdição, ainda que não seja um elemento essencial, a nosso ver. Nesse contexto, apontando a importância dessa característica (*terzietà*) na definição da atividade jurisdicional, conferir: CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 17<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 29-30; e ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*: teoria geral do processo: processo de conhecimento: recursos: precedentes. 4. ed. em e-book baseada na 19. ed. impressa, 2020, p. RB-3.3.

<sup>428</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade*: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 18-19. A definição de lide mais conhecida é a exposada por Carnelutti, de “*confitto (intersubbiettivo) d’interessi qualificato da una pretesa resistita (contrastata)*” (CARNELUTTI, Francesco. *Istituzioni del nuovo processo civile italiano. Volume Primo*. 4<sup>a</sup> ed. emendata e aggiornata. Roma: Foro Italiano, 1951, p. 7).

<sup>429</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Jurisdição sem decisão: Non Liquet e consulta Jurisdiccional no Direito Processual Civil*. São Paulo: Editora JusPodivm, 2023, *passim*; ANDRADE, Juliana Melazzi. *Justiciabilidade e não Decisão – Quando o Poder Judiciário não deve decidir*. São Paulo: Editora JusPodivm, 2023, *passim*.

<sup>430</sup> Embora se denomine o pronunciamento como decisão de mérito, como dito no texto; efetivamente não se investiga o mérito nesse caso. Tanto é assim que, não obstante ser classicamente entendida como decisão de mérito, há a distinção jurisprudencial a respeito do cabimento de ação rescisória e ação anulatória, essa última via procedural sendo destinada à impugnação de acordos homologados. Sobre o tema, o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal é pertinente: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Tribunal Pleno. *Ação Rescisória nº 2697. Agravo Regimental – RS. Relator: Ministro Edson Fachin. Julgado: 21.03.2019. Publicação: 15.05.2019, p. 11-19.*

instância já evidencia uma grande discrepância entre esses dois universos, considerando que, no processo civil, única instância é exceção. Ademais, o fato de a sentença arbitral se tratar de título executivo judicial<sup>431</sup> é apenas uma forma de se adotar um rito que traz mais garantias ao derrotado, em detrimento da valorização da arbitragem, visto que o correto mesmo seria adotar o modelo mais célere e com menos amplitude de impugnação, que é o do título extrajudicial, desde que se restrinja a via dos embargos à execução<sup>432</sup>.

Será que a natureza jurisdicional de um determinado fenômeno poderia ser concebida em razão da possibilidade de “dizer o direito”<sup>433</sup> ou realizar a “aplicação da lei”<sup>434</sup>? Se essa for a premissa, ao menos à luz da perspectiva que se adota nesta tese, ela será falha, tendo em vista que, num ordenamento jurídico democrático, há várias formas de se “dizer o direito”, bem como de se constituir ou extinguir posições jurídicas sem a atuação do Poder Judiciário. Nos exemplos dados mais acima (comitê de ética de uma empresa etc.) há o fenômeno do “dizer o direito”, com possibilidade, a depender, até mesmo de efeitos constitutivos ou desconstitutivos. Logo, essa premissa não é a mais adequada.

Numa noção mais voltada à ideia chiovendiana de jurisdição, por sua vez, poder-se-ia dizer que o elemento essencial desse conceito seria a substitutividade<sup>435</sup>. Não obstante ser coerente em seu tempo, no atual cenário tal ideia não resolve a imprecisão conceitual existente. Muito pelo contrário.

De uma simples reflexão a respeito do tema, percebe-se que, sem prejuízo de outros argumentos<sup>436</sup>, não há uma substituição plena do magistrado em relação às partes no âmbito do

<sup>431</sup> Art. 515, VII, do CPC e art. 31, *caput*, e §3º da Lei nº 9.307/1996.

<sup>432</sup> Art. 771 e seguintes do CPC, embora, de fato, a possibilidade de utilização de embargos à execução como forma de impugnação possa gerar uma maior insegurança, ante a amplitude cognitiva dessa ação (especialmente em razão da previsão do art. 917, VI, do CPC). Talvez a solução fosse a construção de um procedimento que ao menos obstasse a análise ampla permitida pelo art. 917, VI, do CPC, caso seja ajuizada a ação de embargos.

<sup>433</sup> Segundo a posição de Pontes de Miranda, jurisdição, propriamente dita, seria “dizer o direito, julgar, aplicar as regras de lei” (MIRANDA, Pontes. **Comentários ao Código de Processo Civil, tom II: arts. 46 a 153**. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 193).

<sup>434</sup> Ao menos foi essa a expressão usada por Calmon de Passos para definir jurisdição em obra publicada em 1957. Nas suas palavras: “jurisdição é a aplicação autoritativa da lei, mediante a substituição por uma atividade pública da atividade alheia” (PASSOS, J. J. Calmon de. **Da jurisdição**. Salvador: Publicações da Universidade da Bahia, 1957, p. 31).

<sup>435</sup> Segundo esse autor, vários elementos que a jurisdição tem também podem existir em órgãos não jurisdicionais. Entretanto, o que permite que esses elementos devam ser vistos como jurisdição é o “scopo a cui si cordinano, cioè la sostituzione di una attività pubblica all’attività altrui” (CHIOVENDA, Giuseppe. **Principii di diritto processuale civile. Le azioni. Il processo di cognizione**. 2ª edição reveduta e notevolmente aumentata. Napoli: Casa Tipografico – Editrice n. Jovene E. C., 1923, p. 249 e 314).

<sup>436</sup> Para uma exposição crítica à noção de substitutividade como caracterizadora da jurisdição, mencionando a inexistência de tal ato ao decidir questões processuais e, outrossim, apontando a incoerência dessa ideia com a difundida noção de atividade criativa do julgador, consultar: MITIDIERO, Daniel. **Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 76-77.

julgamento final na demanda na fase de conhecimento, conforme pregava o aludido jurista<sup>437</sup>. Ademais, é possível entender que a substitutividade encontra-se presente não só no Poder judiciário, mas também no campo dos negócios privados, tal como se observa dos contratos de alienação fiduciária, das autotutelas negociais e da plena possibilidade de se atribuir efeitos substitutivos a alguns métodos lícitos de resolução de disputas não jurisdicionais, bastando que as partes convencionem mecanismos que tornem isso possível.

Agora, que há elementos que poderiam ser considerados como essenciais da jurisdição, com natureza exclusiva, mas que ficam de fora quando se aceita a arbitragem como fenômeno jurisdicional, isso é bastante claro. O exemplo mais evidente é o poder de executar proceduralmente e utilizar de diversos atributos executivos que só o processo judicial tem.

---

<sup>437</sup> Para a visão de Chiovenda, consultar: CHIOVENDA, Giuseppe. **Principii di diritto processuale civile. Le azioni. Il processo di gognizione.** 2<sup>a</sup> edizione reveduta e notevolmente aumentata. Napoli: Casa Tipografico – Editrice n. Jovene E. C., 1923, p. 249.

São atos específicos considerados como únicos do judiciário, não sendo possível falar que a arbitragem os possa praticar<sup>438-439</sup>.

Logo, se a arbitragem não fosse inserida no campo da jurisdição, talvez esses elementos ganhassem mais força para a delinearão desse conceito, e, nesse sentido, a perspectiva chiovendiana poderia ser um ponto de partida importante, não obstante a necessidade de ajustes,

<sup>438</sup> Entretanto, é necessária a realização de uma certa distinção. Nem todos os atos executivos (em sentido lato, a depender da perspectiva adotada) seriam exclusivos do judiciário. A nosso ver, ao menos é possível identificar uma certa exclusividade, por exemplo, nos atos de retirada forçada de quantias financeiras para outro patrimônio, por um terceiro, sem autorização prévia alguma (seja por negócio jurídico, seja em processo jurisdicional). Portanto, esses atos que provocam intrusivamente a transferência forçada de valor em dinheiro em razão de determinação heterônoma, num contexto de inexistência de autorização prévia anterior à medida, somente poderiam ser praticados pelo judiciário. Até o término da elaboração desta tese, não se identificou um exemplo extrajudicial que quebre essa regra. A respeito da classificação de atos executivos, adotando uma perspectiva ampla que abarca não somente atos de retirada forçada de patrimônio, nos termos aqui descritos, conferir: ASSIS, Araken de. **Manual de execução**. 6. ed. em e-book baseada na 22. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024, p. RB-1.9. Convém destacar a explicação de Pontes de Miranda a respeito do significado da expressão “execução”, que seria “ir extra”, ou seja, “seguir até onde se quer”, o que compreende, nas suas palavras, que “se fale de execução, ação executiva, quando se tira algo de um patrimônio e se leva para diante, para outro” (MIRANDA, Pontes de. **Tratado das ações. Tomo VII. Ações executivas**. Atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 38).

Com o intuito de anteceder atos executivos, tentou-se estabelecer, no contexto administrativo prévio à judicialização de créditos da fazenda pública, a chamada “Averbação pré-executória”, que, segundo a Portaria nº 33, de 08 de fevereiro de 2018, da PGFN, seria “o ato pelo qual se anota nos órgãos de registros de bens e direitos sujeitos a arresto ou penhora, para o conhecimento de terceiros, a existência de débito inscrito em dívida ativa da União, visando prevenir a fraude à execução [...]” (BRASIL. União. **Portaria nº 33, de 08 de fevereiro de 2018**. Procuradoria Geral da Fazenda Nacional. Publicada em 09/02/2018). Entretanto, a previsão legal que supostamente permitiria tal possibilidade foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em decisão não unânime, por se cuidar de medida desproporcional, a necessitar ser submetida à reserva de jurisdição (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.890/DF**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Redator do acórdão: Ministro Roberto Barroso. Julgado em 09 de dezembro de 2020. Publicado em 05/04/2021, *passim*; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.881/DF**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Redator do acórdão: Ministro Roberto Barroso. Julgado em 09 de dezembro de 2020. Publicado em 05/04/2021, *passim*; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.886/DF**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Redator do acórdão: Ministro Roberto Barroso. Julgado em 09 de dezembro de 2020. Publicado em 05/04/2021, *passim*; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.925/DF**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Redator do acórdão: Ministro Roberto Barroso. Julgado em 09 de dezembro de 2020. Publicado em 05/04/2021, *passim*; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.931/DF**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Redator do acórdão: Ministro Roberto Barroso. Julgado em 09 de dezembro de 2020. Publicado em 05/04/2021, *passim*; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.932/DF**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Redator do acórdão: Ministro Roberto Barroso. Julgado em 09 de dezembro de 2020. Publicado em 05/04/2021, *passim*).

<sup>439</sup> Já no âmbito do Poder Geral de cautela, é possível se falar em atos de bloqueio por parte do Conselho Nacional de Justiça em relação a contas de redes sociais de magistrados, “devido a manifestações públicas que, em tese, são incompatíveis com os deveres funcionais, referentes às questões políticas e eleitorais”, tal como foi noticiado em CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Corregedoria Nacional determina suspensão de contas em redes sociais por manifestações políticas**. 2022. Disponível em:<https://www.cnj.jus.br/corregedoria-nacional-determina-suspensao-de-contas-em-redes-sociais-por-manifestacoes-politicas/#:~:text=A%20Corregedoria%20Nacional%20de%20Justi%C3%A7a,%C3%A0s%20quest%C3%B3es%20pol%C3%ADticas%20e%20eleitorais>. Acesso em: 26 ago. 2024. Da mesma forma, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, consolidou a possibilidade do TCU de determinar bloqueio de bens de particulares, considerando a ideia de poderes implícitos, entre outros fundamentos (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança 35.506/DF**. Rel. Ministro Marco Aurélio. Redator do Acórdão: Ministro Ricardo Lewandowski. Julgado em 10 de outubro de 2022, publicado em 14/12/2022, *passim*). Eventuais críticas a tais possibilidades extrapolam o âmbito das reflexões do presente trabalho.

considerando a modificação dos contextos históricos e jurídicos. Como atualmente a arbitragem é entendida como um fenômeno jurisdicional, e ela não tem esses poderes procedimentais executivos que o processo judicial detém, não é possível concebê-los como elementos delineadores do conceito de jurisdição.

Por fim, também não nos parece adequado afirmar que a aptidão de produção de coisa julgada material seja o critério definidor, tendo em vista que já é mais do que consolidado, atualmente, que a jurisdição prescinde da coisa julgada<sup>440</sup>, e é plenamente possível às partes a pactuação de estabilidade processual praticamente idêntica à da *res iudicata*, bastando a aceitação dos envolvidos<sup>441</sup>. Outrossim, também é igualmente equivocado tentar buscar um conceito de jurisdição na clássica noção de “inércia”, isso além da coisa julgada e da substitutividade, acima já analisadas. A respeito desse tema, refletindo também sobre a noção de “lide”, a seguinte explicação de Ada Pellegrini Grinover é relevante:

Os elementos que a definiam (jurisdição) também mudam.

No estudo tradicional, os elementos principais seriam a *lide*, a *substitutividade*, a *coisa julgada* e a *inércia*. No entanto, a existência desses elementos oferece dúvidas até em relação ao processo estatal: onde estaria a lide no processo penal? E no processo civil necessário? E por que o juiz se substituiria às partes para julgar? Uma coisa são as partes, outra completamente diferente é o juiz. A coisa julgada, verdadeiro dogma clássico, perdeu seu absolutismo e relevância. Hoje a *preclusão administrativa* faz as vezes da coisa julgada, e há processos judiciais em que a satisfação do direito ocorre sem a coisa julgada (como em diversos procedimentos sumários, na monitória, na estabilização da tutela antecipada, na decisão sobre ilegitimidade etc.). Chega-se a falar na *relativização ou desconsideração da coisa julgada*, perante o princípio da proporcionalidade.

E, certamente, não há lide na Justiça consensual, pois não há resistência à pretensão, uma vez que ambas as partes se situam no mesmo plano para solucionar conflito amigavelmente. Não há substitutividade, pois são as próprias partes que atuam e o terceiro facilitador, como a própria palavra diz, é um mero auxiliar que as ajuda em relação ao estabelecimento do diálogo e ao atingimento da tutela. E tampouco há inércia, uma vez que o juiz pode, de ofício, remeter as partes às vias conciliativas. E as partes podem sempre ser

<sup>440</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 18-19; CABRAL, Antonio. *Per un nuovo concetto di giurisdizione*. In: BRIGUGLIO, Antonio; MARTINO, Roberto; PANZAROLA, Andrea (org). **Scritti in onore di Nicola Picardi. Tomo I**. Roma: Pacini, 2016, p. 372-373.

<sup>441</sup> Sobre o tema, uma investigação aprofundada demandaria um espaço maior do que a presente nota de rodapé permite. Entretanto, destaca-se que, em sendo possível o afastamento (TOSCAN, Anissara. **Coisa julgada**: contribuição para uma nova teoria. Tese (Doutorado). Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito. Curitiba, 2021, 555p., p. 497) e o estabelecimento de promessa de não processar (CABRAL, Antonio do Passo. **Pactum de non petendo**: a promessa de não processar no direito brasileiro. **Revista de Processo**, ano 45, n. 305, julho, 2020, p. 18-40), também deverá ser vista como viável juridicamente a fixação de estabilidade processual pela via negocial.

estimuladas e chamadas para a elas se submeterem, não lhes aplicando o princípio da demanda<sup>442-443</sup>.

Portanto, percebe-se que há um grande problema quanto à definição conceitual da jurisdição, além de algo considerado somente sob o aspecto sociológico ou sob uma premissa obscura. Com o afastamento da estatalidade e, além disso, com a inclusão da arbitragem (que envolve o aspecto da aceitação para a submissão) como característica essencial, entre outros pontos, é necessária uma definição que também se preocupe com o aspecto jurídico, evidenciando a sua fonte, estrutura e o elemento efetivamente diferenciador desse fenômeno em relação aos demais fenômenos jurídicos<sup>444</sup>.

É por essa razão, então, que se deve perguntar: o que é jurisdição?<sup>445</sup> É aquilo que a doutrina diz que é, sem nenhuma necessidade de fixação de pressupostos claros? Ou seria um instituto passível de conceituar apenas como função exercida pelo magistrado (ignorando até

<sup>442</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade:** fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 18-19.

<sup>443</sup> Outro exemplo que refuta a essencialidade da ideia de inércia, no direito brasileiro, é o da “ação de restauração dos autos”, prevista no art. 712 do CPC. De igual maneira, a possibilidade de o tribunal prosseguir com o julgamento de recurso repetitivo ou de recurso extraordinário sobre questão com repercussão geral, mesmo em hipótese de desistência por parte do recorrente, pode ser vista como uma exceção também (art. 998, parágrafo único, do CPC). Outros casos são os da possibilidade de instauração do IRDR de ofício (art. 977, I, do CPC), bem como a ampla margem que os Tribunais Superiores têm para afetação de temas destinados à produção dos chamados precedentes qualificados (art. 927 do CPC). Em verdade, o próprio CPC, em seu art. 2º, positiva expressamente que é possível haver exceções ao referido princípio: “Art. 2º O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei”. Ainda a respeito desse tema, na linha do que afirmam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, vale destacar os exemplos da herança jacente (art. 738 e seguintes do CPC) e dos “Bens dos Ausentes” (art. 744 e seguintes do CPC) (NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado.** 8ª ed. em e-book baseada na 22ª ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. RL-1.2).

<sup>444</sup> Apenas para citar um exemplo, cujas observações a respeito podem ser ampliadas para outras perspectivas existentes, Márcio Bellocchi, após refletir bastante sobre o tema, expõe a sua proposta “breve e contemporânea de conceito de jurisdição”, afirmando que esse conceito pode ser definido como “atividade/função/poder (assimilando-se, aqui, a ideia de Dinamarco) que visa, mediante a aplicação do direito, à tutela heterocompositiva do conflito, concretizado por um terceiro, independente e imparcial em relação ao processo, em substituição à vontade das partes” (BELLOCCHI, Márcio. Sobre um novo conceito de jurisdição. YARSHEL, Flávio Luiz [et. al] [coords]. **50 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil:** passado, presente e futuro. Versão ebook. Londrina: Thoth, 2024, p. 515). Pois bem, essa definição de Bellocchi, não obstante ser amplamente refinada, não possibilita individualizar o que seria efetivamente um fenômeno jurisdicional. É de conhecimento geral que há modelos de resolução de conflitos privados que têm, literalmente, todas essas características, quando se trata de direitos disponíveis, por exemplo. Ademais, o critério de “conflito” também não nos parece efetivamente apto a definir se um fenômeno é jurisdicional ou não, pois já se entende que a jurisdição não pressupõe conflito. Ademais, a aplicação do direito também não é critério definidor do que é ou não “jurisdicional”, considerando que todos podem, em variados campos, aplicar o direito numa sociedade democrática como a do Brasil.

<sup>445</sup> Até então, o que se vê são manifestações teóricas que, conforme aqui se entende, são incompatíveis, incompletas ou autoritárias. A respeito do tema, o autor desta tese fez um inventário de algumas perspectivas existentes na doutrina (NERY, Rodrigo. **A fundamentação como pressuposto de existência das decisões judiciais.** Monografia apresentada como Trabalho de Conclusão de Curso da Pós-graduação em Direito Processual Civil pela Faculdade Baiana de Direito e Gestão, Salvador, BA, 2021, 79 p, p. 25-33). Para uma sólida investigação a respeito das perspectivas existentes, de uma maneira geral, conferir: GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria Geral da Jurisdição.** Salvador: Editora Juspodivm, 2020, p. 31-90.

mesmo a função do árbitro), tal como consta na definição do art. 16 do CPC e, também, do art. 1º do *Codice di Procedura Civile* italiano?<sup>446</sup>.

### 3.2 Um conceito e uma definição sem fundamentos sólidos

Conforme já é possível antever, sem uma devida delinearção do que efetivamente pode ser entendido como jurisdição, inevitavelmente esse instituto será considerado apenas como um adjetivo usado para validar determinada prática, sem nenhum sólido fundamento que justifique até mesmo a sua existência para fazer a adjetivação.

O conceito de jurisdição, em sendo amplamente relativizado, tal como fez Grinover, teria uma relevância apenas sociológica. Serviria para atribuir legitimidade social dentro do campo jurídico a determinado procedimento, tendo em vista o inegável poder argumentativo que existe quando se afirma que um instituto ostenta uma natureza jurisdicional (isso será objeto de reflexões mais à frente).

No entanto, a percepção aqui exposta não é exclusivamente nossa. Um exemplo disso é o apontamento crítico realizado por Fredie Didier Jr. e Leandro Fernandez, no sentido de que “a própria compreensão acerca do conteúdo da jurisdição exige novas reflexões pela doutrina”<sup>447</sup>.

Aqui já se tem ciência de que a noção defendida nesta tese não é objeto de concordância por parte de Fredie Didier Jr<sup>448</sup>. Entretanto, mesmo com a defesa de premissas distintas, não há como deixar de concordar com a fala do aludido jurista e de Fernandez, pois reflete pensamento que há alguns anos também vem sando objeto de reflexão para a elaboração deste trabalho.

Por sua vez, em coletânea para homenagear os estudos paulistas a respeito da teoria geral do processo, Felipe Ribeiro Frois e Igor Campos Oliveira apontam que, a respeito da jurisdição, “parcela da doutrina vem questionando se o seu conteúdo persiste idêntico ou deve ser alterado para se adequar à realidade contemporânea”, inclusive também afirmando que aparentemente seria “possível identificar determinada tendência doutrinária de, cada vez mais,

<sup>446</sup> Inclusive, em relação a esse último dispositivo do *codice* da Itália, é curiosa a posição de Giovanni Verde no sentido de que, considerando todas as divergências doutrinárias, a única definição possível de jurisdição seria a que incorre numa certa tautologia, no sentido de se positivar simplesmente que jurisdição é a atividade exercida pelos juízes (VERDE, Giovanni. **Profili del processo civile. 1. Parte generale.** 5ª ed. Aggiornata. Napoli: Jovene Editore, 1999, p. 37).

<sup>447</sup> DIDIER JR., Fredie; FERNANDEZ, Leandro. **Introdução à Justiça Multiportas:** sistema de solução de problemas jurídicos e o perfil do acesso à Justiça no Brasil. Salvador: Editora JusPodivm, 2024, p. 188.

<sup>448</sup> Conforme manifestou o aludido jurista na banca de qualificação desta tese, enquanto realizava pertinentes contribuições para o aprimoramento deste trabalho.

conferir caráter jurisdicional a novos institutos”<sup>449</sup>. Ou seja, o problema aqui tratado não é velho, muito pelo contrário. É atual e cada vez mais os juristas modernos estão se incomodando com a noção de jurisdição no Brasil, cada um, é claro, adotando a premissa que entende ser melhor e, principalmente, fazendo as críticas de acordo com suas compreensões teóricas.

Daí que, no atual contexto, também merecem reverberação as palavras de Heitor Sica, mesmo que escritas sob a égide do código de processo civil anterior, no sentido de que “a evolução do nosso ordenamento jurídico pôs em crise o conceito de jurisdição, ao menos tal como traçado há muitas décadas”<sup>450</sup>.

### **3.3 A jurisdição como elemento legitimador de práticas e teorias**

É evidente que a nomenclatura “jurisdição” tem uma marcante conotação legitimadora no cenário brasileiro<sup>451</sup>. Seja lá qual for a sua definição, a jurisdição caminha de mãos dadas com uma forte carga valorativa. Isso se dá pelo fato de que agregado a tal conceito há alguns relevantes valores sociais e até mesmo ideológicos<sup>452</sup>.

A presente tese não visa a investigar quais definições sociais e ideológicas seriam preferíveis quanto à jurisdição. O que se pretende é apenas sinalizar que, de fato, há uma carga valorativa, e ela tem efeitos na argumentação realizada com base nesse instituto. Fixada essa premissa, passa-se à análise de dois exemplos que são, conforme aqui se entende, marcantes para a compreensão do contexto que se encontra por trás desse conceito, isso no que concerne às suas configurações mais conhecidas.

Em primeiro lugar, cita-se o fenômeno de rotulação do agir constitucional das Cortes Supremas, especialmente no âmbito de controle concentrado, como se jurisdição fosse. Um dos grandes críticos da classificação da análise dita como “abstrata” de constitucionalidade como um fenômeno jurisdicional é Jorge Amaury Maia Nunes, autor brasileiro que aponta a

<sup>449</sup> FROIS, Felipe Ribeiro; OLIVEIRA, Igor Campos. Novas perspectivas sobre o conceito de jurisdição no Brasil: transformações na teoria geral do processo? YARSHELL, Flávio Luiz (et al.) (org.). **50 anos da teoria geral do processo no Brasil:** passado, presente e futuro. Londrina, Pr: Thoth, 2024, p. 242.

<sup>450</sup> SICA, Heitor Vitor Mendonça. Velhos e novos institutos fundamentais do direito processual civil. ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (orgs.). **40 anos da teoria geral do processo no Brasil:** passado, presente e futuro. São Paulo, 2013, p. 434.

<sup>451</sup> Analisando essa característica, por todos: DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, p. 193-205.

<sup>452</sup> Um exemplo de perspectiva defendendo uma nova forma ideológica de se pensar a jurisdição: ALBERTON, Genacéia da Silva. Ação comunicativa e jurisdição: uma contribuição habermasiana. **Revista dos Tribunais**, vol. 826, p. 58, Ago, 2004, *passim*. Analisando o *Manuale di diritto processuale civile* de Enrico Tullio Liebman, é possível ver a afirmação de que, referindo-se ao magistrado, “Il fine ultimo della sua attività è la giustizia e, insieme e per suo mezzo, la pace sociale” (LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale di diritto processuale civile. Principi.** 5ª ed. Giuffrè Editore, 1992, p. 4).

incompatibilidade desse modelo com exigências que classicamente deveriam estar presentes para se considerar determinado agir como um exemplo de função jurisdicional<sup>453</sup>. Também sevê menção, por parte de Athos Gusmão Carneiro, à tese de que o controle de constitucionalidade é uma atividade legislativa realizada “sob vestes jurisdicionais”<sup>454</sup>.

Em sua origem, o controle de constitucionalidade abstrato foi visto como um agir não jurisdicional, conforme se observa da doutrina de Hans Kelsen, grande difusor dessa via procedural na Europa<sup>455-456</sup>. Entretanto, ao longo dos anos consolidou-se a compreensão a respeito de que tal via procedural configura-se como uma forma de atuação jurisdicional, à revelia da noção clássica kelseniana, especialmente no contexto brasileiro<sup>457</sup>.

Qual a relevância disso? Entre outras tantas, aqui se entende que se trata de uma maior legitimização social atribuída ao Supremo Tribunal Federal, mesmo num contexto em que a doutrina há tempos já vê tal agir como detentor de uma carga política<sup>458</sup>. Esse não é o único fator que faz tal questão ter relevância, mas sem dúvidas é uma variável importante, que não pode ser ignorada.

O segundo exemplo, por sua vez, é o da arbitragem, que inclusive já foi mencionado anteriormente. Como dito, no atual cenário de concepções jurídicas, a circunstância de a arbitragem ser ou não jurisdicional é irrelevante em termos procedimentais. Especialmente num contexto de valorização das diversas vias alternativas à resolução de conflitos, que para alguns, conjuntamente com uma série de outros elementos, forma um “sistema brasileiro de

<sup>453</sup> NUNES, Jorge Amaury Maia. O papel das cortes superiores. **Revista Caderno Virtual**. Vol. 3, ed. 45, 2019, n.p.

<sup>454</sup> CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 24.

<sup>455</sup> “Ora, anular uma lei é estabelecer uma norma geral, porque a anulação de uma lei tem o mesmo caráter de generalidade que sua elaboração, nada mais sendo, por assim dizer, que a elaboração de um sinal negativo e, portanto, ela própria uma função legislativa. E um tribunal que tenha o poder de anular as leis é, por conseguinte, um órgão do poder legislativo”. Antes dessa afirmação, Kelsen faz uma distinção curiosa, no sentido de que, para ele, a ideia de jurisdição está atrelada à produção de normas concretas, elemento que se distingue da produção de normas gerais. Embora seja possível haver a produção de normas concretas pelo parlamento, esse ato não é efetivamente caracterizador de sua competência (KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 151-152, inclusive rodapé número 1).

<sup>456</sup> MITIDIERO, Daniel. **Processo constitucional**: do controle ao processo, dos modelos ao sistema. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. RB-1.1.

<sup>457</sup> Para excelentes explicações sobre o desenvolvimento dos procedimentos de controle de constitucionalidade concentrado no Brasil, conferir: MITIDIERO, Daniel. **Processo constitucional**: do controle ao processo, dos modelos ao sistema. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. RB-2.5; e MARQUES, Andreo Aleksandro Nobre. Evolução do instituto do controle de constitucionalidade no Brasil. Da Constituição Imperial à Emenda Constitucional nº 45/2004. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 43, n. 170, abr./jun. 2006, p. 17-22.

<sup>458</sup> Vale destacar, contudo, que também há setores que aceitam a possibilidade de atuação política do Supremo Tribunal Federal. Conforme demonstra, por exemplo, Fabiana Luci de Oliveira, em pesquisa a respeito das publicações jornalísticas relacionadas à referida Corte entre os anos de 1979 e 1999, sempre houve pressão social de alguns setores para uma atuação mais enfática do Supremo Tribunal Federal no campo político (OLIVEIRA, Fabiana Luci de. O Supremo Tribunal Federal no Processo de Transição Democrática: uma análise de conteúdo dos jornais Folha de S. Paulo e o Estado de S. Paulo. **Rev. Sociol. Polít.**, Curitiba, 22, p. 101-118, jun. 2004, p. 102-116).

“justiça multiportas”<sup>459</sup>, basta um procedimento sólido, pautado numa igualmente sólida visão teórica no sentido de se valorizar a arbitragem, para que a sua rotulação como fenômeno jurisdicional seja prescindível.

Entretanto, como forma de obter a valorização que a arbitragem tem hoje no Brasil, passou-se a falar em natureza jurisdicional do agir arbitral, a claramente buscar-se uma nova compreensão na interpretação jurídica a respeito das suas relações com o Poder Judiciário. Um exemplo disso é o do trecho a seguir, fruto de um artigo acadêmico de autoria de Carlos Alberto Carmona (já citado anteriormente) que, na prática, serve de manifesto a favor da catalogação da arbitragem como um fenômeno jurisdicional:

A evolução experimentada pela arbitragem nos últimos quinze anos demonstra que não se pode continuar a aceitar a opinião dominante que vê na arbitragem apenas um contrato, uma atividade que “lembra” a do juiz no processo, mas a ela não se assemelha. É esta posição que continua a justificar a “necessidade” de homologação do controle da atividade do árbitro a fim de que não haja violação ao artigo 5.º da Constituição Federal, como se não houvesse outras formas de exercer tal controle – mais dinâmicas, mais eficientes e mais rápidas. Na Europa ocidental tende-se realmente à equiparação do laudo e da sentença, com a abolição da homologação.

[...]

Em síntese, a discussão sobre arbitragem e jurisdição não é meramente acadêmica. A jurisdicalização da arbitragem é uma realidade, que o legislador brasileiro já reconheceu. Resta saber se haverá coragem suficiente para libertar o instituto das teias a que se encontra preso para torná-lo novamente útil e viável a nível interno, equiparando – a nível internacional – nossa antiquada legislação sobre a matéria aos modernos sistemas europeus. Parafraseando Chiovenda, convém decidir-se a uma reforma fundamental ou renunciar à esperança de um sério progresso!<sup>460</sup>

Curiosamente, Carmona cita Chiovenda, autor que tinha uma noção estatalizada de jurisdição<sup>461</sup>, e que, segundo Dinamarco, seria um dos marcos teóricos invocados por juristas da metade do século passado para reforçar a afirmação de que a arbitragem não seria um fenômeno jurisdicional<sup>462</sup>. De todo modo, o que se depreende do trecho transcrito acima é a tentativa de se demonstrar o quanto que a noção de jurisdição pode ser relevante, em termos de interpretação a respeito da valorização da arbitragem em comparação com o Poder Judiciário.

<sup>459</sup> DIDIER JR., Freddie; FERNANDEZ, Leandro. **Introdução à Justiça Multiportas**: sistema de solução de problemas jurídicos e o perfil do acesso à Justiça no Brasil. Salvador: Editora JusPodivm, 2024, p. 113.

<sup>460</sup> CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Jurisdição. **Revista de Processo**, vol. 58, 1990, p. 33-40, Abr-Jun, 1990, p. 5-6.

<sup>461</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. **Principii di diritto processuale civile. Le azioni. Il processo di cognizione**. 2ª edizione reveduta e notevolmente aumentata. Napoli: Casa Tipografico – Editrice n. Jovene E. C., 1923, p. 245.

<sup>462</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A arbitragem na teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 38.

Essa também foi a conclusão obtida por Érico Andrade, anos depois, ao investigar o tema. Segundo afirma, o que moveu a luta pela classificação da arbitragem como fenômeno jurisdicional foi o objetivo de se atribuir uma maior efetividade ao procedimento arbitral<sup>463</sup>.

Todavia, de todos os fatores possíveis, tal como o transporte de noções teóricas do direito processual clássico para arbitragem, qual seria o efetivamente relevante para se buscar uma classificação da arbitragem como um exemplo de jurisdição? A resposta é a inevitável relação histórica que esse conceito (jurisdição) tem com a noção de poder<sup>464</sup>, de autoridade, de justiça, e, na linha defendida pelo próprio Dinamarco, de pacificação social<sup>465</sup>. Dizer que algo é um fenômeno jurisdicional inevitavelmente atribui a esse instituto uma carga valorativa sólida. Mesmo com marcantes contribuições teóricas para ressignificar os fins e a própria essência da jurisdição, o peso de sua relação com a noção de poder é evidente, especialmente ante a impossibilidade de se controlar previamente o que será escrito pelo magistrado em sua decisão<sup>466</sup>.

Os dois exemplos dados nas linhas precedentes demonstram uma possível utilidade argumentativa de se conceber um determinado fenômeno como jurisdicional. Negar isso se configura um equívoco, especialmente num país marcado por relações desiguais de poder, em que alguns setores sociais vivem em constante tensão por maior legitimação de suas práticas, muitas vezes à revelia de conceitos.

Daí por que a premissa principal, que se configura como uma questão preliminar a qualquer investigação do conceito de jurisdição, é compreender a carga valorativa que esse conceito tem, tema que transcende a análise do próprio direito e envolve uma investigação de natureza política e, principalmente, sociológica. Ao menos até o presente momento, mesmo com a desqualificação da essencialidade de requisitos como estatalidade, resolução de casos,

---

<sup>463</sup> ANDRADE, Érico. Novas fronteiras da arbitragem: superação da discussão em torno da natureza contratual ou jurisdicional. **Revista de Processo**, vol. 305, p. 461-491, julho, 2020, p. 2-3.

<sup>464</sup> “Dadas essas premissas, reconfirma-se que é imperiosa a inclusão da arbitragem na teoria geral do processo, considerando que ela contém em si um autêntico processo civil no qual se exerce um verdadeiro *poder, a jurisdição* [...]” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **A arbitragem na teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 23).

<sup>465</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, p. 220, 221 e ss.

<sup>466</sup> O que não nos impede de pensar sempre em meios para conter a discricionariedade judicial, que, segundo Guilherme Pupe da Nóbrega, embora não se sustente juridicamente, não pode ser ignorada ou subestimada como uma potencial ameaça (NÓBREGA, Guilherme Pupe. **O direito em suas entradas: a discricionariedade judicial no Brasil, entre a estratégia e o arbítrio**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. XXXIII).

apego a um caso concreto etc., o que ainda resta desse conceito é a sua intrínseca relação com a noção de poder<sup>467</sup>.

E, é importante frisar, não se trata somente de um poder no sentido jurídico, mas também no sentido sociológico. Seja como função, seja como dever, ainda assim a jurisdição é um poder complexo, e é necessário compreender isso para uma adequada operacionalização responsável desse conceito.

### **3.4 A insuficiência de algumas classificações existentes**

Em um contexto ampliativo menos recente do conceito analisado nesta parte do trabalho, Calmon de Passos afirmou que “o processo nada mais é que o desenvolvimento da jurisdição” e que a “atividade jurisdicional é toda a atividade que se dirige para o pronunciamento final”<sup>468</sup>. Ou seja, ao menos segundo esse autor, o fenômeno jurisdicional perdura por todo o processo, e não somente durante uma única espécie de ato judicial, isso além também de condicionar a existência processual em si<sup>469</sup>.

Nesse sentido, surge a seguinte pergunta: como é que seria possível explicar a existência de jurisdição apenas como uma simples função<sup>470</sup>, se ela acaba sendo muito mais do que isso<sup>471</sup>, configurando-se como elemento que condiciona a própria existência de todos os atos processuais? Ademais, o que seria essa ideia de função, tão difundida tanto na doutrina clássica<sup>472</sup> quanto em perspectivas mais modernas?

<sup>467</sup> Apontando a vinculação da jurisdição à noção de poder, conferir: PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo; MORAES, Daniela Marques de. A tutela dos direitos e a remodelação do papel reservado ao juiz como corolário principiológico do acesso à justiça. **Pensar**, fortaleza, v. 17, n. 1, p. 33-56, jan./jun. 2012, p. 52.

<sup>468</sup> Para todas as citações: PASSOS, José Joaquim Calmon de. **A ação no direito processual civil brasileiro**. Tese apresentada à faculdade de direito da Universidade da Bahia, concorrendo à cátedra de direito judiciário civil (1960). Salvador: 2014, Editora JusPodivm, p. 33.

<sup>469</sup> A respeito dessa última afirmação, pode-se citar Teresa Arruda Alvim como defensora de linha semelhante (ARRUDA ALVIM, Teresa. **Nulidades do processo e da sentença**. 4<sup>a</sup> ed. em e-book baseada na 11<sup>a</sup> ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. RB-3.8).

<sup>470</sup> Vale destacar, contudo, que, não obstante nos valermos das reflexões de Calmon de Passos como ponto de partida para o posicionamento defendido nesta tese, esse mesmo autor já afirmou que a jurisdição seria uma “função” (por exemplo, PASSOS, José Joaquim Calmon de. **A ação no direito processual civil brasileiro**. Tese apresentada à faculdade de direito da Universidade da Bahia, concorrendo à cátedra de direito judiciário civil (1960). Salvador: 2014, Editora JusPodivm, p. 33).

<sup>471</sup> Tanto é assim que o próprio Athos Gusmão Carneiro afirma que a jurisdição é “Poder, Função e Atividade”, tal como se observa de CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência**. 17<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 8 e 29.

<sup>472</sup> Rotulado a jurisdição, numa perspectiva geral, como “*funzione di sovranità*”, conferir: MORTARA, Lodovico. **Commentario del Codice e delle Leggi di Procedura Civile. Volume I. Teoria de sistema della giurisdizione civile**, 2<sup>a</sup> ed. Napoli: Dottor Francesco Vallardi, 1908, p. 64.

Em verdade, a noção de função deve ser entendida apenas como uma forma de ver o fenômeno jurisdicional, não sendo, em vista disso, o principal parâmetro para defini-lo juridicamente. Conforme se observará mais à frente neste trabalho, há algo que torna possível o exercício da função jurisdicional, e esse algo é a própria jurisdição, como um instituto que merece uma melhor classificação. A função jurisdicional, portanto, não se confunde com a jurisdição. Essa função, numa perspectiva já explicada por Dinamarco, que aqui pode ser reverberada, é apenas um conjunto de serviços preordenados para alcançar um determinado fim<sup>473</sup>, o que, na nossa visão, não representa essencialmente a jurisdição propriamente dita<sup>474</sup>.

A ideia de função, em si, especialmente no campo do processo civil, tem viés de classificação mais voltado ao aspecto sociológico do que o jurídico. Que há juridicidade nessa noção, não só no âmbito do judiciário, mas em diversos outros campos, isso é inegável. Entretanto, sob um ponto de vista que vise a dar uma conceituação jurídica mais específica e com maior relevo, a função jurisdicional deve ser entendida justamente como uma decorrência da jurisdição (que, isoladamente, é um fenômeno distinto), tendo em vista que ela se refere a um conjunto de elementos voltados a um determinado fim, algo que, embora auxilie na classificação, ainda assim demanda uma maior reflexão sobre a conceituação de cada elemento especificamente, a somente assim extrair significado jurídico.

Exemplificando: a função jurisdicional inquestionavelmente envolve uma série de deveres do magistrado. É o que nos afirma, por exemplo, Elio Fazzalari, ao defender que ela se configura como “*situazione composta dall’insieme dei doveri del magistrato che la legge colloca nel processo*”<sup>475</sup>. Na mesma linha, Ugo Rocco, ao pontuar que a obrigação jurisdicional não se exaure num único ato, compreendendo vários deveres<sup>476</sup>. Ocorre que, apenas com base numa afirmação semelhante às feitas por esses autores, não é possível identificar juridicamente que deveres são esses. Em verdade, somente analisando as previsões normativas específicas é que se define que deveres o magistrado tem.

Ao refletirmos de maneira aprofundada, será possível perceber que são efetivamente esses deveres específicos os verdadeiros detentores de maior relevância jurídica, sendo a ideia de “função” apenas uma forma de classificação do conjunto do qual eles (os deveres) fazem

<sup>473</sup> Eis novamente a referência feita por Cândido Dinamarco: “Função é, em última análise, serviço (do latim: *fungor, - eris, functus sum, fungi* = cumprir, exercer) e cada uma das funções do Estado é um conjunto de serviços a serem prestados mediante atividades preordenadas a certos objetivos e que costumam ser agrupadas e distinguem-se das demais precisamente em razão dos objetivos perseguidos” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, p. 162).

<sup>474</sup> Salvo se adotarmos a noção de jurisdição por metonímia aqui proposta, conforme será explicado mais à frente.

<sup>475</sup> FAZZALARI, Elio. **Note in tema di diritto e processo**. Milano: dott. A. Giuffrè – Editore, 1957, p. 111.

<sup>476</sup> ROCCO, Ugo. **L'autorità della cosa giudicata e i suoi limiti soggettivi**. I. Roma: Athenaeum, 1917, p. 251.

parte. Logo, a noção aqui criticada acaba perdendo relevância ante a análise de cada caso em específico. Ainda que permaneça sendo útil para fins de classificação e de indicação (de maneira indireta e atécnica) do regime jurídico aplicável, percebe-se uma degradação da sua utilidade como conceito, pois não é da “função” que são emanados determinados poderes ou deveres jurídicos, mas sim de outro(s) instituto(s).

Obviamente que a noção de função pode ter uma maior relevância jurídica se for objeto de uma previsão normativa, como de fato acaba acontecendo no Brasil. No nosso país, não há dúvidas que a Constituição protege a função jurisdicional, por exemplo. Entretanto, mesmo no contexto acima, a proteção constitucional refere-se apenas a um todo, e a identificação especificamente do que é objeto de proteção demanda uma precisão conceitual mais apurada, em cada caso, a somente assim se debater quando que efetivamente haverá ou não poder e/ou dever do magistrado.

Portanto, a ideia de função, no nosso cenário, inevitavelmente exerce um papel de cunho mais classificatório do que dogmático. Aplica-se a lógica explicada por Giovanni Tarello, no sentido de ser possível elencar dois tipos de conceitos jurídicos, um com um viés efetivamente dogmático e outro com uma tendência eminentemente classificatória, o que faz com que esse último não seja utilizado para reflexões normativas diretas<sup>477</sup>. Conforme aqui se entende, a noção de “função”, no direito, exerce de maneira majoritária esse segundo papel, visto que ela se volta a classificar determinada ideia para fins de compreensão, não exercendo propriamente uma finalidade jurídica relevante nas reflexões.

Quando o objetivo é classificar uma decorrência (consequência) da jurisdição, aqui se entende ser coerente se falar em função. Porém, em termos de uma pretensão classificatória que vise a definir um instituto de uma maneira eminentemente jurídica, e com vistas a permitir uma adequada reflexão sobre o tema, parece-nos ser mais adequado um outro caminho.

Em um recente trabalho acadêmico, foi dito por Marcelo Barbi Gonçalves que o conceito mais adequado de jurisdição seria o de “*função de tutela de interesses exercida por um terceiro indiferente no processo*”<sup>478</sup>. Pelos fundamentos aqui expostos, essa definição abrange apenas um aspecto do fenômeno jurisdicional, ignorando alguns elementos importantes.

---

<sup>477</sup> TARELLO, Giovanni. **Il realismo giuridico americano**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1962, p. 70.

<sup>478</sup> GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria Geral da Jurisdição**. Salvador: Editora Juspodivm, 2020, p. 365.

A ideia de função pode se aplicar a diversos ramos, não somente ao do processo jurisdicional. Logo, é plenamente possível conceber funções das mais diversas, o que no mínimo torna necessária uma especificação de que função seria essa.

Ao buscar explicar que função seria, Gonçalves não aponta um elemento que efetivamente individualizaria a jurisdição no Brasil, sequer chegando a indicar uma classificação que sirva para explicar o que seria o fenômeno processual jurisdicional (como consequência da jurisdição, na premissa aqui adotada), isso tendo em vista que a *tutela de interesses exercida por um terceiro indiferente no processo* pode ser plenamente realizada em métodos de resolução de conflitos privados. Na verdade, qualquer método de heterocomposição de problemas pode ser tutelado mediante um terceiro indiferente no processo<sup>479</sup>.

Considerando o entendimento aqui defendido da inadequação do conceito de função para definir o que é a jurisdição, uma saída poderia ser a conceituação desse instituto como um poder<sup>480</sup>, ou, melhor dizendo, um conjunto de poderes. Daí que a função jurisdicional, como uma consequência da jurisdição, seria um resultado desse conjunto de poderes.

Embora tal opção tenha seu relevo, ainda assim ela não nos parece ser a mais adequada no atual cenário brasileiro, especialmente ante o repertório conceitual existente no nosso país.

Em primeiro lugar, o fenômeno jurisdicional não envolve um só poder, mas sim um conjunto de poderes e deveres. Então já se descartaria a rotulação da jurisdição como um poder único, no singular. No mínimo seria necessário compreendê-la como um poder complexo, representando um variado conjunto de poderes e obrigações, algo que já até se adiantou na reflexão anterior.

Em segundo lugar, também conforme já foi visto anteriormente e no parágrafo prévio, a jurisdição não envolve só poderes, mas também deveres. É plenamente possível se falar em deveres jurisdicionais, de modo a se dizer que a jurisdição estabelece limitações ao magistrado, não sendo uma simples força jurídica a seu dispõr<sup>481</sup>.

Em terceiro lugar, à luz de diversos fenômenos processuais existentes, claramente entendidos com não jurisdicionais, atualmente a noção de jurisdição tem grande aptidão de ser

<sup>479</sup> Adotando aqui a ideia de que o conceito de processo não se restringe somente ao âmbito do processo jurisdicional, sendo possível se falar em processos privados, conforme será explicado nesta tese e em sentido similar ao que entende o próprio Gonçalves em GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria Geral da Jurisdição**. Salvador: Editora Juspodivm, 2020, p. 365, p. 445.

<sup>480</sup> Tal como faz Roberto Dromi, ao se referir ao direito argentino, por exemplo, mas sem desconsiderar que a sua explicação traz uma noção também de conjunto de poderes. Sobre o tema, conferir: DROMI, Roberto. **El poder judicial**. 4<sup>a</sup> ed. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1996, p. 19, 25 e ss.

<sup>481</sup> A esse respeito: CEREZZO, Benedito. O poder do juiz: ontem e hoje. **Revista da AJURIS**, ano XXXIII, nº 104, dezembro de 2006, p. 31.

o elemento diferenciador do processo judicial e arbitral dos demais processos, em termos de caráter jurídico. Daí que a simples definição de poder, conjunto de poderes e/ou de deveres também seria insuficiente, pois não reflete tal preocupação classificatória.

Em quarto lugar, a dispersão da ideia de jurisdição em um conjunto de poderes e deveres, assim como a ideia de função, acaba esvaziando a importância jurídica desse fenômeno, pois ele seria um todo e um nada ao mesmo tempo, visto que cada um dos poderes e deveres precisaria ser devidamente identificado no caso concreto, aí sim se falar em uma efetiva exigibilidade. Seria exatamente o problema que o conceito de ação também sofreu, pois ao se tentar alargar conceitualmente um instituto para que ele abarque uma infinidade de situações, há a possibilidade de tal noção perder sua relevância jurídica, visto que se estabelece uma dependência com a análise de outros elementos<sup>482</sup>.

Em quinto lugar, com a sólida difusão de uma perspectiva processual da coisa julgada, ou seja, desvinculada do objeto do julgamento, não é coerente afirmar que o resultado da decisão jurisdicional ostenta um valor normativo distinto, por exemplo, de uma norma jurídica concreta originada de um processo não jurisdicional. Nesse último caso, embora um aprofundamento nas reflexões sobre tal conclusão ultrapassem os objetivos da presente tese, é importante ressaltar que o que garante a autoridade jurídica da decisão jurisdicional, em regra, não é o seu conteúdo, e sim o processo jurisdicional<sup>483</sup>. Portanto, considerando que o que está sendo dito está correto, não haveria, em tese, uma essencialidade propriamente no “dizer o

<sup>482</sup> Nesse cenário, vale destacar que Elio Fazzalari, difusor da ideia de ação como “*situazione soggettiva composita*”, ou em outras palavras, “*l’insieme dei poteri, delle facoltá e dei doveri dell’attore nel processo*”, na qual também se observa “*identico schema*” quanto à parte contrária; equipara a lógica de tal raciocínio à sua perspectiva sobre a jurisdição. Para esse autor, a ação, em sua visão, estrutura-se de maneira semelhante (conforme aqui se interpreta) à função do magistrado. Sobre o tema, especialmente no que diz respeito ao entendimento de que tanto a ação quanto a função jurisdicional classificam conjuntos de posições processuais que, ao serem aglutinados, dão origem a um “*schema più vasto*”, que seria o do processo, conferir: FAZZALARI, Elio. **Note in tema di diritto e processo**. Milano: dott. A. Giuffrè – Editore, 1957, p. 112-113.

<sup>483</sup> Aqui se adota a ideia de que o que faz valer a chamada norma jurídica do caso concreto, em geral, é o procedimento jurisdicional, e não a norma em si. Não há diferença jurídica na interpretação dada pelo judiciário e a interpretação dada por terceiros, se feita mediante os requisitos previstos no ordenamento jurídico. Uma desconstituição originada de um ato jurídico negocial privado ostenta a mesma força que um desconstituição oriunda de uma decisão jurisdicional. De igual forma, a declaração privada e a declaração jurisdicional. Agora, no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, especificamente no que diz respeito à decisão declaratória negativa de constitucionalidade, não há como negar que o conteúdo da decisão jurisdicional tem valor em si mesmo. Inclusive, até mesmo no cenário da decisão que declara a constitucionalidade (e não a inconstitucionalidade) também é possível (ao menos em termos práticos) pensar dessa forma, isso de acordo com a recente decisão do Supremo Tribunal Federal a respeito da coisa julgada no âmbito das relações jurídicas tributárias de trato continuado. Sobre o tema, conferir: NERY, Rodrigo; DUARTE, Rodrigo. STF, coisa julgada, relações jurídicas de trato continuado e anacronismo (?): reflexões críticas sobre o julgamento do RE 955227 (tema 885) e do RE 949297 (tema 881). **Revista de Processo**, vol. 340, p. 127-145, jun, 2023, *passim*. Em sentido contrário a grande parte do que foi afirmado neste rodapé, conferir: OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Coisa julgada e precedente: limites temporais e as relações jurídicas de trato continuado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, *passim*, com síntese conclusiva nas págs. 211 e 212.

direito” do julgador, a se presumir que tal poder seria propriamente a jurisdição, isso tendo em vista que “dizer o direito” é uma prerrogativa amplamente existente fora do fenômeno jurisdicional.

A respeito desse último ponto, em se concordando com a premissa aqui defendida, a recente conceituação proposta por Valentina Bertoldi, Marco Gradi e Giuseppe Ruffini, em 2023, não merece prevalecer. Eis a definição deles:

*l'attività che consente a un ordinamento di realizzarsi attraverso il giudizio di un terzo imparziale, in cui si soggettivizza e si risolve l'ordinamento stesso e che si esplica attraverso atti riferibili all'ordinamento nel suo oggettivo realizzarsi [...]*<sup>484</sup>.

Ao explicarem o porquê de, por exemplo, decisões de um órgão de uma entidade privada não seriam jurisdicionais, os citados autores afirmam que o órgão judicante privado refere-se à entidade privada e não ao ordenamento jurídico propriamente dito. Por essa razão que a jurisdição se daria por atos referíveis ao ordenamento jurídico, esses que serviriam para cumprir o seu objetivo (do ordenamento) de se realizar<sup>485</sup>.

Quanto a tal visão, entende-se aqui que não é possível a sua adoção no direito brasileiro, isso sem debater neste momento uma eventual incompatibilidade dela também em relação ao direito italiano<sup>486</sup>. No nosso contexto, dificilmente será possível falar numa opção do ordenamento de se realizar somente mediante atos jurisdicionais. A jurisdição é uma das formas de realização, mas isso não exclui a possibilidade de satisfação das tutelas demandadas pelo direito material em outras frontes, inclusive mediante julgamentos de entidades privadas.

Da mesma forma, é difícil estabelecer como premissa que um julgamento de uma determinada entidade privada, ou então de um órgão administrativo, nunca poderá ter como parâmetro o ordenamento jurídico. Ainda que se conceba a possibilidade de haver outros interesses tutelados, é possível a fixação de norte fundamental para um julgamento privado o próprio direito brasileiro. Isso, contudo, não fará com que tal julgamento seja em exemplo de jurisdição.

---

<sup>484</sup> BERTOLDI, Valentina; GRADI, Marco; RUFFINI, Giuseppe. **Diritto processuale civile. I. La Giustizia civile.** A cura di Giuseppe Ruffini. Bologna: il Mulino, 2023, p. 25.

<sup>485</sup> BERTOLDI, Valentina; GRADI, Marco; RUFFINI, Giuseppe. **Diritto processuale civile. I. La Giustizia civile.** A cura di Giuseppe Ruffini. Bologna: il Mulino, 2023, p. 26.

<sup>486</sup> A título de exemplo, já se identifica divergência dessa perspectiva em relação ao pensamento de outro italiano, que é Giovanni Verde, tendo em vista que esse último entende que não somente o magistrado atuaria o direito e concretizaria o ordenamento jurídico (VERDE, Giovanni. **Profili del processo civile. 1. Parte generale.** 5<sup>a</sup> ed., aggiornata. Napoli: Jovene Editore, 1999, p. 37).

Por fim, no Brasil também há quem defenda uma noção de jurisdição tão aberta que permite que delegatários de serventias extrajudiciais possam ser considerados como exercentes de uma função juridicional. Um exemplo é a recente tese de doutorado de Renata Cortez Vieira Peixoto, na qual se afirma que a jurisdição seria uma “função essencialmente decisória”, cuja definição seria a seguinte: “função de tutela de direitos, essencialmente decisória, exercida por um terceiro imparcial em conformidade com as garantias processuais constitucionais, comprometida com a segurança jurídica e voltada à pacificação social”<sup>487</sup>.

Além dos delegatários mencionados acima, a definição proposta por Cortez abrange a atuação do que ela comprehende como órgãos jurisdicionais não judiciais, dando como exemplo o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)<sup>488</sup>.

Muitas das observações feitas no presente trabalho servem para fundamentar a nossa discordância da posição resumida acima. O que seria possível de acrescentar a esses apontamentos é o fato de que, além de persistir na ideia de função, a utilização da expressão “essencialmente” restringe de maneira indevida o agir jurisdicional apenas ao âmbito de uma decisão, isso não obstante a própria autora admitir que os atos de andamento do processo seriam jurisdicionais<sup>489</sup>. Logo, por justamente admitir tal possibilidade, não há como dizer que a jurisdição seria essencialmente decisória, ainda mais com foco somente na decisão sobre a controvérsia.

Outro aspecto que pode ser levantado é o seguinte: há jurisdição sem terceiro imparcial? Quando se constata essa imparcialidade do julgador, realmente se cuidaria de um caso em que não haveria jurisdição, ou apenas estaríamos tratando de uma nulidade processual? Em se considerando que após o prazo bienal da rescisória, a decisão proferida por “força de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz” não poderá mais ser rescindida (art. 966, I, do CPC), como que se explicaria academicamente a suposta inexistência de jurisdição nesses casos? Seria possível declarar a inexistência jurídica dessa decisão, por ausência de imparcialidade, mesmo após o prazo da rescisória?

---

<sup>487</sup> PEIXOTO, Renata Cortez Vieira. **Jurisdição nas serventias extrajudiciais e estabilização das decisões notariais e registrais**. Londrina: Thoth, 2025, p. 39. Conferir também, entre outras, Ibidem, p. 133-135.

<sup>488</sup> PEIXOTO, Renata Cortez Vieira. **Jurisdição nas serventias extrajudiciais e estabilização das decisões notariais e registrais**. Londrina: Thoth, 2025, p. 43.

<sup>489</sup> PEIXOTO, Renata Cortez Vieira. **Jurisdição nas serventias extrajudiciais e estabilização das decisões notariais e registrais**. Londrina: Thoth, 2025, p. 38.

Da mesma forma, seria adequado afirmar que a tutela dos direitos seria verdadeiramente uma função que convive harmonicamente com a noção de pacificação social? Será que em todos os casos seria possível tutelar um direito e ainda assim garantir a pacificação social?<sup>490</sup>

Por fim, considerando que, em outra parte do seu trabalho, a própria autora dá a entender que, para sua conceituação de jurisdição, seria necessária a possibilidade de acesso ao judiciário como *ultima ratio*; por que esse elemento não se encontra na definição por ela apresentada? Ademais, por causa dessa constatação, não haveria uma submissão implícita de sua perspectiva de jurisdição à garantia da possibilidade de atuação estatal?

Não obstante a relevante pesquisa, não somente de Cortez, mas também de todos os autores mencionados, o que se entende é que há uma grande zona cinzenta na definição do que é a jurisdição e de quais seriam as suas principais consequências. Daí que surge a necessidade de uma verdadeira ressignificação da definição desse conceito.

### **3.5 Da necessidade de ressignificação**

Fixadas as premissas expostas anteriormente, fica evidente que há espaço para pensar e repensar o fenômeno da jurisdição no Brasil. Longe de ser um tema consolidado, cuida-se de uma questão que pode ser classificada até mesmo como tormentosa, especialmente pela dificuldade de ir de encontro com noções mais clássicas de grandes juristas. Esse, porém, é o papel de uma tese, e aqui, além de ser feita uma proposta de ressignificação, buscar-se-á inserir novas variáveis para a definição de tal conceito, numa expansão que, curiosamente, servirá para especificá-lo em relação aos demais fenômenos jurídicos existentes.

Mais uma vez, para evitar que esse fenômeno perca definitivamente sua relevância jurídica, busca-se a ressignificação de seus contornos, a dar origem a um conceito que se sustente, isso não obstante efetivamente haver a inserção de variáveis inéditas, ao menos pelo que é do conhecimento do autor desta tese.

---

<sup>490</sup> A situação de tutela dos direitos no Brasil não é algo simples. Analisando o contexto de flagrante obstrução do Poder Judiciário em relação a variadas questões sociais, Marcelo Neves destaca que, infelizmente, a não obstrução do nosso sistema jurisdicional, sem um aprimoramento em outros campos, provocaria “efeitos ‘disfuncionais’ no ambiente”, o que geraria uma “mudança social radical e estimularia a generalização de conflitos”. Por isso esse autor afirma que aumentar o acesso ao judiciário contribuiria apenas de maneira limitada para a resolução da situação brasileira, visto que “O problema reside na relação inadequada de dependência/independência entre sistema jurídico e sistemas sociais de seu ambiente em uma sociedade caracterizada por enorme diferença entre os estratos sociais (relações dos sobreintegrados e subintegrados com os sistemas sociais modernos) (...). Para essa transcrição e as demais citações do parágrafo no qual este rodapé está inserido, conferir: NEVES, Marcelo. **Constituição e direito na modernidade periférica**: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro. Trad. Antônio Luz Costa. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2018, p. 244-246.

Obviamente que todas as ideias colacionadas neste trabalho não têm a pretensão de esgotar o debate, configurando-se apenas como propostas de reflexão para uma concepção mais palatável do que seria ou não jurisdição, à luz das diversas contribuições teóricas que até o presente momento foram citadas, bem como também com base nas que ainda serão.

Inclusive, já se adianta que, ante a relevância sociológica de se conceber a arbitragem como jurisdição, à luz de uma possível coerência teórica oriunda dessa forma de entender esse instituto, não será adotada uma posição que exclua essa espécie de processo. Considerando a aparente difusão e a evolução da forma de se conceber o agir jurisdicional, as reflexões que serão feitas considerarão a arbitragem como elemento de relevo para a delinearção dos conceitos que serão defendidos.

## 4 UM NOVO CAMINHO: A JURISDIÇÃO COMO NORMA, O FENÔMENO JURISDICIONAL E A IDEIA DE “AGIR JURISDICIONAL”

Embora a ação não seja mais um conceito adequado para descrever o complexo fenômeno de acesso e obtenção da tutela jurisdicional, a ideia de jurisdição, à luz da delinearão que será proposta nesta tese, exerce essa finalidade.

Contudo, tal como já foi dito na introdução, a noção de jurisdição que será defendida neste trabalho não se confunde com as noções clássicas existentes<sup>491</sup>. Se antes se cuidava de um instituto restrito à explicação da atividade do magistrado, passando posteriormente a justificar a vida do processo<sup>492</sup>, a posição que será adotada é a de ressignificação dessa noção, de modo a fazer surgir também uma nova forma de compreender não só esse conceito, mas também outras categorias que dialogam com temas importantíssimos para o direito processual civil.

### **4.1 Do “direito de ação” ao “direito à jurisdição” e à “jurisdição como norma jurídica”: uma explicação mais adequada ao direito/poder/garantia de acesso ao judiciário**

#### 4.1.1 Observações introdutórias

Partindo da premissa de que a demonstração acerca da insuficiência das noções de ação e de jurisdição (em todas as percepções atuais investigadas nesta tese) foi exitosa, na presente parte serão estabelecidos conceitos que seriam mais adequados à complexa realidade do processo civil nacional, a justificar a superação e a ressignificação aqui propostas.

Obviamente que, não obstante o elemento central de todas as reflexões feitas a seguir ser a noção de jurisdição, que exercerá, de certa forma, parte do próprio papel que ao conceito de ação (em grande parte de suas significações) é comumente atribuído, inevitavelmente também será abordado um conjunto de outros elementos que com a ação se relacionariam. Para manter uma necessária coerência nas ideias defendidas, uma proposta de definição de um

<sup>491</sup> Conforme adiantado já anteriormente, para uma investigação de uma grande quantidade de perspectivas existentes, vale a pena consultar o inventário realizado por Marco Tullio Zanzucchi em: ZANZUCCHI, Maro Tullio. **Diritto processuale civile**. I. Introduzione e parte generale. 6<sup>a</sup> ed. aggiornata. Milano: Giufrè Editore, 1964, p. 6-12. No Brasil: GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria Geral da Jurisdição**. Salvador: Editora Juspodivm, 2020, p. 31-90.

<sup>492</sup> Conforme aponta Jordi Nieva-Fenoll, em reflexão aplicável ao contexto brasileiro, o conceito de jurisdição “explica toda la actividad jurisdiccional, incluyendo la competencia judicial y el juicio jurisdiccional, así como todo lo que contribuye a formarlo - estudio de la prueba y la sentencia-, a discutirlo -los recursos-, a prevenirlo - las medidas cautelares- y a materializarlo -la ejecución” (NIEVA-FENOLL, Jordi. Imprecisiones privatistas de la ciencia jurisdiccional. **Revista de Processo**. vol. 220/2013, p. 113-156, junho de 2013, p. 6).

substituto para uma categoria como a da ação não poderá deixar também de dialogar com os demais temas que com ela se entrelaçam, sob pena de tornar inviável a inserção de uma nova forma de compreender o assunto.

Tal como ocorre com um desenho ou esboço de quebra-cabeças, se uma peça for modificada, outras peças também deverão mudar, especialmente se a primeira a ser alterada exercer uma grande função na aglutinação de todas as outras. Por certo que não se proporá uma revolução de todos os conceitos do direito processual, e muito menos se partirá do zero a respeito de determinado instituto. O que se fará é a mesma operação teórica que é realizada, ainda que implicitamente, e em alguns casos inconscientemente, por todo estudioso do direito processual, e até mesmo do direito.

Mediante a adoção de variadas concepções a respeito de diversos institutos, algumas por ressignificação, outras por aproveitamento de partes de outras teorias, será exposto um “quadro” com a aglutinação de todos os elementos que compõem a forma que o autor desta tese comprehende o fenômeno processual de maneira geral.

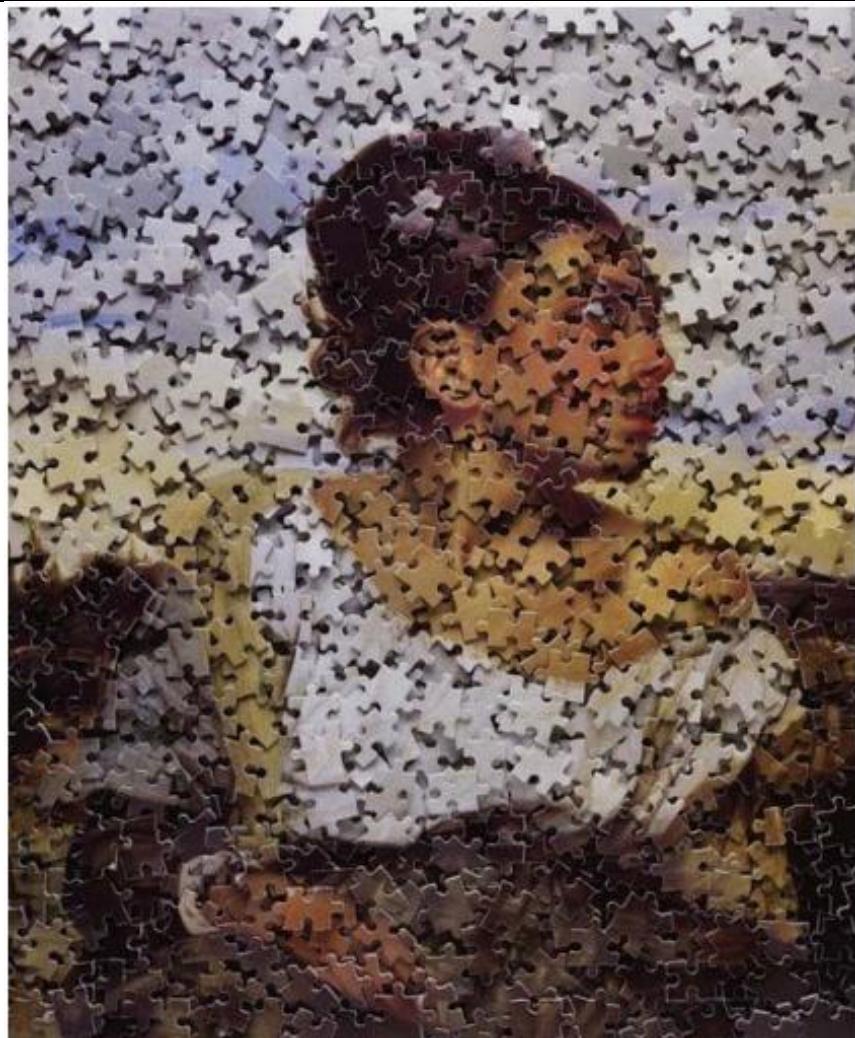
Se houver alguém que efetivamente acredite que a reflexão aqui proposta funciona como se fosse uma ciência exata, encaixando as peças perfeitamente numa estrutura lógica e sem falhas, essa pessoa estará enganada. No direito, a elaboração teórica funciona por meio da reunião de variadas concepções, dos mais diversos temas, originadas das visões de inúmeros autores, muitas delas obtidas de outras teorias com pressupostos completamente diferentes<sup>493</sup>. Isso, portanto, gera um quadro semelhante ao que foi feito por Vik Muniz, no qual são juntadas várias imagens distintas em um único local, e elas, mesmo sendo diversas, conjuntamente dão origem a uma outra figura “maior”, conforme se observa na pintura abaixo, extraída do escrito de Henrique Araújo Costa, que realiza essa reflexão<sup>494</sup>.

---

<sup>493</sup> Vale lembrar aqui a fala de Giovanni Pugliese, no sentido de que a multiplicidade de significados acaba sendo um fenômeno muito comum a vários institutos e conceitos fundamentais para a prática e para a ciência, isso ao referir-se sobre a *actio* no direito romano (PUGLIESE, Giovanni. **Actio e diritto subiettivo**. Milano: Giuffrè Editore, 1939, p. 5-6).

<sup>494</sup> COSTA, Henrique Araújo. **Puzzles: uma alegoria jurídica (rumo à teoria pragmática do processo)**. 2009. Não publicado. Cedido pelo autor para fins desta pesquisa, p. 1 e *passim*. Posteriormente este texto foi publicado sem a referida imagem em: COSTA, Henrique Araújo. **Puzzles: uma alegoria jurídica (ou semiologia aplicada ao processo)**. NERY, Rodrigo (coord). **Olhares críticos sobre o processo e temas afins: ensaios e reflexões**. Londrina: Thoth, 2025.

Figura 1 - Obra de Vik Muniz da coleção “Gordian Puzzles”, do ano de 2008



Fonte: A imagem foi retirada do artigo acadêmico de Henrique Araújo Costa, intitulado “Puzzles: uma alegoria jurídica (rumo à teoria pragmática do processo)”, não publicado na época, mas cedido pelo autor para esta tese. Atualmente esse trabalho foi publicado, mas sem a imagem acima. Está disponível em COSTA, Henrique Araújo. **Puzzles: uma alegoria jurídica (ou semiologia aplicada ao processo).** NERY, Rodrigo (coord). **Olhares críticos sobre o processo e temas afins: ensaios e reflexões.** Londrina: Thoth, 2025.

Portanto, considerando a proposta de justificar uma melhor forma de compreender o fenômeno do acesso e exercício da jurisdição no Brasil, a seguir serão fixados todos os conceitos que fazem parte da estrutura que, para esta tese, melhor se adequaria ao cenário atual.

#### 4.1.2 A jurisdição deve ser vista como uma norma jurídica (princípio jurídico)

Começa-se com a definição aqui proposta do conceito de jurisdição: a de norma jurídica.

#### 4.1.2.1 Delineamento conceitual preliminar

Numa perspectiva jurídica, o conceito de jurisdição no contexto brasileiro e à luz das premissas desta tese deve ser entendido como correspondente a uma norma jurídica<sup>495</sup>. Nesse

---

<sup>495</sup> Há uma grande dificuldade (ao menos em relação aos conceitos elementares do direito) em se definir o que efetivamente é uma norma jurídica. Um curioso exemplo disso é a clássica manifestação de Gerog Henrik von Wright a respeito do problema de se pensar numa teoria geral das normas, visto que, nas suas palavras, “*the field of meaning of ‘norms’ is not only heterogeneous but also has vague boundaries*”, o que faria ser até mesmo fútil tal empreitada acadêmica (WRIGHT, Georg Henrik. **Norm and action: a logical enquiry**. New York: Humanities Press, 1963, p. 1). Embora a investigação a respeito desse tema extrapole o âmbito da presente pesquisa, ao menos alguns indicativos dos pontos de inspiração para as afirmações desta tese merecem explicaçāo. Segundo Niklas Luhmann, por exemplo, as normas são “expectativas de comportamento estabilizadas em termos contrafáticos”, tendo sua vigência como um fenômeno experimentado e institucionalizado, “independentemente da satisfação fática ou não da norma”. Logo, a norma reside no âmbito do dever ser, ou seja, quando for desrespeitada, não é natural o seu abandono. A característica marcante dessa norma é a “incondicionabilidade da sua vigência”, diferentemente do que se opera com as expectativas cognitivas, que se caracterizam por uma “nem sempre consciente disposição de assimilação em termos de aprendizado”. Em outras palavras, “as expectativas normativas [...] caracterizam-se pela determinação em não assimilar os desapontamentos” (Para tudo o que foi dito: LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 56-57).

Um outro ponto que necessita de esclarecimento é o fato de que a definição de norma jurídica é algo muito mais complexo do que uma simples classificação desse fenômeno como um sentido dado a um texto legal. Texto e sentido são duas realidades que não estão absolutamente dissociadas. Sobre o tema, conferir: NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2013, p. 126-127. Agora, outro aspecto igualmente relevante é a plena possibilidade de existirem normas sem necessariamente haver textos por trás. O que é necessário, portanto, entre outros pontos, é uma mínima base prescritiva, isso num sentido amplo, sem desconsiderar-se aqui, é claro, todas as reflexões feitas pelo já citado Gerog Henrik Wright a respeito da noção de *prescriptive*, conforme se observa em WRIGHT, Georg Henrik. **Norm and action: a logical enquiry**. New York: Humanities Press, 1963, p. 3.

sentido, deve ser compreendido especificamente como um princípio jurídico<sup>496-497</sup> constitucional<sup>498</sup> *sui generis*<sup>499</sup>: o “princípio da jurisdição”, que se densifica<sup>500</sup> em diversas

<sup>496</sup> O debate acerca do que seriam princípios jurídicos no direito brasileiro é um dos mais refinados e complexos da nossa doutrina. Segundo Humberto Ávila, os princípios são “normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação de correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção”. Ou seja: para o autor, a natureza imediatamente finalística, no sentido de se estabelecer um fim a ser atendido. Busca-se, portanto, um “estado de coisas” ideal, ou, “inversamente, instituem o dever de efetivação de um estado de coisas pela adoção de comportamentos a ele necessários”(ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios:** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4<sup>a</sup> ed., revista, 3<sup>a</sup> tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 71-72). De acordo com Virgílio Afonso da Silva, por sua vez, os princípios se caracterizam como garantidores de direito (ou expoentes de deveres) “*prima facie*”, o que nos faz concluir que nem sempre é possível realizar tudo aquilo que a norma eventualmente exija. Na verdade, a situação é até a oposta, pois, “essa realização é apenas parcial”. Nesse sentido, Silva, ao expor sua visão sobre princípios, menciona a doutrina de Robert Alexy, na qual esse fenômeno corresponde à noção de “mandamentos de otimização”, lembrando que, para esse último (Alexy), conforme nos relata Silva, “princípios são normas que exigem que algo seja realizado na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes”. Em vista disso, ainda de acordo com o que aponta Silva, “ao contrário do que ocorre com as regras, os princípios podem ser realizados em diversos graus, não obstante o objetivo seja, de fato, a realização máxima” (SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais:** conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2<sup>a</sup> edição. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 45-46). Marcelo Neves, por fim, defende que o que caracteriza os princípios é a constatação de que eles contam “apenas com uma hipótese normativa ampla”. Nesse sentido, “Só no desenvolvimento do processo concretizador delimita-se, à luz da regra, a hipótese normativa, possibilitando a transformação do suporte fático (concreto) em fato jurídico irradiador de efeitos jurídicos concretos”. Trata-se, portanto, para esse autor, de uma norma com estrutura ‘proposicional’ flexível no estabelecimento do vínculo entre antecedente e consequente normativo e, portanto, sempre incompleta para fins de subsunção do fato à norma” (NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules:** princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013).

Por mais que possa haver marcantes divergências entre os três autores brasileiros citados acima, aprofundar e delinejar as razões de cada um se configura como uma empreitada que ultrapassa os objetivos estabelecidos para a presente tese. Entretanto, de modo a evitar imprecisões, adotar-se-á, dentro do possível, uma noção de princípios marcada pela ideia defendida por Marcelo Neves, ao menos no âmbito conceitual, tendo em vista que não há como desconsiderar a presença nesta tese de noções oriundas das reflexões feitas pelos demais juristas aqui citados neste rodapé, sem óbice de outros.

A escolha de adoção “conceitual” de uma noção próxima à defendida por Marcelo Neves se justifica pelas críticas que esse autor direcionou às concepções de Ávila e de Silva, muitas delas que merecem reflexão. Sobre o tema, conferir: NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules:** princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, *passim*. Virgílio Afonso da Silva, após a obra de Neves, rebateu as críticas, mediante texto que deu início a uma discussão acadêmica entre ambos (SILVA, Virgílio Afonso da. O Supremo Tribunal Federal precisa de Iolau: resposta às objeções de Marcelo Neves ao sopesamento e à otimização. **Revista de Direito da Universidade de Brasília**, vol. 2, n. 01, jan/abr, p. 96-118, 2016; e NEVES, Marcelo. O profeta, os discípulos e o “enviado”: comentários a Virgílio Afonso da Silva. **Revista de Estudos Institucionais**, v. 5, n. 1, p. 269-316, jan/abr. 2019, *passim*).

<sup>497</sup> A discussão sobre se a jurisdição se inseriria no rol de direitos fundamentais acaba sendo estérea no presente caso, considerando-se a posição aqui defendida de que não há como esse conceito ter uma força normativa “inferior” ou “menor” do que a de um direito fundamental (para uma análise das diversas teorias a respeito dos direitos fundamentais, conferir: SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1<sup>a</sup> ed., 3<sup>a</sup> tiragem. Malheiros: São Paulo, 2011, p. 38-170). Feito esse esclarecimento, não há como negar que, independentemente de ser classificado como fundamental ou não, a jurisdição deve ser entendida como um princípio jurídico. Uma reflexão teórica que pode servir de ponto de partida para o que aqui está sendo dito, não obstante ser aplicada, nesse caso, especificamente aos direitos fundamentais, é a de Virgílio Afonso da Silva (SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1<sup>a</sup> ed., 3<sup>a</sup> tiragem. Malheiros: São Paulo, 2011, p. 146). Embora haja uma grande dificuldade de conceber uma norma como um direito (antes da incidência), ao menos em termos de fonte jurídica o aludido autor tem efetivamente razão, e essa mesma lógica deve ser aplicada à ideia de jurisdição, vista no seu aspecto normativo. Inclusive, em outra obra há a devida distinção feita pelo próprio Silva, entre suporte fático e o próprio direito em si. Segundo destaca, o suporte fático da norma que dá origem a direito fundamental

outras normas jurídicas (princípios e regras, implícitos e/ou expressos) que, por sua vez, dão origem a todas as condições para a concretização<sup>501</sup> dos fins que são possíveis extrair de uma interpretação da norma jurisdição.

É necessário conceber que há, no direito brasileiro, uma norma jurisdição que estabelece uma série de fins. Trata-se de um princípio *sui generis* com múltiplas finalidades<sup>502</sup>, embora seja possível eleger uma delas como a principal (ou mais evidente), da qual derivaria todas as outras.

---

tem estrutura de princípio (SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 139).

<sup>498</sup> Sem adentrar aqui na sua concepção específica de jurisdição, vale destacar o seguinte trecho de Cassio Scarpinella Bueno, no sentido de que “O plano *constitucional* delimita e molda o *modo de ser* de todo o direito processual civil e cada um de seus temas e institutos”. E ainda completa o referido autor: “É a Constituição que a um só tempo limita a criatividade do legislador e impõe a ele a implementação de determinadas estruturas para viabilizar o que o modelo constitucional estabelece”. Para tudo: BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil – parte geral do código de processo civil. v. 01. 13. Ed. Epub. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 209.

<sup>499</sup> Ainda que dentro das mais variadas teorias existentes a respeito dos princípios, aqui se entende que não há como adotar exclusivamente uma única noção para explicar completamente o que seria a jurisdição na presente tese (sem óbice, é claro, da preponderância de determinadas noções teóricas). Conforme aponta Jorge L. Rodriguez e, ademais, tal como já se percebe dos rodapés anteriores deste trabalho, há posições das mais variadas a respeito dos princípios, bem como também tal conceito adquiriu significações distintas ao longo da história jurídica (sobre essas significações, conferir: RODRÍGUEZ, Jorge L. **Lógica de los sistemas jurídicos**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2022, p. 336-337). Por isso, aqui se entende ser adequado estabelecer que a norma jurisdição, tal como vista nesta tese, tem natureza *sui generis*, aproximando-se, contudo, do tipo ideal de princípio (a respeito da noção de tipos ideais aqui adotada: NEVES, Marcelo. O profeta, os discípulos e o “enviado”: comentários a Virgílio Afonso da Silva. **Revista de Estudos Institucionais**, v. 5, n. 1, p. 269-316, jan/abr. 2019, p. 287).

<sup>500</sup> Sobre o tema da densificação dos princípios em outras normas, consultar: CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. **Os Direitos Fundamentais e a (In) Certeza do Direito. A produtividade das Tensões Principiológicas e a Superação do Sistema de Regras**. 2ª ed. revista e atualizada. Belo Horizonte: Forum, 2020, p. 42-45.

<sup>501</sup> Concretização, segundo Paulo Bonavides, no contexto recente, configura-se pela constatação de que, em face “preceitos normativos vazados em fórmulas amplas, vagas e maleáveis”, o intérprete deve estabelecer uma interpretação pautada em “uma certa diligência criativa, complementar e aditiva para lograr a completude e fazer a integração da norma na esfera da eficácia e juridicidade do próprio ordenamento” (para tudo: BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 544).

<sup>502</sup> Nesse sentido, pode-se dizer que há uma multifuncionalidade em linha semelhante à afirmada por J. J. Gomes Canotilho em relação aos direitos fundamentais (CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1402). Essa premissa é aplicável à ideia de jurisdição aqui defendida.

De tal modo, objetiva-se, com esse princípio, o estabelecimento de um estado de coisas<sup>503</sup>, ao menos em termos ideais<sup>504</sup>, mas sem desconsiderar as limitações oriundas das colisões com outros princípios e regras<sup>505</sup>. Esse estado de coisas depende necessariamente de diversos fatores, especialmente os de natureza política, social, estrutural e cultural<sup>506</sup> de cada país.

A noção de jurisdição, como conceito jurídico, classifica um fenômeno. No direito brasileiro, entende-se que ainda é possível classificar de forma minimamente precisa determinadas constatações como elementos ou consequências da jurisdição.

#### 4.1.2.2 Antes de qualquer outro ponto: das razões que justificam a posição aqui adotada

No atual contexto doutrinário brasileiro, não se tem conhecimento de nenhuma tentativa moderna de conceituar a jurisdição sob um ponto de vista normativo. Historicamente, sem ignorar a grande imprecisão até mesmo em suas origens<sup>507</sup>, a sua classificação costuma ser feita

<sup>503</sup> Embora não seja um elemento essencial para a caracterização de uma norma como princípio, ao menos à luz da perspectiva aqui adotada (conforme as observações feitas por Marcelo Neves em: NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules:** princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, p. 26-41), percebe-se que, no caso do princípio da jurisdição, há sim o estabelecimento de um estado de coisas, conceito que é bem definido por Humberto Ávila ao versar sobre os fins dos princípios jurídicos: “Eles estabelecem um fim a ser atingido. Como bem define Ota Weinberger, um fim é idéia que exprime uma orientação prática. Elemento constitutivo do fim é a fixação de um *conteúdo* como pretendido. Essa explicação só consegue ser compreendida como referência à função pragmática dos fins: eles representam uma função diretiva (*richtungsgebende Funktion*) para a determinação da conduta. Objeto do fim são conteúdos desejados. Esses, por sua vez, podem ser o alcance de uma situação terminal (viajar até algum lugar), a realização de uma situação ou estado (garantir previsibilidade), a perseguição de uma situação contínua (preservar o bem-estar das pessoas) ou a persecução de um processo demorado (aprender o idioma Alemão). O fim não precisa, necessariamente, representar um ponto final qualquer (*Endsustand*), mas apenas um conteúdo desejado. Daí se dizer que o fim estabelece um estado ideal de coisas a ser atingido, como forma geral para enquadrar os vários conteúdos de um fim. A instituição do fim é ponto de partida para a procura por meios. Os meios podem ser definidos como condições (objetos, situações) que causam a promoção gradual do conteúdo do fim. Por isso a idéia de que os meios e os fins são conceitos correlatos” (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios:** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4<sup>a</sup> ed., revista, 3<sup>a</sup> tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 70-71).

<sup>504</sup> Há inúmeras possibilidades de estados de coisas. Essas possibilidades podem existir e serem compatíveis com o princípio da jurisdição. Nesse caso, tudo depende da conformação histórica do ordenamento jurídico, e da opção política da corte que analisa essa questão.

<sup>505</sup> Nesse sentido, Robert Alexy tem razão ao afirmar que os princípios “são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”, tendo em vista que “O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes” (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** Trad. Virgílio Afonso da Silva. 3. ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2024, p. 90).

<sup>506</sup> Vale lembrar aqui a explicação de Georg Jellinek sobre jurisdição, no sentido de que a compreensão desse conceito tem uma série de peculiaridades que dependem do contexto do sistema jurídico analisado (JELLINEK, Georg. **Teoría general del Estado.** trad. Fernando de los Ríos. México: FCE, 2000, p. 677, especialmente p. 681). Em linha semelhante, pode-se mencionar a visão de Piero Calamandrei em: CALAMANDREI, Piero. *Istituzioni di diritto processuale civile. Opere Giuridiche, volume IV.* 4<sup>a</sup> ed. do original. Roma: Roma trE- Press, 2019, p. 34.

<sup>507</sup> Conforme aponta Barbara Cortese em: CORTESE, Barbara. *Giurisdizione e Iurisdictio.* CORTESE, Barbara; BENIGNI, Rita. **La Giurisdizione. Uma riflessione storico-giuridica.** Roma: RomaTre-Press, 2019, *passim*.

com menção às noções de “função”, “poder” e (ou) “atividade”<sup>508</sup>, conceitos que são insuficientes, isso por representam apenas consequências de algo e, ademais, padecerem de uma série de problemas aqui já expostos, a não classificarem adequadamente o que pretendem.

Daí que a ideia de jurisdição como norma jurídica, acompanhada da concepção de fenômeno jurisdicional como a principal consequência dessa norma, afigura-se ser a mais adequada, evitando uma série de problemas existentes nas tentativas classificatórias até então realizadas.

Em primeiro lugar, estabelece-se um gênero mais próximo, de cunho eminentemente normativo, que é a ideia de norma jurídica. Não há como comparar, em termos de relevância jurídica, a noção de “norma” com as demais utilizadas pela doutrina para classificar a jurisdição (“função”, “atividade” etc.). Norma é uma categoria fundamental do direito, e, em havendo possibilidade de utilização de tal conceito para classificar um determinado fenômeno (conforme aqui se entende que há quanto à jurisdição), é preferível a sua adoção.

Em segundo lugar, a proposta aqui feita traz uma definição a respeito de que norma seria a jurisdição, aplicando perspectivas modernas atinentes aos princípios jurídicos. Essas perspectivas têm ampla relevância no presente caso, considerando que, por meio delas, permite-se obter os mesmos resultados que de maneira implícita se pretendem com a classificação da jurisdição como função, poder ou atividade.

Em terceiro lugar, soluciona-se o problema da ausência de relevância jurídica imediata inerente ao conceito de “função”, “atividade”, ou qualquer noção de conjunto envolvendo partes integrantes, sem sequer ser necessário abolir tais conceitos. É plenamente possível afirmar que há uma função jurisdicional ou uma atividade jurisdicional, essas que seriam classificações a respeito das decorrências da jurisdição como norma jurídica.

Em quarto e último lugar, sem prejuízo de outros pontos abordados mais à frente, conforme já adiantado, a noção aqui proposta atinge a mesma finalidade da que implicitamente se objetiva com a noção de função e demais variações. Sem adentrar nas polêmicas existentes, já explicadas em rodapés expostos neste trabalho, os princípios buscam um estado de coisas<sup>509</sup>,

Para uma aprofundada investigação histórica do conceito de jurisdição, conferir: AGUIAR, Márlia. **A iurisdictio e o ius dicere no pensamento jurídico e institucional romano**. Tese de Doutorado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2020, *passim*.

<sup>508</sup> Utilizando essas três palavras para definir o conceito de jurisdição, inclusive, conferir: NEVES, Celso. **Estrutura fundamental do processo civil: tutela jurídica processual, ação, processo e procedimento**. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 28.

<sup>509</sup> Por todos, ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4<sup>a</sup> ed., revista, 3<sup>a</sup> tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 70-71. É de se destacar que nem sempre é possível efetivamente identificar um estado de coisas objeto do princípio, salvo se for realizado um grande esforço hermenêutico. Sobre o tema, consultar a perspectiva de Marcelo Neves em: NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e**

que, no caso da jurisdição, seria o fenômeno jurisdicional (*rectius*: consequência da jurisdição como norma jurídica), composto por uma inúmera quantidade de posições jurídicas. Logo, o fenômeno jurisdicional é consequência da norma jurídica jurisdição, essa que permite e delimita a ocorrência desse fenômeno. Veja-se que, no âmbito da consequência da jurisdição, é possível a adoção de várias classificações, a sabor do intérprete. Contudo, no âmbito da origem dessa consequência, que é efetivamente onde se configura a jurisdição, não há como escapar da sua conceituação como norma jurídica. E essa ideia de norma jurídica explica (em termos jurídicos) todo o fenômeno jurisdicional em si, a se estabelecer uma forma mais coerente de compreensão acadêmica desse tema.

Ressalta-se que a proposta aqui feita tem compatibilidade até mesmo com as perspectivas mais tradicionais, caso não se concorde com algumas posições que serão trazidas mais à frente neste trabalho. Isso porque a partir do momento em que se identifica a fonte última de todo o fenômeno jurisdicional, e a essa fonte se dá o nome de jurisdição, todo o restante, que se traduz em uma série de posições jurídicas, acaba sendo abarcado no âmbito da consequência da incidência da jurisdição como norma. Logo, todas as noções existentes (de função, atividade, poder etc.) serão abrangidas.

Daí que, além de propiciar uma efetiva individualização do objeto de classificação, pois a ideia de uma norma jurisdição parece-nos ser bem mais adequada a uma devida compreensão e descrição jurídica, torna-se também muito mais coerente a qualificação da consequência da incidência da jurisdição como “jurisdicional”, justamente para ressaltar a sua origem, algo que fica obscuro nas atuais conceituações.

Logo, para a presente perspectiva, não se torna mais tão relevante (como antes era) o conteúdo do instituto dito como jurisdicional. É a sua origem que ganha preponderância nesse momento. A título de exemplo, a função jurisdicional, pela premissa desta tese, passa a ser classificada em razão de se tratar de uma função decorrente da norma jurisdição, e não por ser uma função de “dizer o direito”<sup>510</sup>. Da mesma forma, os poderes e deveres jurisdicionais no processo são assim classificados (como “jurisdicionais”) por serem decorrentes da incidência da jurisdição como norma jurídica, e não por outra razão atinente ao seu conteúdo.

É que, de fato, quando se busca refletir, não há como negar a existência de uma função (sociologicamente falando), de um poder, de uma atividade, assim como de um dever (ou uma

**Hércules:** princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, p. 26-41.

<sup>510</sup> Nesse sentido, concorda-se com as críticas de Barbi Gonçalves à utilização desse conceito para definir a jurisdição. Sobre o tema: GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria Geral da Jurisdição**. Salvador: Editora Juspodivm, 2020 361-363, especialmente p. 362.

série de deveres) no cenário do agir do magistrado. Entretanto, dentro dessa constatação, a pergunta que surge, ao fim, é a respeito de qual seria a origem disso tudo. Em outras palavras: que norma específica estabelece todo esse conjunto de posições jurídicas, classificado como função, atividade etc.

#### 4.1.3 Observações sobre o fenômeno jurisdicional

Considerando que jurisdição deve ser vista como uma norma jurídica, aqui será utilizada a definição “jurisdicional” para denominar as principais consequências dessa norma. Nesse sentido, define-se como jurisdicional o produto decorrente das variadas possibilidades de incidência e derivação normativa do princípio da jurisdição. Logo, tanto as situações jurídicas<sup>511</sup> e demais consequências<sup>512</sup> oriundas da incidência<sup>513</sup> do princípio da jurisdição (desde que pertinentes à sua finalidade) e das normas dele derivadas, quanto essas próprias normas, são definidas como “jurisdicionais”<sup>514</sup>.

<sup>511</sup> Pela nomenclatura defendida por Marcos Bernardes de Mello, seriam situações jurídicas “em sentido lato” (MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico:** plano da eficácia. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 96-98).

<sup>512</sup> Conforme aponta Roberto P. Campos Gouveia Filho, na perspectiva de Marcos Bernardes de Mello a respeito de situação jurídica, o foco se dá na eficácia positiva. Mais especificamente, “seu termo é denotativo de eficácia positiva”. Nesse sentido, situações de desconstituição, frutos de eficácia negativa, não se inseririam nessa circunstância de posições jurídicas, daí por que Gouveia Filho considera que é necessário conceber que, além das situações jurídicas, há outras consequências tão relevantes que são classificadas como efeito jurídico, como é o caso da desconstituição. Um exemplo marcante dado pelo referido autor é o do fato jurídico preclusivo, de grande relevo para o direito processual (GOUVEIA FILHO, Roberto Pinheiro Campos. **Da recorribilidade ao recurso: um caso emblemático do movimento processual.** 2020. 324 f. Tese de Doutorado - Universidade Católica de Pernambuco, Programa de Pós-graduação em Direito. Doutorado em Direito. 2020, p. 51).

<sup>513</sup> Frisa-se que, na presente tese, adota-se a premissa de que só há que se falar em efeitos jurídicos decorrentes de fatos jurídicos. Nas palavras de Roberto P. Campos de Gouveia Filho, “Não há, dessa forma, qualquer efeito jurídico que não se dê pela eficácia de um fato jurídico” (GOUVEIA FILHO, Roberto Pinheiro Campos. **Da recorribilidade ao recurso: um caso emblemático do movimento processual.** 2020. 324 f. Tese de Doutorado - Universidade Católica de Pernambuco, Programa de Pós-graduação em Direito. Doutorado em Direito. 2020, p. 31).

<sup>514</sup> Os seguintes aspectos precisam ser destacados: na perspectiva aqui adotada, jurisdição, como norma, alcança o *status* de princípio fundamental no ordenamento jurídico brasileiro. É por meio dela que se permite a própria garantia de efetividade mínima do nosso ordenamento. Por mais que haja outras formas de exercício de produção normativa e de realização do direito, ainda assim não se torna possível afastar a função que a jurisdição (majoritariamente pelo Poder Judiciário e pelos agentes que nele atuam) tem no nosso sistema. Fixada essa premissa, não há como negar, igualmente, o *status* constitucional da jurisdição, exercendo uma função tal como uma norma que estabelece um direito fundamental (até porque também ela, em sua essência, prevê um direito fundamental complexo, e de conteúdo amplamente eficiente, sem adentrar aqui no debate das teorias a respeito dos direitos fundamentais), de modo a ter aplicabilidade direta. A respeito da aplicabilidade direta dos direitos fundamentais, sem desconsiderar as particularidades de cada autor, conferir: CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7<sup>a</sup> ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1178-1179; e SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito:** os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1<sup>a</sup> ed., 3<sup>a</sup> tiragem. Malheiros: São Paulo, 2011, p. 86-87 e 146-147.

Entretanto, além de se tratar de uma norma de aplicabilidade direta, aqui se entende que é necessário compreender as demais normas processuais jurisdicionais existentes no ordenamento como uma densificação desse princípio, considerando, hoje, a sua essencialidade e sua inquestionável existência dentro da comunidade brasileira de

Portanto, “jurisdicional” é a definição que se dá à consequência jurídica decorrente da incidência do princípio da jurisdição. Essa definição pode ser atribuída a procedimentos, processos (judicial e arbitral, como no caso brasileiro), bem como a atos jurídicos, esses últimos que se configuram como meios para o “agir jurisdicional”, conceito que será explicado a seguir.

#### 4.1.4 As bases para a ideia do “agir jurisdicional”:

A noção de agir jurisdicional aqui defendida é um dos aspectos essenciais da presente tese. Entretanto, antes de ela ser abordada aprofundadamente, algumas premissas são necessárias.

##### 4.1.4.1 A relação entre as noções de jurisdição e processo

Neste trabalho, um pressuposto inicial para compreender a noção de agir jurisdicional é a delinear a relação entre as noções de jurisdição e processo. É o que se explicará nos subcapítulos a seguir.

###### 4.1.4.1.1 Observações introdutórias

Para a presente tese, defende-se que a espécie de “processo”<sup>515</sup> que se define como jurisdicional é aquela que, por interesse do próprio ordenamento jurídico, existe para servir como instrumento para os fins do princípio da jurisdição<sup>516</sup>. No direito brasileiro, esse processo

princípios (sobre o tema, definindo de maneira singular a noção de integridade do direito, especificamente com foco na doutrina de Dworkin, em perspectiva que aqui se entende ser aplicável, conferir: CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. **Os Direitos Fundamentais e a (In) Certeza do Direito. A produtividade das Tensões Principiológicas e a Superação do Sistema de Regras.** 2<sup>a</sup> ed. revista e atualizada. Belo Horizonte: Forum, 2020, p. 42-45). Portanto, embora as normas jurisdicionais possam surgir de fontes normativas distintas, deve-se considerar que tais fontes somente podem produzir normas jurisdicionais em razão da “autorização” (compatibilidade) prévia decorrente do princípio fundamental da jurisdição, a tornar imperioso que se considerem todas as normas, bem como suas fontes, como consequências normativas desse princípio.

Uma indagação que poderia ser feita reside na questão da existência de determinadas posições jurídicas no âmbito do processo, essas que serviriam a outros fins que não os previstos na norma jurisdição. Exemplo: restrições probatórias em razão do princípio constitucional da intimidade, ou, então, vedação de práticas vexatórias contra as partes em razão do princípio da dignidade da pessoa humana. Nesses casos, deve-se entender que o princípio da jurisdição absorve a invasão de outros princípios dentro de seu âmbito de irradiação, a permitir que outros interesses sejam tutelados no âmbito do agir jurisdicional sem que se afete o seu núcleo essencial.

<sup>515</sup> Mais adiante será exposta a concepção de processo aqui adotada.

<sup>516</sup> A ideia de processo como instrumento jurisdicional tem uma forte relação com uma noção publicista do direito processual. Já mediante a doutrina de Franz Klein, por exemplo, passando até os dias atuais, percebe-se a manifestação de uma tendência de enxergar o processo como um elemento servil à jurisdição, essa última se configurando como um instituto distinto do que aqui se concebe. Seguindo o que entendemos ser essa linha, no

pode ser o judicial e o arbitral, ambos se configurando, conforme se verá, como principais (mas não únicas) maneiras de concretização dos fins da jurisdição. Até mesmo em razão de suas origens conceituais, a jurisdição, na perspectiva aqui adotada, desenvolve-se mediante um processo<sup>517</sup>, que passa a diferir de outras espécies de processo por ser, nesse caso, jurisdicional.

Ademais, as situações jurídicas decorrentes da incidência da jurisdição, vista como norma jurídica, existem antes, por meio, entre e após os processos judiciais e arbitrais<sup>518</sup>. Nesse sentido, é possível qualificar fenômenos como jurisdicionais tanto no âmbito dos campos pré-processual, transprocessual e pós-processual, isso, é claro, além do campo da processualidade<sup>519-520</sup>.

âmbito da segunda metade do século passado, conferir: DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, *passim*. Sobre a obra e a influência de Klein, consultar: PICARDI, Nicola. Le riforme processuali e sociali di Franz Klein. **Historia et ius: rivista di storia giuridica dell'età medievale e moderna**. 2, 2012, *passim*.

Os críticos dessa visão da noção de processo relacionada com a jurisdição, especialmente no Brasil, além de manifestarem uma insatisfação com a ideia hipertrofiada desse último instituto, notadamente em razão de um viés publicista e muitas vezes autoritário de algumas variações, atribuem uma forte carga valorativa ao conceito de “processo”, especialmente no que concerne ao aspecto “garantista”. Seria, em síntese, uma compensação em relação ao suposto autoritarismo inerente ao que entendem ser o fenômeno jurisdicional. Segundo essa tendência, é possível indicar os seguintes escritos: SILVA FILHO, Antônio José Carvalho da. **Processo como direito fundamental**: a desconstrução do “processo justo” e a edificação do devido processo legal. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo: 2021, 504p., p. 27 -34, 468, *passim*; RAATZ, Igor; ANCHIETA, Natascha. Uma “teoria do processo” sem processo? A breve história de uma ciência processual servil à jurisdição. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPRO**, ano 25, nº 103, p. 175-192, jul/set, 2015, p. 186-188; e COSTA, Eduardo José da Fonseca. O processo como instituição de garantia. **Conjur**. 16 de novembro de 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-nov-16/eduardo-jose-costa-processo-instituicao-garantia/>. Acesso em: 02 abr. 2024.

Curiosamente, percorrendo um caminho diferente dos autores citados até aqui, também não se pode deixar de mencionar a crítica feita por Mitidiero a respeito do elemento central do direito processual. Segundo esse autor, não é a jurisdição que deve ser o centro da teoria processual, mas sim o processo, considerando que esse último conceito relaciona-se, entre outros pontos, ao “diálogo judiciário” (MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil**: do modelo ao princípio. 3. Ed. em e-book baseada na 5. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. RB-1.1).

<sup>517</sup> Em vista disso, correta está a afirmação de Calmon de Passos (quando aplicada isoladamente no contexto do presente trabalho), no sentido de que “A atividade jurisdicional é tóda a atividade que se dirige para o pronunciamento final. Assim como a atividade legislativa é tóda atividade que se dirige para a formulação da lei, parecendo a quem quer que seja mera extravagância reconhecer-se como atividade administrativa o trabalho de discussão em plenário, ou nas comissões, e todo o processo de formação do ato final específico da atividade – a lei” (PASSOS, José Joaquim Calmon de. **A ação no direito processual civil brasileiro**. Tese apresentada à faculdade de direito da Universidade da Bahia, concorrendo à cátedra de direito judiciário civil (1960). Salvador: 2014, Editora JusPodivm, p. 34).

<sup>518</sup> Essa constatação, à luz da perspectiva aqui adotada, reforçaria ainda mais a defesa feita por Marcelo Barbi Gonçalves no sentido de que seria melhor conceber a disciplina do Direito Processual como “Direito Jurisdicional”. O ponto central aparentemente ignorado por Barbi é justamente o da pré-processualidade e o da pós-processualidade. Ao conceber que só há fenômeno jurisdicional mediante processo, o autor acaba deixando de lado noções que efetivamente têm relação com o direito processual, mas existem em momento anterior e posterior ao do próprio processo (GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria Geral da Jurisdição**. Salvador: Editora Juspodivm, 2020, p. 354 e 445).

<sup>519</sup> Referimo-nos aos campos pré-processual e pós-processual como cenários, respectivamente, anterior e posterior ao surgimento do processo, como fato jurídico.

<sup>520</sup> Em sentido contrário, no sentido de que “inexiste jurisdição fora do processo”, pois, conforme entende, “o processo é o método necessário de exercício da jurisdição” (GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria Geral da Jurisdição**. Salvador: Editora Juspodivm, 2020, p. 445).

#### 4.1.4.1.2 Ainda sobre os aspectos preliminares: o que coordena o processo jurisdicional?

O processo deve se pautar nas exigências do direito material. Essa é uma lição tradicionalmente difundida no Brasil<sup>521</sup>. Além de outros autores estrangeiros, uma das ideias anteriores (mas que fazem parte do caminho que leva) a essa concepção, não obstante ter sido pensada em um outro contexto histórico, é a posição de Elio Fazzalari, no sentido de que o processo civil, nos seus vários tipos, é sempre “*coordinato al diritto sostanziale*”<sup>522</sup>. Ao compulsar a base teórica que esse próprio jurista estabelece em sua obra *Note in tema di diritto e processo*, será possível perceber um repertório ferramental conceitual que não considera (até porque se tratava, como dito, de outro momento histórico) perspectivas constitucionais, ou então uma noção materialmente constitucional de jurisdição ou de direito à tutela jurisdicional. Em verdade, o norte teórico fazzalariano bebe confessadamente de fontes do direito privado<sup>523</sup>.

É por essa razão que aqui se propõe uma mudança de paradigma, ainda que inspirada na premissa que pode ser entendida como a essência do pensamento do aludido autor. O processo não se coordena, por razões de vínculo jurídico, com direito material alegado em juízo. O único elemento ao qual o processo (jurisdicional) é coordenado ontologicamente é a jurisdição, como norma jurídica. A jurisdição é a orientação do processo jurisdicional, e mediante a aferição dos seus fins, como norma jurídica, é possível estabelecer os seus contornos.

No entanto, as perguntas que imediatamente surgem são as seguintes: por que seria melhor, no contexto atual, pensar dessa forma? E qual seria a diferença dessa proposta em relação à ideia defendida por Fazzalari, de um processo civil que sempre seria “*coordinato al diritto sostanziale*”<sup>524</sup>?

Em primeiro lugar, ao se conceber o processo como um elemento coordenado ontologicamente com o direito substancial, ter-se-á uma certa dificuldade teórica de explicar as restrições processuais à própria tutela desse direito. Há uma série de restrições no nosso sistema

<sup>521</sup> Por todos, destacando inclusive que não basta que o processo atenda às expectativas do direito material, mas que também dê ao magistrado e às partes “o poder de utilizar as técnicas processuais necessárias para atender às particularidades do caso concreto”, conferir: MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil, volume 1: teoria geral do processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 419.

<sup>522</sup> FAZZALARI, Elio. **Note in tema di diritto e processo**. Milano: dott. A. Giuffrè – Editore, 1957, p. 151.

<sup>523</sup> FAZZALARI, Elio. **Note in tema di diritto e processo**. Milano: dott. A. Giuffrè – Editore, 1957, p. 95-96.

<sup>524</sup> WINDSCHEID, Bernhard. La “actio” del derecho civil romano, desde el punto de vista del derecho actual. WINDSCHEID, Bernhard; MÜTHER, Theodor. **Polemica sobre la “actio”**. Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974, p. 14.

que servem para frear a máquina processual. São as restrições decorrentes dos diversos valores paralelos que compõem o escopo finalístico da norma jurisdição, a proteger, por exemplo, a intimidade, a dignidade da pessoa humana, a publicidade etc.<sup>525</sup> O direito material violado se preocupa com isso? Evidentemente que não. O instituto voltado a estabelecer tal proteção é a jurisdição, isso na perspectiva aqui defendida.

Em segundo lugar, na própria visão fazzalariana é possível perceber como fonte de poderes processuais o próprio direito material. Sua explicação da legitimidade, por exemplo, relaciona tal instituto ao direito material<sup>526</sup>. Grandes defensores das condições da ação também refletem sobre a relação entre tais elementos e o direito material. Cândido Rangel Dinamarco, por exemplo, pontua que essas condições servem de ponto de contato entre as duas realidades, a do processo e a dos direitos<sup>527</sup>.

Retornando à noção fazzalariana, a legitimidade, que tem sua origem no direito material, seria a titularidade de poderes, faculdades e deveres processuais do postulante jurisdicional<sup>528</sup>. Essa visão tenta justificar a conexão entre os dois mundos, do processo e da *situazione sostanziale*, possivelmente refletindo toda a tendência de seu tempo de compreender o direito, especialmente ante a efervescência de variadas interpretações em seu momento histórico. É

<sup>525</sup> Após uma interessante conversa sobre alguns juristas que já escreveram a respeito da relação entre verdade e o processo civil, o autor desta tese recebeu uma mensagem via correio eletrônico da jurista Maria Eduarda Andrade e Silva, na qual são mencionados como limites epistêmicos no âmbito do direito processual, “por exemplo, as regras do sistema probatório, que admitem presunções legais e confissões fictas; dispensa de provas quanto a fatos notórios; discussões sobre provas lícitas ou ilícitas (provas ilícitas, mesmo que provem fatos, podem não ser admitidas); a admissão de máximas de experiência; a utilização da regra de distribuição do encargo probatório como regra de julgamento (o autor, mesmo alegando fatos reais, pode ter uma sentença de improcedência do pedido em razão da falta de provas); restrições quanto ao tempo de produção de provas (o limite é a fase postulatória – para as provas documentais – e instrutória – para as demais, de regra, salvo artigo 435); limitações de número de testemunhas; limitações legais quanto ao cabimento de rescisória relacionada a matéria probatória” (ANDRADE E SILVA, Maria Eduarda. **As limitações da verdade no processo** [mensagem pessoal]. Mensagem recebida por: mmariaeduarda5000@gmail.com . Em 08 maio 2021). Para se ter uma noção da perspectiva dessa autora, num viés de cunho filosófico, conferir: SILVA, Maria Eduarda Andrade e. COSTA NETO, João. As legitimações do silogismo lógico-dedutivo e do recurso à subsunção na argumentação jurídica. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho – PR, Brasil, n. 38, 2002, p. 453-474.

<sup>526</sup> FAZZALARI, Elio. **Note in tema di diritto e processo**. Milano: dott. A. Giuffrè – Editore, 1957, p. 151. Convém destacar que não está tão clara a posição desse autor, considerando que ele também afirma uma certa lógica de asserção na análise do processo de conhecimento (FAZZALARI, Elio. La dottrina processualistica italiana: dall’<< azione >> al << processo>> (1864-1994). **Rivista di diritto processuale**. Anno XLIX (Seconda Serie). N. 4, ottobre-Dicembre, Milano: CEDAM, 1994, p. 923). Da mesma forma, Angelo Danilo de Sandis aponta uma certa variação de entendimentos na perspectiva fazzalariana. Sobre o tema, conferir: SANTIS, Angelo Danilo de. **La tutela giurisdizionale collettiva. Contributo allo studio della legittimazione ad agire e delle tecniche inibitorie e risarcitorie**. Napoli: Jovene Editore, 2013, p. 57.

<sup>527</sup> O aludido autor, em obra mais recente, afirma que a legitimidade e o interesse de agir seriam “faixas de estrangulamento entre o direito processual e substancial”. Não obstante isso, esse mesmo jurista também pontua que ambas se situam no direito processual, mesmo quando logo em seguida é também dito por ele que “é quase exclusivamente no direito material que se vão buscar elementos para aferir se elas estão presentes ou não”(DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil. Volume II**. Com participação de Daniel Menegassi Zottarelli. 9ª ed. Revista e atualizada, 2023, p. 353-354).

<sup>528</sup> FAZZALARI, Elio. **Note in tema di diritto e processo**. Milano: dott. A. Giuffrè – Editore, 1957, p. 134.

uma tendência que explica exatamente o que foi dito recentemente por Bruno Sassani, no sentido de que os estudos da ação corresponderiam ao trabalho da ciência jurídica debater a si mesma<sup>529</sup>.

Todavia, essa coordenação, como dito, se na época de Fazzalari poderia fazer sentido, hoje acaba sendo incoerente quando se adota uma perspectiva constitucional com base num repertório teórico moderno.

Logo, ainda que indiretamente o resultado seja semelhante, que é o de se entender que o processo acaba refletindo as necessidades do direito material, o norte, considerando a coexistência de diversos valores tutelados pela norma jurisdição, é o de se compreender que essa norma é que ostenta o caráter de verdadeira fonte de coordenação do processo jurisdicional.

E por ser a fonte de coordenação, a jurisdição acaba cumprindo a função que o direito material exercia na noção de autores que seguem a linha fazzalariana<sup>530</sup>. A legitimidade, caso seja vista como “titolarità dei poteri, delle facoltà e dei doveri processuali, cioè della situazione soggettiva composita costituita dall’insieme di tale posizioni semplici”<sup>531</sup>, deve ter a sua origem na norma jurisdição, e não na situação de direito material prévia ao processo.

Portanto, em se entendendo que a legitimação processual, como titularidade de poderes, origina-se da jurisdição, não há como negar que esses poderes são de índole jurisdicional. Como consequências da incidência da norma jurisdição, são legítimos poderes que se materializam em um cenário complexo, não dependendo da existência de um processo jurisdicional. Sobre esse último ponto, o subcapítulo a seguir trará mais explicações.

Agora, tudo o que foi dito, não significa que a jurisdição ou o processo ignorem as demandas do direito material. Muito pelo contrário.

---

<sup>529</sup> SASSANI, Bruno. Certeze e scetticismo. Il processualista naïf e la lezione di Riccardo Orestano. **Judicium. Il processo civile in Italia e in Europa**. Pacini Giuridica. Disponível em: <https://www.judicium.it/certeze-e-scetticismo-il-processualista-naif-e-la-lezione-di-riccardo-orestano/>. Acesso em: 30 ago. 2024. O autor faz referência, com essa afirmação, ao clássico estudo de Orestano sobre o tema, referenciado várias vezes no presente trabalho.

<sup>530</sup> O próprio Fazzalari, desta vez nos anos 1990, reforça seu entendimento no sentido de que o processo não é voltado propriamente se coordenar com a ação, mas sim com o direito material. Ainda que construa uma perspectiva pautada parcialmente na ideia de asserção no âmbito da fase de conhecimento, é possível perceber, quanto à legitimidade, uma relação com o direito material, especialmente no âmbito da legitimação passiva. Ademais, no contexto do processo de execução, esse mesmo jurista entende tratar-se de um procedimento efetivamente concreto (em termos de relação com o direito material). Sobre o tema: FAZZALARI, Elio. La dottrina processualistica italiana: dall’<< azione >> al << processo>> (1864-1994). **Rivista di diritto processuale**. Anno XLIX (Seconda Serie). N. 4, ottobre-Dicembre, Milano: CEDAM, 1994, p. 1923-1924. A respeito da perspectiva de Fazzalari em relação à legitimidade, conferir também: FAZZALARI, Elio. **Note in tema di diritto e processo**. Milano: dott. A. Giuffrè – Editore, 1957, p. 136.

<sup>531</sup> FAZZALARI, Elio. **Note in tema di diritto e processo**. Milano: dott. A. Giuffrè – Editore, 1957, p. 134.

Ainda que sem vínculo necessariamente ontológico, a jurisdição considera também as demandas das situações substanciais<sup>532</sup>. A única questão é que essa consideração se dá, em sua maior parte, abstratamente, num esquema de antecipação, visto que, considerando a contraposição de afirmações existentes num processo jurisdicional, é salutar entender ser possível inexistir o direito material alegado em juízo por uma das partes. Em verdade, havendo sentença de acolhimento de um pedido (ativo ou defensivo), essa é a consequência natural. Alguém, em geral, sairá perdendo.

#### 4.1.4.1.3 A jurisdição no campo da pré-processualidade

Cumprindo a promessa feita no subcapítulo anterior, tratar-se-á agora da plena possibilidade do exercício de poderes jurisdicionais antes do processo.

Para esta tese, é possível falar em jurisdição no campo pré-processual e, por conseguinte, em agir jurisdicional também na pré-processualidade. Isso fica claro quando se observa a possibilidade de as partes realizarem diversos atos jurídicos que influenciam ou podem influenciar o futuro processo.

É mais do que consolidado o fato de que os sujeitos jurisdicionais, antes de demandarem, têm um interessante poder, que é o de escolher o que será levado à análise jurisdicional. O próprio conteúdo que será objeto de análise pelo magistrado é determinado, em grande parte, pela vontade do demandante e pelas intervenções do demandado ou dos demais intervenientes. A fase de escolha a respeito de qual conteúdo será levado ao judiciário se encontra no âmbito da pré-processualidade, e o exercício dessa escolha é resguardado pela norma jurisdição.

Além da opção descrita acima, há verdadeiros atos jurídicos que produzem efeitos a título de criação e extinção de direitos processuais jurisdicionais, antes mesmo de se iniciar o processo judicial ou arbitral. Referimo-nos às convenções processuais<sup>533</sup>, bem como aos negócios jurídicos pré-processuais tipificados no nosso ordenamento. Nesses casos, trata-se de legítimo exercício de poder sobre o procedimento, antes mesmo de se iniciar o processo judicial

<sup>532</sup> No cenário brasileiro, estabelecendo um verdadeiro tratado sobre o tema: MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 3<sup>a</sup> ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, *passim*. No contexto estrangeiro, defendendo o fim da cisura formal criada entre o direito material e o processual, (muito em razão da ideia abstrata da ação), a permitir uma maior efetividade da técnica processual ante as necessidades do direito material: PISANI, Andrea Proto. **Lezioni di diritto processuale civile**. 5<sup>a</sup> ed. Jovene Editore: Napoli, 2006, p. 53.

<sup>533</sup> Conceituando convenções processuais como “acordos entre as partes sobre matéria estritamente processual”, conferir: TUCCI, José Rogério Cruz e. **Natureza e objeto das convenções processuais**. CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios processuais**. 3. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 26.

ou arbitral. É um inquestionável exercício de atributos jurisdicionais, isso quando se considera a jurisdição na perspectiva aqui adotada. A realização desses atos seria um claro agir jurisdicional pré-processual.

Na doutrina italiana clássica, é possível destacar uma posição já manifestada por Francesco Carnelutti a respeito da possibilidade de haver jurisdição sem processo. Para esse autor, seria possível se falar em jurisdição quando o legislador produzisse uma lei, ou então, quando qualquer pessoa com poderes jurídicos, caracterizados como fonte de direito, os exercesse<sup>534</sup>. Conforme já é possível antever, a perspectiva defendida na presente tese é distinta da do aludido jurista, sendo congruente apenas no que diz respeito à ideia de se conceber um fenômeno jurisdicional<sup>535</sup> como existente sem necessariamente haver um processo judicial, ou até mesmo sem um processo propriamente dito<sup>536</sup>.

Convém destacar, claro, que o agir jurisdicional pré-processual se dará antes da instauração do chamado processo jurisdicional. O processo privado de negociação que enseja a produção de normas processuais jurisdicionais (exemplo: convenções processuais anteriores ao surgimento do processo) é fruto de um exercício de poderes jurisdicionais das partes, e esse poder se dá mediante o agir processual (ou procedural) privado. Não se trata aqui, no caso desse processo privado, de um processo jurisdicional, embora dele surjam normas jurisdicionais.

Outro exemplo de exercício pré-processual de poderes jurisdicionais está na realização de negócios jurídicos pelos representantes do Poder Judiciário entre si e, também, envolvendo particulares, pela via da cooperação e dos diálogos institucionais. Embora se trate de casos que mereçam maior reflexão, em se consolidando tal prática<sup>537</sup>, tal como valida parcela influente da

<sup>534</sup> Para tudo: CARNELUTTI, Francesco. **Sistema di diritto processuale civile. I. Funzione e composizione del processo**. Padova: CEDAM, 1936, p. 132-133.

<sup>535</sup> Vale destacar, contudo, que o fenômeno jurisdicional concebido por Carnelutti é distinto do fenômeno que aqui nesta tese se rotula como jurisdição.

<sup>536</sup> Convém transcrever as palavras de Carnelutti: “*Il vero è che non solo non si riscontra tra giurisdizione e processo un rapporto di coincidenza, ma nemmeno di continenza, sibbene soltanto di interferenza; se da un lato, invero, si dà un processo non giurisdizionale (infra, n. 61 e seg), dall'altro si deve ammettere una giurisdizione non processuale*” (CARNELUTTI, Francesco. **Sistema di diritto processuale civile. I. Funzione e composizione del processo**. Padova: CEDAM, 1936, p. 132).

<sup>537</sup> Se compulsarmos os registros das “boas práticas” no Fórum Permanente de Processualistas Civis, será possível ver interessantes exemplos de atos jurisdicionais pré-processuais (na perspectiva aqui adotada). Eis alguns deles: (i) acordo entre procuradoria de ente público e o Tribunal para facilitar a autocomposição, mediante o “encaminhamento das demandas relativas aos Temas de Negociação pré-selecionados pelas Advocacias Públicas e compartilhados com os Centros de Conciliação dos Tribunais, objetivando a autocomposição” (Enunciado nº 20 do rol de boas práticas, aprovado em 2024, no FFPC); (ii) o “Compartilhamento de informações de ações e recursos em trâmite entre o STF e o STJ de modo a viabilizar a adoção de práticas entre os órgãos que antecipem a inclusão de processos para submissão à sistemática de julgamento de precedentes qualificados” (Enunciado nº 11 do rol de boas práticas, aprovado em 2023, no FFPC); (iii) “Realização de ato concertado entre juízos de varas de família para possibilitar a reunião de todos os processos de competência dos juízos cooperantes que envolvam uma mesma

doutrina<sup>538</sup>, eles poderão assim ser considerados. Nos negócios jurídicos que modificam competência<sup>539</sup>, ou fixam determinado magistrado ou outro sujeito para agir como consultor<sup>540</sup>, inevitavelmente será exercido um poder normativo criador de posições jurisdicionais pela via negocial.

Embora possa adotar uma perspectiva distinta da aqui defendida, Pontes de Miranda, em obra que representa uma noção atualizada de seu pensamento, tendo em vista a publicação ter ocorrido em 1972, afirma de forma expressa a existência de “deveres pré-processuais” do juiz, citando como exemplo o de “não poder recusar a recepção de petições, ainda que para as indeferir inicialmente, ou para as considerar, como despacho, ineptas; e o de observar as regras jurídicas de competência judicial”<sup>541</sup>. Em verdade, há vários outros, atinentes não especificamente ao juiz, mas aos órgãos que presentam o Poder Judiciário.

entidade familiar perante o juízo para o qual for distribuída a primeira demanda, mediante compensação no sistema de distribuição” (Enunciado nº 5 do rol de boas práticas, aprovado em 2022, no FFPC).

<sup>538</sup> Por todos: DIDIER JR., Freddie; FERNANDEZ, Leandro. **Introdução à Justiça Multiportas**: sistema de solução de problemas jurídicos e o perfil do acesso à Justiça no Brasil. Salvador: Editora JusPodivm, 2024, p. 683 e 691. Trazendo um sólido arcabouço teórico para essas práticas: CABRAL, Antonio do Passo. **Juiz natural e eficiência processual**: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil. 1. ed. em e-book baseada na 1. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. RB-5.6, RB-5.9 – RB-5.31.

<sup>539</sup> CABRAL, Antonio do Passo. **Juiz natural e eficiência processual**: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil. 1. ed. em e-book baseada na 1. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. RB-7.9-RB-7.23, destacando, contudo, que nem todos os atos consensuais entre juízos jurisdicionais seriam efetivamente negócios jurídicos, ao menos para esse jurista. Enquanto os protocolos institucionais, que são atos administrativos com (ou que podem ter) efeitos no processo, seriam considerados como negócios jurídicos, os atos conjuntos no curso dos processos e praticados no exercício da função judicante não poderiam ser assim classificados. Essa posição decorre da compreensão desse autor “de que os juízes, além de não terem capacidade negocial (para dispor de interesses próprios), também não podem dispor dos interesses das partes envolvidas nos respectivos processos” (CABRAL, Antonio do Passo. **Juiz natural e eficiência processual**: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil. 1. ed. em e-book baseada na 1. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. RB-7.9-RB-7.24). Refutando tal premissa, da qual teve ciência analisando o documento da tese que deu origem à versão comercial do livro de Antonio do Passo Cabral aqui citado, defendendo, nesse sentido, que “que o juiz é titular de situações jurídicas processuais, ainda que seu exercício esteja condicionado ao atendimento do interesse público”, e que não vislumbraria “qualquer problema na atribuição de capacidade negocial aos juízes para tratar de situações jurídicas próprias, do procedimento ou da gestão de estruturas judiciárias – como também se atribui capacidade aos órgãos legislativos para defesa de suas prerrogativas”, conferir: FERREIRA, Gabriela Macedo. **Ato concertado entre juízes cooperantes**: esboço de uma teoria para o direito brasileiro. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 342f. Salvador, 2021, p. 206-209.

<sup>540</sup> Já há o exemplo do “ato de cooperação técnica” assinado pelo desembargador federal Edilson Vitorelli com as varas da fazenda pública de Olinda, versando sobre “ações civis públicas envolvendo deslizamentos de barreiras em tramitação no município pernambucano”. Nesse ato, segundo noticiou o Tribunal Regional Federal da 6ª Região, com base em informações da “Ascom/TJPE”, o desembargador aceitou o convite para ser um “consultor” dos aludidos juízos, tendo em vista a possibilidade prevista na Resolução nº 350/20 do CNJ (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 6ª Região. **Desembargador federal Edilson Vitorelli se torna magistrado consultor**. Disponível em: <https://portal.trf6.jus.br/desembargador-federal-edilson-vitorelli-se-torna-magistrado-consultor/> . Acesso em: 10 abr. 2024). A previsão se encontra no art. 6, XXI, do aludido ato normativo.

<sup>541</sup> MIRANDA, Pontes de. **Sistema de ciência positiva do direito**. Tomo II. Introdução à ciência do direito. 2ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, 314-315.

As fontes de normas processuais em geral, em todas as vias aceitas, inevitavelmente se configuram como fontes de norma jurisdicional (muitas delas no campo pré-processual), fruto de um agir, seja individualizado, seja disperso.

Até porque, conforme explica Lourival Vilanova, em afirmação que, isolada de outras premissas desse autor, pode ser aproveitável à presente tese; “O órgão jurisdicional é portador de um complexo de poderes-deveres, em virtude da incidência de normas constitucionais (e legais) que o institui e lhe demarca competência”, a ser imperioso concluir que “existe e tem competência (direitos/deveres) sem que seja provocado ao exercício de direitos se ao cumprimento de deveres de órgão”<sup>542</sup>. A prévia estruturação de todo o judiciário, a tornar possível o processo jurisdicional, existe antes mesmo que o processo exista. Na verdade, todo o conjunto de deveres pré-processuais necessários a tornar possível a concretização da finalidade da jurisdição é fruto dessa norma.

De certo modo, a percepção da existência de jurisdição antes da formação do processo coincide ao menos com a noção desse conceito como uma “garantia” das partes, na linha que defendeu Ada Pellegrini Grinover<sup>543</sup>, tanto que essa autora entende haver jurisdição também na justiça consensual extrajudicial, tal prática que inevitavelmente modifica de forma marcante a maneira de se compreender o fenômeno jurisdicional, pois o retira até mesmo do elemento heterocompositivo estatal ou privado<sup>544</sup>.

Inclusive, o próprio poder de acesso ao judiciário/arbitragem, aqui entendido como direito à jurisdição, conceito que substitui perfeitamente a ideia de direito de ação, também é um marcante exemplo de poder jurisdicional antes do processo se iniciar. Em regra, as partes, por meio desse poder, dão origem ao processo. Se não houvesse esse poder previamente, não seria possível iniciar o feito. Logo, também tal posição jurídica é pré-processual e é uma consequência da incidência da jurisdição como norma jurídica.

#### 4.1.4.1.4 A jurisdição no campo da processualidade

---

<sup>542</sup> VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. 6. ed., rev. São Paulo: Noseses, 2023, p. 147.

<sup>543</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade:** fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 30.

<sup>544</sup> Cuida-se aqui de interpretação que se tem a partir do momento em que Grinover afirma que a justiça consensual é um exemplo de jurisdição e que, nesse contexto, a consensualidade extrajudicial faz parte do “minissistema brasileiro de justiça consensual” (GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade:** fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 30 e 65).

No contexto da existência de um processo, a jurisdição se materializa também nesse último, daí por que, ao incidir<sup>545</sup>, como norma jurídica, ela o qualifica (tanto no âmbito jurídico<sup>546</sup> quanto à classificação), assim como qualifica seus efeitos e alguns dos efeitos deles decorrentes. O processo, ou, mais especificamente, o conjunto de procedimentos judiciais ou arbitrais, é a manifestação maior (mas não única) dos atributos da jurisdição. O ordenamento jurídico estabelece quais processos serão jurisdicionais, e, após isso, é neles que a jurisdição também é exercitada, como meio para possibilitar o agir jurisdicional processual dos sujeitos processuais.

Não somente as partes agem. Todos os sujeitos processuais com poderes oriundos da jurisdição agem, de modo a concretizar os fins jurisdicionais, sob pena de, em eventual inérvia ou equívoco, darem origem a uma situação de inexistência de jurisdição ou de ilicitude.

Por isso, todo o processo e os elementos a ele diretamente relacionados configuram-se como materialização da jurisdição como norma jurídica. São, em vista disso, elementos decorrentes da incidência dessa norma jurídica, situando-se como consequência dessa incidência. Daí que é possível falar que os processos judicial e arbitral devem ser definidos como processos jurisdicionais. A partir do momento em que o ordenamento jurídico estabelece que um determinado processo será jurisdicional, esse processo passa a submeter-se a todo o regime decorrente da norma jurisdição, tanto no âmbito da relação jurídica processual que nele se desenvolve, quanto no campo dos efeitos processuais por ele produzidos.

É necessário acabar com esse debate teórico que contrapõe as noções de “processo” e “jurisdição”, tal como se representassem valores distintos<sup>547</sup>. Aqui se entende que o processo jurisdicional só é possível por existir uma norma jurisdição. Não se trata de duas dimensões com pouca comunicação, uma de natureza constitucional e outra infraconstitucional. O

<sup>545</sup> Sobre a incidência: NEVES, Marcelo da Costa Pinto. A incidência da norma jurídica e o fato jurídico. **R. Inf. Legisl.** Brasília. 21 n. 84, out./dez., 1984, p. 271.

<sup>546</sup> Antes da incidência da norma jurisdição, não há que se falar em existência do processo como fato jurídico. Sobre o tema, em perspectiva que aqui se entende aplicável ao fenômeno da jurisdição: “A concretização dos fatos previstos no suposto constitui o fenômeno da incidência da norma jurídica, o qual faz surgir, necessariamente, o fato jurídico. No suposto está representado abstratamente o suporte fático, que, ao realizar-se, conduz infalivelmente à incidência da norma jurídica. A norma incidente, qualificando-o juridicamente, transforma-o em fato jurídico” (NEVES, Marcelo da Costa Pinto. A incidência da norma jurídica e o fato jurídico. **R. Inf. Legisl. Brasília**. 21 n. 84, out./dez., 1984, p. 271).

<sup>547</sup> Nesse sentido: COSTA, Eduardo José da Fonseca. O processo como instituição de garantia. **Conjur**. 16 de novembro de 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-nov-16/eduardo-jose-costa-processo-instituicao-garantia/>. Acesso em: 02 abr. 2024; RAATZ, Igor; ANCHIETA, Natascha. Uma “teoria do processo” sem processo? A breve história de uma ciência processual servil à jurisdição. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPRO**, ano 25, nº 103, p. 175-192, jul/set, 2015, p. 186-188; e SILVA FILHO, Antônio José Carvalho da. **Processo como direito fundamental: a desconstrução do “processo justo” e a edificação do devido processo legal**. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo: 2021, 504p., p. 27-34, 468, passim.

processo jurisdicional deve ser entendido como um fenômeno que somente é possível em razão da Constituição. Toda a possibilidade de produção normativa nesse campo, constitucional ou infraconstitucional, é uma consequência clara da incidência direta da Constituição brasileira. Não se cuida aqui de uma manifestação legislativa que sofre influência direta de uma norma constitucional, mas sim uma emanação legislativa que é consequência direta da incidência dessa norma. Todo o processo jurisdicional é uma consequência direta da jurisdição<sup>548</sup>.

#### 4.1.4.1.5 A jurisdição no campo da transprocessualidade

É possível haver também o momento jurisdicional que envolve uma transprocessualidade<sup>549</sup>. Trata-se da influência sobre o procedimento mediante cooperação judiciária, que será “*transprocessual* quando disser respeito à prática de atos em dois ou mais processos”<sup>550</sup>. A respeito do tema, vale destaque a explicação feita por Freddie Didier Jr. e Leandro Fernandez:

Ultrapassando as fronteiras da compreensão tradicional da flexibilização, que é voltada à adequação do procedimento em determinado caso concreto, a cooperação judiciária permite a adequação procedural de um *perfil de casos* em distintos juízos. Ao autorizar o estabelecimento da disciplina para a prática de atos processuais em número indeterminado de casos atuais e futuros, a cooperação judiciária, notadamente a realizada por intermédio de atos concertados, concebe um modelo de flexibilização por ato judicial que pode possuir *caráter geral*.

Trata-se ainda de modelo aberto, que abrange a prática de qualquer ato processual (CPC, art. 68; Resolução n. 350/2020 do CNJ, art. 3º)

Uma das mais interessantes aplicações dessa percepção pode ser encontrada na conjugação dos arts. 67 a 69 com o art. 372, §2º, todos do CPC, viabilizando o recurso ao livre trânsito de técnicas para o oferecimento de uma

<sup>548</sup> Por essa razão, não há como transportar especificamente o debate da eficácia e da aplicabilidade dos direitos fundamentais ao âmbito da jurisdição, pois partem de premissas distintas, pressupondo a contraposição de realidades, especialmente no âmbito da incidência desses direitos nas relações privadas. Sobre o tema da eficácia e aplicabilidade, sem prejuízo de eventuais particularidades, a obra de Virgílio Afonso da Silva é de grande importância: SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito:** os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1ª ed., 3ª tiragem. Malheiros: São Paulo, 2011, p. 66-106. No caso da jurisdição, não se trata de uma análise de aplicabilidade, mas sim da investigação dos contornos da incidência anterior ao próprio surgimento da norma. Onde incide, haverá constitucionalidade e possibilidade de existência de determinada norma processual jurisdicional. Onde não incide, não haverá constitucionalidade, por jamais poder ter existido tal norma. Eventual norma inconstitucional, no âmbito do processo jurisdicional, deve ser vista como uma norma não autorizada a existir pelo princípio da jurisdição.

<sup>549</sup> Uma derivação que se usa da classificação trazida por Didier Jr. e Fernandez sobre a flexibilização procedural por meio de cooperação judiciária, essa que ultrapassa o âmbito de um único processo, sendo, portanto, “*transprocessual*” (DIDIER JR., Freddie; FERNANDEZ, Leandro. **Introdução à Justiça Multiportas:** sistema de solução de problemas jurídicos e o perfil do acesso à Justiça no Brasil. Salvador: Editora JusPodivm, 2024, p. 690).

<sup>550</sup> DIDIER JR., Freddie; FERNANDEZ, Leandro. **Introdução à Justiça Multiportas:** sistema de solução de problemas jurídicos e o perfil do acesso à Justiça no Brasil. Salvador: Editora JusPodivm, 2024, p. 690.

solução adequada a um grupo mais ou menos extenso de casos atuais e futuros em qualquer grau de jurisdição<sup>551</sup>.

De acordo com os aludidos autores, o sistema processual brasileiro contém uma autorização para o que eles chamam de “gestão judiciária coordenada e flexível ou, em outros termos, de um modelo de flexibilização por ato judicial com caráter transprocessual”<sup>552</sup>. Ou seja: a flexibilização procedural transprocessual, tal como descrita pelos citados juristas, estaria autorizada no ordenamento nacional.

Também nesse momento, que é o da transprocessualidade, há o exercício de poderes jurisdicionais. Quando se permite um agir transprocessual exercendo efeitos em um ou mais processos jurisdicionais, também se está a falar em um agir que merece ser devidamente classificado como jurisdicional.

#### 4.1.4.1.6 A jurisdição no campo da pós-processualidade

No campo da pós-processualidade, é possível vislumbrar um exemplo de fenômeno jurisdicional no âmbito da coisa julgada, um efeito jurídico<sup>553</sup> que se mantém após o término do processo, inicialmente em caráter supostamente precário (enquanto ainda estaria pendente a possibilidade de ajuizamento de rescisória), e, posteriormente, em sua plenitude.

De igual modo, a possibilidade de realização de negócio jurídico processual para, no âmbito da relação entre os sujeitos realizadores do ato negocial, desconsiderar os efeitos da decisão judicial e convencionar sobre a coisa julgada<sup>554</sup>, deve ser entendida como um agir que só é possível em razão da norma jurisdição, a ser, portanto, jurisdicional.

Em relação a esse último ponto, embora o negócio jurídico sobre coisa julgada possa ser eventualmente polêmico, aqui se entende ser possível. No contexto teórico adotado nesta tese, é lícita a realização de negócio jurídico tanto para desconsiderar os efeitos de uma decisão, isoladamente, quanto para desconsiderar a própria coisa julgada, também isoladamente<sup>555</sup>. No

<sup>551</sup>DIDIER JR., Fredie; FERNANDEZ, Leandro. **Introdução à Justiça Multiportas:** sistema de solução de problemas jurídicos e o perfil do acesso à Justiça no Brasil. Salvador: Editora JusPodivm, 2024, p. 691.

<sup>552</sup> DIDIER JR., Fredie; FERNANDEZ, Leandro. **Introdução à Justiça Multiportas:** sistema de solução de problemas jurídicos e o perfil do acesso à Justiça no Brasil. Salvador: Editora JusPodivm, 2024, p. 691.

<sup>553</sup> Sobre o tema, contendo digressões a respeito das possibilidades de conceituação da coisa julgada, defendendo que se trata de um efeito jurídico, conferir: NERY, Rodrigo. **Repensando a coisa julgada e os motivos da decisão.** Londrina: Thoth, 2022, p. 175-212.

<sup>554</sup> TOSCAN, Anissara. **Coisa julgada:** contribuição para uma nova teoria. Tese (Doutorado). Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito. Curitiba, 2021, 555p., p. 497.

<sup>555</sup> Destacando-se que a coisa julgada não se confunde com os principais efeitos da decisão propriamente dita. Sobre o tema, DIDIER JR.; Fredie. BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito**

primeiro caso, não se discute a coisa julgada (fenômeno que impossibilita processualmente a rediscussão de determinada questão no âmbito judicial ou arbitral), mas apenas os efeitos da decisão. No segundo, não se discutem os efeitos, mas apenas a própria coisa julgada, a permitir a rediscussão da questão no judiciário ou na arbitragem mesmo com a decisão do processo anterior ainda produzindo efeitos.

Outra situação de natureza jurisdicional na pós-processualidade, que também envolve coisa julgada, é a constatação de que terceiros podem se beneficiar desse fenômeno processual mesmo sem sequer terem ingressado no processo (art. 506 do CPC). O princípio da jurisdição, condensado nas regras processuais sobre coisa julgada, permite essa circunstância. É, mais uma vez, uma garantia de um resultado jurisdicional para um sujeito que sequer participou da relação jurídica processual, ou seja, uma demonstração da jurisdição surtindo efeitos mesmo sem alguém ostentar uma posição processual propriamente dita.

#### 4.1.4.2 A noção de “agir jurisdicional”

Após a fixação de todas as premissas anteriores, expõe-se o que seria o “agir jurisdicional” para os fins do presente trabalho.

##### 4.1.4.2.1 A definição proposta:

Após tudo o que foi dito, passa-se à definição do que aqui se entende por “agir jurisdicional”. Esse agir é uma das principais consequências da norma jurisdição, e tem fundamental importância para as ideias defendidas no presente escrito.

---

**processual civil:** teoria da prova, direito probatório, ações probatórias decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 2, p. 515.

Aquele que acessa o judiciário, age<sup>556</sup>. Quem julga, também age, no curso de grande parte do processo, ainda que seja por um caminho distinto<sup>557-558</sup>. A caracterização desse agir, seja das partes, seja do magistrado<sup>559</sup>, é explicada pelo fato de incidir a norma jurisdição em determinada circunstância que possibilitou, juridicamente, a sua ocorrência. Logo, será um agir jurisdicional aquele ato cuja dimensão jurídica é propiciada pela norma jurisdição, desde que guarde pertinência com o processo jurisdicional.

#### 4.1.4.2.2 O agir jurisdicional do julgador

No que diz respeito ao agir do magistrado, já está se consolidando na doutrina processual brasileira que o exercício da jurisdição pelo juiz (e isso também deve se aplicar ao árbitro) não se limita apenas a julgar. Todo o processo configura-se como uma materialização do fenômeno jurisdicional<sup>560</sup>, o que permite concluir que também os despachos têm natureza jurisdicional<sup>561</sup>.

Em verdade, o agir do magistrado não se limita até mesmo a resolver questões concretas com base no ordenamento jurídico e a dar mero impulso processual. Há uma série de possibilidades, dentro e fora dessas duas hipóteses, a envolver, por exemplo, cooperação

<sup>556</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. Direito Subjetivo, Pretensão de Direito Material e Ação. **Polêmica sobre a ação, a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo**. org. Fábio Cardoso Machado, Guilherme Rizzo Amaral; Carlos Alberto Alvaro de Oliveira ... [et al.]. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 27.

<sup>557</sup> Tanto que Ramiro Podetti defende uma perspectiva de direito de ação realizada tanto pelas partes quanto pelo Estado, premissa que, salvo na questão do Estado, pode ser utilizada como fundamento (ao menos em caráter de exemplo de visão doutrinária) para o que aqui está sendo dito (PODETTI, J. Ramiro. **Teoría y técnica del proceso civil y triología estructural de la ciencia del proceso civil**. Buenos Aires: EDIAR, 1963, p. 376). Em caminho semelhante, é possível mencionar a expressa afirmação de Elio Fazzalari no sentido de ser possível considerar, ao menos em termos de nomenclatura, a “funzione” do magistrado como também “azione”, algo que só não se aconselharia, a título de classificação, por questões de linguagem (FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di diritto processuale**. Settima edizione. Milano: CEDAM, 1994, p. 440).

<sup>558</sup> No controle concentrado de constitucionalidade isso fica evidente, à luz de uma série de características específicas dos procedimentos norteadores desse campo, que evidenciam claramente o agir jurisdicional, que para alguns tangencia os campos do direito e da política.

<sup>559</sup> Representa o Poder Judiciário, conforme aqui se entende.

<sup>560</sup> Em linha semelhante: PASSOS, José Joaquim Calmon de. **A ação no direito processual civil brasileiro**: tese apresentada à faculdade de direito da Universidade da Bahia, concorrendo à cátedra de direito judiciário civil (1960). Salvador: editora JusPodivm, 2014, p. 33-34.

<sup>561</sup> Considerando a noção aqui defendida de que a jurisdição percorre todos os atos processuais e, ademais, tendo em vista que também se entende nesta tese que os despachos são pronunciamentos judiciais que têm conteúdo “discretamente decisório”(ARRUDA ALVIM, Teresa; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao código de processo civil**. 3. ed. e-book baseada na 3. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, RL-1.43), não há como negar a natureza jurisdicional desses pronunciamentos.

judicial<sup>562</sup>, sanções premiais<sup>563</sup>, homologação, implementação de *nudges*<sup>564</sup>, decisão com base em equidade<sup>565</sup>, submissão ao dever de colaboração<sup>566</sup>, todas as variadas circunstâncias de conciliação, inclusive as estabelecidas no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade<sup>567</sup> etc. Ademais, há quem defenda que é permitida a prática de “atos estimulantes, atos jurídicos pelos quais o magistrado não comanda comportamentos, apenas sugestiona, influencia”<sup>568</sup>, o que está correto, embora seja necessário estabelecer os limites para essa influência.

Até porque, sem prejuízo de estar certa ou não a possibilidade de o magistrado “sugestionar ou influenciar” de forma enfática, é necessário expurgar da perspectiva atual a ideia de um juiz cível que busque agir de forma similar à que age um historiador. Conforme destacam Benedito Cerezzo Pereira Filho e Daniela Marques de Moraes, “A dinamicidade do direito e os valores que permeiam a vida na sociedade não coadunam com a insensibilidade e com a indiferença”<sup>569</sup>. E completam os autores, afirmando que “Não se pode pensar em tutela

<sup>562</sup> Sobre o tema: FERREIRA, Gabriela Macedo. **Ato concertado entre juízes cooperantes:** esboço de uma teoria para o direito brasileiro. 342f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, Salvador, 2021, *passim*.

<sup>563</sup> “De maneira conceitual, é possível compreender essa forma de sanção como a consequência jurídica positiva para estimular determinado comportamento indicado na norma (legal ou convencional), independentemente de sua natureza (dever, direito potestativo, ônus, faculdade etc.). Em termos simples, é um “prêmio” – e não a valorização de uma conduta pelo juiz com base em critérios legais – para estimular o destinatário a praticar o comportamento apontado pela norma, cuja inobservância, porém, não gera qualquer penalidade ou prejuízo” (OSNA, Gustavo; MAZZOLA, Marcelo. As “sanções premiais” e a sua aplicabilidade ao processo estrutural. **Revista de Processo**, vol. 325, p. 311-336, 2002, p. 2).

<sup>564</sup> Nas palavras de Rafael Sirangelo de Abreu, “[...] a partir da noção de *nudge*, trazida pela economia comportamental, pode-se pensar em incentivos heterodoxos que, de um lado, mantêm a liberdade de ação do sujeito processual e, de outro, induzem comportamentos compreendidos como positivos no âmbito da instituição processual” (ABREU, Rafael Sirangelo de. **Incentivos processuais:** economia comportamental e *nudges* no processo civil. 1. Ed. em e-book baseada na 1. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. VIII).

<sup>565</sup> Arts 140, parágrafo único, e 723, parágrafo único, ambos do CPC. Trazendo uma perspectiva crítica sobre essa possibilidade, conferir: DELFINO, Lúcio. Novo CPC e decisão por equidade: a canabilização do Direito. **Conjur**. 29 de dezembro de 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-dez-29/cpc-decisao-equidecanabalizacao-direito/>. Acesso em: 18 abr. 2024. Por sua vez, a possibilidade de convencionar-se que a arbitragem será por equidade está consolidada no art. 2º da Lei nº 9.307/1996.

<sup>566</sup> MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil:** do modelo ao princípio. 3.ed em e-book baseada na 5. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, *passim*; DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. **Revista do Ministério Público**. Rio de Janeiro: MPRJ, n. 49, jul./set., 2013, *passim*.

<sup>567</sup> Sobre o tema, analisando uma série de casos em que houve a remessa à conciliação por parte do Supremo Tribunal Federal para tratar de questões tangenciais, isso no âmbito de um feito em que se exerce o controle de constitucionalidade, conferir: ASPERTI, Maria Cecília de Araújo; CHIUZULI, Danieli Rocha. Supremo conciliador? Análise dos casos encaminhados à conciliação no âmbito do Supremo Tribunal Federal. **Revista Estudos Institucionais**, v. 10, n. 2, p. 450-499, maio/ago, 2024, *passim*.

<sup>568</sup> CABRAL, Antonio do Passo. **Jurisdição sem decisão: Non Liquet e consulta Jurisdiccional no Direito Processual Civil**. São Paulo: Editora JusPodivm, 2023, p. 81.

<sup>569</sup> PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo; MORAES, Daniela Marques de. A tutela dos direitos e a remodelação do papel reservado ao juiz como corolário principiológico do acesso à justiça. **Pensar**, fortaleza, v. 17, n. 1, p. 33-56, jan./jun. 2012, p. 49.

do direito sendo prestada por um juiz espectador [...]. Ao contrário, pressupõe um juiz que possa emitir ordens e fazê-las cumprir”<sup>570</sup>.

#### 4.1.4.2.3 O agir jurisdicional dos demais sujeitos processuais

Conforme se viu, a ideia de jurisdição não deve ficar restrita somente ao agir do magistrado, não obstante a relevância dessa atividade. As partes exercem diversos poderes jurisdicionais e influenciam de forma inquestionável tanto o procedimento quanto o resultado dele, especialmente num ordenamento com pretensões democráticas.

Nesse sentido, sem dúvidas um aspecto fundamental que deve ser objeto de reflexão no estudo do fenômeno jurídico que eventualmente garantiria o acesso ao judiciário/arbitragem no Brasil é o poder que o jurisdicionado tem<sup>571</sup>, que não se limita simplesmente à ideia de “pedir” algo, ou então à noção de mero espectador do fenômeno jurisdicional<sup>572</sup>.

Em primeiro lugar, à luz do sistema brasileiro, no qual prevalece a teoria da substanciação (sem desconsiderarem-se as divergências existentes<sup>573</sup>), o postulante pode trazer a juízo as mais variadas causas de pedir, caso seja necessário. Não obstante haver uma limitação principiológica, caso se chegue a considerar que a ida ao judiciário estaria se dando em caráter abusivo; é salutar permitir uma grande amplitude da possibilidade de acessar o judiciário, o que, em alguns casos, pode demandar uma reiteração de litigância sem que isso se configure como um uso indevido de poder jurídico.

Em segundo lugar, não se pode desconsiderar o poder que o postulante tem de fazer um sujeito se submeter a um processo, seja a título de publicização perante a sociedade<sup>574</sup>, o que pode gerar julgamentos morais das pessoas, seja pela simples constatação jurídica de que, para

<sup>570</sup> PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo; MORAES, Daniela Marques de. A tutela dos direitos e a remodelação do papel reservado ao juiz como corolário principiológico do acesso à justiça. *Pensar*, fortaleza, v. 17, n. 1, p. 33-56, jan./jun. 2012, p. 52.

<sup>571</sup> A respeito do tema, ainda que sob uma perspectiva distinta da aqui adotada, Cármén Lúcia Antunes Rocha já afirmava, em 1993, que “A jurisdição é um direito ativo, vale dizer, é “verbo” de ação, que demanda agente para vivificá-lo [...]” (ROCHA, Cármén Lúcia Antunes. O Direito constitucional à jurisdição. TEIXEIRA, Sálvio Figueiredo (coord.). *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 38).

<sup>572</sup> Nesse sentido, sem óbice de nossa divergência quanto a outros pontos defendidos por esses autores, é pertinente adotar como referência a seguinte frase de Juan Montero Aroca: “*El proceso no es sólo el instrumento del Poder Judicial; lo es también de los ciudadanos [...]*”(AROCA, Juan Montero; COLOMER, Juan Luis; VILAR, Silvia Barona. *Derecho jurisdiccional I. Parte General*. 21<sup>a</sup> ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2013, p. 16).

<sup>573</sup> A respeito das divergências: TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. 3<sup>a</sup> ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 153-157.

<sup>574</sup> Ainda que a publicidade seja apenas de natureza fática, não obstante eventual segredo de justiça existente. Sabe-se muito bem os riscos de, mesmo sob segredo de justiça, haver divulgação informal do conteúdo de demandas judiciais.

ser réu no processo civil, basta ser indicado como tal<sup>575</sup>, isso além da constatação de que, não obstante já se tornar réu apenas com a indicação do autor, se não for a hipótese de improcedência liminar ou de algum vício procedural, esse sujeito terá de arcar com os diversos ônus oriundos do procedimento e eventualmente financeiros, apenas para poder agir perante o processo e defender seu posicionamento.

Dentro desse conjunto de ônus, encontra-se inserida a enorme e muitas vezes desproporcional liturgia existente no Poder Judiciário brasileiro, que serve para uma hipertrofiação da figura do julgador em detrimento do jurisdicionado<sup>576</sup>, especialmente dos mais necessitados. Ademais, só o fato de alguém ser rotulado como réu até mesmo no campo cível acaba despejando sobre essa pessoa uma massiva carga ideológica (por que não preconceituosa?) para ser carregada<sup>577</sup>.

Em terceiro lugar, deve-se levar em consideração também a proliferação de entendimentos teóricos a respeito dos poderes das partes no andamento do processo. No atual cenário brasileiro, há notáveis concepções que valorizam o papel dos sujeitos processuais, tais como o conceito de “policentrismo” e “comparticipação”<sup>578</sup>, as noções de colaboração<sup>579</sup> e de

<sup>575</sup> GOUVEIA FILHO, Roberto Pinheiro Campos. **Da recorribilidade ao recurso:** um caso emblemático do movimento processual. 2020. 324 f. Tese de Doutorado - Universidade Católica de Pernambuco, Programa de Pós-graduação em Direito. Doutorado em Direito. 2020, p. 102, rodapé nº 208.

<sup>576</sup> Para uma reflexão importante sobre esse e outros pontos, abarcando até mesmo a questão das vestimentas e das consequências negativas de exigências oriundas de costumes completamente desnecessários no Brasil, o que atinge a classe menos favorecida, principalmente, consultar: WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi; NERLING, José Ricardo Maciel. A democratização da justiça brasileira entre símbolos, rituais e juridiquês: notas por uma justiça cidadã. **Prim@ Facie.** volume 18, número 38, 2019, p. 4-14.

<sup>577</sup> A respeito dos preconceitos inerentes ao processo civil, fazendo um inventário de perspectivas teóricas e, ousrossim, trazendo a sua própria noção crítica, no sentido de que “o processo vira um campo aberto para as arbitrariedades guiadas pelo preconceito”, tendo em vista que, “Num processo, seja ele civil ou criminal, usa-se e abusa-se de estereótipos”, conferir: BECKER, L. A. Processo e Preconceito. BECKER, L. A.; SILVA SANTOS, E. L. **Elementos para uma teoria crítica do processo.** Porto Alegre: Sério Antonio Fabris Editor, 2002, p. 55-57, *passim*.

<sup>578</sup> Em obra seminal sobre o tema, defendendo a ideia de que o Brasil precisa consolidar-se uma noção de “processualismo constitucional democrático em bases comparticipativas e policêntricas”, tendo em vista que “O resgate do papel da participação no espaço público processual de todos os envolvidos (cidadãos ativos), na perspectiva policêntrica e comparticipativa, permitirá o redimensionamento constitucional da atividade processual e do processo, de modo a guindá-lo a seu real papel de garantidor de um debate público e dos direitos fundamentais, da estrutura dialógica e da formação de provimentos constitucionalmente adequados”, consultar: NUNES, Dierle José Coelho. **Comparticipação e Policentrismo Horizontes para a democratização processual civil.** Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2008, 217f., p. 201-202, *passim*.

<sup>579</sup> MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: do modelo ao princípio.** 3. ed. em e-book baseada na 5. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. RB-2.1 e seguintes. Enquanto para Fredie Didier Jr., seu modelo cooperativo abrange a cooperação entre as partes (DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. **Revista do Ministério Público.** Rio de Janeiro: MPRJ, n. 49, jul./set., 2013, p. 96), para Mitidiero, a “A colaboração no processo que é devida é a do juiz para com as partes – e não entre as partes. As partes não colaboram e não devem colaborar entre si simplesmente porque obedecem a diferentes interesses em relação ao litígio [...]” (MITIDIERO, Daniel. **Processo civil.** 3<sup>a</sup> ed. em e-book baseada na 3<sup>a</sup> ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024, p. RB-3.14).

cooperação<sup>580</sup>, isso além da proliferação da ideia de que o julgador não deve ser visto como um sujeito isento de obrigações<sup>581</sup> ou de “todas” as “preclusões” que ocorrem no decorrer do processo, tendo, aí sim, um dever de lealdade<sup>582</sup> com as partes.

Outrossim, o magistrado, especialmente, submete-se a diversos e importantes deveres<sup>583</sup> antes, depois, dentro e fora do processo, circunstância que, somada com todas as outras acima mencionadas, evidencia o grande poder que as partes têm no curso da demanda, não mais sendo adequado pensar numa estrutura hierárquica amplamente desigual entre os sujeitos processuais, tal visão que não pode ser aceita no ordenamento brasileiro<sup>584</sup>.

Em quarto lugar, a difusão de uma noção de participação processual que traz uma grande amplitude e coerência na sistematização do acesso dos jurisdicionados à tutela jurídica também torna necessária a ressignificação da maneira clássica de se enxergar a distribuição de funções e interesses processuais. O tema da participação cada vez mais ganha relevo nos estudos teóricos brasileiros, por sólida influência da doutrina nacional recente, sendo a tese de doutorado de Sofia Temer<sup>585</sup> um marco que representa esse caminho doutrinário que se iniciou, contudo, antes dessa autora<sup>586</sup>.

<sup>580</sup> DIDIER JR., Freddie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. **Revista do Ministério Público**. Rio de Janeiro: MPRJ, n. 49, jul./set., 2013, p. 93-99.

<sup>581</sup> Não há como desconsiderar que existe uma série de deveres para o órgão jurisdicional, até mesmo ante a correta noção de que jurisdição deve ser vista como um “dever” (PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo. O poder do juiz: ontem e hoje. **Revista da Ajuris**. Ano XXXIII, Nº 104, dezembro de 2006, p. 30; PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo. Tutela dos direitos no novo Código de Processo Civil. Projeto 166. **Revista de Informação Legislativa**., Brasília, ano 48, 190 abr./jun. 2011, p. 51, rodapé, nº 3). Apontando uma série de deveres do órgão jurisdicional no âmbito do que entende ser o “princípio da cooperação”, tais como (i) de lealdade; (ii) de esclarecimento; (iii) de motivar; (iv) de consulta; (v) “de apontar as deficiências das postulações das partes, para que possam ser supridas”, que é o “dever de prevenção” etc.; conferir: DIDIER JR., Freddie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. **Revista do Ministério Público**. Rio de Janeiro: MPRJ, n. 49, jul./set., 2013, p. 96-98.

<sup>582</sup> “Especificamente para o juiz, a lealdade impõe vários deveres processuais, mais propriamente definidos como poderes-deveres. Entre eles, destaca-se o dever geral de prestar jurisdição, no qual se incluem outros deveres correlatos” (FARIA, Márcio Carvalho. **A lealdade processual na prestação jurisdicional**: em busca de um modelo de juiz leal. 1. ed. em e-book baseada na 1<sup>a</sup> ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, conclusão).

<sup>583</sup> Essa perspectiva não é nova, especialmente quando se fala em estudos sobre jurisdição. Em obra comentando o CPC de 1939, Pedro Batista Martins evidencia o caráter de dever da jurisdição, classificando tal dimensão como correspondente ao direito de ação. Eis as suas palavras: “Ao direito de ação corresponde o dever jurisdicional do Estado, que é um dever, a um tempo, político e jurídico” (MARTINS, Pedro Batista. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Vol. 1. Arts. 1 a 132. Rio de Janeiro: Forense, 1949, p. 25).

<sup>584</sup> Sobre o tema, por todos: NUNES, Dierle José Coelho. **Comparticipação e Policentrismo Horizontes para a democratização processual civil**. 217f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2008, p. 195-202.

<sup>585</sup> TEMER, Sofia. **Participação no Processo Civil**: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, *passim*.

<sup>586</sup> A própria Banca de doutorado de Sofia Temer traz grandes nomes de autores que estabeleceram um terreno fértil para o surgimento da tese dessa autora. Eis algumas obras tanto do orientador dessa tese quanto de alguns dos demais membros que inquestionavelmente versam sobre a participação no processo civil: CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração entre polos da demanda. **Revista Forense**, volume 404, ano 105, julho-agosto de 2009; CABRAL, Antonio do Passo. Interesse ad agire e “zone di

Em quinto lugar, a difusão de noções que defendem uma natureza precedentalista na atuação jurisdicional brasileira, afastando ainda mais a distinção entre *civil law* e *common law* Brasil, característica que, para alguns, já existe há mais de um século nesse país<sup>587</sup>, e que vem sendo defendida por autores como Marinoni, Mitidiero, Didier Júnior, Zaneti Jr. etc.<sup>588</sup>; também reforça o poder que as partes têm de, ao judicializarem suas questões, dar início a um debate que pode acarretar o surgimento de uma decisão apta à produção de precedente, gerando sólidos efeitos na sociedade.

A depender da circunstância da própria compreensão desse poder, muitas questões podem ser objeto de decisão pelo judiciário literalmente momentos depois de serem reguladas pelo legislativo e(ou) antes de estarem devidamente “maduras” em termos jurisprudenciais, em razão da imediata (e muitas vezes comum<sup>589</sup>) provocação dos jurisdicionados.

Em sexto lugar, mas também de grande relevância, o poder que as partes têm, como dito, transcende o próprio âmbito do judiciário, ante a ampla liberdade negocial para produção

interesse”. **Revista de Processo Comparado**, vol. 2, jul-dez/2015, p. 29-56, 2015; DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 19. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017, p. 537-610; DIDIER JR, Fredie. Poderes do assistente simples no novo CPC: notas aos arts. 121 e 122 do projeto, na versão da Câmara dos Deputados. Migalhas. 22 de agosto de 2014. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/206304/poderes-do-assistente-simples-no-novo-cpc--notas-aos-arts--121-e-122-do-projeto--na-versao-da-camara-dos-deputados>. Acesso em: 25 mar. 2024; SICA, Heitor Vitor Mendonça. Notas críticas ao sistema de pluralidade de partes no processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, vol. 200, p. 13-70, outubro de 2011. Um artigo acadêmico publicado um pouco antes da defesa da tese de Sofia Temer, que versa de forma aprofundada sobre parcela do tema, é o de Elie Eid, intitulado de “Multilateralidade no processo civil: divergência de interesses em posições jurídicas” (EID, Elie Pierre. Multilateralidade no processo civil: divergência de interesses em posições jurídicas. **Revista de Processo**, vol. 297, p. 39-77, novembro de 2019). No âmbito do processo coletivo, não há como deixar de lado a influência da obra de Edilson Vitorelli. “O devido processo legal coletivo” (VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo**: dos direitos aos litígios coletivos. 2. Ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019).

<sup>587</sup> Defende esse posicionamento: DIDIER JR., Fredie; SOUZA, Marcus Seixas. O respeito aos precedentes como diretriz histórica do direito brasileiro. **Revista de Processo Comparado**, vol. 2, p. 99-120, julho-dezembro, 2015, p. 3.

<sup>588</sup> Para um inventário de algumas das perspectivas doutrinárias a respeito dos precedentes no Brasil, consultar: PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo; NERY, Rodrigo; ROCHA CORRÉA, Luísa; MAZARELLO NÓBREGA DE SANTANA, Guilherme. De polissêmia a metonímia: a incerteza sobre o que é um precedente no direito brasileiro. **Direito.UnB - Revista de Direito da Universidade de Brasília**, /S. I./, v. 7, n. 1, p. 201–227, 2023. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadadicounb/article/view/43119>. Acesso em: 25 mar. 2024.

<sup>589</sup> Após a realização de uma análise jurisprudencial, Alexandre de Castro Catharina concluiu que haveria uma demonstração de “intensa participação dos movimentos sociais e da sociedade civil organizada nos processos judiciais que tramitam no Supremo Tribunal Federal”. Nesse sentido, afirmou que o processo judicial tornou-se uma forma de participação social, o que revelaria uma “transformação” no seu modo de ser (CATHARINA, Alexandre de Castro. **Movimentos sociais e a construção dos precedentes judiciais**. 2<sup>a</sup> ed., rev. e atual. Curitiba: Jaruá, 2023, p. 167-169). Analisando o fenômeno da judicialização da política, com foco no Supremo Tribunal Federal, Leandro Molhano Ribeiro e Diego Werneck Arguelhes propõem a investigação do fato de que “o acesso ao STF por atores políticos pode ocorrer via outras classes processuais que não as ADIs ou outras formas de controle concentrado de constitucionalidade; e [...] o uso do tribunal pode se dar de maneira mais complexa do que uma clara divisão entre oposição e bancada governista” (RIBEIRO, Leandro Molhano; ARGUELHES, Diego Werneck. Contextos da judicialização da política: novos elementos para um mapa teórico. **Revista Direito FGV**, São Paulo, v. 15, n. 2, 2019, p. 17).

de normas jurídicas, muitas delas referentes ao próprio procedimento, o que as torna influentes até mesmo sobre um tema que antes era visto com base num rigor publicista e muitas vezes autoritário<sup>590</sup>.

Todos os pontos mencionados acima, sem prejuízo de vários outros, tais como os diversos caminhos procedimentais existentes no judiciário, as variadas escolhas estratégicas inerentes aos conjuntos de procedimentos<sup>591</sup> e as diversas e poderosas vias de demandas coletivas existentes tornam evidente que o exercício do direito à jurisdição não se limita a apenas “pedir” algo ao judiciário ou à arbitragem<sup>592</sup>.

Quem busca uma tutela jurisdicional, inevitavelmente age. Quem age, conforme aqui se entende, exerce um poder, daí que deve ser visto como um “agente jurisdicional”. Todos os sujeitos processuais agem jurisdicionalmente. Embora o foco desta parte da tese seja nas partes postulantes, literalmente todos os potenciais sujeitos processuais (testemunhas, peritos etc.) devem ser entendidos como agentes jurisdicionais, tendo em vista o exercício de poderes fruto da jurisdição por todos.

Até mesmo sob um aspecto interpretativo, não dá para negar que (i) os participantes do processo contribuem para o resultado final, ainda que indiretamente, (ii) os postulantes (aqui vistos como agentes jurisdicionais) fornecem interpretações sobre o direito<sup>593</sup>, e (iii) suas

<sup>590</sup> “É curioso, e um tanto contraditório, como processualistas estufam o peito para falar em democratização do processo, defendendo técnicas de facilitação do acesso à justiça, p. ex., e, simultaneamente, ignoram o papel da liberdade, pilar da democracia, no processo. Discurso que afasta a liberdade do ambiente processual tem ranço autoritário. Processo e liberdade convivem. Liberdade não é nem pode ser palavra maldita na Ciência do Direito Processual e no próprio Direito Processual Civil” (DIDIER JR., Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no Processo Civil. CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. (coords). **Negócios Processuais**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2015, p. 21). Apontando a mudança de paradigma com o advento do CPC, no sentido de haver uma “ampliação dos poderes das partes para adequação do procedimento e preponderância da vontade das partes, sobre a do juiz, no que tange à disposição sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais”, conferir: REDONDO, Bruno Garcia. Negócios processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/1973 para a adequada compreensão da inovação do CPC/2015. CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. (coords). **Negócios Processuais**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2015, p. 275.

<sup>591</sup> MELLO, João Pedro de Souza. **Como se vence um processo: norma processual, jogo, estratégia e chicana**. Londrina: Thoth, 2023, *passim*. No contexto do CPC anterior, Barbosa Moreira destaca a importância do agir das partes e de seus advogados no âmbito do processo, enfatizando também as consequências de eventuais equívocos (MOREIRA, José Carlos Barbosa. O neoprivatismo no processo civil. **Temas de direito processual (Nona Série)**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 100).

<sup>592</sup> Sob uma perspectiva inspirada no campo da psicologia, Piero Calamandrei adverte que “*La sentenza non è dunque il prodotto automatico dell'applicazione delle leggi ai fatti, ma è la risultante psicologica di tre forze in giuoco, due delle quali, studiandosi ciascuna di tirar nella propria direzione la terza, svolgono tra loro una gara serrata che non è scontato di buone ragione, ma altresì di abilità tecnica nel farle valere*” (CALAMANDREI, Piero. Il processo come giuoco. **Opere Giuridiche. Volume I. Problemi generali del diritto e del processo**. Roma Tre-Press: Roma, 2019, p. 539).

<sup>593</sup> Nas palavras de Häberle, aqui ampliadas ao contexto jurisdicional como um todo, “O cidadão que formula um recurso constitucional é intérprete da Constituição tal como o partido político que propõe um conflito entre órgãos” (HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 23).

presenças, vivências e experiências inevitavelmente afetam o resultado final das decisões<sup>594</sup>, especialmente num contexto em que se positivou o dever de que a decisão jurisdicional deverá considerar “as consequências práticas da decisão” (art. 20 da LINDB).

#### 4.1.4.2.4 Critérios para a identificação de um fenômeno jurisdicional, especialmente do agir jurisdicional

Como que será possível saber quando um agir é fruto de um poder ou dever direto oriundo da jurisdição? A resposta está na verificação da pertinência jurídica do ato em relação a um determinado procedimento jurisdicional. Nesse caso, fica evidente a importância de um procedimento jurisdicional para a caracterização da jurisdição em sua dimensão consequencial, como resultado da incidência normativa.

A jurisdição, como norma, embora incida em diversas outras situações, materializa-se, em caráter principal, pelo procedimento jurisdicional. É óbvio que um agir jurisdicional pode ser feito sem a existência de um procedimento. Um exemplo é o dos negócios jurídicos que impedem o conhecimento da demanda. Eles são hipóteses de agir jurisdicional, e, caso não haja nenhum litígio relacionado à matéria objeto do acordo, continuarão ostentando essa característica, mesmo sem a instauração de um procedimento jurisdicional. Contudo, ainda assim, apenas por ter pertinência jurídica com um determinado procedimento, em se tratando de uma hipótese juridicamente permitida pelo ordenamento brasileiro, será jurisdicional.

Logo, a pertinência jurídica de determinado ato em relação a um futuro (ou já ocorrido) procedimento jurisdicional é o que o caracteriza como um agir jurisdicional. O mesmo ocorre com os direitos oriundos da jurisdição. Se relacionados a um determinado procedimento jurisdicional, ainda que em potência, serão direitos jurisdicionais. Essa pertinência estará presente sempre que um ato tiver aptidão para afetar, em termos processuais, determinado procedimento ou seus efeitos<sup>595</sup>. Nesse caso, é importante uma adequada teoria que distinga

---

<sup>594</sup> Até porque, conforme explica Felix S. Cohen, “*The proposition that no man should be a judge of his own cause embodies the ancient wisdom that only a many-perspectived view of the world can relieve us of the endless anarchy of one-eyed vision*” (COHEN, Felix S. Field Theory and Judicial Logic. In: **The Legal Conscience: selected papers of Felix S. Cohen**. New Haven: Yale University Press, 1960, p. 126).

<sup>595</sup> Todas essas reflexões somente foram possíveis da análise cautelosa das ideias expostas na tese de Roberto P. Campos Gouveia Filho: GOUVEIA FILHO, Roberto Pinheiro Campos. **Da recorribilidade ao recurso:** um caso emblemático do movimento processual. 2020. 324 f. Tese de Doutorado - Universidade Católica de Pernambuco, Programa de Pós-graduação em Direito. Doutorado em Direito. 2020, p. 89-91.

fenômenos processuais e fenômenos materiais, o que, inevitavelmente, fará mais sentido quando entendidos esses fenômenos pela ótica da jurisdicionalidade.

Um outro aspecto importante é a distinção entre o fenômeno jurisdicional e os fenômenos oriundos indiretamente da norma jurisdição. É inegável que a estruturação adequada de políticas judiciárias se deve em razão dos inúmeros deveres impostos pelo princípio da jurisdição. Entretanto, nem toda política judiciária terá pertinência jurídica com o processo jurisdicional, embora tenha pertinência fática e, em alguns casos, exerça papel fundamental. Exemplo: a estruturação e organização de um sistema eletrônico para a tramitação dos processos, a realização em massa de digitalização de autos, entre outras práticas, são meios realizados por políticas judiciárias que não têm pertinência jurídica com o processo propriamente dito. Não criam, portanto, normas jurisdicionais, embora estabeleçam meios para a concretização de tais normas.

Há, ademais, políticas judiciárias que, de fato, afetam normativamente o processo. Entre as mais variadas possibilidades, está a atuação do CNJ nas hipóteses previstas no CPC, o que já se trata de uma política judiciária por imposição<sup>596</sup>. Nesse caso, não resta dúvida a respeito da força jurisdicional de tal agir do aludido Conselho.

Sucede que há também políticas judiciárias implementadas sem uma previsão normativa expressa (o que não significa que inexista amparo no ordenamento jurídico), alterando procedimentos jurisdicionais e exercendo, portanto, um agir jurisdicional pré-processual. O Juízo 100% digital é um exemplo<sup>597</sup>, sendo considerado, conjuntamente com a Justiça 4.0, como “instrumentos de políticas judiciárias complexas”<sup>598</sup>, por Freddie Didier Jr. e Leandro Fernandez, a demandarem três níveis de deliberação para sua implementação, tendo em vista que “são a) concebidas e institucionalizadas pelo Conselho Nacional de Justiça; b) instituídas por cada tribunal, c) mas sua adoção depende da celebração de um negócio processual entre as partes”<sup>599</sup>.

#### 4.1.4.2.5 Síntese de aspectos da ideia do agir jurisdicional

---

<sup>596</sup> Um exemplo, a nosso ver, é o do art. 246 do CPC.

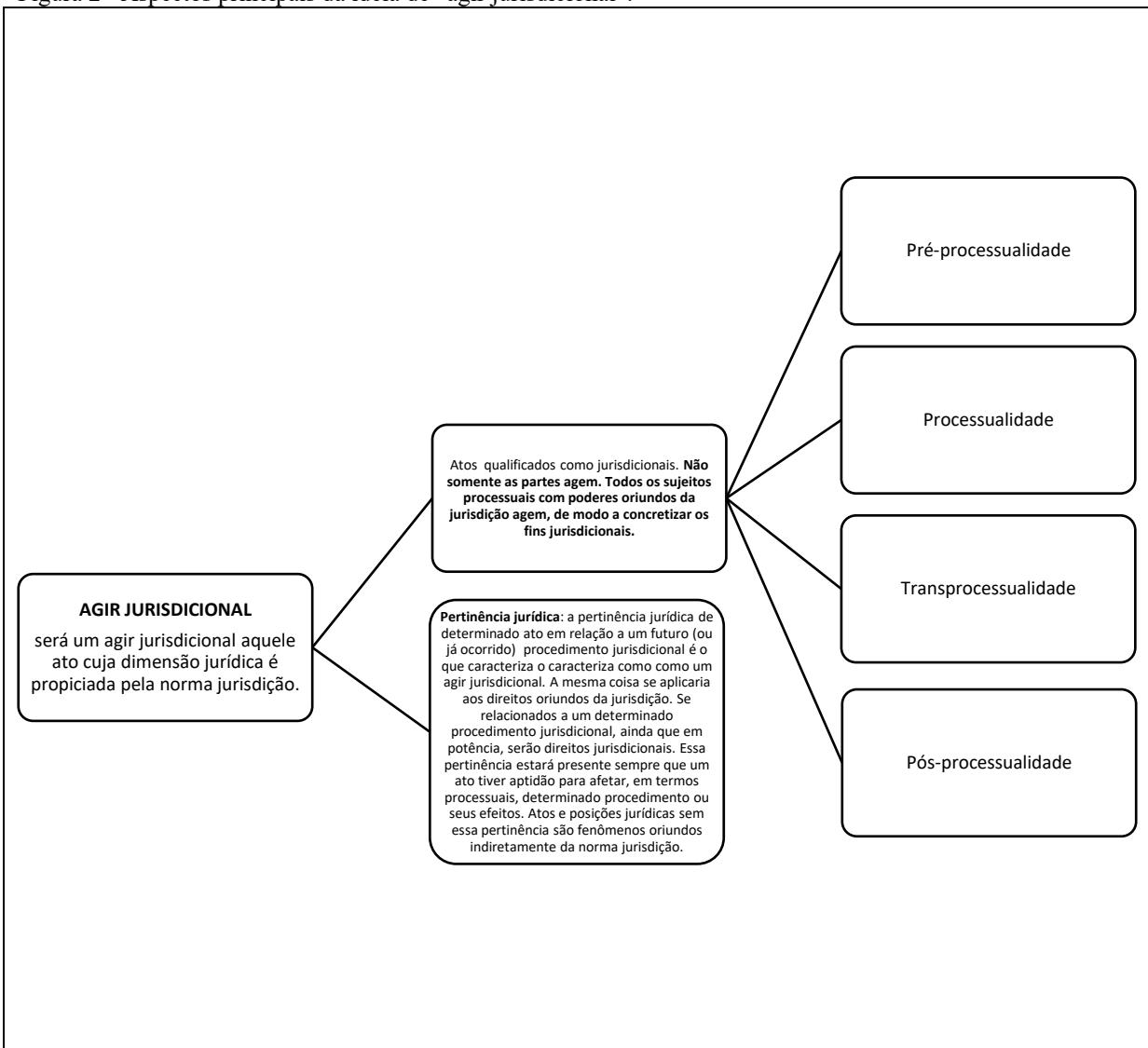
<sup>597</sup> No âmbito do juízo 100% digital, “todos os atos processuais serão exclusivamente praticados por meio eletrônico e remoto por intermédio da rede mundial de computadores” (art. 1º, §1º, da Resolução Nº 345 de 09/10/2020). Nesse sentido, cria-se uma modalidade jurisdicional sem a possibilidade de encontro físico, teoricamente. Embora seja possível cogitar que haja uma zona cinzenta para caracterizar tal modalidade como uma nova via jurisdicional, aqui se entende que não há dúvidas, tanto que se facilita às partes até mesmo a realização de “negócio jurídico processual” para a modificação do procedimento (do físico para o digital) (art. 3º-A da Resolução Nº 345 de 09/10/2020).

<sup>598</sup> DIDIER JR., Freddie; FERNANDEZ, Leandro. **Introdução à Justiça Multiportas:** sistema de solução de problemas jurídicos e o perfil do acesso à Justiça no Brasil. Salvador: Editora JusPodivm, 2024, p. 777.

<sup>599</sup> DIDIER JR., Freddie; FERNANDEZ, Leandro. **Introdução à Justiça Multiportas:** sistema de solução de problemas jurídicos e o perfil do acesso à Justiça no Brasil. Salvador: Editora JusPodivm, 2024, p. 777-778.

Fixadas todas as premissas expostas até então, o seguinte fluxograma resume os aspectos principais da ideia de “agir jurisdicional”.

Figura 2 - Aspectos principais da ideia de “agir jurisdicional”.



Fonte: Elaborado pelo autor, 2024.

#### 4.1.4.3 As duas dimensões da jurisdição: normativa e consequencial (por metonímia)

A jurisdição, como visto, deve ser entendida como norma jurídica. Entretanto, por não se desconsiderar a histórica perspectiva que relaciona o conceito de jurisdição como a ideia de poder, é plenamente possível qualificar determinada dimensão da consequência da incidência dessa norma jurídica também como jurisdição, por metonímia<sup>600</sup>. É nesse ponto que se entende ser necessário estabelecer algumas distinções, de cunho eminentemente classificatório.

<sup>600</sup> Segundo o dicionário Aulete, a metonímia é uma “Figura de linguagem baseada no uso de um nome no lugar de outro, pelo emprego da parte pelo todo, do efeito pela causa, do autor pela obra, do continente pelo conteúdo etc. (p.ex.: beber um copo no lugar de beber a cerveja do copo)”(AULETE digital. **Metonímia**. Disponível em: <https://www.aulete.com.br/metonimia> . Acesso em: 12 nov. 2024).

#### 4.1.4.3.1 Observações gerais

Em um primeiro plano, além de ser norma jurídica, a jurisdição, quando nos valemos de uma metonímia, também seria o conjunto de consequências dessa norma jurídica e das demais normas dela derivadas. Seria, especificamente, o conjunto de posições jurídicas e os poderes oriundos dessas posições jurídicas. Por conveniência teórica, tendo em vista o fato de todos manterem uma relação comum (ou terem pertinência com o processo jurisdicional ou fazerem parte do processo jurisdicional), é possível classificá-los individualmente como poderes e/ou deveres jurisdicionais<sup>601</sup>, assim como é possível, conjuntamente, rotulá-los como jurisdição (mas, reitera-se, mediante metonímia).

Logo, embora em sua essência seja uma norma jurídica, a jurisdição, por metonímia, também é o conjunto de posições jurídicas (e respectivos poderes e deveres) oriundas dessa norma e as normas dela derivadas. Essa forma de tratar a jurisdição é similar à maneira como teóricos brasileiros e internacionais cuidam do direito de ação<sup>602</sup>. Portanto, a consequência da jurisdição (que é a jurisdição por metonímia) é um complexo de posições jurídicas (e os respectivos poderes e deveres delas oriundos<sup>603</sup>) já existentes e, também, previstas, bem como os poderes delas derivadas, para a consecução dos fins jurisdicionais.

---

<sup>601</sup> Vale destacar que a posição jurídica, para os fins desta tese, é uma localização no cenário jurídico. Poder jurídico é o atributo oriundo dessa posição jurídica. Dentro do âmbito do conjunto de poderes e deveres, também há a figura do ônus, que, segundo Gustavo Azevedo, “caracteriza-se por uma conduta facultativa do sujeito”. Nesse caso, portanto, o sujeito é livre para agir ou se omitir, e a omissão não se caracteriza necessariamente como um ato ilícito. Ademais, “Ao agir, surge a possibilidade de, eventualmente, ocorrer efeitos jurídicos os mais variados possíveis, que podem ser vantagens para o sujeito ou, ainda, obstar uma situação de desvantagem” (AZEVEDO, Gustavo. Ónus e deveres processuais. **Revista Acadêmica**. Faculdade de Direito do Recife, vol. 92, n. 02, ano CXXIX, 2020, p. 246). A sua diferença para o “dever” está no fato de que, valendo-nos novamente das palavras de Azevedo, esse último conceito “estabelece uma conduta obrigatória, de modo que não há opção para o sujeito”. Nesse sentido, há a obrigação de adotar a conduta, e se isso não ocorrer, haverá ilicitude, uma contrariedade ao direito (Idem). Um ponto a se destacar da posição do autor aqui citado, e que neste caso é objeto de nossa discordância, é a sua afirmação de que no descumprimento do dever haveria uma sanção (Idem). Com efeito, tal entendimento acaba pecando por imprecisão, tendo em vista que a consequência que caracteriza o dever, quando descumprido, não é a sanção, mas somente a irregularidade. Sobre esse assunto, no âmbito constitucional, fazendo um excelente inventário da doutrina a respeito, ainda que para concluir que não há norma sem sanção, conferir: SGARBOSSA, Luís Fernando; LENSUE, Geziela. Existem normas constitucionais desprovidas de sanção? **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 9, n. 1, p. 163-178, jan./abr. 2014, p. 176, *passim*. Por fim, há posicionamentos que questionam até mesmo a existência da figura do ônus como posição jurídica, conforme se observa de: AUBERT, Eduardo Henrik. **A impugnação específica dos fatos no processo civil: retórica, história, dogmática**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuter Brasil, 2020, p. 27-47.

<sup>602</sup> Internacionalmente, por todos, a noção fazzalariana: FAZZALARI, Elio. **Note in tema di diritto e processo**. Milano: dott. A. Giuffrè – Editore, 1957, p. 154.

<sup>603</sup> Adota-se, com as devidas adaptações, a noção que Carnelutti atribuiu ao direito de ação. Valendo-se das palavras desse autor, só que voltadas neste momento à ideia de jurisdição aqui defendida, ela se configura, na perspectiva consequencial, como um “*sistema intero di diritti e di doveri*” (CARNELUTTI, Francesco. **Saggio di una teoria**

Esse tipo de classificação é relevante pois, conforme aqui se defende, jurisdição (na dimensão consequencial) não é um poder (em sentido lato) exclusivo do magistrado, muito menos um único poder jurídico específico. Jurisdição (na sua dimensão consequencial) é um conjunto de posições jurídicas, poderes e deveres distribuídos, potencialmente ou já existentes, a diversos sujeitos e em diversas circunstâncias.

Portanto, além de norma jurídica (especificamente: princípio jurídico), o vocábulo de jurisdição, por metonímia, pode ser usado para classificar um fenômeno jurídico complexo, que torna possível o chamado agir jurisdicional. É justamente o que permite esse agir, em relação a todos os sujeitos jurisdicionais. Assim como o ar do nosso planeta entra nos pulmões e permite o ser humano viver, dando-lhe material para a produção de energia, a jurisdição é o que faz o processo jurisdicional ganhar vida. É o que faz o processo jurisdicional iniciar e ter sua vida.

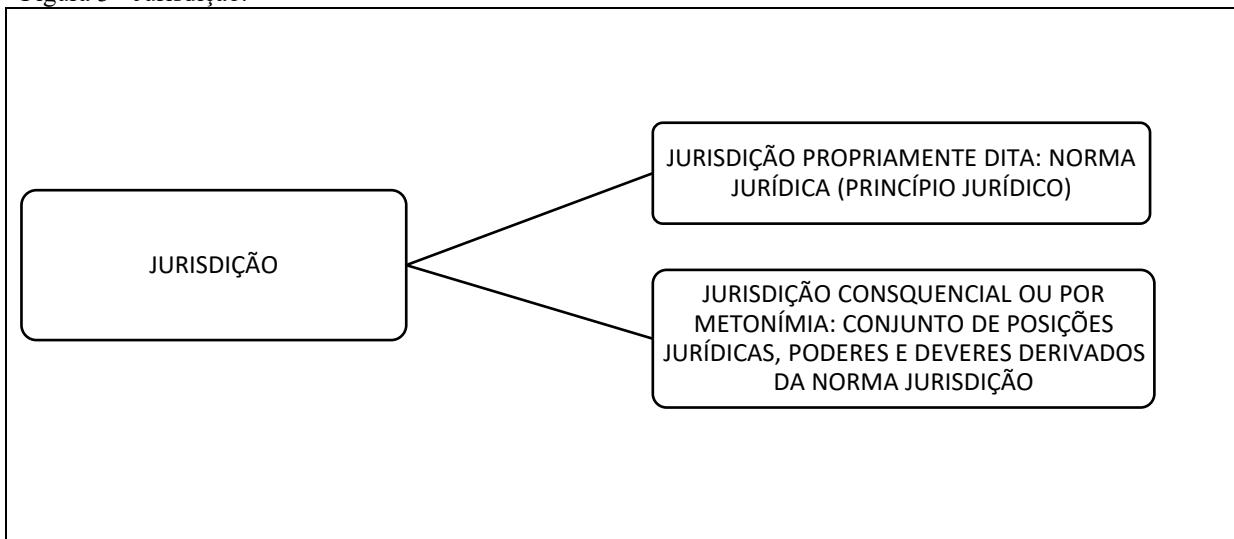
Ainda no bojo da analogia com o ar do nosso planeta, esse que tem uma composição de variados elementos que possibilitam, em equilíbrio adequado, a sobrevivência do ser humano, é possível decompor a jurisdição (na perspectiva metonímica) em diversas partes. Nesse sentido, a jurisdição (por metonímia) decompõe-se em diversas posições jurídicas existentes e potenciais, bem como os seus respectivos poderes e deveres, que tornam possível a concretização das suas finalidades.

Portanto, embora em sua essência a jurisdição seja uma norma jurídica, mediante uma figura de linguagem é possível classificar o conjunto de posições jurídicas, poderes e deveres derivados dessa norma também por esse mesmo conceito, a até mesmo se permitir a expressão “exercer jurisdição”, ou então “deter jurisdição”, formas de se comunicar que devem ser vistas como maneiras de aplicação da noção consequencial de jurisdição. A seguinte representação explica a classificação aqui proposta:

---

integrale dell’azione. **Rivista di diritto processuale**. Volume I - Parte I, anno 1946, Padova: CEDAM, 1946, p. 13).

Figura 3 - Jurisdição.



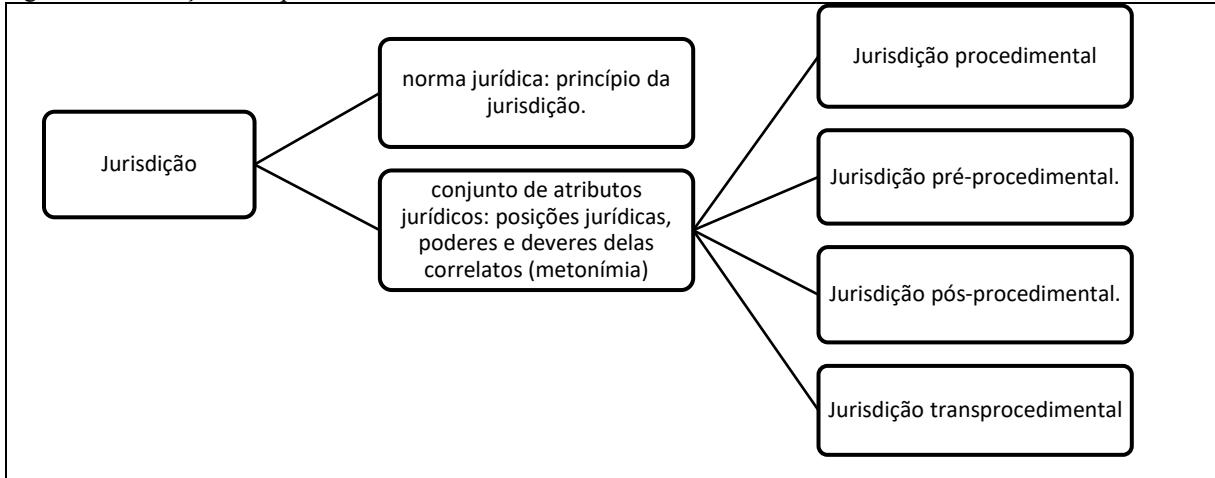
Fonte: Elaborado pelo autor

No âmbito da definição de jurisdição por metonímia, é possível individualizar as posições jurídicas (bem como os poderes e deveres respectivos) diretamente derivadas do processo jurisdicional, quando já instaurado. Então, no âmbito do conjunto de posições jurídicas e seus respectivos poderes e deveres jurisdicionais, extrai-se a jurisdição como conjunto de atributos jurídicos oriundos do próprio processo jurisdicional existente. Nesse caso, cabe então se falar na seguinte subdivisão: jurisdição procedural, jurisdição pré-procedimental, jurisdição pós-procedimental e jurisdição transprocedimental.

A jurisdição pré-procedimental e a pós-procedimental têm como elemento comum o fato de não estarem diretamente relacionadas ao procedimento, embora tenham pertinência com ele, podendo afetá-lo. São, por exemplo, os negócios jurídicos pré-processuais e pós-processuais. A jurisdição procedural, por sua vez, é aquela estritamente relacionada ao procedimento, sendo consequência direta dele e enquanto ele dura, integrando-o. A transprocedimental é também vista como uma consequência, só que, desta vez, de vários procedimentos conjuntamente, transcendendo um só.

Eis a representação dessa classificação.

Figura 4 - Jurisdição transprocedimental.



Fonte: Elaborado pelo autor, 2024.

#### 4.1.4.3.2 Aspectos específico atinente à amplitude normativa da jurisdição e a sua relação com a sua dimensão consequencial (por metonímia)

Um dos grandes debates na doutrina nacional e de outros países envolve a relação entre direitos fundamentais (e, em alguns casos, de todas as normas jurídicas constitucionais) e a sua regulamentação pelo ordenamento jurídico infraconstitucional. Há a difundida proposta classificatória de José Afonso da Silva<sup>604</sup>, bem como é possível destacar a crítica e o conjunto de proposições de Virgílio Afonso da Silva<sup>605</sup>. Há também as pertinentes observações de Ingo Wolfgang Scarlet<sup>606</sup> e de Paulo Bonavides<sup>607</sup>, isso além de inúmeras abordagens de variados estudiosos, seja sobre esse tema específico, seja sobre direitos fundamentais como um todo<sup>608</sup>.

<sup>604</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 63 e ss.

<sup>605</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 126-256, *passim*. Para uma resposta às críticas de Virgílio Afonso da Silva por parte do próprio José Afonso da Silva: SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 270-285.

<sup>606</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10<sup>a</sup> ed., ver., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, *passim*. Para uma crítica à perspectiva de Virgílio Afonso da Silva, consultar especialmente, SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10<sup>a</sup> ed., ver., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 253-255.

<sup>607</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7<sup>a</sup> ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 514-599.

<sup>608</sup> Eis alguns relevantes exemplos, dos inúmeros existentes: HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha**. Trad. (da 20<sup>a</sup> edição alemã): Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 225-288; ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 3. ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2024, p. 50 e ss; CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7<sup>a</sup> ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1395-1405.

Tomar partido definitivo diante de todas as perspectivas defendidas nas obras citadas acima ultrapassa o recorte proposto nesta tese. Entretanto, isso não significa que aqui não será feita uma tentativa de esclarecimento de alguns aspectos das premissas expostas nas linhas anteriores, com base, quando possível, em entendimentos de alguns dos aludidos autores.

Em primeiro lugar, parece coerente considerar a jurisdição como uma norma que exerce uma função semelhante à de um direito fundamental, ao menos num sentido lato do termo, embora, como dito, a ideia aqui defendida seja a de se cuidar de um fenômeno normativo *sui generis*<sup>609</sup>. Nesse cenário, não obstante a última afirmação anterior, é aplicável aqui, tal como será apontado no subcapítulo 4.1.2 deste trabalho, a afirmação de Virgílio Afonso da Silva, no sentido de que as normas de direitos fundamentais seriam princípios jurídicos<sup>610</sup>.

Em segundo lugar, quando se afirma que a norma jurisdição dá origem a um fenômeno jurídico composto por variadas posições jurídicas, assim como também acarreta o surgimento de variadas normas jurídicas, não se desconsidera a complexa estruturação de fontes de norma processual no Brasil. No Brasil, há variadas fontes de norma processual. Embora aqui se entenda que deva ser adotada uma perspectiva de força normativa ampla da norma jurisdição, ainda assim é de se considerar que as normas infraconstitucionais exercem uma função regulamentadora, essa que não se cuida de uma simples derivação invariável da norma jurisdição, como se não houvesse uma amplitude de escolhas normativas do legislador infraconstitucional ou das partes (em hipóteses de produção negocial), mas sim, como o próprio nome já diz, uma regulamentação propriamente dita, que em sua essência pode ser vista como a concretização normativa.

Conforme aqui se entende, há uma forte relação de causa e efeito normativo entre a jurisdição e o fenômeno jurisdicional. Por essa razão, afirmar que o fenômeno jurisdicional (composto por posições jurídicas oriundas diretamente da norma jurisdição e de fenômenos estabelecidos por normas infraconstitucionais) seria uma consequência da norma jurisdição é a posição mais adequada, especialmente no que diz respeito ao estabelecimento de uma fonte central de todo esse fenômeno, sem desprestigar as necessidades de regulamentação concreta

<sup>609</sup> Especialmente ante a incerteza decorrente da multiplicidade de visões a respeito dos contornos do conceito de direito fundamental. A título de exemplo, duas obras amplas e que também expõem diversas noções conceituais são estas: (i) SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais:** conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, 126-207; e (ii) SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10<sup>a</sup> ed., ver., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 235-256.

<sup>610</sup> Sobre o tema: SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais:** conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 139.

em cada contexto específico, envolvendo variados caminhos possíveis, isso além das mais variadas fontes de normas processuais.

#### **4.2 Jurisdição e democracia**

Com base nas premissas desta tese, já é possível antever que a ideia de jurisdição deve ser vista sociologicamente como um instituto a serviço de todos. O processo jurisdicional é um instrumento muito importante para a sociedade. O sangue que corre nas suas veias e o individualiza é justamente a jurisdição. Se relevantes atos para o direcionamento do processo, inclusive aquele que gera o seu nascimento, são praticados pelos postulantes, não há como conceber que o fenômeno jurisdicional seja algo restrito ao magistrado ou a uma espécie de agente jurisdicional.

Portanto, nem o magistrado e nem os postulantes são donos do poder jurisdicional. Eles apenas podem se valer dos meios que a jurisdição possibilita para que se produza efeitos no mundo jurídico e, a depender da teoria, no mundo político e social<sup>611</sup>.

Num contexto tão complexo, no qual o judiciário exerce imensa influência perante a sociedade brasileira, não parece ser adequado continuar perpetuando noções tradicionais (e, nesses casos, realmente autoritárias) de um fenômeno jurídico tão importante quanto é o da jurisdição. A jurisdição, vista sob uma perspectiva descentralizada, cumpre sua função legitimadora de uma forma distinta da tradicional<sup>612</sup>, mas que deveria sempre ter sido a principal, que é a de uma legitimação democrática, isso sem perder sua relevância teórica como categoria, diversamente do que acontece com algumas das atuais noções que foram estudadas nesta tese. Nas palavras de Häberle, defendendo premissa que, a nosso ver, aplica-se ao direito brasileiro<sup>613</sup>, inclusive num contexto mais amplo do que no do cenário do direito constitucional,

<sup>611</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, p. 220-245.

<sup>612</sup> Nesse sentido, entende-se que as reflexões de Peter Häberle se aplicam a todo o contexto jurídico, não somente à interpretação constitucional propriamente dita. O nosso sistema jurídico, que tem com centro a Constituição, não pode tratar, valendo-nos aqui das palavras do citado jurista alemão, “as forças sociais e privadas como meros objetivos”. Em verdade, esse sistema “deve integrá-las ativamente enquanto sujeitos”. Sobre as citações aqui feitas, voltadas à reflexão a respeito da interpretação constitucional, especificamente à luz de um ponto de vista “teórico-constitucional”, mas que por nós foram aproveitadas para um contexto mais amplo, conferir: HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 33.

<sup>613</sup> A título de mera curiosidade, para se ter uma noção do que Häberle entedia a respeito do Brasil, sem prejuízo de se tratar de uma entrevista dada a brasileiros e num contexto no qual acabaria sendo inconveniente realizar críticas, conferir: VALADÉS, Diego. (org). **Conversas acadêmicas com Peter Häberle**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009, p. 201-214.

a legitimação que sustenta a participação mais ou menos intensa das forças pluralistas na interpretação constitucional “*reside en el hecho de que estas fuerzas constituyen un pedazo del espacio público y de la realidad de la Constitución misma*”. Ainda pela sua perspectiva, a democracia não tem seu desenvolvimento mediante “*la relación de delegación y responsabilidad formalizada, canalizada, en sentido estricto, entre el pueblo y los órganos del Estado [...]*”, visto que o povo, na sua visão, “*no es solamente una magnitud uniforme que (solamente) ‘emana’ el día de las elecciones, las cuales trasmitten legitimación democrática como tales*”. A noção de povo, “*como magnitud constituida actúa ‘hacia todos lados’, de manera universal, en múltiples planos, a partir de numerosos motivos y en muchas formas, incluso a través de la realización cotidiana de los derechos fundamentales*”<sup>614</sup>.

Ademais, não se pode ignorar que, nos termos do art. 1º, parágrafo único, da Constituição, todo o poder emana do povo, esse que o exerce pelos seus representantes eleitos ou diretamente. Esse artigo, embora seja pouco abordado no processo civil, reflete o principal aspecto de distinção do judiciário para outros poderes constitucionais, que é o fato de que os julgadores, no nosso modelo sistema, não são eleitos.

Por não serem eleitos, não se cuida aqui de uma representação da sociedade ou de uma legitimação política exclusiva. Os julgadores jurisdicionais, em verdade, presentam a jurisdição, isso para agirem de maneira instrumental, por obrigação com o povo e não por delegação. A jurisdição, como norma jurídica, serve ao povo, e não o contrário.

#### **4.3 A descentralização do exercício de poderes jurisdicionais**

É necessário superar o clássico paradigma que restringe a jurisdição apenas ao exercício de um poder pelo julgador. Não se nega aqui, claro, que a jurisdição, além de ser classicamente vista como uma espécie de poder<sup>615</sup> ou conjunto de poderes, inevitavelmente é um elemento que também serve para limitar sociologicamente o agir do magistrado.

Ocorre que, não obstante o rico caldo cultural oriundo do passado, no contexto jurídico brasileiro, à luz de uma Constituição que estabelece uma série de valores e garantias, a figura do poder jurisdicional não pode ficar restrita apenas à magistratura, especialmente ante a

---

<sup>614</sup> HÄBERLE, Peter. **El Estado constitucional**. Trad. Héctor Fix-Fierro. D.F: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 156- 159.

<sup>615</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, p. 116-122.

necessidade de ela ser utilizada justamente como elemento individualizador da função precípua do Poder Judiciário, apresentado pela estrutura judicial e pelos seus agentes.

A jurisdição deve ser vista, portanto, sob um viés democrático<sup>616</sup>, especialmente num contexto em que, ante todos os princípios e regras processuais já mais do que consagrados, os postulantes jurisdicionais exercem um papel fundamental na decisão final que será produzida pelo judiciário. Ademais, o agir jurisdicional, conforme delineado nesta tese, configura-se mediante o exercício de uma série de direitos que, sob uma perspectiva sociológica, configuram-se como poderes e que podem causar consequências perante outros. Na verdade, essas consequências são tanto sociológicas quanto jurídicas, considerando-se a plena possibilidade de vincular um terceiro ao processo, submetendo-o aos ônus e, ao fim, a uma eventual decisão que lhe seja desfavorável.

A hipótese descrita acima é só um exemplo. Vários outros foram mencionados em momento específico desta tese. O que é relevante destacar, nesta oportunidade, é que não é adequado, à luz de uma Constituição amplamente democrática como a brasileira<sup>617</sup>, conceber uma noção autoritária e restrita da jurisdição, sendo que tal elemento deve ser justamente aquele que individualiza e torna possível o cumprimento dos fins do Poder Judiciário e da arbitragem, e a única forma de tornar isso possível é por meio também dos postulantes e demais agentes jurisdicionais (ex: testemunhas, peritos etc.)<sup>618-619</sup>. Embora aqui se defenda a posição distinta da de Luiz Guilherme Marinoni, a sua afirmação a respeito da legitimidade da jurisdição condicionada ao agir das partes é cirúrgica: “A legitimidade da jurisdição depende dos direitos

<sup>616</sup> Na doutrina brasileira, Ada Pellegrini Grinover já chegou a defender um viés amplamente democrático da jurisdição, a abranger também a justiça conciliativa extrajudicial, essa que, por sua vez, traz consigo, segundo a autora, elementos de uma democracia participativa (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 66).

<sup>617</sup> O seguinte trecho aplica-se exatamente ao que está sendo defendido neste momento: “O Estado Democrático Constitucional sobressai do Estado Liberal e do Estado Social, implicando superação desses modelos, com a supremacia da norma constitucional, e o acolhimento do valor ‘participação’ na formação e nos processos discursivos das decisões estatais” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 125).

<sup>618</sup> Embora defendida uma noção de ação que aqui é criticada, vale destacar a perspectiva de Carnelutti a respeito do fenômeno do direito ao processo, envolvendo outros sujeitos além do próprio magistrado (testemunhas, membros do ministério público – no contexto de seu país – etc.), sem óbice de não incluir também a parte contrária. Sobre o tema: CARNELUTTI, Francesco. *Saggio di una teoria integrale dell’azione. Rivista di diritto processuale*. Volume I - Parte I, anno 1946, Padova: CEDAM, 1946, p. 11.

<sup>619</sup> Em um verdadeiro manifesto, apontando a plena possibilidade normativa do nosso ordenamento, de fixação de um modelo verdadeiramente democrático de processo civil, conferir: NUNES, Dierle José Coelho. **Comparticipação e Policentrismo Horizontes para a democratização processual civil**. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2008, 217f., p. 199.

de o autor influir sobre o convencimento do juiz e utilizar as técnicas processuais adequadas à proteção do direito material”<sup>620</sup>.

Peter Häberle, ao discorrer sobre a quem competiria interpretar a Constituição de seu país, defendeu a necessidade de conceber que “no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição”, visto que a interpretação constitucional, na sua visão, “é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta”, e sua interpretação não se restringiria ao Estado<sup>621</sup>.

Em sendo tal premissa aplicável ao direito brasileiro, não há lógica sequer para restringir tal amplitude interpretativa ao cenário exclusivo da Constituição brasileira. Não só a nossa Carta Constitucional submete-se à interpretação de todos os cidadãos, mas também todo o nosso ordenamento jurídico, especialmente quando se consolida a ideia de constitucionalização do direito no Brasil. A noção de Häberle, ainda que voltada a aspectos do campo hermenêutico, traz algo que é de relevância fundamental para esta tese, que é a defesa da necessidade de entender o papel da sociedade na construção de um direito justo e democrático, e o direito processual precisa atualizar-se a tal finalidade.

Logo, em se compreendendo que a jurisdição não se limita a uma simples noção de poder/dever/função do magistrado, a melhor solução é, ampliando corretamente a sua abrangência, entender que ela outorga poderes para que a própria sociedade contribua para o resultado da interpretação do nosso ordenamento jurídico, independentemente de ser constitucional ou infraconstitucional.

A necessidade de atribuir papel às partes no resultado da interpretação já foi percebida pelo próprio Häberle, quando ele mesmo elenca como “participantes do processo de decisão” que “não são, necessariamente, órgãos do Estado”:

- a) O requerente ou recorrente e o requerido ou recorrido, no recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*), autor e réu, em suma, aqueles que justificam a sua pretensão e obrigam o Tribunal a tomar uma posição ou assumir um ‘diálogo jurídico’ (‘Rechtsgespräch’);

---

<sup>620</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Da ação abstrata e uniforme à ação adequada à tutela dos direitos. **Polêmica sobre a ação, a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo.** MACHADO, Fábio Cardoso (org.) (et. al.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 240.

<sup>621</sup> Para tudo o que foi dito: HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição:** contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 12-23.

b) Outros participantes do processo, ou seja, aqueles que têm direito de manifestação ou de integração à lide [...]<sup>622</sup>.

Longe de querer desvirtuar qualquer aspecto da teoria do jurista em comento, o que se objetiva, em verdade, é mostrar que a ideia proposta na presente tese toma como ponto de partida essa premissa de abertura da participação social na interpretação jurídica<sup>623</sup>. Talvez, inclusive, haja até mesmo a necessidade de se fazer uma gradação, visto que (i) toda a sociedade pode interpretar o direito, independente do Poder Judiciário e (ii) a jurisdição, como norma, permite a participação da sociedade de forma efetiva no processo judicial e arbitral para reforçar o primeiro aspecto mencionado. É um reforço à ideia de que o direito é de todos, e não somente de alguns grupos de intérpretes.

#### **4.4 A dinâmica processual é influenciada de forma marcante por quem realiza o agir jurisdicional**

Com base em concepções eminentemente modernas a respeito do processo civil brasileiro, não obstante algumas delas criticarem o protagonismo da jurisdição como elemento central da teoria do processo, muito em razão da conotação autoritária que se costuma atribuir a tal conceito<sup>624</sup>, o que se observa é que há uma valorização ainda maior do papel desempenhado pelas partes no âmbito do processo jurisdicional.

---

<sup>622</sup> HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição:** contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 21.

<sup>623</sup> Esse caminho já foi seguido antes em uma dissertação de mestrado que analisou a figura do *Amicus Curiae* no âmbito do processo civil brasileiro, à luz do CPC de 2015. Nesse estudo é pontuado expressamente que, não obstante a menção feita por Häberle à interpretação da Constituição, o objetivo da sua teoria, em verdade, “sempre foi garantir que todos participassem do processo de interpretação em si”. Independentemente de tal premissa ser correta ou não, a ideia de Häberle serve de ponto de partida, e, nesse sentido, concorda-se mais uma vez com a autora da dissertação aqui citada, no sentido de que a interpretação deve ser participativa em todas as instâncias e demais diplomas legais. Para tudo, conferir: SALES, Teresa Helena Barros. **Que voz ouvir? Uma análise da teoria da sociedade aberta de haberle e a atuação do amicus curiae a partir do código de processo civil de 2015.** Dissertação de Mestrado. IDP. Brasília, 2020, p. 49-50.

<sup>624</sup> Por todos, representando versões que, embora tenham críticas semelhantes à jurisdição, seguem caminhos notadamente distintos, conferir: SILVA FILHO, Antônio José Carvalho da. **Processo como direito fundamental: a desconstrução do “processo justo” e a edificação do devido processo legal.** Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo: 2021, 504p., p. 27 -34, 468, *passim*; e MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil:** do modelo ao princípio. 3. ed em e-book baseada na 5. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. RB-1.1.

Noções a respeito de colaboração processual<sup>625</sup>, cooperação<sup>626</sup>, comparticipação<sup>627</sup> vêm prevalecendo no sistema atual<sup>628</sup>, o que efetivamente corrobora a importância da atuação das partes.

No entanto, se já não fosse suficiente o que foi dito acima e ao longo desta tese, a própria estrutura do processo jurisdicional brasileiro tem uma série de características que evidenciam a importância das partes no desenvolver do fenômeno jurisdicional, à luz das premissas adotadas neste trabalho. Logo, restringir a noção de exercício de poderes jurisdicionais apenas à figura do julgador, como se as partes fossem meramente espectadoras, acaba sendo um equívoco que não pode permanecer, isso ante o próprio protagonismo de que essas últimas dispõem.

Por exemplo, o fato de o postulante escolher quando e como uma questão será levada ao judiciário<sup>629</sup>, também tende a possibilidade de, a depender do caso, optar entre dois ou mais juízos teoricamente competentes e, também a depender do contexto, se valer de variados procedimentos que se relacionam a elementos estratégicos (como é o caso da produção

<sup>625</sup> MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil:** do modelo ao princípio. 3. ed. em e-book baseada na 5. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. RB-2.1 e ss.

<sup>626</sup> DIDIER JR., Freddie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. **Revista do Ministério Público.** Rio de Janeiro: MPRJ, n. 49, jul./set., 2013, p. 93-99.

<sup>627</sup> NUNES, Dierle José Coelho. **Comparticipação e Policentrismo Horizontes para a democratização processual civil.** Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2008, 217f., p. 201-202, *passim*.

<sup>628</sup> Sobre o dever de cooperação no âmbito probatório, consultar: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Seção. **Recurso Especial n. 1.777.553/SP.** Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Julgado em 26/05/2021. Publicado em: 01/07/2021, *passim*. Eis outro exemplo de aplicação da cooperação/colaboração (foram citadas as duas expressões como se fossem sinônimas), para evitar nulidades de algibeira: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. **Agravo Interno no Recurso Especial n. 1.837.482/PR.** Relator: Ministro Gurgel de Faria. Julgado em: 07/11/2023. Publicado em: 15/12/2023, p. 13. Entretanto, a verificação de se o Superior Tribunal de Justiça aplica efetivamente as noções de colaboração, cooperação e comparticipação demanda uma análise aprofundada, incabível no presente momento. A princípio, embora tal afirmação seja apenas a título de ponto de partida para eventual reflexão, ainda se percebe uma possível (ao menos aparente) resistência quanto à adoção das noções colaborativas aplicadas ao magistrado.

<sup>629</sup> “Como aponta José Roberto de Castro Neves, direito e advocacia são coisas distintas. O propósito do advogado não é preponderantemente o de recorrer a silogismos jurídicos, mas “*proteger os interesses de quem solicitou sua ajuda*”. O direito é a matéria prima de seu ofício. Quando o direito muda, o advogado se adapta, e não exatamente para dividi-lo imparcialmente, mas para defender os interesses de seu cliente em um novo tabuleiro, com novas possibilidades estratégicas” (NÓBREGA, Guilherme Pupe da. MELLO, João Pedro. Reformas processuais e advocacia: o caso da relevância da questão federal. **Conjur.** 19 de agosto de 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-ago-19/pupe-mello-advocacia-relevancia-questao-federal/>. Acesso em: 06 abr. 2024).

antecipada de prova<sup>630-631)</sup> reforça o protagonismo que os cidadãos têm no fenômeno jurisdicional<sup>632</sup>.

Da mesma forma, em um dos momentos mais importantes do processo jurisdicional, ante a sua influência no plano concreto da vida das pessoas, que é o caso dos procedimentos executivos, as partes inevitavelmente têm o protagonismo na movimentação dos feitos<sup>633</sup>, o que evidencia a relevância do seu agir para a concretização do que foi decidido.

Além disso, ao menos à luz da perspectiva desta tese, as partes também têm o direito de, estrategicamente, delimitar que questões serão levadas a tribunais mediante recursos, com o objetivo de poder influenciar o processo de formação dos chamados “precedentes”<sup>634</sup>. Embora isso não seja isento de polêmicas<sup>635</sup>, parece-nos ser de fato a opção teórica mais adequada, considerando que as próprias partes é quem são as principais afetadas pelo resultado dos precedentes jurisdicionais.

Também vale destacar o fato de que alguns sujeitos e órgãos têm relevantes poderes de utilização de procedimentos coletivos, de ampla relevância e com potencial de afetar uma grande quantidade de pessoas. Ou seja, verifica-se um poder muito mais amplo do que o que um cidadão comum dispõe. Tal poder (ou, melhor dizendo, conjunto de poderes, pois há várias

<sup>630</sup> Versando a respeito do uso estratégico da produção antecipada de prova: SICA, Heitor Vitor Mendonça. O uso estratégico da produção antecipada de provas no CPC de 2015. **Gen Jurídico**. 24 de julho de 2019. Disponível em: <https://blog.grupogen.com.br/juridico/areas-de-interesse/processocivil/producao-antecipada-de-provas/>. Acesso em: 20 abr. 2024.

<sup>631</sup> Refletindo sobre o tema, como foco na estabilidade e eficácia probatória no âmbito da produção antecipada: FUGA, Bruno Augusto Sampaio. Estabilidade e eficácia probatória na produção antecipada de prova. **Revista de Processo**, vol. 338, p. 99-135, abril de 2023, *passim*.

<sup>632</sup> No que concerne ao protagonismo que os cidadãos têm perante o resultado do judiciário, Peter Häberle, no âmbito constitucional, já realizou afirmação que segue essa linha (HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 21). Com efeito, aqui se entende que essa premissa se aplica de maneira geral ao processo jurisdicional como um todo.

<sup>633</sup> Embora se fale em impulso oficial no curso da execução, não há como negar que, ante a herança individualista do nosso sistema, o que prevalece é a incumbência atribuída ao exequente de prosseguir com a execução (*vide*, inclusive, arts. 797, 798, 799, 800, §2º, 801, e 513, caput e §1º; art. 516, parágrafo único; art. 517, §1º, 2º; todos do CPC; por exemplo). Tanto é assim que se os atos de impulso oficial forem contrários ao interesse das partes, é possível se falar em verificação da validade deles (ASSIS, Araken de. **Manual da execução**. 18. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 626-627).

<sup>634</sup> Esse direito, contudo, sofre mitigação com a regra prevista no art. 998, parágrafo único, do CPC, que estabelece que “A desistência do recurso não impede a análise de questão cuja repercussão geral já tenha sido reconhecida e daquele objeto de julgamento de recursos extraordinários ou especiais repetitivos”.

<sup>635</sup> Um exemplo é a demanda coletiva ajuizada pelo Ministério Públco do Trabalho brasileiro visando a uma condenação da empresa Uber por supostamente realizar acordos para influenciar a seu favor a dinâmica de produção de precedentes na justiça trabalhista. Sobre o tema: MAIA, Flávia. TRT3 nega recurso em que MPT acusava Uber de manipular jurisprudência com jurimetria. **JOTA**. 07/03/2024. Disponível em: <https://www.jota.info/justica/trt3-nega-recurso-em-que-mpt-acusava-uber-de-manipular-jurisprudencia-com-jurimetria-07032024?non-beta=1>. Acesso em: 13 nov. 2024.

situações de legitimação coletiva) também não pode ser ignorado no estudo do fenômeno jurisdicional.

Em relação ao controle concentrado de constitucionalidade, por sua vez, é imperioso destacar que não é permitido aos órgãos do Poder Judiciário dar início ao processo. Esses órgãos (STF e os Tribunais de Justiça) necessitam de uma provocação, o que atribui um grande poder a determinados legitimados<sup>636</sup>. Ou seja: para exercer um fenômeno tão importante, não há hipótese alguma de agir de ofício para iniciar o processo de controle concentrado. Somente mediante o agir das partes é que tal via pode ser efetivamente utilizada.

Da mesma forma, ainda no âmbito do controle pela via concentrada, há o grande debate sobre a possibilidade de realização de acordos, o que modifica de forma drástica a teoria clássica a respeito do tema<sup>637</sup>. Em termos práticos, o que se constata é que no próprio Supremo Tribunal Federal há órgão estabelecido para a realização dessas práticas consensuais<sup>638</sup>, a permitir que as partes tenham ainda mais poderes no cenário jurisdicional propriamente dito.

Somando-se a tudo o que foi dito até agora, há também o fenômeno da arbitragem, no qual os cidadãos podem definir “livremente” as “regras de direito que serão aplicáveis, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública”, respeitando a restrição envolvendo a atuação de administração pública (art. 2º, §§ 1º a 3º da Lei nº 9.307/1996)<sup>639</sup>. Ademais, ainda nesse contexto arbitral, há a possibilidade de sua realização tendo como parâmetro a equidade (art. 2º da Lei nº 9.307/1996)<sup>640</sup>, o que reforça o poder que os cidadãos têm, de até mesmo definir que parâmetro será utilizado para decidir no cenário de um processo jurisdicional.

<sup>636</sup> Referimo-nos aos procedimentos de controle concentrado de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal e no âmbito dos Tribunais de Justiça. Sobre o tema, de maneira panorâmica: MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de Constitucionalidade. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 18ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 2651-2678.

<sup>637</sup> Sobre esse ponto, numa perspectiva crítica: VIEIRA, Oscar Vilhena. O grande bazar de direitos. **Folha de São Paulo**, 12 de julho de 2024. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/oscarvilhenavieira/2024/07/o-grande-bazar-de-direitos.shtml>. Acesso em: 01 ago. 2024. Esse texto foi objeto de resposta por Georges Abboud, no mesmo veículo (ABBOUD, Géorges. O STF é mesmo um bazar de direitos? **Folha de São Paulo**, 18 de julho de 2024. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2024/07/o-stf-e-mesmo-um-bazar-de-direitos.shtml>. Acesso em: 01 ago. 2028).

<sup>638</sup> No momento em que se escreve a presente tese, há no STF o chamado “NUSOL”, que, de acordo com o próprio endereço eletrônico do Tribunal, visa a “apoiar os Gabinetes na busca e implementação de soluções consensuais de conflitos processuais e pré-processuais, bem como promover a cooperação judiciária do STF com os demais órgãos do Poder Judiciário” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Núcleo de Solução Consensual de Conflitos – NUSOL /STF. Sobre o NUSOL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=cmc&página=apresentacao>. Acesso em: 13 nov. 2024).

<sup>639</sup> Sobre o tema, NEVES, Flávia Bittar; CREMASCO, Suzana Santi. **Lei de Arbitragem Comentada**: lei nº 9.307/1996. WEBER, Ana Carolina; LEITE, Fabiana de Cerqueira (coord). 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. RL-1.2).

<sup>640</sup> “O vocábulo *equidade* (do latim *aequitas*) recebe várias acepções entre os dicionaristas, sendo geral, porém, o significado de imparcialidade, equanimidade, espírito de justiça ou até mesmo justiça natural. Em termos mais técnicos é possível afirmar que o vocábulo designa o julgamento que respeita a igualdade de cada um, levando em consideração determinantes concretas (intenções, motivos e fatos), conforme o sentimento do que se considera

Por fim, é possível listar, a título de complementação, o relevante fenômeno dos negócios jurídicos processuais típicos e atípicos, envolvendo os mais variados campos, efetivando-se das mais diversas maneiras; a generalização da tutela antecipada, que permite decisões com efeitos concretos imediatos sem que se tenha chegado à fase de decisão final do procedimento ou recurso<sup>641</sup>; o fato de o próprio processo jurisdicional ter uma série de mecanismos que protegem terceiros<sup>642</sup>, bem como também cada vez mais serem elaboradas teorias que permitem uma maior participação de quem inicialmente estaria de fora da relação jurídica processual<sup>643</sup>; e, igualmente, a constatação de que ao longo de todo o processo os postulantes têm uma necessária liberdade quanto ao agir estratégico, mediante as razões

justo, independentemente da previsão legal. O julgamento por equidade, portanto, é o exercício da função jurisdicional de modo livre por árbitros ou juízes togados – que autorizados pelas partes ou exclusivamente pela lei – decidirão a controvérsia reduzindo, ampliando, aplicando ou criando a regra que melhor assegure o equilíbrio entre os contendentes. Tal atividade está limitada, quase que exclusivamente, pelo respeito aos princípios processuais relacionados ao contraditório e à ampla defesa.

Os árbitros poderão impor a solução que no entendimento deles é a mais justa, i.e., que atende especificamente aos interesses das partes em determinada situação e em específica relação jurídica, sem que a regra de direito estrito seja considerada como limitante a esse poder-dever. Não pretendo concluir que os árbitros estão obrigados a abandonar o direito positivo. Na verdade, os árbitros podem concluir que o direito positivo apresenta a solução mais justa para o caso concreto. O julgamento por equidade não é contraposto ao ordenamento jurídico, mas se encontra dentro do Direito, o que significa, em outros termos, que o juízo de equidade não confronta o juízo legal: ambos pertencem ao mesmo sistema de tutela jurisdicional, sendo o juízo de equidade apenas um derivativo do juízo legal, o que autoriza dizer que o julgamento por equidade é uma técnica que facilita ao julgador que se afaste do direito positivo quando, no caso particular, este for injusto” (CARMONA, Carlos Alberto. Julgamento por equidade em arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**/vol. 30, p. 229-244, jul-ste, 2011, p. 3-4).

<sup>641</sup> “O procedimento ordinário era, enfim, ineficaz para casos de urgência, sendo inoperante para elidir uma ameaça ou evitar a concretização de um dano iminente. Em virtude dessa ineficácia, os interessados passaram a valer-se de ações cautelares, desvirtuando sua finalidade, justamente porque eram utilizadas para efetivar, desde logo, o direito da parte, contendo insólito cariz satisfatório, incompatível com sua desejada feição instrumental e acessória. Para eliminar esse uso anômalo das ações cautelares e atender ao interesse de urgência, o Código de Processo Civil (LGL\1973\5) foi, em 1994, alterado para, entre outras mudanças, ter nele generalizada a figura da tutela antecipada, com requisitos tidos como mais exigentes que os da ação cautelar. Em vez do *fumus boni iuris* passou-se a exigir a verossimilhança da alegação fundada em prova inequívoca, devendo haver um risco de lesão ou, alternativamente, um manifesto propósito protelatório do réu. A esses requisitos, acresce-se um negativo: a ausência de irreversibilidade do provimento antecipatório. A tutela antecipada veio a ser alterada, com a introdução de novas regras, em 2002, mediante modificação legislativa” (CUNHA, Leonardo Carneiro da. Tutela jurisdicional de urgência no Brasil: relatório nacional (Brasil). **Revista de Processo**, vol. 219, p. 307-343, Maio, 2013, p. 4).

<sup>642</sup> Além da intervenção propriamente dita no âmbito da relação jurídica processual, que envolve também a figura do recurso de terceiros e todas as espécies interventivas existentes no nosso ordenamento (*amicus curiae*, intervenção anômala etc.), é possível destacar, no âmbito externo à relação originária (embora isso possa ser objeto de maiores reflexões, ante a mistura de procedimentos, em alguns casos, com a possibilidade de sentença conjunta em determinadas situações), a ação de embargos de terceiro (art. 674 a 681 do CPC), a oposição (art. 682-686 do CPC), o próprio mandado de segurança e até mesmo o *habeas corpus* versando sobre matéria cível. Todas essas “ações” mencionadas podem servir como meio de proteção de terceiros. No caso dos embargos de terceiro, essa acaba sendo a principal característica.

<sup>643</sup> Sobre o ponto: TEMER, Sofia. Atuação e intervenção de terceiros por interesse econômico: o prejuízo jurídico não é o único apto a viabilizar a atuação perante o Judiciário. **Revista de Processo**. vol. 349, p. 63-67, março, 2024, p. 2) e TEMER, Sofia. **Participação no Processo Civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, *passim*.

subjacentes e ocultas das normas processuais<sup>644</sup>, algo que permite a instauração de um ambiente dinâmico na produção do resultado final por parte do judiciário<sup>645</sup>.

Mesmo que já tenham sido mencionados no parágrafo anterior, os negócios jurídicos processuais típicos e atípicos no direito brasileiro merecem uma nova menção, considerando que, em razão de uma sólida posição doutrinária nacional<sup>646</sup>, eles relativizam o publicismo que imperou nas formas de se compreender o direito processual civil, permitindo um certo protagonismo das partes, isso em razão da sua liberdade negocial<sup>647</sup>.

Nesse sentido, muitas alternativas de grande relevância se tornam possíveis, tais como (i) negócio jurídico processual para afastar a coisa julgada<sup>648</sup>; (ii) a calendarização processual<sup>649</sup>; (iii)a legitimidade extraordinária de origem negocial<sup>650</sup>; (iv)a promessa de não processar<sup>651</sup>; (v)a definição de qual procedimento jurisdicional deverá ser adotado exclusivamente; (vi) as cláusulas relacionadas a questões probatórias, inclusive a inversão de

<sup>644</sup> MELLO, João Pedro de Souza. **Como se vence um processo:** norma processual, jogo, estratégia e chicana. Londrina: Thoth, 2023, p. 32-33.

<sup>645</sup> Aplica-se ao processo brasileiro, sem dúvidas, a ideia defendida por Piero Calamandrei, no sentido de que “*La sentenza non è dunque il prodotto automatico dell'applicazione delle leggi ai fatti, ma è la risultante psicologica di tre forze in giuoco [...]*” (CALAMANDREI, Piero. Il processo come giuoco. **Opere Giuridiche. Volume I. Problemi generali del diritto e del processo.** Roma Tre-Press: Roma, 2019, p. 539). Uma obra que evidencia as possibilidades de agir estratégico, a influenciar o resultado do processo, é a aqui já citada “Como se vence um processo”, de João Pedro Mello (MELLO, João Pedro de Souza. **Como se vence um processo:** norma processual, jogo, estratégia e chicana. Londrina: Thoth, 2023, *passim*).

<sup>646</sup> Segundo Natasha Reis de Carvalho Cardoso, “Apesar do reconhecimento atual das convenções no processo brasileiro, sempre houve o debate que restringia a sua admissão, pela suposta e alegada divisão intransponível do publicismo e do privatismo. Isto restava claro quando se considerava que as normas processuais, sendo cogentes, não poderiam ser substituídas por aquelas convencionais, a serem celebradas entre as partes(...)” (CARDOSO, Natasha Reis de Carvalho. A colusão nos negócios jurídicos processuais: breves reflexões. **Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília**, /S. I.J, v. 15, n. 1, 2019, p. 411). Hoje, de todo modo, tal como adiantado por Cardoso, não há como negar a aceitação acadêmica a respeito dos negócios processuais no atual código de processo civil. Pode-se dizer que se cuida de fato notório na doutrina nacional a grande produção sobre esse tema, tendo como grandes expoentes autores como Antonio do Passo Cabral, Fredie Didier Jr. etc.

<sup>647</sup> CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções processuais.** 2<sup>a</sup> ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018, p. 215-246.

<sup>648</sup> TOSCAN, Anissara. **Coisa julgada:** contribuição para uma nova teoria. Tese (Doutorado). Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito. Curitiba, 2021, 555p., p. 497.

<sup>649</sup> Ressaltando a possibilidade de já poder existir antes do CPC, além de destacar a sua relevância e a simplicidade: COSTA, Eduardo José Fonseca. Calendarização processual. GAJARDONI, Fernando (org). **Magistratura.** Salvador: Editora JusPodivm, 2005, p. 79-94.

<sup>650</sup> Defendendo essa possibilidade ainda no âmbito do CPC de 1973: BENEDUZI, Renato Resende. Legitimidade extraordinária convencional. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPRro.** Belo Horizonte, ano 22, n. 96, p. 103-126, abr./jun. 2014, p. 127-140. No contexto do atual código, por todos: DIDIER JR., Fredie. Fonte normativa de legitimação extraordinária no Novo Código de Processo Civil: a legitimação extraordinária de origem negocial. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, nº 56, abr./jun. 2015, p. 137 -143.

<sup>651</sup> CABRAL, Antonio do Passo. Pactum de non petendo: a promessa de não processar no direito brasileiro. **Revista de Processo**, ano 45, n. 305, julho, 2020, p. 17-40.

ônus probatório<sup>652</sup>; (vii) a fixação de impossibilidade de execução provisória; (viii) os negócios processuais na execução<sup>653</sup>; (ix) a renúncia ao direito de recorrer; (x) a exigência de atos prévios como condição de validade para prosseguimento do processo jurisdicional<sup>654</sup>, entre outras hipóteses<sup>655</sup>.

Portanto, tendo em vista todas as possibilidades expostas acima, surge a seguinte pergunta: como explicar a manutenção de um conceito de jurisdição estático e restrito ao âmbito do magistrado, considerando todo o poder de influência que as partes têm no processo jurisdicional? Sem dúvidas se trata de uma situação em que a ideia de jurisdição precisa ser repensada.

#### **4.5 Importantes aspectos relacionados a nomenclaturas**

Os conceitos delineados na presente tese, além de (i) trazerem uma solução mais adequada à complexidade do fenômeno jurídico moderno no Brasil, isso no que diz respeito ao acesso à tutela jurisdicional, (ii) também são plenamente adequados quando contrastados com as demais classificações da disciplina, sem desconsiderar a inquestionável constatação de que toda construção conceitual é, ao fim e ao cabo, fruto também de uma interpretação, até mesmo de quem a “aplica”<sup>656</sup>.

<sup>652</sup> Sobre a convenção processual a respeito da distribuição do ônus da prova: MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi de Medeiros. Negócio processual acerca da distribuição do ônus da prova. **Revista de Processo**, vol. 241, p. 463-487, março de 2014, p. 6-10.

<sup>653</sup> DIDIER JR., Freddie; CABRAL, Antonio do Passo. Negócios jurídicos processuais atípicos e execução. DIDIER JR., Freddie. **Ensaios sobre os negócios jurídicos processuais**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 63-89.

<sup>654</sup> Sobre os itens “iv” a “x”, conferir: DIDIER JR., Freddie; LIPIANI, Júlia; ARAGÃO, Leandro Santos. Negócios jurídicos processuais em contratos empresariais. DIDIER JR., Freddie. **Ensaios sobre os negócios jurídicos processuais**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 183-189.

<sup>655</sup> A literatura é farta sobre o tema, sendo bastante criativa. Alguns autores, por exemplo, defendem a possibilidade de estabelecimento de recurso extraordinário *per saltum* (CABRAL, Antonio do Passo. Recurso *per saltum* negocial: convenção processual para supressão de instância. DANTAS, Bruno; BUENO, Cassio Scarpinella; CAHALI, Cláudia Elisabete Schwerz; NOLASCO, Rita Dias. **Questões relevantes sobre recursos, ações de impugnação e mecanismos de uniformização da jurisprudência. Após o primeiro ano de vigência do novo CPC. Em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 59-63; e CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. Convenção processual e recursos extraordinários *per saltum*. **Revista de Processo**, vol. 344, p. 177-188, outubro de 2023, p. 6-8). No cenário prático, destaca-se aqui um exemplo oriundo do Supremo Tribunal Federal, envolvendo não somente negócios jurídicos processuais, mas até mesmo resolução consensual de um litígio que fazia parte de uma discussão de um Tema de repercussão geral, em uma magnitude verdadeiramente singular no direito Brasileiro (BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Ata de Julgamento publicada no DJE do Tema 1.234 da repercussão geral**. DJE divulgado em 18/09/2024. Publicado em 19/09/2024).

<sup>656</sup> Nesse contexto, vale a pena destacar a advertência de Lênio Streck, com base em citação de Ernildo Stein, no âmbito de que não há uma espécie de significante prévio que garantiria uma univocidade de sentido aos conceitos jurídicos (STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 259).

A título de exemplo: a ideia de tutela jurisdicional, como conceito, mantém-se. Embora essa própria noção possa ser alvo de críticas e divergências<sup>657</sup>, ela ainda será passível de ser utilizada conjuntamente com a ideia de “agir jurisdicional”. O magistrado “age” para ao fim “conceder a tutela jurisdicional”, essa que, contudo, não é fruto da discricionariedade do julgador, especialmente em sua delimitação fática.

Da mesma maneira, os direitos jurisdicionais, ou seja, frutos da jurisdição, seriam exatamente aqueles que permitem o efetivo acesso (e saída também) ao judiciário e à arbitragem. Logo, o “direito a um processo justo”, o “devido processo legal”, o “direito a uma tutela jurisdicional efetiva”, o direito a uma manifestação do Poder Judiciário (seja lá qual for o seu conteúdo), o direito ao cumprimento efetivo do que foi decidido, entre uma série de outras posições jurídicas, inserem-se na noção de “direitos jurisdicionais”<sup>658</sup>.

Entretanto, também como já dito nesta tese, a jurisdição, como norma, não dá origem somente a direitos, tendo em vista que ela estabelece também deveres jurídicos. A jurisdição se materializa, entre outras formas, por meio do “processo jurisdicional” (que pode ser arbitral ou judicial, no Brasil). Todas as regras processuais do “processo jurisdicional” (categoria que se distingue das demais noções de “processo”) derivam da jurisdição. Logo, tanto as que estabelecem obrigações, quanto as que definem ônus ou quaisquer outras posições jurídicas, também são de natureza jurisdicional, e essa qualificação é relevante justamente em razão dos deveres que a sociedade pode associar a esse instituto.

<sup>657</sup> Por exemplo: Luiz Guilherme Marinoni entende que as tutelas jurisdicionais são, em verdade, ontologicamente demandadas pelo direito material. Para esse autor, a “tutela jurisdicional” exigida pelo direito material é prestada mediante técnicas processuais, que com ela não se confundem (MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 3<sup>a</sup> ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 113; MARINONI, Luiz Guilherme. Da ação abstrata e uniforme à ação adequada à tutela dos direitos. **Polêmica sobre a ação, a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo**. MACHADO, Fábio Cardoso (org) (et. al.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 214). Ovídio A. Baptista da Silva aponta que tal perspectiva não é adequada, considerando que já existe satisfatoriamente a doutrina das ações de direito material, e, igualmente, que “Não nos parece satisfatória a redução do direito material a puras formas de tutela processual, mesmo porque esse estilo de proceduralismo não é capaz de explicar determinadas pretensões de direito material que impõem, pelo menos no atual estágio da doutrina processual, formas de tutela que lhe são próprias” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição, direito material e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 8). Trazendo uma noção de tutela jurisdicional como “o resultado final do exercício da jurisdição estabelecido em favor de quem tem razão [...], conferir: YARSELL, Flávio Luiz. **Tutela jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 1999, p. 28. Afirmando que as formas de tutela jurisdicional são “condenar, declarar, constituir, mandar ou executar”, e que “Não é possível admitir a existência das ditas ações de direito material, sendo por outro lado una e abstrata a ação processual”, a posição de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira é relevante (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Efetividade e Tutela Jurisdicional**. Fábio Cardoso Machado [et al.]. **Polêmica sobre a ação, a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 108-109).

<sup>658</sup> Sem sombra de dúvida, essa perspectiva se inspira em uma noção defendida, entre tantos, por: WINDSCHEID, Bernhard. La “actio” del derecho civil romano, desde el punto de vista del derecho actual. WINDSCHEID, Bernhard; MÜTHER, Theodor. **Polemica sobre la “actio”**. Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974, p. 14; e popularizada por FAZZALARI, Elio. **Note in tema di diritto e processo**. Milano: dott. A. Giuffrè – Editore, 1957, p. 154.

Por fim, em relação à jurisdição, destaca-se que o fato de se propor uma ampliação desse conceito ao agir das partes não deve ser visto de forma alguma como uma suposta desnaturação do agir jurisdicional do magistrado (ou do árbitro).

Embora as partes e o julgador ajam jurisdicionalmente, cada agir é dotado de sua específica peculiaridade. Conforme já dito nesta tese, a origem do fenômeno e a sua pertinência jurídica com os fins da jurisdição são os elementos que preponderam na sua qualificação como um instituto jurisdicional. Logo, ainda que distintos, ambas as formas de agir, tanto das partes quanto do julgador, por serem originárias da norma jurisdição, tendo pertinência com seus fins, são também jurisdicionais, o que não gera nenhuma incongruência teórica, muito pelo contrário.

A restrição da jurisdição à figura do julgador é algo que necessita ser superado, considerando todos os argumentos expostos neste trabalho. Agora, tal superação não significa que haverá uma desnaturação do agir do julgador, tendo em vista justamente o fato de que tal agir é garantido por uma série de posições jurídicas fixadas pelo nosso ordenamento. Tal como visto em momento de reflexões críticas às classificações existentes na doutrina, o conceito de jurisdição restrito ao magistrado tinha fins mais voltados a uma ideia de legitimação ou explicação sociológica desse agir. O que efetivamente garantia tal agir era o nosso ordenamento, mediante as diversas posições jurídicas existentes, e não propriamente uma classificação conceitual.

No que concerne ao campo da ação, por sua vez, as demais significações desse vocábulo, desde que não sejam incompatíveis com a noção de jurisdição aqui defendida, também devem continuar sendo usadas. Giuseppe Chiovenda, há mais de 100 anos, elencou alguns significados da palavra ação em um de seus textos<sup>659</sup>. No Brasil, também há mais de 100 anos, João Monteiro apontou que a ação poderia ser concebida e analisada sob ao menos três perspectivas, entre elas a de que se considera como “o acto da defesa judicial” e, além disso, a de se tratar de um “modo prático desta defesa”<sup>660</sup>.

Nesse contexto, à luz da inevitável polissemia, não se afigura ser um equívoco usar a expressão “ação” como sinônimo de demanda, ou como referência ao processo (fato jurídico).

---

<sup>659</sup>“Noi comprendiamo tanto diverse cose sotto il solo termine d’azione, che sarebbe vano pensare ad una sola definizione di questa; come è vano il discutere sul concetto d’azione senza tener presente questa varietà di significati: così molte delle controversie che tuttora si agitano al riguardo, mancano spesso di base” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Azione. Saggi di diritto processuale civile (1894-1937). Volume terzo*. Milano: Giuffrè editore, 1993, p. 3-4).

<sup>660</sup> MONTEIRO, João. *Direito das ações*. São Paulo: Typographia Duprat & comp., 1905, p. 24.

Também fazer menção à chamada ação de direito material, tema que não carece de polêmica<sup>661</sup>, ainda assim não atinge diretamente as premissas deste trabalho.

Vale destacar que a ideia de “ação”, em nosso idioma, representa justamente a descrição de um agir, uma forma de agir<sup>662</sup>. Logo, a noção de “agir jurisdicional” pode ser plenamente entendida como uma “ação jurisdicional”. Não há problema, em termos técnicos, no uso dessa expressão. Entretanto, aqui não se defende a sua adoção para justamente evitar confusões terminológicas, tendo em vista as críticas à noção de “direito de ação”, conceito que representa ideias que devem ser superadas. Ademais, considerando que a noção de “agir jurisdicional” pode ocorrer também antes do nascimento do processo, pois o seu cerne é o exercício de poderes oriundos da jurisdição como norma jurídica, não há como desconsiderar o fato de que usar a expressão “ação” para explicar esse tipo de “agir” inevitavelmente poderá gerar confusões indesejadas, especialmente ante o prevalecimento desse vocábulo para classificar outros fenômenos (processo, demanda etc.).

#### **4.6 A questão atinente aos fins da jurisdição e a síntese da nossa proposta conceitual**

Jurisdição é um conceito que contém uma forte carga de valores. Trata-se de um arquétipo que é marcado por uma ideia finalística<sup>663</sup>, de objetivar algo. A jurisdição tem, portanto, sua(s) finalidade(s), e um estudo que investigue esse instituto não pode deixar de fazer essa constatação<sup>664</sup>.

O problema central é definir que finalidade(s) seria(m) essa(s). Obviamente que, ante a abertura que cada teórico tem para interpretar quais seriam os fins do processo civil, ainda que atrelados ao que a Constituição determina, é possível haver divergência de perspectivas.

<sup>661</sup> Para uma das mais interessantes coletâneas sobre esse debate, consultar: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo. **Polêmica sobre a ação:** a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006, *passim*.

<sup>662</sup> Segundo o Cambridge Dictionary, a ação é uma “forma de agir” (CAMBRIDGE DICTIONARY. **Ação**. Disponível em: <https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/portugues-ingles/acao> . Acesso em: 13 nov. 2024.

<sup>663</sup> Destacando tal característica, afirmando tratar-se de “*El elemento teleológico*”, conferir: VESCOVI, Enrique. **Derecho procesal civil. Tomo I**. Montevideo: Ediciones Idea, 1974, p. 146.

<sup>664</sup> Ainda que se referindo ao processo civil, a seguinte explicação feita por Cassio Scarpinella Bueno aplica-se à noção de jurisdição: “as opções políticas feitas pela Constituição brasileira deverem estar espelhadas, verdadeiramente refletidas, no direito processual civil” (BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil – parte geral do código de processo civil. v. 01. 13. Ed. Epub. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 177). Em outro momento da mesma obra aqui analisada, Bueno destaca que “É para exercer adequadamente a ‘função jurisdicional’ (a jurisdição) que o Estado Democrático de Direito se vale de um método específico que garanta o atingimento de seus devidos fins pelos devidos meios. Esse método é o *processo*” (BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil – parte geral do código de processo civil. v. 01. 13. Ed. Epub. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 475).

Inclusive, como aqui se propõe uma noção de jurisdição que absorve o papel que seria destinado à figura da “ação”, é importante acrescentar ao conjunto de visões todas as ideias consolidadas também sobre o acesso ao judiciário pela via do que se diz ser o direito de ação, a ampliar ainda mais a possibilidade de variação de posicionamentos.

Sem desconsiderar que toda a estrutura conceitual defendida já se configura como um adiantamento do que o presente autor entende a respeito da finalidade da jurisdição, nesta tese buscou-se deixar um espaço em branco para uma calibragem teórica, a permitir o encaixe de noções distintas. Por exemplo, menciona-se a noção de que a jurisdição teria também o escopo de pacificação social<sup>665</sup>, e não exclusivamente de tutela efetiva dos direitos<sup>666</sup>. Da mesma forma, cita-se também a perspectiva de que a jurisdição, por meio do processo, serviria como “superego” da sociedade<sup>667</sup>.

Mesmo com eventuais discordâncias da nossa parte, as formas de pensar a jurisdição expostas acima poderiam ser inseridas na perspectiva teórica aqui defendida. Manter-se-ia a estrutura que justificaria o fenômeno jurisdicional, mas se atribuiriam fins distintos, que inevitavelmente poderão gerar resultados diferentes, ainda que também de índole jurisdicional<sup>668</sup>.

Agora, a possibilidade de calibragem aqui aceita não exclui a necessidade de fixação de bases mínimas para a definição proposta. Não basta simplesmente afirmar que a jurisdição é uma norma jurídica principiológica sem ao menos definir elementos essenciais que permitem aferir qual o objetivo dessa norma, até para diferenciá-la das demais contidas no nosso ordenamento jurídico. Se o objetivo da definição é “esclarecer o sentido do termo, mostrando-lhe o significado e delimitando-lhe o alcance”, ela “deve indicar, se possível, os atributos da espécie”. Num cenário ideal, a definição adequada é aquela que “indica o gênero próximo e a

<sup>665</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A arbitragem na teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 40. Antes dele, falando em paz social como um dos objetivos do processo e fazendo menção a Degenkolb, Kohler e Klein, conferir: SCHÖNKE, Adolfo. Il bisogno di tutela giuridica (Un concetto giusprocessualistico fondamentale). *Rivista di diritto processuale*. Volume III – parte 1, Padova: Cedam, 1948, p. 132, inclusive rodapé nº 2.

<sup>666</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil, volume 1**: teoria geral do processo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 134-135.

<sup>667</sup> CABRAL, Antonio do Passo. O processo como superego social: um estudo sobre os fins sociais da jurisdição. *Revista de Processo*, vol. 115/2004, p. 345-374, Maio-Jun, 2004, p. 10-12.

<sup>668</sup> Outro exemplo interessante de se pensar a forma como a jurisdição deve se operar é a perspectiva de Sérgio Cruz Arenhart, no sentido de que “a atividade jurisdicional não pode ser pensada, apenas, sob o prisma do caso concreto”, devendo ser vista à luz de uma proporcionalidade panprocessual, o que acarretaria uma série de consequências, tais como a “preponderância da tutela coletiva sobre a tutela individual”. Segundo o autor, a proporcionalidade panprocessual é o critério da proporcionalidade aplicado à “relação externa dos processos, ou, mais precisamente, na avaliação dos processos tomados em seu conjunto” (ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 41-47).

diferença específica, ou seja, a que consegue captar aquilo que distingue um objeto dos demais de seu grupo”<sup>669</sup>. Nas palavras de Morris R. Cohen e Ernest Nagel, “*A definition must give the essence of that which is to be defined*”, ou seja, “*The definiens must be equivalent to the definendum – it must be applicable to everything of which the definiendum can be predicated, and applicable to nothing else*”<sup>670</sup>.

Daí que, considerando tudo o que foi exposto nesta tese, sem deixar de lado o fato de que, ante sua complexidade, a dificuldade de explicação aumenta vertiginosamente<sup>671</sup>, defende-se aqui que a jurisdição deve ser definida<sup>672</sup> como *norma jurídica principiológica que, para concretizar valores sociais historicamente concebidos, visa à criação de um ambiente jurídico complexo, tendo como principal cenário o de um processo no qual se possibilita a realização, mediante a impossibilidade de controle externo*<sup>673</sup>, de uma composição, com base em critérios

<sup>669</sup> Para todas as citações: VIEGAS, Waldyr. **Fundamentos de metodologia científica**. Brasília: Paralelo 15, Editora Universidade de Brasília, 1999, p. 98-99.

<sup>670</sup> Para as duas últimas citações: COHEN, Morris R; NAGEL, Ernest. **Logic and scientific method**. London: Routledge & Kegan Paul Ltd, 1934, p. 238.

<sup>671</sup> Para explicar a jurisdição, é necessário fazer menção a vários elementos, alguns deles que sozinhos se configuram como conceitos. Essa necessidade não é incomum, destaca-se. Conforme explicam Goode e Hatt, “a teoria científica freqüentemente se refere a coisas que não foram diretamente observadas”, daí que “Conceitos desse tipo têm como referências as inter-relações lógicas com outros conceitos” (GOODE, William Josiah; HATT, Paul K. **Métodos em pesquisa social**. Trad. Carolina Martuschelli Bori. 4ª ed. São Paulo: Editora Nacional, 1972, p. 62).

<sup>672</sup> Convém destacar que aqui se adota uma noção de “definição” mais flexível em termos de amplitude. Em uma perspectiva mais rigorosa sob um ponto de vista teórico, pode-se dizer que a definição aqui feita seria uma explicação. Sob uma premissa pautada na lógica, a definição precisa ser mais restrita, apontando efetivamente o essencial. Ocorre que, ao menos conforme se entende, para evitar falhas na compreensão e buscar trazer uma ideia mais completa, a busca por elencar o maior conjunto de elementos que individualizam o fenômeno é o melhor caminho a ser seguido, não sendo suficiente uma definição minimalista ao extremo. Inclusive, tal empreitada, especialmente no âmbito da jurisdição, afigura-nos ser portadora de uma complexidade fora do padrão, a demandar um esforço desnecessário, ainda mais quando se percebe que uma explicação mais abrangente também cumpre perfeitamente a função de explicar esse conceito.

<sup>673</sup> Para fins de definição, a *impossibilidade de controle externo* configura-se como uma autoridade caracterizada pela inviabilidade de as partes ou terceiros (inclusive magistrados) obterem êxito sozinhos ou em eventual questionamento perante outro campo (senão no próprio juízo previamente competente) com base em qualquer alegação de antijuridicidade, equidade ou conveniência no âmbito formal ou material, para reverter proceduralmente o que foi dito, desconstituindo o ato ou tolhendo autoritativamente os efeitos, em hipótese na qual isso não seja permitido pelo ordenamento. Embora careça de mais análises aprofundadas por outros autores, o tema já foi abordado de forma cuidadosa por Daniel Mitidiero (MITIDIERO, Daniel. **Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 83-84) e por Freddie Didier Jr. (DIDIER JR., Freddie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 19. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017, p. 184), esse último fazendo referência ao próprio Mitidiero. Uma crítica interessante a tal noção, não obstante aqui se entender ser infundada, é a realizada por José Maria Rosa Tesheimer, no sentido de que a premissa de *impossibilidade de controle externo* seria quebrada em razão da existência de indulto e da anistia. Sobre o tema: TESHEINER, José Maria Rosa. Jurisdição, nos Comentários de Daniel Francisco Mitidiero. **Páginas de Direito**. 20 de setembro de 2004. Disponível em: <https://www.paginasdedireito.com.br/artigos/todos-os-artigos/jurisdicao-nos-comentarios-de-daniel-francisco-mitidiero.html>. Acesso em: 31 jul. 2024. Embora tenha sido rotulada como relevante por quem teria sido especialmente criticado quanto a esse ponto (MITIDIERO, Daniel. **Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 83-84), aqui se entende que o indulto e a anistia não revertem o que foi decidido. No caso do indulto, um sujeito culpado não se torna inocente ao algo do gênero. Tanto é assim que há uma Súmula do Superior Tribunal de Justiça no sentido de

*do ordenamento jurídico<sup>674</sup>, por um sujeito impartial<sup>675</sup> e imparcial<sup>676</sup>, de questões<sup>677</sup> levadas por indivíduos autorizados juridicamente<sup>678</sup>.*

Buscando restringir a definição acima, é possível afirmar que a jurisdição seria *uma norma jurídica que, para a concretização de valores sociais historicamente concebidos, visa à criação de um ambiente complexo e com o processo no centro, com o objetivo de possibilitar a realização, mediante a impossibilidade de controle externo, de uma composição, com base em critérios permitidos pelo ordenamento jurídico, por um terceiro impartial e imparcial.*

que “O indulto extingue os efeitos primários da condenação (pretensão executória), mas não atinge os efeitos secundários, penais ou extrapenais” (Súmula 631 do STJ). Sobre esse ponto: LOBATO, Luiz Felipe da Silva. Graça e indulto constitucionais: natureza jurídica e limites. **Ponto de Vista Jurídico**, Caçador, v. 12, nº 2, p. 35-45, jul./dez. 2023, *passim*. Já em relação à anistia, ela se configura como fato posterior que modifica o cenário da decisão, sem, contudo, revertê-la autoritativamente, ao menos conforme aqui se entende. Ademais, trata-se de uma via claramente permitida pela norma jurisdição, em caráter excepcionalíssimo. Por fim, segundo afirma Fredie Didier Jr., no contexto do indulto e da anistia, no direito penal, “não há violação da coisa julgada”, tendo em vista que “O Estado, nestes casos, titular do *jus puniendi* reconhecido por decisão judicial, *renuncia* a esse Direito”, o que torna forçoso concluir que “Não se decide novamente a questão penal, não podendo se falar, portanto, em controle externo da decisão judicial” (DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 19. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017, p. 184).

<sup>674</sup> Os critérios previstos no ordenamento jurídico não necessariamente precisam ser “jurídicos”. A possibilidade de julgamento por equidade em determinados casos específicos ou a análise claramente não jurídica que é feita nos pedidos de suspensão de liminar são exemplos disso.

<sup>675</sup> Essa expressão é um neologismo de autoria de Antonio do Passo Cabral, inspirado na noção espanhola de *impartialidad*, segundo aponta o próprio autor. Conforme explicação feita por ele, “A *impartialidade* é a condição do Estado-Juiz, típico do status de um terceiro, não no sentido das intervenções de terceiro, mas significante da figura de um *tertium* ao qual é atribuída a solução do litígio quando vedada a autotutela, substituída pela justiça estatal” (CABRAL, Antonio do Passo. Imparcialidade e *impartialidade*. Por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal. **Revista de Processo**, ano 35, n. 149, jul. de 2007, p. 345). O próprio Cabral menciona a ideia de *terzietà* como uma noção semelhante. Humberto Theodoro Júnior fala em “terceiridade” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Jurisdição e competência. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, n. 38, p. 145-182. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, 2000, p. 156 e 164), numa espécie de adaptação linguística. Longe de se pretender deturpar as concepções aqui expostas, também é possível verificar uma certa semelhança entre a ideia de “*impartialidade*” e de “indiferença”, ao menos conforme essa última é exposta por Marcelo Barbi Gonçalves (GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria Geral da Jurisdição**. Salvador: Editora Juspodivm, 2020, p. 345-346, p. 429-430). Um elemento em comum entre todas as noções aqui citadas é o aspecto objetivo. Uma condição de não-parte verificada objetivamente.

<sup>676</sup> Embora a *imparcialidade* seja um aspecto subjetivo e, de certa forma, acabe se relativizando a depender de determinadas práticas processuais, ainda assim não há como desconsiderar a necessidade de tal requisito. Há uma dose de *imparcialidade* que necessita estar presente. Conceber que a jurisdição descarta a *parcialidade*, adotando apenas uma noção objetiva de *impartialidade*, é aceitar que juízes absolutamente *imparciais* possam exercer poderes jurisdicionais sem a possibilidade de sanções, o que, ao menos no Brasil, não é permitido. Considerando uma interessante diferença entre *imparcialidade* e *impartialidade*, podendo haver uma sem a outra (CABRAL, Antonio do Passo. Imparcialidade e *impartialidade*. Por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal. **Revista de Processo**, ano 35, n. 149, jul. de 2007, p. 350), entende-se que, para a definição dos *fins* da norma jurisdição, é necessário conceber a presença de ambas.

<sup>677</sup> Sem aqui ser desconsiderada a polissemia existente, a noção de “questão” deve ser definida como “assunto sobre o qual o juízo deva ou não se pronunciar”, valendo-se aqui das palavras de Alexandre Senra (SENRA, Alexandre. **A coisa julgada no código de processo civil**: premissas, conceitos, momento de formação e suportes fáticos. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019, 222-223).

<sup>678</sup> Vale destacar que a manifestação sobre a viabilidade procedural (de acordo com o ordenamento jurídico) também é um elemento relevante para a configuração do cenário estabelecido pela jurisdição, especialmente no âmbito do processo jurisdicional. Entretanto, esse aspecto é um elemento que já se presume na análise feita no âmbito processual. Todo processo jurisdicional tem requisitos para prosseguir.

Restringindo ainda mais, pode-se dizer que seria *uma norma jurídica que, para concretização de valores da sociedade, visa à criação de um ambiente no qual se possibilita a realização de uma composição por um terceiro imparcial e impartial, não passível de controle externo, com base em critérios permitidos pelo ordenamento jurídico.*

Como cenários acessórios à definição acima, destaca-se que a jurisdição estabelece os campos da pré-processualidade, da transprocessualidade e da pós-processualidade, todos eles com potencial aptidão de, tal como na processualidade, a depender da circunstância, resolver ou estabilizar questões, sejam elas atinentes ao próprio processo (que é o cenário principal), sejam elas atinentes a um tema que será levado ou que já teria sido levado ao processo jurisdicional. Os aludidos campos (pré, trans e pós-processual) compõem o cenário complexo supramencionado.

O estado de coisas objetivado pela norma jurisdição inevitavelmente está atrelado a um ambiente procedural (ou processual). O procedimento (ou processo) é o meio pelo qual a jurisdição se materializa. Embora não seja o único, é, sem dúvidas, o principal.

No entanto, como dito, por não ser o único meio em que a jurisdição se materializa, é preciso abrir espaço para o fenômeno jurisdicional no âmbito dos cenários da pré-processualidade, transprocessualidade e pós-processualidade, considerando a perspectiva defendida no subcapítulo 4.1.4.1. Por essa razão que se fez menção a um ambiente complexo como objetivo da norma jurisdição. Esse ambiente complexo é composto pelos referidos campos da pré, trans e pós-processualidade, isso além da própria processualidade.

Outro aspecto que não pode ser ignorado por uma tentativa contemporânea de conceituar jurisdição é a possibilidade de ela servir não somente para resolver questões, considerando o seu objetivo de também permitir a estabilização de determinada situação, impedindo que surja algum conflito ou que ele se prolongue no tempo. Essa característica estabilizadora é relevante e pode ser observada das possibilidades de conciliação, desistência, renúncia, ajuste prévio de vedação à litigância etc. Tudo isso não necessariamente se configura como uma resolução de uma questão jurídica, em termos de um julgador trazer uma resposta a um problema a ele trazido. Negar a possibilidade de haver uma estabilização de uma questão sem uma resposta de um julgador é algo impensável no atual cenário contemporâneo, especialmente quando ele (o cenário) possibilita o agir jurisdicional das partes no âmbito da pré-processualidade, realizando negócios jurídicos dos mais diversos, tal como visto no subcapítulo 4.1.4.1 desta tese.

Por fim, fez-se menção à composição por alguém impartial e imparcial no âmbito da processualidade, algo que inevitavelmente se costuma pensar em relação a uma noção contemporânea do fenômeno jurisdicional<sup>679</sup>, e que possivelmente poderá servir de norte pra uma adequada constatação a respeito de se determinada circunstância fática pode ser concebida como exemplo de jurisdição.

É por isso que aqui se entende que, em síntese, caso haja um procedimento em que o fim natural seja uma composição<sup>680</sup> por um sujeito impartial<sup>681</sup> e supostamente imparcial<sup>682</sup>, com base em critérios do ordenamento jurídico<sup>683</sup>, se houver aceitação social quanto a esse meio como forma de concretização de valores específicos, será possível defender que se tratará de

<sup>679</sup> A reflexão feita neste parágrafo é inspirada necessariamente em aprofundadas conversas tidas com a mestrandia Jessica Baqui a respeito do conceito de jurisdição no cenário contemporâneo. Baqui, por sua vez, experenciou debates sobre esse tema em uma disciplina da pós-graduação na UERJ, sob o comando do professor Antonio do Passo Cabral. A influência das discussões lideradas pelo citado professor nas percepções da presente tese é algo evidente, portanto.

<sup>680</sup> A definição aqui apresentada não estabelece que a heterocomposição seria o único fim da jurisdição, ainda mais quando se considera que há o fenômeno das consultas jurisdicionais, nos quais, em tese, é possível inexistir um conflito. Da mesma forma, conforme já afirmado nessa tese, a associação ontológica entre jurisdição e lide já está superada. De todo modo, como se costuma afirmar que a heterocomposição deve ser compreendida como um método de composição de conflitos por um terceiro, a melhor solução é utilizar somente a palavra “composição”, mais ampla e que, a nosso ver, não necessariamente é associada à ideia de um conflito. Outro exemplo interessante de composição por um terceiro, sem que haja um conflito, é a possibilidade de, num procedimento de controle concentrado de constitucionalidade, haver a concordância do órgão responsável pela defesa da norma, em relação às alegações que sustentam a inconstitucionalidade. Em tese, é possível o Tribunal não seguir a linha dessa concordância e decidir de forma distinta. Sobre a ausência de limitação da jurisdição à função heterocompositiva, cf. CABRAL, Antonio. *Per un nuovo concetto di giurisdizione*. In: BRIGUGLIO, Antonio; MARTINO, roberto; PANZAROLA, Andrea (org). *Scritti in onore di Nicola Picardi*. Tomo I. Roma: Pacini, 2016, p. 370-372. A respeito da possibilidade de consulta jurisdicional, afirmando que o art. 30 da LINDB estabelece um “fundamento normativo genérico que autoriza sustentar a possibilidade de consulta judiciária de natureza jurisdicional”, cf. CABRAL, Antonio do Passo. **Jurisdição sem decisão:** Non Liquet e consulta Jurisdicional no Direito Processual Civil. São Paulo: Editora JusPodivm, 2023, p. 143-146.

<sup>681</sup> A impartialidade parece-nos ser um dos elementos essenciais, sem o qual não haverá que se falar em jurisdição.

<sup>682</sup> Embora seja possível se pensar em existência de jurisdição mesmo sem juiz imparcial, ao menos no contexto brasileiro tende-se a defender que a imparcialidade é algo que deve ser ao menos uma suposição quanto ao julgador. Supor que seria adequado falar-se em jurisdição outorgando poderes a um magistrado que já se declara parcial é um erro. Ainda que exista jurisdição, haverá espaço para invalidar a decisão proferida por juiz que ostente essa característica.

<sup>683</sup> Duas observações são necessárias. Em primeiro lugar, o ordenamento jurídico, em tese, deve ser o aceito perante o povo no qual o fenômeno jurisdicional ocorre. Isso não necessariamente impõe que seja somente o ordenamento dito como “estatalizado”. Num cenário de grande complexidade normativa, em que é possível haver ordenamentos paralelos, reconhecer a força jurídica de alguns deles é reconhecer a dignidade de determinados povos no que diz respeito à solução de suas próprias questões (cf. rodapé à frente, a respeito da possibilidade de haver fenômeno jurisdicional nos procedimentos de povos indígenas). Esse reconhecimento, inclusive, pode ser compreendido como uma tolerância e/ou aceitação do ordenamento brasileiro como um todo (composto pelo ordenamento estatal e por outros ordenamentos paralelos), posição que nos parece ser a mais adequada. A segunda é a de que, nesse caso, há quem defende que quem ingressa no Judiciário possui “expectativa de incidência e aplicação das normas jurídicas” (valendo-se dessa expressão entre aspas, conferir: CABRAL, Antonio do Passo. **Jurisdição sem decisão:** Non Liquet e consulta Jurisdicional no Direito Processual Civil. São Paulo: Editora JusPodivm, 2023, p. 147).

um procedimento jurisdicional, por preencher os requisitos para se configurar como suporte fático da incidência da norma jurisdição<sup>684</sup>.

Os primeiros exemplos que surgem à mente são a arbitragem e o judiciário. Mas se houver outras circunstâncias em que tais requisitos estejam presentes, dificilmente se poderá defender que, ao menos à luz das premissas expostas nesta tese, não se tratará de um fenômeno jurisdicional. E por se tratar de um fenômeno jurisdicional, inúmeras das garantias inerentes à consecução dos fins da norma jurisdição poderão ser aplicadas, respeitando o cenário de cada caso concreto.

Mas, também um outro ponto é importante: definir as razões que caracterizam a impartialidade para fins de conceber um determinado procedimento como jurisdicional. O terceiro precisa ser considerado impartial por fatores específicos, não sendo cabível se falar que a simples condição de exerceente de uma função de heterocomposição por um sujeito alheio à relação jurídica ou a uma eventual instituição possa ser suficiente para que se entenda que estará sendo atendido o requisito de impartialidade para fins de incidência da norma jurisdição. O grande desafio é identificar um critério (ou conjunto de critérios) adequado à caracterização da impartialidade para fins de incidência jurisdicional.

No presente momento, um modelo a que aqui se considera adequado é o do Poder Judiciário. O procedimento judicial, por ostentar uma série de características historicamente consolidadas, especialmente no que diz respeito às garantias do julgador, é aquele que de fato pode servir de norte para a aferição de uma proposta adequada de impartialidade, devendo, portanto, afirmar-se que haverá uma situação de impartialidade de um sujeito que realiza uma heterocomposição quando todo um feixe de garantias (ou parcela relevante dele) e outras demais posições jurídicas forem emulado de forma minimamente satisfatória em outros modelos, o que, é claro, dependerá da análise do caso concreto.

Ademais, tal como já foi adiantado, não se pode deixar de considerar o aspecto sociológico como norte importante para a definição do que é jurisdição em nosso país. Essa variável é relevante para a definição de que valores a jurisdição busca concretizar: justiça, pacificação social etc<sup>685</sup>. Conforme explica Oscar G. Chase, o processo resolutivo de conflitos (e aqui se expande essa ideia a todos os processos vistos como jurisdicionais, e não somente os

<sup>684</sup> Sobre conceito de suporte fático, cf. MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado. Parte geral. Tomo 1. Introdução. Pessoas físicas e jurídicas.** Atual. Martins-Costa, Judith et. al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 77-79. Ainda sobre esse ponto, vale menção às explicações de cunho crítico trazidas por Marcelo Neves em NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules:** princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, p. 4-5.

<sup>685</sup> Conforme adiantamos no início deste subcapítulo, optamos por deixar uma abertura para a definição de que valores efetivamente seriam esses.

que lidam com conflitos) reflete, entre outros pontos, os valores e os símbolos pelos quais esses últimos se exteriorizam<sup>686</sup>. Chase afirma que esses elementos os valores, conjuntamente com outros elementos, comporiam uma noção de “cultura”<sup>687</sup>.

Embora já tenham sido expostas algumas características que entendemos serem relevantes, elas são frutos da visão de mundo do autor da presente tese. Em sendo correta a ideia de que os princípios jurídicos são manifestações também de uma compreensão da sociedade<sup>688</sup>, nada impediria que, mesmo faltando até mesmo imparcialidade ou outra garantia vista como essencial ao processo judicial, seja elencado ao rol de procedimentos jurisdicionais uma específica situação procedural.

Um exemplo possível é o das chamadas jurisdições indígenas ou dos povos originários<sup>689</sup>. Em havendo o que se chama de “generalização congruente de expectativas

<sup>686</sup> CHASE, Oscar G. Law, Culture, and Ritual. **Disputing Systems in Cross-Cultural Context**. New York: New York University Press, 2005, p. 138.

<sup>687</sup> Idem.

<sup>688</sup> Pautando-se em noções de observação de primeira e de segunda ordem, Marcelo Neves entende que, em relação aos casos complexos, o sistema jurídico fica constrangido a “construir e reconstituir permanentemente sua própria realidade, o seu próprio mundo”, daí que a justificação “sistêmico-interna das normas a aplicar” ganha relevância. Ainda nas suas palavras: “Em um sistema jurídico funcionalmente diferenciado, a observação de segunda ordem possibilita que se rediscuta permanentemente as normas a aplicar e as condições de seu cumprimento” (para tudo, conferir: NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, p. 99-101). Numa perspectiva dworkiniana, por sua vez, os princípios seriam parâmetros a serem observados , “not because it will advance or secure an economic, political, or social situation deemed desirable, but because it is a requirement of justice or fairness or some other dimension of morality” (DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously: with a new appendix, a response to critics**. Cambridge: Harvard Univeristy Press, 1977, p. 22). Para Dworkin, a moralidade comunitária é um fator decisivo para matérias jurídicas, sendo, em verdade, a moralidade política que é pressuposta pelas leis e pelas instituições da própria comunidade (*Ibidem*, p. 126).

<sup>689</sup> Considerando que, em determinadas circunstâncias, a imposição de compreensões jurídicas da sociedade brasileira, inclusive aquelas atinentes a direitos humanos, pode gerar uma agressão cultural (ou histórica) marcante a determinados povos indígenas, a solução mais adequada é a de conceber uma tolerância do ordenamento brasileiro com ordenamentos paralelos. Para que não haja o que Marcelo Neves chama de “consequências destrutivas sobre mentes e corpos”, algo que seria contrário à própria noção de direitos humanos, é necessário um diálogo entre a ordem normativa preponderante e os demais modelos normativos que vivem à sua margem. Daí que, nesses casos, segundo Neves, seria mais adequado garantir a “jurisdição ou foro étnico”, de modo a que cada povo indígena possa solucionar seus conflitos por sua via própria (para tudo o que foi dito, inclusive as transcrições, conferir: NEVES, Marcelo. Do diálogo entre as cortes Supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina. **Revisa de Informação Legislativa**. Ano 51, Número 201, jan./mar. 2014, p. 201 - 205). Seguindo linha semelhante, destaca-se a afirmação de Sanchez de Guzman, no sentido que a aplicação irrefletida de princípios ocidentais perante povos indígenas pode eliminar valores culturais e biológicos importantes para esses últimos, podendo ter efeitos etnocidas Essa reflexão pode ser extraída da análise que essa autora faz de uma norma ocidental que se costuma ser aplicada em relação a povos originários (SANCHEZ DE GUZMAN, E. **Entre el juez Salomón y el dios Sira: decisiones interculturales e interés superior del niño**. Thesis, fully internal, Universiteit van Amsterdam. Gente Nueva, 2006, p. 156). Reforçando essa consequência negativa, concordado com Sanchez de Guzman, conferir também o seguinte texto: SEGATO, Rita Laura. Que cada povo teça fios da sua história: o pluralismo jurídico em diálogo com legisladores. **Direito.UnB - Revista de Direito da Universidade de Brasília**, janeiro-junho de 2015, v. 01, n. 01, p. 77-79 e passim.

Uma saída hermenêutica a respeito do que foi brevemente explicado acima é compreender que esses modelos normativos paralelos também são abarcados pelo ordenamento jurídico brasileiro, e qualquer tolerância ou diálogo se dá justamente porque o nosso direito assim permite. Logo, seria plenamente possível inserir a noção de

comportamentais normativas” quanto a essa possibilidade<sup>690</sup>, há espaço para uma calibragem dos requisitos exigidos para considerar um determinado fenômeno como jurisdicional. Mas, frisa-se, essa calibragem deverá considerar as consequências decorrentes da incidência da norma jurisdição nessa circunstância, o que inevitavelmente se configurará com uma relação jurídica do ordenamento social brasileiro em relação a outros fenômenos paralelos.

#### **4.7 Sobre o processo penal e o processo trabalhista**

As premissas defendidas nesta tese têm ampla aplicabilidade no cenário dos processos penal e trabalhista. O que efetivamente não tinha aplicabilidade era a noção de ação, especialmente quando se contrasta o campo penal com o campo cível<sup>691</sup>. Ainda que esse tema não faça parte do recorte aqui estabelecido, é plenamente possível perceber as diferenças existentes.

Agora, um ponto central precisa ser estabelecido, sobretudo no âmbito dos fins da jurisdição como norma jurídica. No campo do direito processual civil, verifica-se um determinado estado de coisas que a jurisdição busca alcançar. No direito processual penal, esse estado de coisas é outro, a se reverberar justamente nas diversas posições jurídicas existentes nos procedimentos penais. Nesse sentido, expõe-se como explicação as próprias razões usadas por Marcelo Barbi Gonçalves para demonstrar a inviabilidade de o processo ser o conceito

“jurisdição indígena” ou “jurisdição de povos originários” no âmbito de uma possível incidência da norma jurisdição aqui estudada, aplicando-se a análise de segunda ordem necessária, fazendo, conforme entendemos, a calibragem para que tal fenômeno possa ser visto jurisdicional. A incidência da jurisdição terá repercussões jurídicas no nosso próprio sistema. Um exemplo é a possibilidade de estabilização do que foi decidido no contexto exterior ao do ordenamento paralelo. A respeito do tema, vale citar novamente o entendimento de Sanchez de Guzman, no sentido de que seria possível “una nueva conciencia de pertenencia a un sistema incluyente, de un conjunto, de una unidad, por parte de todos los sistemas de derecho oficializados” (*Ibidem*, p. 307). Entretanto, a autora também afirma que outra possibilidade seria a de se adotar uma perspectiva “*de choque y conflicto, desmembración y singularidad*” (*Idem*), o que teria como base a “*extensión – sin concesiones – de visiones respecto de la preeminencia del orden jurídico estatal y por tanto de otros órdenes sociales, plurales, que no alcanzan la condición esencial del derecho positivo estatal*” (*Idem*). Uma terceira via, por fim, seria a de se aceitar um “*solo círculo del ámbito del derecho, conformado por varios sistemas que, a pesar de las colisiones y conflictos, los sujeta y constituye a todos, bajo un nuevo orden no sólido jurídico sino ético*” (*Idem*). De toda sorte, parece-nos adequado considerar que “Reconhecer outras jurisdições indígenas é reconhecer outras concepções de mundo e da vida que afetam os próprios sentidos de justiça, ou seja, outras ontologias que entram em tensão com a lei ocidental” (LEMOS IGREJA, R.; SIERRA, M. T. . Pluralismo jurídico e direitos indígenas na américa latina: fundamentos e debates. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, Goiânia, v. 44, n. 3, 2021. Disponível em: <https://revistas.ufg.br/revfd/article/view/66516>. Acesso em: 2 abr. 2025., p. 22).

<sup>690</sup> Utilizando, neste momento, uma terminologia luhmanniana (LUHMANN, Niklas. **Sociología do Direito I**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 121) para representar a inserção desse fenômeno no contexto jurídico nacional.

<sup>691</sup> Nesse sentido, merecem reverberação as críticas de Aury Lopes Júnior a respeito do equívoco de se tentar pensar a ação no processo penal pelas premissas do direito processual civil (LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal – Introdução crítica**. ePUB. 10. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2024, p. 193-194).

central da disciplina processual, considerando as diversas variações existentes entre, por exemplo, os dois processos (penal e cível):

No processo penal, o princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF) produz um desequilíbrio estrutural no procedimento a favor do réu. O critério de prova previsto no art. 386, VI, do CPP, a previsão de recurso exclusivo da defesa (art. 607, CPP), o regime jurídico da coisa julgada (art. 621, CPP), entre outros institutos, são fruto dessa desigualdade de tratamento.

No processo civil, por sua vez, vigora o princípio da igualdade (art. 7º, CPC) e as partes estão em condições de paridade.

Além disso, no processo penal a ampla defesa (art. 5º, LV, CF) abrange a autodefesa e a defesa técnica. Aquela é disponível e se concretiza no (i) direito ao interrogatório (expor pessoalmente a sua versão da pretensão penal); (ii) direito à audiência (direito de ser conduzido, caso preso, à audiência de oitiva das testemunhas de acusação e defesa; (iii) direito à postulação recursal (o réu pode interpor a apelação e as razões são posteriormente elaboradas pelo advogado). A defesa técnica, por sua vez, está a cargo do patrono constituído e é indisponível na medida em que a defesa do réu submetido a um processo penal é de interesse público. Não é por outro motivo que, segundo a Súmula 523 do Supremo Tribunal Federal, o juiz pode declarar o réu indefeso a fim de que se nomeie um outro advogado para eficazmente tutelar o seu direito.

No processo civil, inexiste autodefesa. As partes não podem requerer o seu próprio depoimento. A sua versão dos fatos, é apresentada na petição inicial e na contestação. Não há um direito subjetivo de ser conduzido às audiências. E as partes, salvo raras exceções, não possuem capacidade postulatória. A defesa técnica, por sua vez, é disponível. O réu indefeso, no máximo, pode processar o seu advogado por desídia.

Em suma: no processo penal, a autodefesa é disponível e a defesa técnica é indisponível, ao passo que processo civil não há direito à autodefesa e a técnica é disponível.

Mas não são apenas os princípios processuais que denotam a penetração do direito substancial no modo de ser do processo. Todo arco procedural (admissão da demanda, limites à cognição, ônus da prova, meios de prova, recursos, efeitos recursais, coisa julgada, revisão criminal etc.) mostra que os processos civil e penal são substancialmente distintos [...]<sup>692</sup>.

Longe de querer desvirtuar eventual aspecto da teoria de Barbi Gonçalves, aqui se aponta apenas que a explicação dada por ele acima é mais do que satisfatória para demonstrar os distintos estados de coisas objetivados pela jurisdição em relação aos dois processos em comento.

Em verdade, a conclusão acima não está descampanhada. Luís Eulálio de Bueno Vidigal, em importante artigo publicado no ano de 1982, aponta que é necessário abandonar a tendência de “unificar o direito processual”. Nesse sentido, completa o aludido autor: “Devem

---

<sup>692</sup> GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria Geral da Jurisdição**. Salvador: Editora Juspodivm, 2020, p. 345-346.

ser, como se têm sido, diferentes os Códigos e estudos em disciplinas autônomas o direito processual civil e o direito processual penal”<sup>693</sup>.

Inclusive, Vidigal questiona até mesmo a possibilidade de se conceber uma noção única de jurisdição para os dois campos (penal e cível), tendo em vista que seria inadequado falar-se em substitutividade na jurisdição penal. Embora essa crítica esteja correta quanto a esse aspecto da substitutividade, na noção de jurisdição, aqui defendida, entende-se que não há realmente razões para fracionar o conceito nessas duas disciplinas distintas. A jurisdição, como norma jurídica, abrange tanto o processo penal quanto o processo civil. Ela, numa perspectiva normativa (que é a aqui defendida), seria a própria noção *in genere* desse conceito, a permitir a sua utilização tanto no penal quanto no cível<sup>694</sup>.

Agora, por óbvio que a ideia de jurisdição, quando vista apenas como uma função, necessita ser objeto de reflexão também no que diz respeito à sua ampliação ao campo penal. Nesse caso, aqui se entende que, de fato, há funções notadamente distintas. Também nesse aspecto, Vidigal teria razão<sup>695</sup>.

A mesma lógica exposta acima se aplica ao processo do trabalho.

A jurisdição, como norma jurídica principiológica, pode também servir de fonte para o processo trabalhista, nos termos aqui delineados para campo civil. O que não será efetivamente coincidente, contudo, é o estado de coisas que se busca alcançar, considerando a notável distinção dos fins do processo jurisdicional trabalhista em relação ao processo jurisdicional cível. Se formos comparar ambos com o processo jurisdicional penal, então, o contraste se torna evidente.

Para confirmar o que foi dito, vale menção à explicação de Mauro Schiavi, no sentido de que o processo trabalhista ostenta autonomia própria como disciplina, e que, embora a jurisdição seja una e abranja os dois institutos, a distinção procedural é marcante:

Estamos convencidos de que, embora o Direito Processual do Trabalho, hoje, esteja mais próximo do Direito Processual Civil e sofra os impactos dos Princípios Constitucionais do Processo, não há como se deixar de reconhecer

<sup>693</sup> VIDIGAL, Luís Eulálio de Bueno. Por que unificar o direito processual? **Revista de Processo**. vol. 27, p. 40-48, jul-set, 1982, p. 7.

<sup>694</sup> O que atenderia o próprio requisito exigido por Vidigal para o partilhamento desse conceito entre os dois campos processuais (penal e civil) (VIDIGAL, Luís Eulálio de Bueno. Por que unificar o direito processual? **Revista de Processo**. vol. 27, p. 40-48, jul-set, 1982, p. 3-4).

<sup>695</sup> VIDIGAL, Luís Eulálio de Bueno. Por que unificar o direito processual? **Revista de Processo**. vol. 27, p. 40-48, jul-set, 1982, p. 4. Em sentido contrário, afirmando que, embora possam se distinguir quanto à matéria, haveria “identidade substancial entre o exercício do poder de julgar, tanto na justiça civil como na justiça penal”, conferir: MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. V. 1. 2<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965, p. 185.

alguns princípios peculiares do Direito Processual do Trabalho os quais lhe dão autonomia e o distinguem do Direito Processual Comum.

De outro lado, embora alguns princípios do Direito Material do Trabalho, tais como primazia da realidade, razoabilidade, boa-fé, sejam aplicáveis também ao Direito Processual do Trabalho, a nosso ver, os Princípios do Direito Material do Trabalho não são os mesmos do Processo, uma vez que o processo tem caráter instrumental e os princípios constitucionais da isonomia e imparcialidade, aplicáveis ao Processo do Trabalho, impedem que o Direito Processual do Trabalho tenha a mesma intensidade de proteção do trabalhador própria do Direito Material do Trabalho. Não obstante, não há como se negar um certo caráter protecionista no Direito Processual do Trabalho, que para alguns é princípio peculiar do Processo do Trabalho e para outros características do procedimento trabalhista, para assegurar o acesso efetivo do trabalhador à Justiça do Trabalho e também a uma ordem jurídica justa. Também milita em prol da autonomia do Direito Processual do Trabalho, o Brasil possuir um ramo especializado do Judiciário para dirimir as lides trabalhistas, uma legislação própria que disciplina o Processo do Trabalho (Consolidação das Leis do Trabalho, Lei 5.584/1970 e Lei 7.701/1988), um objeto próprio de estudo e vasta bibliografia sobre a matéria. Desse modo, pensamos ser o Direito Processual do Trabalho autônomo em face do Direito Material do Trabalho e também do Direito Processual Civil.

[...]

Vale lembrar que a jurisdição do Estado é una e todos os ramos da ciência processual seguem os princípios constitucionais da jurisdição e do processo. A segmentação da jurisdição nos diversos ramos do Poder Judiciário tem à vista propiciar melhores resultados na efetividade do direito. A maior aproximação do Processo do Trabalho ao Processo Civil não desfigura a principiologia do Processo do Trabalho, tampouco provoca retrocesso social à ciência processual trabalhista. Ao contrário, possibilita evolução conjunta da ciência processual. O próprio Processo Civil, muitas vezes se inspira no Processo do Trabalho para evoluir em muitos de seus institutos<sup>696</sup>.

Ainda a respeito desse tema, menciona-se a lição de Coqueijo Costa, no que concerne à ausência de prejuízo à unidade de jurisdição com a sua especialização em uma determinada área<sup>697</sup>. Ademais, conforme entende esse autor, a “jurisdição é uma e indivisível”, sendo a jurisdição trabalhista uma especialização desse instituto<sup>698</sup>. Acompanhando tal posicionamento, cita-se o entendimento de Jorge Neto e Pessoa Cavalcante, no sentido de que “A jurisdição, como expressão do poder estatal, é una”, e que a Constituição não estabelece uma divisão da jurisdição que possa sustentar uma premissa distinta<sup>699</sup>.

---

<sup>696</sup> SCHIAVI, Mauro. A moderna teoria geral do processo do trabalho civitização do direito processual do trabalho ou melhoria da prestação jurisdicional trabalhista? **Revista de Direito do Trabalho**, vol. 141, p. 489, jan-mar, 2011, p. 2-3 e 5.

<sup>697</sup> “A unidade substancial da jurisdição nada tem a perder com a sua especialização” (COSTA, Coqueijo. **Direito processual do trabalho**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1984, p. 2).

<sup>698</sup> COSTA, Coqueijo. **Direito processual do trabalho**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1984, p. 27.

<sup>699</sup> Conforme se interpreta da explicação dos autores contida em JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito Processual do Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 31-32.

Não obstante a divergência da premissa aqui defendida em relação a algumas noções dos aludidos juristas, os trechos acima evidenciam a diferenciação dos ramos processuais, sem, contudo, os seus autores tenham deixado de adotar uma noção de jurisdição una.

Vale destacar, todavia, que há nomes que entendem o oposto. Pontes de Miranda, por exemplo, ao menos na obra aqui consultada, afirmou haver uma dicotomia entre jurisdição penal e civil<sup>700</sup>. Não é essa a posição adotada nesta tese, considerando os fundamentos já expostos.

#### **4.8 Sobre o direito internacional e a sua relação com o conceito de “jurisdição” aqui defendido**

A investigação da chamada “jurisdição internacional”, noção relacionada ao direito internacional, não se insere no presente recorte. Uma das razões é justamente o fato de que aqui se entende que a jurisdição deve ser considerada sob a ótica do cenário jurídico brasileiro e de acordo com as perspectivas e compreensões jurídicas existentes e aplicáveis ao Brasil.

Até porque, ainda que possa servir de fonte inspiradora, ou então de origem fática para o eventual surgimento de uma incorporação normativa por parte do nosso sistema jurídico, o direito internacional, ao menos para fins de força normativa no cenário pátrio, necessita se submeter à autorização do direito brasileiro<sup>701</sup>.

Embora a posição anterior possa ser passível de críticas, há elementos que confirmam essa assertiva, como, por exemplo, os seguintes, listados por Jahyr-Pihippe Bichara e Isly Queiroz Maia Rocha: (i) o regime estabelecido pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004 para os tratados internacionais que versem sobre direito humanos<sup>702</sup>; (ii) a sistemática dos tratados internacionais sobre direito tributário, que possuem peso superior ao das leis ordinárias, tal como reconhecido no Recurso Extraordinário nº 229.096/RS pelo Supremo Tribunal Federal<sup>703</sup>;

<sup>700</sup> MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**, tomo II, arts. 46 a 153, Rio de Janeiro, Forense, 1997, p. 195.

<sup>701</sup> “[...] ao compulsar a atual estrutura escalonada do ordenamento jurídico brasileiro, o que se tem é a observância do direito internacional não pelo reconhecimento de sua primazia no sistema jurídico, mas pelo processo de positivação de seus princípios e normas no corpo da Constituição. Na matéria dos tratados internacionais, a ordem jurídica brasileira forjou subdivisões que não existem no âmbito internacional, não podendo ser reconhecidas pelo restante da sociedade internacional” (BICHARA, Jahyr-Pihippe; ROCHA, Isly Queiroz Maia. A relação entre o Direito internacional e o Direito brasileiro: algumas considerações numa perspectiva kelseniana. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Vol. 124, 2021, p. 169-188, mar – abril, 2021, p. 7).

<sup>702</sup> BICHARA, Jahyr-Pihippe; ROCHA, Isly Queiroz Maia. A relação entre o Direito internacional e o Direito brasileiro: algumas considerações numa perspectiva kelseniana. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Vol. 124, 2021, p. 169-188, mar – abril, 2021, p. 6.

<sup>703</sup> Idem.

(iii) a sistemática atinente aos demais tratados internacionais, aos quais se aplica o entendimento contido no Recurso Extraordinário nº 80.004/SE<sup>704</sup>.

As referências às relações entre o direito internacional e o nacional ilustram a necessidade de se considerar, em primeiro plano, a realidade do nosso país ao se estudar determinado instituto jurídico. Por isso, a posição aqui adotada é a de que, para fins de estruturação de uma noção de jurisdição aplicável ao ordenamento brasileiro, mister se torna considerar essencialmente esse próprio ordenamento e, ademais, as compreensões jurídicas predominantes no nosso contexto jurídico prático e doutrinário.

Portanto, a perspectiva de jurisdição aqui proposta considera o nosso próprio sistema jurídico como norte fundamental, buscando levar em conta as suas variáveis e assim conceber uma noção que reverbere as características do nosso direito processual.

Não se pode esquecer que uma das críticas realizadas neste trabalho volta-se à adoção de premissas conceituais com base na simples repetição de obras estrangeiras de juristas que sequer consideraram o contexto do nosso país. Esse tipo de prática pode acarretar falhas e a desconsideração de realidades nacionais e teóricas não pensadas pelos autores alienígenas usados como parâmetro. Inclusive, conforme já dito algumas vezes neste trabalho, é até pontuado por grandes estudiosos do conceito de jurisdição, curiosamente no cenário estrangeiro, a sua própria natureza relativa, condicionando-se, portanto, ao contexto no qual é pensada<sup>705</sup>.

---

<sup>704</sup> Ibidem, p. 6-7.

<sup>705</sup> Nesse sentido, ainda que de maneira suscinta: CALAMANDREI, Piero. *Istituzioni di diritto processuale civile. Opere Giuridiche, volume IV*. 4<sup>a</sup> ed. do original. Roma: Roma trE- Press, 2019, p. 34. Mais recentemente, afirmando o caráter relativo da jurisdição tanto no tempo quanto no espaço: PANZAROLA, Andrea. Il controllo della Corte di cassazione sui limiti della giurisdizione del giudice amministrativo. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, anno 2018, fascículo 2, p. 597.

## 5 CONCLUSÕES

Como ponto de partida, fixou-se na introdução a seguinte pergunta: “*Os conceitos de ação e jurisdição explicam satisfatoriamente a realidade judicial e arbitral no âmbito do direito processual civil brasileiro contemporâneo?*”.

Após as reflexões feitas, a resposta obtida é a seguinte: *não obstante o refinamento e a importância histórica dos dois conceitos mencionados acima, ambos necessitam ser revistos, considerando, entre outros pontos, que as significações atribuídas doutrinariamente são inadequadas para explicar a realidade do processo civil brasileiro contemporâneo.*

Em relação ao conceito de ação, em suas variáveis atinentes ao acesso ao Poder Judiciário ou à arbitragem, conclui-se que é *a hora de superá-lo em busca de uma noção mais adequada ao atual contexto jurídico brasileiro*. Já quanto à jurisdição, embora não se proponha uma superação, mas sim uma ressignificação, *entende-se que a nova definição a se inserir no lugar deve ostentar elementos que fazem ser coerente a permanência dessa nomenclatura*.

Para sustentar essa primeira conclusão principal, as seguintes constatações da pesquisa são relevantes.

Em primeiro lugar, as relacionadas ao conceito de ação:

- (i) Ao longo da história do conceito de “ação”, há uma grande heterogeneidade de noções, sem um consenso adequado, o que faz com que se originem as seguintes consequências:
  - (a) a desvalorização e/ou perda de relevância sistêmica<sup>706</sup> da ação, ante novas percepções de natureza constitucional, tais como as de “direito à tutela judicial efetiva”, “direito à tutela jurisdicional efetiva”, “direito à jurisdição”, “acesso à justiça” e “infastabilidade do Poder Judiciário”, por exemplo;
  - (b) a transformação desse conceito em outros que seriam completamente distintos, valendo destacar o claro aproveitamento de uma ideia de ação “concreta” para dar origem a uma “ação abstrata”;
  - (c) a equivocada aceitação, por alguns, de que a ação pode ser vista concomitantemente sob diversas perspectivas incompatíveis, o que gera uma dificuldade na delinearção desse instituto. Em outras palavras:

---

<sup>706</sup> Conforme disse Luigi Paolo Gomoglio ao estudar a ação em variados contextos jurídicos (COMOGLIO, Luigi Paolo. Note riepilogative su azione e forme di tutela, nell'ottica della domanda giudiziale. **Rivista di diritto processuale**. Anno XLVIII, seconda serie, n. 2. Milano: CEDAM, 1993, p. 481).

percebeu-se uma tendência de se afirmar que, ante a impossibilidade de se conciliar as teorias, nenhuma estaria equivocada, tal conclusão que é incoerente, considerando que as noções teóricas são claramente contrastantes;

(d) o fomento de debates que, embora tenham inquestionável relevância sob um ponto de vista histórico, são desnecessários atualmente.

- (ii) Toda a abstração teórica moderna feita em torno do conceito clássico de ação não é imprescindível. É possível haver a consolidação de importantes sistemas jurídicos de maneira alheia a esses debates. Isso fica claro da análise do direito estadunidense, que ainda segue uma linha que poderia ser tida como concretista, isso se analisarmos sob uma perspectiva europeia ou nacional. Pouca importância se dá à indagação a respeito da abstração ou da concretude da ação, de maneira distinta do que ocorreu no cenário nacional e europeu, especialmente do século passado, período que ainda influencia a nossa doutrina.
- (iii) Igualmente se pode dizer do contexto do direito internacional. O foco debatido nos julgados analisados, de cortes internacionais, é a concretização dos ditames normativos do que é concebido como direito à tutela judicial efetiva. Não se adentra nas discussões teóricas sobre a ação e a sua natureza jurídica. À luz de conceitos distintos, o que se busca é concretizar ou reparar lesões ao direito de acessar efetivamente o judiciário. Também na jurisprudência de cortes de véspera dos países analisados não se percebeu uma prevalência desse conceito, sem prejuízo de algumas exceções.
- (iv) No atual contexto jurídico brasileiro, noções de direitos fundamentais e garantias processuais suprem qualquer lacuna que poderia ser deixada pelo direito/poder de ação, e isso fica claro até mesmo ante a sua *não prevalência* nos julgados do Supremo Tribunal Federal investigados e do estudo da doutrina estrangeira.
- (v) À luz das constatações feitas acima e da pesquisa realizada perante a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, conclui-se que há marcantes indícios de que o conceito de ação tem relevância diminuta nos debates a respeito do direito de acesso ao judiciário, isso ante a presença de outras garantias

processuais mais específicas, ou então pela implícita opção de se valer de nomenclaturas distintas, consolidadas no direito constitucional.

- (vi) Inevitavelmente, os debates sobre a ação acabam se tornando estéreis. São frutos de pontos e contrapontos pautados em perspectivas teóricas relativamente antigas e que sequer consideravam noções modernas da incidência constitucional em prol da efetividade dos direitos. Sem desprezar o rico caldo cultural decorrente dessas percepções, atualmente não faz sentido dar continuidade a toda essa contenda teórica.
- (vii) Em sua essência, torna-se difícil aceitar a ampliação da noção de ação ao cenário de variadas posições jurídicas exercidas no decorrer do processo, tendo em vista que isso faz com que esse conceito, de tão diluído, perca a sua força normativa, existindo majoritariamente apenas no campo da retórica, sem desconsiderar que até nessa seara já há perda de relevância, conforme apontado no item “v” acima.
- (viii) A noção de ação dificilmente explica o complexo fenômeno da participação processual no direito brasileiro, ao menos se levarmos em consideração a forte carga de significação inerente a esse vocábulo, muito ligado a noções de ajuizamento da demanda, não obstante as tentativas de fazerem com que ele seja ampliado para o direito de defesa e o de participar do processo.
- (ix) Superar o conceito de ação, no Brasil, não se configuraria como um rompimento de uma tradição que teria trazido “bons frutos”, *mas sim com o término de um debate teórico histórico que hoje não faz tanto sentido*.

Fixados os pontos acima, eis as constatações feitas em relação ao conceito de jurisdição:

- (i) É inegável a necessidade de revisão do conceito da jurisdição. A complexidade dos fenômenos processuais envolvendo o judiciário e a arbitragem faz com que as perspectivas clássicas a respeito desse instituto não sejam suficientes.
- (ii) A doutrina investigada não obteve êxito na definição da jurisdição sem contradições ou lacunas, o que gera uma grande confusão sobre o que seria esse instituto (se seria uma “função”, um “poder”, “um conjunto de poderes e deveres”, “um efeito” etc.)
- (iii) Há uma ampliação conceitual por parte da doutrina, despreocupada (em sua grande parcela) com a definição de características que individualizariam esse

instituto, a fazer com que ele, de tão amplo, torne-se apenas um argumento de autoridade no âmbito prático.

- (iv) Há uma implícita desvalorização desse conceito, descentralizando a disciplina processual em diversas noções flutuantes (processo, jurisdição, ação, defesa...) que poderiam ser vistas de maneira mais harmônica com a jurisdição em seu centro.
- (v) Há a desconsideração do fato de que a jurisdição pode servir como elemento democrático de empoderamento da sociedade, em perspectivas distintas da clássica noção atrelada ao julgador.
- (vi) Na linha do item anterior, há uma sólida tendência (de origens históricas) de se atribuir uma conotação autoritária ao conceito de jurisdição, contrapondo-a à ideia de processo, algo que merece ser repensando no contexto brasileiro.

Com base na primeira principal conclusão exposta acima, fundamentada em todas as constatações que também foram colacionadas nas linhas precedentes, entende-se ter sido demonstrada *a existência de uma incerteza conceitual marcante em relação à ação e à jurisdição, a justificar a superação da primeira e a ressignificação da segunda*.

As razões para superar a ação encontram-se no fato de que, ante tudo o que foi dito e com o objetivo de não perpetuar um debate que parece ser infundável, não se vê um caminho melhor senão o de sugerir que esse conceito não seja mais utilizado para explicar o poder de acesso ao judiciário no Brasil<sup>707</sup>.

O que se fez foi uma nova resposta à observação realizada por Niceto Alcalá-Zamora Y Castillo, no sentido de que, se a ação for um dos três conceitos fundamentais do direito processual, “*ello habrá de traducirse necesariamente en que sea un elemento constructivo a la vez esencial, útil e transcendente*”. Com base nessa afirmativa, completa o referido autor, afirmando que, se na verdade forem constatadas características opostas a essas, ou seja, se tal conceito apenas tiver servido para produzir uma literatura passível de ser vista como “*logomáquica y confusa, sin más repercusión que la de reservársele un capítulo-homenaje en las obras doctrinales*”, possivelmente estaria na hora de abandonar tal instituto<sup>708</sup>.

---

<sup>707</sup> Conforme explicam Goode e Hatt: “À medida que a ciência se desenvolve, muitos problemas conceptuais são ultrapassados, quando os próprios conceitos se tornam irrelevantes para as tarefas teóricas mais novas” (GOODE, William Josiah; HATT, Paul K. **Métodos em pesquisa social**. Trad. Carolina Martuscelli Bori. 4<sup>a</sup> ed. São Paulo, Editora Nacional, 1972, p. 65).

<sup>708</sup> Para todas as citações: CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. Enseñanzas y sugerencias de algunos procesalistas sudamericanos acerca de la acción. **Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)**. Tomo I: números 1-11. Ciudad Universitaria: Universidad Nacional Autónoma de México, 1974, p. 323.

Agora, mais de 80 (oitenta) anos após a primeira publicação dessa observação<sup>709</sup>, recomenda-se, ao menos no contexto brasileiro (cenário dos presentes estudos), a superação desse conceito, por tudo o que foi dito nesta tese.

Por outro lado, no que diz respeito à noção de jurisdição, aqui ainda se entende ser possível o aproveitamento dessa nomenclatura, mas, tal como adiantado, com a ressignificação sugerida. Entre as diversas razões para essa opção teórica, vale destacar aquelas voltadas ao aspecto da utilidade de algumas premissas relacionadas, que merecem ser mantidas, bem como também o caráter legitimador que tal noção tem, de relevância tanto no campo social quanto no jurídico. Tudo isso torna essa concepção passível de ampliação, curiosamente para permitir que ela individualize melhor o fenômeno que é seu objeto de rotulação e tenha maior utilidade no nosso sistema, e isso foi o que se buscou demonstrar nesta tese.

Nesse sentido, defendeu-se que a jurisdição seria uma norma jurídica, especificamente um princípio jurídico *sui generis*, esse que se configura como fonte de todo o fenômeno jurisdiccional. Após as leituras realizadas para esta tese, a rotulação da jurisdição como função, poder, atividade etc. revelou-se insuficiente, sendo mais adequado compreender esse instituto da maneira proposta.

Por sua vez, o fenômeno jurisdiccional, resultado da complexa incidência da norma jurisdição, abrangeia tudo aquilo que é de interesse direto da disciplina do direito processual civil. Ou seja, todo o conjunto de situações jurídicas e demais consequências diretas da norma jurisdição deverão ser vistos como componentes do fenômeno jurisdiccional, o que inclui situações pré-processuais, processuais, transprocessuais e pós-processuais.

Ademais, é em razão da norma jurisdição que existe o chamado “direito à jurisdição”, que é uma consequência da incidência da primeira como norma jurídica. Tal direito cumpre o papel de garantir o acesso ao judiciário e à arbitragem, não havendo a necessidade de persistir na adoção do conceito de ação, esse que, como dito, desde as suas origens é detentor de entraves à sua operacionalização. A jurisdição, como norma, estabelece o direito de acesso efetivo ao judiciário e à arbitragem (*rectius*: direito à jurisdição), bem como também é a fonte última de todas as demais garantias processuais existentes no procedimento judicial ou arbitral.

Também se defendeu nesta tese que *as partes exercem poderes jurisdicionais*. Com a jurisdição sendo a fonte de todo o fenômeno jurisdiccional, processual, transprocessual, pré-

---

<sup>709</sup> Embora o artigo aqui consultado esteja num livro de 1974, ele foi publicado antes, em 1947, na obra “Estudios de Derecho Procesal en honor de Hugo Alsina”. Sobre essa referência, conferir: CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. Enseñanzas y sugerencias de algunos procesalistas sudamericanos acerca de la acción. **Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)**. Tomo I: números 1-11. Ciudad Universitaria: Universidad Nacional Autónoma de México, 1974, p. 317, primeira nota de rodapé, indicada como “\*\*”.

processual e pós-processual, considerando as diversas possibilidades que a sociedade tem de até mesmo conformar o procedimento jurisdicional mediante atos jurídicos, prévios, concomitantes e até posteriores ao processo, ampliar a ideia de jurisdição para o agir das partes na pré-processualidade, na pós-processualidade e também na transprocessualidade acaba sendo a solução para melhor explicar todo o fenômeno em volta da tutela jurisdicional no Brasil. Muitas razões tornam isso possível, conforme se buscou evidenciar.

Inclusive, não só as partes, mas todos os sujeitos do processo jurisdicional exercem poderes jurisdicionais. Todos eles agem jurisdicionalmente, até mesmo o próprio julgador. Esse tipo de percepção, nos moldes aqui defendidos, considerando todas as contribuições da moderna doutrina a respeito da participação no processo, ressalta ainda mais o viés democrático que a jurisdição deve ter. No contexto brasileiro de Estado Democrático de Direito, entende-se que essa é a melhor forma de compreender o fenômeno jurisdicional, e, por uma ótica moderna, o nosso sistema procedural já tem claras características que tornam a perspectiva aqui defendida a mais adequada.

Até porque, não há dúvidas de que o produto do judiciário, além de ter sua “formação” iniciada (como regra quase absoluta) por um agir (pela perspectiva adotada nesta tese: um “agir jurisdicional”) dos integrantes da sociedade, é moldado pela presença de todos os sujeitos da relação processual jurisdicional. Especialmente no Brasil, essa é uma qualidade, e a doutrina nacional contemporânea cada vez mais a evidencia.

Portanto, além de ser mais adequado à realidade jurídica brasileira, o conceito de jurisdição defendido supre qualquer necessidade de tratar da noção de ação como explicação teórica para o acesso ao judiciário (ou arbitragem) nos dias atuais. Se sem grande parte das ideias mencionadas já seria possível defender a imprescindibilidade da teorização da ação no Brasil, com a adoção das premissas de jurisdição, fenômeno jurisdicional e agir jurisdicional aqui expostas não haverá dúvidas de que se deve repensar a manutenção desse conceito.

## REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. O STF é mesmo um bazar de direitos? **Folha de São Paulo**, 18 de julho de 2024. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2024/07/o-stf-e-mesmo-um-bazar-de-direitos.shtml>. Acesso em: 01 ago. 2024.

ABBOUD, Georges. **Constituição Federal Comentada**. 1<sup>a</sup> ed. em e-book baseada na 1. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

ABREU, Rafael Sirangelo de. **Incentivos processuais**: economia comportamental e nudges no processo civil. 1. Ed. em e-book baseada na 1. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

ACUÑA, Benjamin Marcheco. La dimensión constitucional y convencional del derecho a la tutela judicial efectiva (no penal) desde la perspectiva jurisprudencial europea y americana. **Estudios Constitucionales**, vol. 18, núm. 1, 2020. Disponível em: <http://www.estudiosconstitucionales.cl/index.php/econstitucionales/article/view/633>. Acesso em: 02 dez. 2023.

ÁFRICA DO SUL. **South African Government. Constitution of the Republic of South Africa**. 1996, Chapter 2: Bill of Rights. Disponível em: <https://www.gov.za/documents/constitution/chapter-2-bill-rights#34>. Acesso em: 20 out. 2024.

ALCOVER, Pilar Giménez. **El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann**. Barcelona: José M<sup>a</sup> Bosch Editor, S.A., 1993.

ALEMANHA. Deutscher Bundestag. **Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland**. Disponível em: <https://www.bundestag.de/gg>. Acesso em: 30 nov. 2023.

ALEMANHA. Deutscher Bundestag. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**. Edição de junho de 2022. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2024.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 3. ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2024.

ALLEN, Ronald J.; PARDO, Michael S. The Myth of the Law-Fact Distinction. **Northwestern University Law Review**, vol. 97, nº 4, 2003.

ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. **Direito Judiciário Brasileiro**. 3<sup>a</sup> ed., correcta, aumentada, com remissões ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1940.

ALLORIO, Enrico. **L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale. L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale e altri studi**. Milano: Giuffrè, 1957

ALSINA, Hugo. **Tratado teorico practico de derecho procesal civil y comercial.** I. parte general. 2<sup>a</sup> ed. Buenos Aires: EDIAR, 1956.

ÁLVAREZ, Roberto González. El principio fundamental de acción. Nuevo paradigma de la ciencia procesal. **Ars boni et aequi.** Ano 7, nº 2, 2011.

ALVES, Gabriela Pellegrina; AZEVEDO, Julio Camargo de. Condições da ação e o novo código de processo civil: avanços e retrocessos. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP.** Volume XIV, n. 1, 2014.

ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. **Direito processual civil:** teoria geral do processo de conhecimento. V. 1. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1972.

ALVIM NETTO, José Manoel Arruda. **Curso de direito processual civil.** vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1971.

ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. **I fondamenti costituzionali della giustizia civile. Il modello costituzionale del processo civile italiano.** 2<sup>a</sup> ed. Torino: G. Giappichelli;, 1997..

ANDRADE, Érico. Novas fronteiras da arbitragem: superação da discussão em torno da natureza contrafactual ou jurisdicional. **Revista de Processo**, vol. 305, p. 461-491, julho, 2020.

ANDRADE E SILVA, Maria Eduarda. **As limitações da verdade no processo** [mensagem pessoal]. Mensagem recebida por <[mmariaeduarda5000@gmail.com](mailto:mmariaeduarda5000@gmail.com)> em 08 maio 2021.

ANGOLA. Governo.gov.ao. **A Constituição.** Disponível em: <https://mtti.gov.ao/ao/angola/a-constituicao/>. Acesso em: 03 dez. 2023.

ARAGÃO, E. D. Moniz de. Hobbes, Montesquieu e a teoria da ação. **Revista de Processo**, vol. 108, 2022, p. 9-22. Out – Dez, 2002.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. O Estado de Direito e o direito de ação: a extensão do seu exercício. **Revista brasileira de direito processual**, Belo Horizonte, v. 15, n. 59, jul./set. 2007. Versão disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/32162>. Acesso em: 18/12/2024.

ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos.** 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo**, vol. 225/2013, p. 389-410, novembro de 2013.

ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. **Constantino, Eduardo Francisco c/ ANSeS s/ reajustes varios.** 7 de junho de 2016. fallos: 339:740. Disponível em: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7311983&numeroPagina=1>. Acesso em: 24 nov. 2023.

ARGENTINA. Ministerio de Justicia de la Nación. **Constitución de la Nación Argentina.** Disponível em: <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>. Acesso em: 24 nov. 2023.

ARGENTINA. **Sistema Argentino de Información Jurídica.** Disponível em: <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-domini-dardo-delfor-municipalidad-bahia-blanca-demanda-contencioso-administrativa-fa88000367-1988-07-26/123456789-763-0008-8ots-eupmocsollaf>? Acesso em 24 nov. 2023.

ARMELIN, Donald. **Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1979.

AROCA, Juan Montero; COLOMER, Juan Luis; VILAR, Silvia Barona. **Derecho jurisdiccional I. Parte General.** 21<sup>a</sup> ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2013.

ARRUDA ALVIM, Teresa; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao código de processo civil.** 3. ed. e-book baseada na 3. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

ARRUDA ALVIM, Teresa. **Nulidades do processo e da sentença.** 4<sup>a</sup> ed. em e-book baseada na 11<sup>a</sup> ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

ASPERTI, Maria Cecília de Araújo; CHIUZULI, Danieli Rocha. Supremo conciliador? Análise dos casos encaminhados à conciliação no âmbito do Supremo Tribunal Federal. **Revista Estudos Institucionais**, v. 10, n. 2, p. 450-499, maio/ago, 2024

ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro, volume I:** parte geral: fundamentos e distribuições de conflitos. 3. ed. em e-book baseada na 3. ed. impressa. São Paulo: Thomsom Reuters Brasil, 2022.

ASSIS, Araken de. **Manual da execução.** 18. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

AUBERT, Eduardo Henrik. **A impugnação especificada dos fatos no processo civil:** retórica, história, dogmática. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuter Brasil, 2020.

AULETE digital. **Metonímia.** Disponível em: <https://www.aulete.com.br/metonimia>. Acesso em: 12 nov. 2024.

AURELLI, Arlete Inês. Análise crítica sobre o cabimento da teoria da asserção no sistema processual do CPC/15 e o possível equívoco do entendimento do STJ. **Revista de Processo.** Vol. 330/2022, p. 17-42, Ago/2022.

ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal”? **Revista de Processo**, v. 163, setembro, 2008.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios:** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4<sup>a</sup> ed., revista, 3<sup>a</sup> tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

AZEVEDO, Gustavo. Ônus e deveres processuais. **Revista Acadêmica**. Faculdade de Direito do Recife, vol. 92, n. 02, anno CXXIX, 2020.

BAPTISTA, Francisco de Paula. **Compendio de Theoria e Pratica do Processo Civil Comparado com o commercial para uso das faculdades de direito do Imperio**. 3<sup>a</sup> ed. rev. e consideravelmente aumentada. Pernambuco: Livraria Academica de J. W. de Medeiros & C., 1872.

BAPTISTA, Francisco de Paula. **Compendio de Theoria e Pratica do Processo Civil para uso das faculdades de direito do Imperio**. Recife: Typhographia Universal, 1855.

SCHUMANN BARRAGÁN, Guillermo. **Derecho a la tutela judicial efectiva y autonomía de la voluntad**: los contratos procesales. Madrid: Macial Pons, 2022.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. 2 volume**: arts. 5 a 17. 3. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

BECKER, L. A. Processo e Preconceito. BECKER, L. A.; SILVA SANTOS, E. L. **Elementos para uma teoria crítica do processo**. Porto Alegre: Sério Antonio Fabris Editor, 2002.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BELLIA, Anthony J. Justice Scalia, Implied Rights of Action, and Historical Practice. **Notre Dame Law Review**, vol. 92, 2017. Disponível em: [https://scholarship.law.nd.edu/law\\_faculty\\_scholarship/1314](https://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/1314). Acesso em: 23 jan. 2024.

BELLIA JR., Anthony J.; CLARCK, Bradford R. The original source of the cause of action in federal courts: the example of the alien tort statue. **Virginia Law Review**, vol. 101, nº 3, maio de 2015, p. 609-689, disponível em: <https://www.jstor.org/stable/24363261>. Acesso em: 26 jul. 2023.

BELLOCCHI, Márcio. Sobre um novo conceito de jurisdição. YARSHELL, Flávio Luiz [et. al] [coords]. **50 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil**: passado, presente e futuro. Versão ebook. Londrina: Thoth, 2024.

BENEDUZI, Renato Resende. Legitimidade extraordinária convencional. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPRro**. Belo Horizonte, ano 22, n. 96, p. 103-126, abr./jun. 2014.

BERTOLDI, Valentina; GRADI, Marco; RUFFINI, Giuseppe. **Diritto processuale civile. I. La Giustizia civile**. A cura di Giuseppe Ruffini. Bologna: il Mulino, 2023.

BETTI, Emilio. **Diritto processuale civile italiano**. II ed. Roma: Società Editrice del “Foro Italiano, 1936.

BEVILAQUA, Clovis. **Em defesa do Projecto de Código Civil Brazileiro**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1906.

BRAGA, Luciana Jacó; PINHO, Marina Cieri. Direito processual civil argentino. SICA, Heitor Vitor Mendonça Fralino (org) (*et.al.*). **Processo civil comparado: Américas**. Londrina: Thoth, 2020.

BRAGA, Paula Sarno. **Aplicação do devido processo legal às relações jurídicas particulares**. Salvador: Universidade Federal da Bahia, UFBa, 2007, 232p.

BRASILEIRO, Ricardo Adriano Massara. História do direito como discurso legitimador: Chiovenda e o direito romano, com especial referimento à doutrina da ação. **CONPEDI, Anais do XIX Encontro Nacional**, junho de 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. **RECURSO ESPECIAL N° 1.2070.439-PR**. Relator: Ministro Castro Meira. Julgado em: 26/06/2013. Publicado em: 02/08/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. **Edcl no AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL N° 2177921-RJ**. Relator: Ministro Sérgio Kukina. Julgado em 04 de junho de 2024. Publicado em: 13/06/2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. **Agravo Interno no Recurso Especial n. 1.837.482/PR**. Relator: Ministro Gurgel de Faria. Julgado em: 07/11/2023. Publicado em: 15/12/2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. **AgInt no RECURSO ESPECIAL N° 1615087 – PR**. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Julgado em 31/08/2020. Publicado em: 03/09/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ata de Julgamento publicada no DJE do Tema 1.234 da repercussão geral**. DJE divulgado em 18/09/2024. Publicado em 19/09/2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5941/DF**. Relator: Min. Luiz Fux. Julgamento: 09/02/2023. Publicação: 28/04/2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. **Agravo regimental no Recurso Extraordinário nº 1291493/SE**. Rel. Min. Dias Toffoli. Julgamento: 29/11/2021. Publicação: 15/03/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5766/DF**. Rel. Min. Roberto Barroso. Rel. do acórdão: Min. Alexandre de Moraes. Julgamento: 20/10/2021. Publicação: 03/05/2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Seção. **Recurso Especial n. 1.777.553/SP**. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Julgado em 26/05/2021. Publicado em: 01/07/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 1308952/TO**. Rel. Min. Dias Toffoli. Julgamento: 23/08/2021. Publicação: 20/10/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4296/DF**. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator para o acórdão: Min. Alexandre de Moraes. Julgamento: 09/06/2021. Publicação: 11/10/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3431/DF**. Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgamento: 29/06/2020. Publicação: 22/09/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Ação Rescisória nº 2697**. Agravo Regimental – RS. Relator: Ministro Edson Fachin. Julgado: 21.03.2019. Publicação: 15.05.2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 888051/CE**. Rel. Min. Celso de Mello. Julgamento: 25/11/2016. Publicação: 19/12/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Recurso Extraordinário nº 631240/MG**. Rel. Min. Roberto Barroso. Julgamento: 03/09/2014. Publicação: 10/11/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **A Constituição e o Supremo**. Brasília: Secretaria de Documentação, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3826/GO**. Relator: Min. Eros Grau. Julgamento: 12/05/2010. Publicação: 20/08/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1074/DF**. Relator: Min. Eros Grau. Julgamento: 28/03/2007. Publicação: 25/05/2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. **Recurso Extraordinário nº 434708/RS**. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento: 21/06/2005. Publicação: 09/09/2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Agravo Regimental na Sentença Estrangeira nº 5.206**. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento: 12/12/2001. Publicação: 30/04/2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 266754/RN**. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento: 26/09/2000. Publicação: 02/02/2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 258088/SC**. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento: 18/04/2000. Publicação: 30/06/2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 250279/SC**. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento: 26/09/2000. Publicação: 07/12/2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 263831/SP**. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgamento: 26/09/2000. Publicação: 07/12/2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 269579/RS**. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento: 26/09/2000. Publicação: 07/12/2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 250279/SC**. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento: 26/09/2000. Publicação: 07/12/2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 249734/SC**. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento: 26/09/2000. Publicação: 15/12/2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 256911/SP**. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento: 26/09/2000. Publicação: 15/12/2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1772/MG**. Relator: Min. Carlos Velloso. Julgamento: 15/04/1998. Publicação: 08/09/2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 948/GO**. Relator: Min. Francisco Rezek. Julgamento: 09/11/1995. Publicação: 17/03/2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal pleno. **Questão de ordem na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 272/DF**. Relator: Min. Aldir Passarinho. Julgamento: 08/05/1990. Publicação: 14/04/2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Questão de Ordem na Medida Cautelar da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 273/DF**. Relator: Min. Aldir Passarinho. Julgamento: 08/05/1990. Publicação: 14/04/2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 975/DF**. Relator: Min. Carlos Velloso. Julgamento: 09/12/1993. Publicação: 20/06/1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 295/DF**. Relator: Min. Paulo Brossard. Redator para o acórdão: Min. Marco Aurélio. Julgamento: 22/06/1990. Publicação: 22/08/1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Recurso Extraordinário nº 151508/DF**. Relator: Min. Paulo Brossard. Relator p/ acórdão: Min. Marco Aurélio. Julgamento: 01/06/1993. Publicação: 01/07/1993.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 223/DF**. Relator: Min. Paulo Brossard. Redator para o acórdão: Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento: 05/04/1990. Publicação: 29/06/1990.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Representação nº 1077/RJ**. Relator: Moreira Alves. Julgamento: 28/03/1984. Publicação: 28/09/1984.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 6<sup>a</sup> Região. **Desembargador federal Edilson Vitorelli se torna magistrado consultor**. Disponível em: <https://portal.trf6.jus.br/desembargador-federal-edilson-vitorelli-se-torna-magistrado-consultor/>. Acesso em: 10 abr. 2024.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil – parte geral do código de processo civil. v. 01. 13. Ed. Epub. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

BUZAID, Alfredo. A influência de Liebman no direito processual civil brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, v. 72, n. 1, 1977.

CABRAL, Antonio do Passo. **Jurisdição sem decisão**: Non Liquet e consulta Jurisdicional no Direito Processual Civil. São Paulo: Editora JusPodivm, 2023.

CABRAL, Antonio do Passo. Da instrumentalidade à materialização do processo: as relações contemporâneas entre direito material e direito processual. **Civil Procedure Review**, v. 12, n. 2: maio-ago. 2021.

CABRAL, Antonio do Passo. **Juiz natural e eficiência processual**: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil. 1. ed. em e-book baseada na 1. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

CABRAL, Antonio do Passo. Pactum de non petendo: a promessa de não processar no direito brasileiro. **Revista de Processo**, ano 45, n. 305, julho, 2020.

CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa Julgada e Preclusões Dinâmicas**: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. 3. ed., ver., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.

CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções processuais**. 2<sup>a</sup> ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.

CABRAL, Antonio do Passo. Recurso *per saltum* negocial: convenção processual para supressão de instância. DANTAS, Bruno; BUENO, Cassio Scarpinella; CAHALI, Cláusia Elisabete Schwerz; NOLASCO, Rita Dias. **Questões relevantes sobre recursos, ações de impugnação e mecanismos de uniformização da jurisprudência. Após o primeiro ano de vigência do novo CPC. Em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

CABRAL, Antonio do Passo. Interesse ad agire e “zone di interesse”. **Revista de Processo Comparado**, vol. 2, jul-dez/2015, p. 29-56, 2015.

CABRAL, Antonio do Passo. Imparcialidade e impartialidade. Por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal. **Revista de Processo**, ano 35, n. 149, jul. de 2007.

CABRAL, Antonio do Passo. O processo como superego social: um estudo sobre os fins sociais da jurisdição. **Revista de Processo**, vol. 115/2004, p. 345-374, Maio-Jun, 2004.

CABRAL, Antonio. *Per un nuovo concetto di giurisdizione.* In: BRIGUGLIO, Antonio; MARTINO, roberto; PANZAROLA, Andrea (org). **Scritti in onore di Nicola Picardi. Tomo I.** Roma: Pacini, 2016.

CABRAL, Pablo Octavio. La tutela judicial efectiva en la provincia de Buenos Aires. La problemática de la jurisdicción contencioso administrativa. **Jurisprudencia Argentina**, IV, 1253, 2002, p. 1-2. Disponível em: <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/69835>. Acesso em: 24 nov. 2023.

CAHALI, José Francisco. **Curso de arbitragem: mediação: conciliação: tribunal multiportas.** 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

CALAMANDREI, Piero. Il processo come giuoco. **Opere Giuridiche. Volume I. Problemi generali del diritto e del processo.** Roma Tre-Press: Roma, 2019.

CALAMANDREI, Piero. Istituzioni di diritto processuale civile. 4<sup>a</sup> ed. **Opere Giuridiche. Volume IV. Istituzioni di diritto processuale civile.** Roma: Ter-Press, 2019.

CALAMANDREI, Piero. La relativita' del concetto d'azione. **Opere Giuridiche. Volume 1. Problemi generali del diritto e del processo.** Roma: Roma Ter-Press, 2019.

CALMON, Petronio; ANDRADE, Ana Karenina S. Ramalho. **Teoria geral dos meios de solução dos conflitos.** 1. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2024.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Processo reestruturante de família. **Revista de Processo**, vol. 338, p. 277-298, abril de 2023.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro.** 8. ed., rev. e atual. Barueri: Atlas, 2022.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Será o fim da categoria “condição da ação”? Uma resposta a Fredie Didier Junior. **Revista de Processo**, vol. 197/2011, p. 261-269, julho de 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7<sup>a</sup> ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARDOSO, Natasha Reis de Carvalho. A colusão nos negócios jurídicos processuais: breves reflexões. **Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília, [S. l.], v. 15, n. 1, 2019.**

CARMONA, Carlos Alberto. Julgamento por equidade em arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação/vol. 30**, p. 229-244, jul-ste, 2011.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Jurisdição. **Revista de Processo**, vol. 58, 1990, p. 33-40, Abr-Jun, 1990.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del proceso civil. Volume 1.** Trad. de la 5<sup>a</sup> ed. italiana por Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJEA, 1959.

CARNELUTTI, Francesco. Saggio di una teoria integrale dell'azione. **Rivista di diritto processuale**. Volume I - Parte I, anno 1946, Padova: CEDAM, 1946.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema di diritto processuale civile. I. Funzione e composizione del processo**. Padova: CEDAM, 1936.

CARVALHO FILHO, Antônio. **Processo como direito fundamental: a desconstrução do “processo justo” e a edificação do devido processo legal**. Tese (doutorado) defendida na pós-graduação do curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2021, 504p.

CARVALHO, Guilherme Luvizotto. A permanência das condições da ação no sistema processual civil como forma de controle de vícios e nulidades ao desenvolvimento da ação. **Revista de Direito Privado**, vol, 112/2022/p. 243-260/abr-jun/2022.

CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. **Os Direitos Fundamentais e a (In) Certeza do Direito. A produtividade das Tensões Princiológicas e a Superação do Sistema de Regras**. 2<sup>a</sup> ed. revista e atualizada. Belo Horizonte: Forum, 2020.

CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. Enseñanzas y sugerencias de algunos procesalistas sudamericanos acerca de la acción. **Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)**. Tomo I: números 1-11. Ciudad Universitaria: Universidad Nacional Autónoma de México, 1974.

CATHARINA, Alexandre de Castro. **Movimentos sociais e a construção dos precedentes judiciais**. 2<sup>a</sup> ed., rev. e atual. Curitiba: Jaruá, 2023.

CHASE, Oscar G. Law, Culture, and Ritual. **Disputing Systems in Cross-Cultural Context**. New York: New York University Press, 2005.

CHIOVENDA, Giuseppe. Azione. **Saggi di diritto processuale civile (1894-1937). Volume terzo**. Milano: Giuffrè editore, 1993.

CHIOVENDA, Giuseppe. L'azione nel sistema dei diritti. **Saggi di diritto processuale civile (1894-1937). Volume primo**. Milano: Giuffrè editore, 1993.

CHIOVENDA, Giuseppe. Del sistema negli studi del processo civile. **Saggi di diritto processuale civile (1894-1937). Volume primo**. Milano: Giuffrè editore, 1993.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Principii di diritto processuale civile. Le azioni. Il processo di gognizione**. 2<sup>a</sup> edizione reveduta e notevolmente aumentata. Napoli: Casa Tipografico – Editrice n. Jovene E. C., 1923.

CLARK, Charles E. History, Systems and Functions of Pleading. **Virginia Law Review**. Vol. 11, nº 7, maio de 1925. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1065579>. Acesso em: 28 jul. 2023.

CLARK, Charles E. The Code Cause of Action. **The Yale Law Journal**, jun, 1924, vol. 33, N. 8. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/788211> . Acesso em: 28 jul. 2023.

COHEN, Felix S. Field Theory and Judicial Logic. In: **The Legal Conscience: selected papers of Felix S. Cohen**. New Haven: Yale University Press, 1960.

COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. **Lezioni sul processo civile. I. Il processo ordinario di cognizione**. 4<sup>a</sup> ed. Bologna: Società editrice il Mulino, 2006.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Note riepilogative su azione e forme di tutela, nell'ottica della domanda giudiziale. **Rivista di diritto processuale**. Anno XLVIII, seconda serie, n. 2. Milano: CEDAM, 1993.

COMOGLIO, Luigi Paolo. I modelli di garanzia costituzionale del processo. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Settembre, 1991, anno XLV, N. 3. Milano: Giuffrè, 1991.

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

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Corregedoria Nacional determina suspensão de contas em redes sociais por manifestações políticas**. 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/corregedoria-nacional-determina-suspensao-de-contas-em-redes-sociais-por-manifestacoes-politicas/#:~:text=A%20Corregedoria%20Nacional%20de%20Justi%C3%A7a,%C3%A0s%20quest%C3%B3es%20pol%C3%ADticas%20e%20eleitorais.> . Acesso em: 26 ago. 2024.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. Convenção processual e recursos extraordinários per saltum. **Revista de Processo**, vol. 344, p. 177-188, outubro de 2023.

COSTA, Eduardo José Fonseca. Calendarização processual. GAJARDONI, Fernando (org). **Magistratura**. Salvador: Editora JusPodivm, 2005.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. O processo como instituição de garantia. **Conjur**. 16 de novembro de 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-nov-16/eduardo-jose-costa-processo-instituicao-garantia/> . Acesso em: 02 abr. 2024.

COSTA, Henrique Araújo. Puzzles: uma alegoria jurídica (ou semiologia aplicada ao processo). NERY, Rodrigo (coord.). **Olhares críticos sobre o processo e temas afins**: ensaios e reflexões. Londrina: Thoth, 2025.

COSTA, Henrique Araújo. **Puzzles**: uma alegoria jurídica (rumo à teoria pragmática do processo). 2009. Não publicado. Cedido pelo autor.

COSTA, Susana Henriques da. **Condições da Ação**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Baraona Bray VS. Chile. Sentencia de 24 de noviembre de 2022**. Presidente: Ricardo C. Pérez Manrique. 24 de noviembre de 2022.

COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Federación Nacional de Trabajadores Marítimos y Portuarios (Femapor) VS. Perú. Sentencia de 1 de febrero de 2022**. Presidenta: Elizabeth Odio Benito. 1 de febrero de 2022.

COSTA RICA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Professores de Chanáral y otras municipalidades VS. Chile. Sentencia de 10 de noviembre de 2021.** Presidenta: Elizabeth Odio Benito. 10 de noviembre de 2021.

COSTA RICA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Muelle Flores VS. Perú. Sentencia de 06 de marzo de 2019.** Presidente: Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot. 06 de marzo de 2019.

COUTO E SILVA, Clovis V. do. Para uma história dos conceitos no direito civil e no direito processual civil (a atualidade do pensamento de Otto Karlowa e de Oskar). **Revista de Processo.** vol. 37, p. 238-270. São Paulo: Ed. RT, jan-março, 1985.

COUTURE, Eduardo J. **Introdução ao estudo do processo civil:** discursos, ensaios e conferências. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003.

COUTURE, Eduardo. Las garantías constitucionales del proceso civil. **Estudios de derecho procesal en honor de Hugo Alsina.** Buenos Aires: Ediar, 1946.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Será o fim da categoria condições da ação? Uma intromissão no debate travado entre Fredie Didier Jr. e Alexandre Freitas Câmara. **Revista de Processo,** vol. 198/2011, p. 227-236, ago, 2011.

DELFINO, Lúcio. Novo CPC e decisão por equidade: a canabilização do Direito. **Conjur.** 29 de dezembro de 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-dez-29/cpc-decisao-equidade-canabalizacao-direito/>. Acesso em: 18 abr. 2024.

DIDIER JR., Fredie. **Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida.** 5<sup>a</sup> ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil:** introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 19. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017.

DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. **Revista do Ministério Público.** Rio de Janeiro: MPRJ, n. 49, jul./set., 2013.

DIDIER JR., Fredie. O direito de ação como um complexo de situações jurídicas. **Revista de Processo.** Ano 37, vol. 210, agosto de 2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

DIDIER JR., Fredie. Será o fim da categoria “condição da ação”? Um elogio ao projeto do Novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo.** Vol. 197/jul/2011.

DIDIER JR., Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação:** o juízo de admissibilidade do processo. São Paulo: Saraiva, 2005.

DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. Um réquiem às condições da ação. Estudo analítico sobre a existência do instituto. **Revista Forense.** Volume 351, ano 96. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

DIDIER JR., Freddie; FERNANDEZ, Leandro. **Introdução à Justiça Multiportas:** sistema de solução de problemas jurídicos e o perfil do acesso à Justiça no Brasil. Salvador: Editora JusPodivm, 2024.

DIDIER JR., Freddie; ZANETI JR., Hermes. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, vol. 303/2020, p. 45-81, maio de 2020.

DIDIER JR., Freddie; LIPIANI, Júlia; ARAGÃO, Leandro Santos. Negócios jurídicos processuais em contratos empresariais. DIDIER JR., Freddie. **Ensaios sobre os negócios jurídicos processuais**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

DIDIER JR., Freddie; CABRAL, Antonio do Passo. Negócios jurídicos processuais atípicos e execução. DIDIER JR., Freddie. **Ensaios sobre os negócios jurídicos processuais**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil. Volume II.** Com participação de Daniel Menegassi Zotareli. 9<sup>a</sup> ed. Revista e atualizada, 2023.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A arbitragem na teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno:** Tomo I. 3<sup>a</sup> ed. Revisão e atualização de Antônio Rulli Neto. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução civil:** a execução na teoria geral do direito processual civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

DINAMARCO, Beraldo e Bedaque Advocacia. **Sócios. Cândido Rangel Dinamarco**. Disponível em: <https://www.dinamarco.com.br/socios/>. Acesso em: 26 fev. 2024.

DINIZ, Almachio. **Theoria Geral do Processo ou Theoria das Ações segundo o Código Civil de 1916**. Livraria Francisco Alves: Rio de Janeiro, 1917.

DOMÍNGUEZ, Manuel Serra. **Jurisdicción, acción y proceso**. Barcelona: Atelier, 2008.

DROMI, Roberto. **El poder judicial**. 4<sup>a</sup> ed. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1996.

DUARTE, José. **A Constituição Brasileira de 1946: exegese dos textos à luz dos trabalhos da Assembléia Constituinte**. 3º Volume. Rio de Janeiro: 1947.

DURÁN, Manuel Carrasco. La definición constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva. **Revista de Derecho Político**. UNED, nº 107, janeiro-abril, p. 13-40, 2020. Disponível em: <https://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/27182>. Acesso em: 30 nov. 2023.

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously: with a new appendix, a response to critics.** Cambridge: Harvard University Press, 1977.

EID, Elie Pierre. Multilateralidade no processo civil: divergência de interesses em posições jurídicas. **Revista de Processo**, vol. 297, p. 39-77, novembro de 2019.

ESPAÑHA. Tribunal Constitucional. Sala Segunda. **Sentencia 1/2023**. Pres. dona Inmaculada Montalbán Huertas. Julgamento em 6 de febrero de 2023. Boletín Oficial del Estado, n. 61, Lunes, 13 de marzo de 2023.

ESPAÑHA, Tribunal Constitucional. Sala Segunda. **Sentencia 82/2022**. Pres. don Juan Antonio Xiol Ríos. Julgamento em 27 de junho de 2022. Boletín Oficial del Estado, n. 181, Viernes, 29 de julho de 2022.

ESPAÑHA. Ministerio de Justicia. **Sentencias del TEDH y Recomendaciones de los Comités de DH de Naciones Unidas**. Tomo LXXIV, num. 2232 (2020). Publicado em 9 de junho de 2021.

ESPAÑHA. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. **Constitución Española**. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>. Acesso em 30 nov. 2023.

ESPAÑHA. Ley Orgánica del Estado, número 1/1967, de 10 de enero. Publicado en: **BOE** núm. 9, de 11 de enero de 1967, p. 466-477. 1967. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1967-5>. Acesso em: 12 nov. 2023.

ESPÍNOLA, Eduardo. **Systema do direito civil brasileiro**. Volume primeiro. Introdução e Parte Geral. Salvador: Litho-Typ. e Encadernação Ries & C., 1908.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court Of The United States. **U.S. Reports: Texas & Pacific Ry. V. Rigsby**. 241, U.S. 33, 1915. Disponível em: <https://www.loc.gov/item/usrep241033/>. Acesso em: 25 jan. 2024.

ESTELLITA, Guilherme. **Direito de ação, direito de demandar**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto Editora, 1942.

FACULDADE LIVRE DE DIREITO DO RIO DE JANEIRO. Parecer. Relatores: Cândido de Oliveira e Paula Ramos Junior. In: CÂMARA DOS DEPUTADOS. Código civil brasileiro: trabalhos relativos à sua elaboração. Volume 2. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1918, pg. 35. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/14356?show=full>. Acesso em: 05/08/2023.

FARIA, Márcio Carvalho. **A lealdade processual na prestação jurisdicional**: em busca de um modelo de juiz leal. 1. ed. em e-book baseada na 1ª ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di diritto processuale**. Settima edizione. Milano: CEDAM, 1994.

FAZZALARI, Elio. La dottrina processualistica italiana: dall'<< azione >> al << processo >> (1864-1994). **Rivista di diritto processuale**. Anno XLIX (Segunda Serie). N. 4, ottobre-Dicembre, Milano: CEDAM, 1994.

FAZZALARI, Elio. **Note in tema di diritto e processo.** Milano: dott. A. Giuffrè – Editore, 1957.

FAZZONE, Patrick B. Implied rights of action in federal legislation: harmonization within the statutory scheme. **Duke Law Journal.** Vol. 928, 1980. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2754&context=dlj>. Acesso em: 24 jan. 2024.

FENECH, Miguel. **Derecho procesal civil. Introducción, Procedimientos ordinarios de declaración y ejecución.** Madrid: AGESA, 1983

FERREIRA, Benedicto de Siqueira. **Da natureza jurídica da ação. Exposição e crítica.** São Paulo: Emprêsa Gráfica da “Revista dos Tribunais”, 1940.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à constituição brasileira de 1988.** São Paulo: Saraiva, 1997.

FERREIRA, Gabriela Macedo. **Ato concertado entre juízes cooperantes:** esboço de uma teoria para o direito brasileiro. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, Salvador, 2021, 342f.

FERREIRA, Wolgran Junqueira. **Comentários à Constituição de 1988.** Campinas: Julex Livros, 1989.

FORTES, Luiz Henrique Krassuski. **Supremo processo constitucional:** a guarda da constituição em sentido estrito e o seu adequado módulo processual. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito, 164p, Curitiba, 2023.

FRANKEL, Tamar. Implied rights of action. **Virginia Law Review**, vol. 67, No. 3, p. 553-585, abril de 1981. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1072898>. Acesso em: 24 jan. 2024.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. **Condições da ação:** enfoque sobre o interesse de agir. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

FREITAS, Augusto Teixeira de. **Consolidação das leis civis.** Anotada por Martinho Garcez. 5<sup>a</sup> ed., muito aumentada com as leis, decretos e avisos publicados até 1913. Rop de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Antos Editore, 1945.

FRIEDENTHAL, Jack H; KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur R; STEINMAN, Adam N. **Civil Procedure.** 6<sup>a</sup> ed. St. Paul: West Academic Publishing, 2021.

FROIS, Felipe Ribeiro; OLIVEIRA, Igor Campos. Novas perspectivas sobre o conceito de jurisdição no Brasil: transformações na teoria geral do processo? YARSHELL, Flávio Luiz [et. al] [coords]. **50 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil:** passado, presente e futuro. Versão ebook. Londrina: Thoth, 2024.

FUGA, Bruno Augusto Sampaio. Estabilidade e eficácia probatória na produção antecipada de prova. **Revista de Processo**, vol. 338, p. 99-135, abril de 2023.

FUGA, Bruno Augusto Sampaio. **A prova no processo civil:** principais inovações e aspectos contraditórios. 3. ed. Londrina: Thoth, 2019.

FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil.** 6. ed. e-book. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

GADSON, Marcus Alexander. Theseus in the Labyrinth: how state Constitutions can slay the procedural minotaur. **Whashington Law Review**, vol. 98, nº 1, 2023.

GAIO JÚNIOR, Antonio Pereira. **Instituições de direito processual civil.** 5. ed. atual. e ampl. Londrina: Editora Thoth, 2023.

GALDINO, Matheus Souza. **Elementos para uma compreensão tipológica dos processos estruturais.** Dissertação (Mestrado – Direito). Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2019.

GANS, David H. **The Keystone of the Arch:** the text and history of Article III and the Constitution's Promise of Access to Courts. Constitutional Accountability Center, 2016. Disponível em: [https://www.theusconstitution.org/wp-content/uploads/2017/12/Keystone\\_of\\_the\\_Arch.pdf](https://www.theusconstitution.org/wp-content/uploads/2017/12/Keystone_of_the_Arch.pdf). Acesso em: 24 jan. 2024.

GOODE, William Josiah; HATT, Paul K. **Métodos em pesquisa social.** Trad. Carolina Martuscelli Bori. 4<sup>a</sup> ed. São Paulo, Editora Ncional, 1972.

GOLDSCHMIDT, James. **Derecho, derecho penal y proceso. III. El proceso como situación jurídica. Una crítica al pensamiento procesal.** Trad. Jacobo López Barja de Quiroga (*et. al.*). Madrid: Marcial Pons, 2015.

GOLDSCHMIDT, James. Derecho Justicial Material. trad. Catalina Grossmann. GOLDSCHMIDT, James; GOLDSCHMIDT, Roberto. **Derecho Justicial material. Derecho Justicial Material Civil.** Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959.

GOLDSCHMIDT, James. **Derecho procesal civil.** trad. da 2<sup>a</sup> ed.: Leonardo Pietro Castro. Com add. De Niceto Alcalá-Zamora Castillo. Barcelona: Editorial Labor, 1936.

GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria Geral da Jurisdição.** Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

GONÇALVES, Mauro Pedroso. Os meios de correção e invalidação da sentença arbitral, de acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. **Revista de Arbitragem e Mediação**, vol. 59, p. 167-179, dezembro, 2018.

GOUVEIA FILHO, Roberto Pinheiro Campos. **Da recorribilidade ao recurso:** um caso emblemático do movimento processual. 2020. 324 f. Tese de Doutorado - Universidade Católica de Pernambuco, Programa de Pós-graduação em Direito. Doutorado em Direito. 2020.

GOMES, Fábio. **Carência de ação:** doutrina, comentários ao CPC, análise da jurisprudência. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

GRILLO, Iride Isabel María. El derecho a la tutela judicial efectiva. **Sistema Argentino de Información Jurídica**. 2004. Disponível em: <http://www.saij.gob.ar/iride-isabel-maria-grillo-derecho-tutela-judicial-efectiva-dacf040088-2004/123456789-0abc-defg8800-40fcancirtcod#:~:text=El%20derecho%20a%20la%20tutela%20judicial%20efectiva%20comprende%20en%20un,del%20acuerdo%20de%20dicha%20decisi%C3%B3n>. Acesso em: 24 nov. 2023.

GRIMM, Dieter. O que é político na jurisdição constitucional? **Jurisdição constitucional e democracia: ensaios escolhidos**. Coord. Gilmar Ferreira Mendes; trad. Paulo Sávio Nogueira Peixoto Maia, Erica Luísa Ziegler. 1. ed. (ebook). São Paulo: Editora Coontracorrente, 2023.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O magistério de Enrico Tullio Liebman no Brasil. Trad. Cândido da Silva Dinamarco. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 81, p. 98-102, 1986, p. 99. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67069>. Acesso em: 01 mar. 2024.

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

GRINOVER, Ada Pellegrini. O direito de ação. **Revista dos Tribunais**, ano 62, maio-1973, volume 451, meio de 1973.

GRECO, Leonardo. **A teoria da ação no processo civil**. São Paulo: Dialética, 2003.

GUASP, Jaime. La pretensión procesal. **Anuario de Derecho Civil**. Vol. 5, nº 1, p. 7-61, 1952.

GUILLÉN, Víctor Fairén. **Estudios de derecho procesal**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955.

GUSMÃO, Luís de. **O fetichismo do conceito. Limites do conhecimento teórico na investigação social**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Topbooks, 2012.

HARTMANN, Rodolfo Kronemberg. A Imunidade de Jurisdição e de Execução do Estado Estrangeiro no Brasil. **Revista da EMERJ**, v. 6, n. 23, 2003.

HAZARD, Geoffrey C; TARUFFO, Michelle. **American civil procedure: an introduction**. New Haven: Yale University Press, 1993.

HAZARD, Geoffrey C; TARUFFO, Michelle; MITIDIERO, Daniel. **A Justiça Civil: dos Estados Unidos ao Brasil**: tradução, atualização, apresentação e comparação com o Direito brasileiro por Daniel Mitidiero. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

IBLER, Martin. El derecho a la tutela judicial em el Estado de Derecho de la Ley Fundamental de Bonn. Especial consideración del Derecho de exámenes. **Cuadernos Constitucionales de La Cátedra Fadrique Furió**. Ceriol 22/23, S. 185-201, Valência, 1998.

IAPL. **2024 Procedural Law in Multicultural Context** Örebro University. Disponível em: <https://www.iaplaw.org/index.php/en/>. Acesso em: 20 out. 2024.

INGLATERRA. Court of Queen's Bench. Couch vs. Steel. Hilary Term, January, 1854. The American Law Register (1852-1891), Sep., 1854, Vol. 2, No. 11 (Sep., 1854), p. 685-694 Published by: The University of Pennsylvania Law Review. Fonte: <https://www.jstor.org/stable/3301829>. Acesso em: 25 jan. 2024.

INSTITUTO IBEROAMERICANO DERECHO PROCESAL. Cândido Dinamarco. **Youtube**. 16 de abr. 2015. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=ncAaETbbZb8&t=14s>. Acesso em: 01 mar. 2024.

ITÁLIA. Corte Costituzionale. **Sentenza 49/2011, de 07 de fevereiro de 2011**. Redator: Napolitano de Siervo. Julgamento: 07 de fevereiro de 2011. Publicação: 16 de fevereiro de 2011. Disponível em: <https://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>. Acesso em: 20 nov. 2023.

ITÁLIA. Corte Costituzionale. **Sentenza 87/1979, de 12 de julho de 1979**. Presidente: Amadei. Julgamento: 12 de julho de 1979. Publicação: n. 0. Disponível em: <https://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>. Acesso em: 20 nov. 2023.

ITÁLIA. Corte Costituzionale. **Sentenza 406/1993, de 05 de novembro de 1993**. Presidente: Casavola. Publicação: 01 de dezembro de 1993. Disponível em: <https://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>. Acesso em: 20 nov. 2023.

ITÁLIA. Senato della Repubblica. **La Costituzione**. Disponível em: <https://www.senato.it/istituzione/la-costituzione/parte-i/titolo-i/articolo-24>. Acesso em: 30 nov. 2023.

JAUERNIG, Othmar. **Direito processual civil**. 25<sup>a</sup> ed., totalmente refundida da obra criada por Friedrich Lent. Trad. Silveira Ramos. Coimbra: Almedina, 2002.

JARDIM, Afranio Silva. O novo código de processo civil e as condições da ação. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Volume 15. Janeiro a junho de 2015.

JELLINEK, Georg. **Teoría general del Estado**. trad. Fernando de los Ríos. México: FCE, 2000.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Trad. Luís Carlos Borges. 3<sup>a</sup> ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LARA, Cipriano Gómez. **Teoría general del proceso**. 9<sup>a</sup> ed. DF: Oxford University Press, 2001.

LACERDA, Galeno. **Despacho Saneador**. Porto Alegre: Livaria Sulina, 1953.

LATOUR, Bruno. **A fabricação do direito:** um estudo de etnologia jurídica. Trad. Rachel Meneguello. São Paulo: Editora Unesp, 2019.

LEIBLE, Stefan. **Proceso civil alemán.** Trad. Rodolfo E. Witthaus. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 1998.

LEMOS IGREJA, R.; SIERRA, M. T. . Pluralismo jurídico e direitos indígenas na américa latina: fundamentos e debates. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, Goiânia, v. 44, n. 3, 2021. Disponível em: <https://revistas.ufg.br/revfd/article/view/66516>. Acesso em: 2 abr. 2025

LEONEL, Ricardo de Barros. **Teoria geral do processo.** São Paulo: Malheiros/Juspodivm, 2023.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale di diritto processuale civile. Principi.** 5<sup>a</sup> ed. Giuffrè Editore, 1992

LIEBMAN, Enrico Tullio. O despacho saneador e o julgamento de mérito. **Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro.** São Paulo: Bestbook, 2004.

LIEBMAN, Enrico Tullio. L'azione nella teoria del processo civile. **Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.**, 1950.

LIMA, George Marmelstein. O princípio da proporcionalidade e o direito fundamental à ação: um estudo constitucionalmente adequado acerca das limitações ao direito de ação. **Themis**, Fortaleza, v. 3, n. 1, p. 125-151, 2000.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I.** Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi de Medeiros. Negócio processual acerca da distribuição do ônus da prova. **Revista de Processo**, vol. 241, p. 463-487, março de 2014.

MACHADO, Fábio Cardoso [et al.] [orgs]. **Polêmica sobre a ação, a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MAIA, Flávia. TRT3 nega recurso em que MPT acusava Uber de manipular jurisprudência com jurimetria. **JOTA**. 07/03/2024. Disponível em: <https://www.jota.info/justica/trt3-nega-recurso-em-que-mpt-acusava-uber-de-manipular-jurisprudencia-com-jurimetria-07032024?non-beta=1>. Acesso em: 13 nov. 2023.

MANDRIOLI, Crisanto. **L'azione esecutiva: contributo alla teoria unitaria dell'azione e del processo.** Milano: Giuffrè, 1955

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Comentários ao Código de Processo Civil:** artigos 1º ao 69. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Il diritto di azione come diritto fondamentale. A cura di Vincenzo Ansanelli.** Torino: Giappichelli Editore, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos.** 3<sup>a</sup> ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. O direito de ação como direito fundamental (consequências teóricas e práticas). **Revista dos Tribunais**, vol. 872/2008, p. 11-30, julho de 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil, volume 1:** teoria geral do processo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. Da ação abstrata e uniforme à ação adequada à tutela dos direitos. **Polêmica sobre a ação, a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo.** MACHADO, Fábio Cardoso (org) (et. al.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MARQUES, Andreo Aleksandro Nobre. Evolução do instituto do controle de constitucionalidade no Brasil. Da Constituição Imperial à Emenda Constitucional nº 45/2004. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 43, n. 170, abr./jun. 2006.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal.** V. 1. 2<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965

MARQUES, José Frederico. O artigo 141, §4º, da Constituição Federal. **Revista de Direito Processual Civil.** Julho a Dezembro de 1960. São Paulo: Saraiva S. A, 1960.

MARTINS, Pedro Baptista. Prefácio. ESTELLITA, Guilherme. **Direito de ação. Direito de demandar.** 2<sup>a</sup> ed. Rio de janeiro: Livraria Jacinto Editora, 1942.

MCCASKILL, O. L. Actions and Causes of Action. **The Yale Journal**, vol. 34, n. 6, abril, 1925. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/788866>. Acesso em: 28 jul. 2023.

MCGINLEY, Patrick John. Results from the laboratories of democracy: evaluating the substantive open courts clause as found in state constitutions. **Albany Law Review**, Vol. 82, nº 4, setembro de 2019.

MELLO, João Pedro de Souza. **Como se vence um processo:** norma processual, jogo, estratégia e chicana. Londrina: Thoth, 2023.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Contribuição à teoria do fato jurídico.** 2<sup>a</sup> ed. rev. Maceió: 1982.

MENDES, Gilmar Ferreira. V Direitos fundamentais de caráter judicial e garantias constitucionais do processo. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** 18<sup>a</sup> ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

MENDONÇA, Paulo Victor de Carvalho. Pode-se dizer que é o maior momento do processo estrutural no Brasil? **Conjur.** 06 de setembro de 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-set-06/carvalho-mendonca-momento-processo-estrutural-brasil2/>. Acesso em: 02 mar. 2024.

MERCADER, Amílcar A. **La acción, su naturaleza dentro del orden jurídico.** Buenos Aires: Editorial Depalma, 1944.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. **Da ação civil**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1975.

MÉXICO. Gobierno de México. **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.** Disponível em: <https://www.gob.mx/indesol/documentos/constitucion-politica-de-los-estados-unidos-mexicanos-97187>. Acesso em: 02 dez. 2023.

MÉXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Tesis: **Tesis de jurisprudencia 90/2017.** Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Publicada em 24 de novembro de 2017. Disponível em: [https://bj.scjn.gob.mx/doc/tesis/gvHzMHYBN\\_4klb4HSOID/90/2017](https://bj.scjn.gob.mx/doc/tesis/gvHzMHYBN_4klb4HSOID/90/2017). Acesso em: 26 nov. 2023.

MÉXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. **Amparo directo en revisión 993/2015.** Primera Sala. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Julgado em: 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: [https://bj.scjn.gob.mx/doc/sentencias\\_pub/\\_C243XgB\\_UqKst8oiSKh/993/2015](https://bj.scjn.gob.mx/doc/sentencias_pub/_C243XgB_UqKst8oiSKh/993/2015). Acesso em: 26 nov. 2023.

MÉXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. **Contradicción de Tesis 292/2012.** Primera Sala. Ponente: Ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Julgamento: 21 de novembro de 2012. Disponível em: [https://bj.scjn.gob.mx/doc/sentencias\\_pub/ezIc3ngB\\_UqKst8o1Lwa/%22CONTRADICCI%C3%93N%20DE%20TESIS%20292/2012%22](https://bj.scjn.gob.mx/doc/sentencias_pub/ezIc3ngB_UqKst8o1Lwa/%22CONTRADICCI%C3%93N%20DE%20TESIS%20292/2012%22). Acesso em: 26 nov. 2023.

MÉXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. **Tesis 42/2007.** Primera Sala. Aprovada em 14 de março de 2007. Disponível em: [https://bj.scjn.gob.mx/doc/tesis/FfVpMHYBN\\_4klb4H1vBs/Tesis%20de%20jurisprudencia%2042/2007](https://bj.scjn.gob.mx/doc/tesis/FfVpMHYBN_4klb4H1vBs/Tesis%20de%20jurisprudencia%2042/2007). Acesso em: 26 nov. 2023.

MÉXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. **Amparo directo en revisión 806/2004.** Primera Sala. Ponente: Ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Julgamento em: 11 de agosto de 2004. Disponível em: [https://bj.scjn.gob.mx/doc/sentencias\\_pub/VTRz3ngB\\_UqKst8oe6hp/806/2004](https://bj.scjn.gob.mx/doc/sentencias_pub/VTRz3ngB_UqKst8oe6hp/806/2004). Acesso em: 26 nov. 2023.

MÉXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. **Amparo directo en revisión 1670/2003.** Primera Sala. Ponente: José de Jesús Gudño Pelayo. Julgado em 10 de Marzo de 2004. Disponível em: [https://bj.scjn.gob.mx/doc/sentencias\\_pub/LzV53ngB\\_UqKst8oZww6/Amparo%20directo%20en%20revisi%C3%B3n%201670/2003](https://bj.scjn.gob.mx/doc/sentencias_pub/LzV53ngB_UqKst8oZww6/Amparo%20directo%20en%20revisi%C3%B3n%201670/2003). Acesso em: 26 nov. 2023.

MÉXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. **Amparo directo en revisión 631/2006.** Primera Sala. Ponente: Ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Julgado em: 08/04/2006. Disponível em: [https://bj.scjn.gob.mx/doc/sentencias\\_pub/1jRc3ngB\\_UqKst8oYz2I/631/2006](https://bj.scjn.gob.mx/doc/sentencias_pub/1jRc3ngB_UqKst8oYz2I/631/2006). Disponível em: 26 nov. 2023.

MÉXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. **Amparo directo en revisión 1394/2005.** Primera Sala. Ponente: Sergio A. Valls Hernández. Julgamento: 19 de outubro de 2005. Disponível em: [https://bj.scjn.gob.mx/doc/sentencias\\_pub/gzRk3ngB\\_UqKst8oYHMu/1394/2005](https://bj.scjn.gob.mx/doc/sentencias_pub/gzRk3ngB_UqKst8oYHMu/1394/2005). Acesso em: 26 nov. 2023.

MÉXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. **Amparo directo en revisión 1158/2005.** Primera Sala. Ponente: Juan N. Silva Meza. Julgado em: 24 de agosto de 2005 Disponível em: [https://bj.scjn.gob.mx/doc/sentencias\\_pub/pjRh3ngB\\_UqKst8oq2mP/1158/2005](https://bj.scjn.gob.mx/doc/sentencias_pub/pjRh3ngB_UqKst8oq2mP/1158/2005). Acesso em: 26 nov. 2023.

MÉXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. **Tesis 246245.** Disponível em: [https://bj.scjn.gob.mx/doc/tesis/s\\_hwMHYBN\\_4klb4HMAK9/Tesis%20246245](https://bj.scjn.gob.mx/doc/tesis/s_hwMHYBN_4klb4HMAK9/Tesis%20246245). Acesso em: 26 nov. 2023.

MÉXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que reforma la de 5 de febrero de 1857.** Fonte: <https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/cpeum/documento/2020-06/CPEUM-017.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2023.

MIRANDA, Pontes de. **A Ação Rescisória contra as sentenças.** Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1934.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil, tom II: arts. 46 a 153.** Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1946.** 4<sup>a</sup> ed. (revista e aumentada). Tomo IV (arts. 129-141, §14). Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1968.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado da ação rescisória.** atual: Vilson Rodrigues Alves. Campinas; Bookseller, 1998.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado das ações. Tomo VII. Ações executivas.** Atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado. Parte geral. Tomo 1. Introdução. Pessoas físicas e jurídicas.** Atual. Martins-Costa, Judith et. al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MIRANDA, Pontes de. **Sistema de ciência positiva do direito.** Tomo I. Introdução à ciência do direito. 2<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

MIRANDA, Pontes de. **Sistema de ciência positiva do direito.** Tomo II. Introdução à ciência do direito. 2<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil:** do modelo ao princípio. 3. ed em e-book baseada na 5. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

MITIDIERO, Daniel. **Processo constitucional:** do controle ao processo, dos modelos ao sistema. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

MITIDIERO, Daniel. **Processo civil**. 1. ed. em e-book. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

MITIDIERO, Daniel. **Processo civil**. 3<sup>a</sup> ed. em e-book baseada na 3<sup>a</sup> ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024.

MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MITIDIERO, Daniel. As relações entre o processo civil e a constituição na primeira metade do século XX e sua evolução na doutrina processual civil brasileira. **Revista dos Tribunais**. vol. 915/2012, p. 50-60, jan. 2012.

MITIDIERO, Daniel. **Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MONTEIRO, João. **Teoria do Processo Civil**. Tomo 1. 6<sup>a</sup> ed. atualizado por J. M de Carvalho Santos. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1956.

MONTEIRO, João. **Direito das ações**. São Paulo: Typographia Duprat & comp., 1905.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 9. ed. atualizada até a EC 71/12. São Paulo: Atlas, 2013.

MORAES, Daniela Marques de. A relevância do conceito de ação para a realização dos direitos. In: **XIV Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI**. Fortaleza, 2006

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O neoprivatismo no processo civil. **Temas de direito processual (Nona Série)**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORTARA, Lodovico. **Manuale della procedura civile**. Volume I. 2<sup>a</sup> ed. riveduta. Torino: Unione Tipografico-editrice, 1987.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.

NERY JÚNIOR, Nelson. Condições da ação. **Revista de Processo**, vol. 64/1991, p. 33-38, out-dez, 1991.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado**. 7<sup>a</sup> ed. (livro eletrônico). São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

NERY, Rodrigo. Reflexões sobre a legitimidade *ad causam* e a legitimidade *ad actum*: a alternância entre filtro meritório e filtro processual a depender da situação legitimante. **Revista de Processo**, vol. 329, julho de 2022.

NERY, Rodrigo. Breves considerações sobre a coisa julgada no direito romano: contornos históricos e a sua relação com a *litis contestatio*. **Revista de Processo**. Vol. 331. Ano 47, p. 407-422. São Paulo: Ed. RT, setembro 2022.

NERY, Rodrigo. **Repensando a coisa julgada e os motivos da decisão**. Londrina: Thoth, 2022.

NERY, Rodrigo. **A fundamentação como pressuposto de existência das decisões judiciais**. Monografia apresentada como Trabalho de Conclusão de Curso da Pós-graduação em Direito Processual Civil pela Faculdade Baiana de Direito e Gestão, Salvador, BA, 2021, 79 p.

NEVES, Celso. Binômio, trinômio ou quadrinômio? **Revista dos tribunais**, ano 67, novembro de 1978, volume 517, Editora Revista dos Tribunais, 1978.

NEVES, Celso. **Estrutura fundamental do processo civil: tutela jurídica processual, ação, processo e procedimento**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

NEVES, Fabiana Junqueira Tamaoki; ISOGAI, Stephanie Karolini Maioli; LIGERO, Gilberto Notário. **Carta arbitral: novo instrumento de cooperação entre árbitros e juízes estatais**. Revista dos Tribunais, vol. 988, p. 83-103, fevereiro de 2018.

NEVES, Flávia Bittar; CREMASCO, Suzana Santi. **Lei de Arbitragem Comentada**: lei nº 9.307/1996. WEBER, Ana Carolina; LEITE, Fabiana de Cerqueira (coord). 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

NEVES, Marcelo da Costa Pinto. A incidência da norma jurídica e o fato jurídico. **R. Inf. Legislat. Brasília**. 21 n. 84, out./dez., 1984.

NEVES, Marcelo. **Constituição e direito na modernidade periférica**: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro. Trad. Antônio Luz Costa. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2018.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

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

NEVES, Marcelo. O profeta, os discípulos e o “enviado”: comentários a Virgílio Afonso da Silva. **Revista de Estudos Institucionais**, v. 5, n. 1, p. 269-316, jan/abr. 2019.

NIEVA-FENOLL, Jordi. Imprecisiones privatistas de la ciencia jurisdiccional. **Revista de Processo**. vol. 220/2013, p. 113-156, junho de 2013

NÓBREGA, Guilherme Pupe da. MELLO, João Pedro. Reformas processuais e advocacia: o caso da relevância da questão federal. **Conjur**. 19 de agosto de 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-ago-19/pupe-mello-advocacia-relevancia-questao-federal/>. Acesso em: 06 abr. 2024.

NÓBREGA, Guilherme Pupe. **O direito em suas entradas**: a discricionariedade judicial no Brasil, entre a estratégia e o arbítrio. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria da ação de direito material.** Salvador: JusPodivm, 2008.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Sobre o Direito Fundamental à Jurisdição. DIDIER JR., Fredie; WAMBIER, Luiz Rodrigues; GOMES JR., Luiz Manoel (coords.) **Constituição e processo.** Salvador: JusPodivm, 2007.

NÖRR, Knut Wolfgang. La scuola storica, il processo civile e il diritto delle azioni. Trad. Bruno Cavallone. **Rivista di diritto processuale.** Anno XXXVI (Seconda Serie). Gennaio-Marzo, 1981. Padova: CEDAM, 1981.

NOSETE, Jose Almagro. El “libre acceso” como derecho a la jurisdicción. **Revista de la Facultad de derecho de la Universidad de Madrid.** Nueva Serie. Vol. XIV, núm. 37, Madrid, 1970.

NUNES, Dierle José Coelho. **Comparticipação e Policentrismo Horizontes para a democratização processual civil.** Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2008, 217f.

NUNES, Jorge Amaury Maia. O papel das cortes superiores. **Revista Caderno Virtual.** Vol. 3, ed. 45, 2019.

NUNES, Jorge Amaury Maia. A clássica teoria geral do processo e o novo CPC – A arbitragem cabe no conceito de jurisdição? **Migalhas**, 24 de maio de 2016. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/processo-e-procedimento/239728/a-classica-teoria-geral-do-processo-e-o-novo-cpc---a-arbitragem-cabe-no-conceito-de-jurisdicao>. Acesso em: 27 mar. 2024.

NUNES, Jorge Amaury Maia. Sentenças, sentenças interlocutórias e decisões. NUNES, Jorge Amaury; NÓBREGA, Guilherme Pupe da (org). **Processo e Procedimento.** Ribeirão Preto: Migalhas, 2019

OLIVA SANTOS, Andres de la. **Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional. La persona ante la administración de justicia:** derechos básicos. Barcela: BOSCH, 1980.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Efetividade e Tutela Jurisdicional. Fábio Cardoso Machado [et al.]. **Polêmica sobre a ação, a tutela jurisdiccional na perspectiva das relações entre direito e processo.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de. O Supremo Tribunal Federal no Processo de Transição Democrática: uma análise de conteúdo dos jornais Folha de S. Paulo e o Estado de S. Paulo. **Rev. Sociol. Polít.**, Curitiba, 22, p. 101-118, jun. 2004.

OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Coisa julgada e precedente: limites temporais e as relações jurídicas de trato continuado.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

ORBANEJA, Emilio Gomez. §1º El proceso civil: concepto y fin – naturaleza jurídica del proceso – clases de procesos – el proceso y otras instituciones para la paz jurídica – distinción

entre proceso y procedimiento. ORBANEJA, Emilio Gomez; QUEMADA, Vicente Herce. **Derecho procesal civil.** 5<sup>a</sup> ed. Madrid: 1962.

ORESTANO, Riccardo. Azione. L’azione in generale. Storia del Problema. **Enciclopedia del diritto. IV.** Milano: Giuffrè, 1959.

OSNA, Gustavo; MAZZOLA, Marcelo. As “sanções premiais” e a sua aplicabilidade ao processo estrutural. **Revista de Processo**, vol. 325, p. 311-336, 2002.

OXFORD REFERENCE. **Ubi jus ibi remédio.** Disponível em: <https://www.oxfordreference.com/display/10.1093/oi/authority.20110803110448446>. Acesso em: 30 jan. 2024.

PACHECO, Cláudio. **Tratado das Constituições brasileiras. Volume X.** Rio de Janeiro: 1965.

PASSOS, J. J. Calmon de. **Da jurisdição.** Salvador: Publicações da Universidade da Bahia, 1957.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **A ação no direito processual civil brasileiro:** tese apresentada à faculdade de direito da Universidade da Bahia, concorrendo à cátedra de direito judiciário civil (1960). Salvador: editora JusPodivm, 2014.

PEIXOTO, Renata Cortez Vieira. **Jurisdição nas serventias extrajudiciais e estabilização das decisões notariais e registrais.** Londrina: Thoth, 2025.

PEKELIS, Alessandro. Azione (teoria moderna). **Novissimo Digesto italiano.** II. AZARA, Antonio (et.al.) (dir.). Torino: Vnione Tipografico – Editrice Torinese, 1957.

PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo; NERY, Rodrigo. **Fato e direito no recurso especial: o mito da distinção.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023

PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo. Tutela dos direitos no novo Código de Processo Civil. Projeto 166. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 48, 190 abr./jun. 2011.

PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo. O poder do juiz: ontem e hoje. **Revista da Ajuris.** Ano XXXIII, Nº 104, dezembro de 2006.

PEREIRA FILHO, Benedito. **Repensando o processo de execução para uma maior efetividade da tutela do crédito pecuniário.** Tese de doutorado da Universidade Federal do Paraná, Faculdade de Direito. Curitiba, 2002, 379f.

PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo; MORAES, Daniela Marques de. A tutela dos direitos e a remodelação do papel reservado ao juiz como corolário principiológico do acesso à justiça. **Pensar**, fortaleza, v. 17, n. 1, p. 33-56, jan./jun. 2012.

PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo; NERY, Rodrigo; CORRÊA, Luísa Rocha; MAZARELLO, Guilherme. **De polissemia a metonímia:** a incerteza sobre o que é um precedente no direito brasileiro. **Direito UnB – Revista de Direito da Universidade de Brasília**, v. 7, n. 1, 0. 201-227, 2023. Disponível em:

<https://periodicos.unb.br/index.php/revistadiredireitounb/article/view/43119>. Acesso em: 2 mar. 2024.

PEREIRA, Paula Pessoa. **Legitimidade dos precedentes: Universabilidade das decisões do STJ**. 1. ed. em e-book baseada na 1. ed. impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

PHILLIPS, Thomas R. The Constitutional Right to a Remedy. **New York University Law Review**. Vol 78, number 4, october 2003.

PICARDI, Nicola. Le riforme processuali e sociali di Franz Klein. **Historia et ius: rivista di storia giuridica dell'età medievale e moderna**. 2, 2012.

PICARDI, Nicola. Giurisdizione e sovranità. Alle origini della giurisdizione statuale. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Settembre, 2007, anno LXI, n. 3. Milano: Giuffrè, 2007.

PISANI, Andrea Proto. **Lezioni di diritto processuale civile**. 5<sup>a</sup> ed. Jovene Editore: Napoli, 2006.

PODETTI, J. Ramiro. **Teoría y técnica del proceso civil y triología estructural de la ciencia del proceso civil**. Buenos Aires: EDIAR, 1963.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional Português. 3<sup>a</sup> Secção. **Acórdão 747/2023**. Relatora: Conselheira Joana Fernandes Costa. Julgamento em 8 de novembro de 2023. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20230747.html>. Acesso em: 20 nov. 2023.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional de Portugal. 1<sup>a</sup> secção. **Acórdão nº 316/2023** (retificado pelo Acórdão 346/2023, de 6 de junho). Relatora: Conselheira Maria Benedita Urbano. Julgamento: 26 de maio de 2023. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20230316.html>. Acesso em 20 nov. 2023.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional Português. 1<sup>a</sup> secção. **Acórdão 174/2020**. Relatora: Conselheira Maria de Fátima Mata-Mouros. Julgamento: 11 de março de 2020. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20200174.html>. Acesso em: 20 nov. 2023.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional Português. 1<sup>a</sup> Secção. **Acórdão 687/2019**. Relatora: Conselheira Maria de Fátima Mata-Mouros. Julgamento em 03 de dezembro de 2019. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20190687.html>. Acesso em: 20 nov. 2023.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional Português. 1<sup>a</sup> Secção. **Acórdão 616/2018**. Relator: Conselheiro José António Teles Pereira. Julgamento em 21 de novembro de 2018. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180616.html>. Acesso em: 20 nov. 2023.

PORTUGAL. Tribunal de Relação do Porto. 2<sup>a</sup> Secção Cível. **Acórdão no Proc. nº 382/14.5T8PRT.P1 (apelações)**. Rel. Filipe Caroço. Julgado em: 24/11/2016, p. 16. Disponível em: <https://jurisprudencia.csm.org.pt/ecli/ECLI:PT:TRP:2016:982.14.5T8PRT.P1.DF>. Acesso em: 24 nov. 2023.

PORUGAL. Tribunal Constitucional Português. 1<sup>a</sup> Secção. **Acórdão 271/1995**. Rel. Cons. Monteiro Diniz. Julgamento em 30 de maio de 1995. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19950271.html>. Acesso em: 20 nov. 2023.

PORUGAL. Assembleia da República. **Constituição da República Portuguesa de 1976**. Disponível em: [http://app.parlamento.pt/site\\_antigo/livraria/vozes\\_constituint](http://app.parlamento.pt/site_antigo/livraria/vozes_constituint). Acesso em: 18 out. 2024.

PORUGAL. **Código Civil Portuguez, aprovado por carta de lei de 1 de julho de 1867**. Segunda edição oficial. Lisboa: Imprensa Nacional, 1868.

PORUGAL. Assembleia da República. **Constituição da República Portuguesa**. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em: 18 out. 2024.

PUGLIESE, Giovanni. **Actio e diritto subiettivo**. Milano: Giuffrè Editore, 1939.

RAATZ, Igor; ANCHIETA, Natascha. **Uma teoria do processo sem processo**: a formação da “teoria geral do processo” sob a ótica do garantismo processual. Belo horizonte: Casa do Direito, 2021.

REDENTI, Enrico. **Diritto processuale civile. I. Nozien e regole generali**. Milano: Giuffrè, 1957.

REDONDO, Bruno Garcia. Negócios processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/1973 para a adequada compreensão da inovação do CPC/2015. CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. (coords). **Negócios Processuais**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2015.

REIS, José Alberto dos. **Processo ordinário e sumário**. Vol. 1º. 2<sup>a</sup> edição, completamente refundida. Coimbra: Coimbra Editora, 1928.

REIS, José Alberto dos. **Processo ordinário civil e commercial**. Leções feitas ao curso do 4º anno jurídico de 1906-1907. Volume I. Coimbra: Imprensa Academica, 1907.

RIBEIRO, Leandro Molhano; ARGUELHES, Diego Werneck. Contextos da judicialização da política: novos elementos para um mapa teórico. **Revista Direito FGV**, São Paulo, v. 15, n. 2, 2019.

RICCI, Gian Franco. **Diritto processuale civile. Volume primo. Disposizioni generali**. 2<sup>a</sup> ed. Torino: Giappichelli Editore, 2008.

ROCCO, Alfredo. **La sentenza civile. Studi**. Torino: Frateli Bocca Editori, 1906.

ROCCO, Ugo. **L'autorità della cosa giudicata e i suoi limiti soggettivi. I**. Roma: Athenaeum, 1917.

ROCHA, Cármel Lúcia Antunes. O Direito Constitucional à Jurisdição. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Pesquisa empírica e Estado de Direito: a dogmática jurídica como controle do poder do soberano. **Conpedi.** Anais. n.p. Disponível em: [http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/manaus/teoria\\_do\\_direito\\_jose\\_rodrigo\\_rodriguez.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/manaus/teoria_do_direito_jose_rodrigo_rodriguez.pdf). Acesso em: 27 fev. 2024.

ROSENBERG, Leo. **Tratado de derecho procesal civil. Tomo I.** Tradução de Angela Romera Vera. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-américa, 1955.

ROSENBERG, Leo. **Tratado de derecho procesal civil. Tomo II.** Tradução de Angela Romera Vera. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-américa, 1955.

RUIZ, Gerardo Ruiz-Rico. El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en el ordenamiento constitucional español: una perspectiva desde la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. BARRERA, Eloy Espinosa (et al.). **Tutela de derechos en sede jurisdiccional.** Lima: Fondo Editorial del Poder Judicial, 2012.

RUSSIA. **The Constitution of the Russian Federation.** Disponível em: <http://www.constitution.ru/en/10003000-03.htm>. Acesso em: 03 dez. 2023.

SAINT-PRIX, Berriat. **Corso di procedura civile ad uso della facoltà di dritto di parigi.** Tomo I. Trad. da 5<sup>a</sup> ed. francesa por Giuseppe-Nicola Rossi. Napoli: Dai Torchi del tratamater, 1826.

SÁNCHEZ, Adán Maldonado. La tutela judicial efectiva: las formalidades esenciales del procedimiento y los formalismos. **Revista del instituto de la Judicatura Federal.** Número 45, enero-junio, 2018, p. 68-81. Disponível em: [https://escuelajudicial.cjf.gob.mx/Sitio2016/include/sections/revista/45/5\\_Ad%C3%A1n%20Maldonado%20S%C3%A1nchez.pdf](https://escuelajudicial.cjf.gob.mx/Sitio2016/include/sections/revista/45/5_Ad%C3%A1n%20Maldonado%20S%C3%A1nchez.pdf). Acesso em: 02 dez. 2023.

SANCHEZ DE GUZMAN, E. **Entre el juez Salomón y el dios Sira: decisiones interculturales e interés superior del niño.** Thesis, fully internal, Universiteit van Amsterdam. Gente Nueva, 2006.

SANTIS, Angelo Danilo de. **La tutela giurisdizionale collettiva. Contributo allo studio della legittimazione ad agire e delle tecniche inibitorie e risarcitorie.** Napoli: Jovene Editore, 2013.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas do direito processual civil:** adaptadas ao novo Código de Processo Civil [por] Moacyr Santos. São Paulo: Saraiva, 1977.

SATTA, Salvatore. **Diritto processuale civile.** Oitava Edizione. Padova: CEDAM, 1973.

SATTA, Salvatore. Gli orientamenti pubblicistici della scienza del processo. **Rivista di diritto processuale civile.** Volume XIV – Parte I. Padova: CEDAM, 1937.

SAVIGNY, F. K. V. de. **Sistema del derecho romano actual. Tomo IV.** Trad. M. CH Guenoux, Jacinto Mesía e Manuel Poley. Madrid: F. Góngora y Compañía Editores, 1879.

SCALIA, Antonin. The doctrine of standing as an essential element of the separation of powers. **Suffolk University Law Review.** Vol. 17, N. 4, 1983. Disponível em:

<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/sufflr17&div=62&id=&page=>  
Acesso em: 28 jul. 2023.

SCHÖNKE, Adolfo. Il bisogno di tutela giuridica (Un concetto giusprocessualistico fondamentale). **Rivista di diritto processuale**. Volume III – parte 1, Padova: Cedam, 1948.

SCHWABE, Jürgen. **Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán**: Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe. Distrito Federal: Konrad Adenauer Stiftung, 2009.

SEGATO, Rita Laura. Que cada povo teça fios da sua história: o pluralismo jurídico em diálogo com legisladores. **Direito.UnB - Revista de Direito da Universidade de Brasília**, janeiro-junho de 2015, v. 01, n. 01.

SGARBOSSA, Luís Fernando; LENSUE, Geziela. Existem normas constitucionais desprovidas de sanção? **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 9, n. 1, p. 163-178, jan./abr.2014.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Notas críticas ao sistema de pluralidade de partes no processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, vol. 200, p. 13-70, outubro de 2011.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. **O direito de defesa no processo civil brasileiro**: um estudo sobre a posição do réu. São Paulo: Atlas, 2011.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. O uso estratégico da produção antecipada de provas no CPC de 2015. **Gen Jurídico**. 24 de julho de 2019. Disponível em: <https://blog.grupogen.com.br/juridico/areas-de-interesse/processocivil/producao-antecipada-de-provas/>. Acesso em: 20 abr. 2024.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Velhos e novos institutos fundamentais do direito processual civil. ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (orgs.). **40 anos da teoria geral do processo no Brasil**: passado, presente e futuro. São Paulo, 2013.

SILVA FILHO, Antônio José Carvalho da. **Processo como direito fundamental**: a desconstrução do “processo justo” e a edificação do devido processo legal, 504p. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo: 2021.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 6<sup>a</sup> ed. atual. até a EC 57/2008. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Ovídio A. **Jurisdição, direito material e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Direito Subjetivo, Pretensão de Direito Material e Ação. **Polêmica sobre a ação, a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo**. org. Fábio Cardoso Machado, Guilherme Rizzo Amaral; Carlos Alberto Alvaro de Oliveira [et al.]. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil, volume 1**: processo de conhecimento. 7<sup>a</sup> ed., rev. e atualizada de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e Ideologia**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2<sup>a</sup> ed. revista. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

SILVA, Paula Costa e. **A nova face da Justiça**: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias. Relatório sobre conteúdo, programa e métodos de ensino. Elaborado para a obtenção do título acadêmico de agregado em Direito, menção de Ciências Jurídicas, pela Universidade de Lisboa. 2008. Disponível em: <https://ulisboa.academia.edu/paulacostaesilva>. Acesso em: 19 fev. 2024.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021.

SILVA, Virgílio Afonso da. O Supremo Tribunal Federal precisa de Iolau: resposta às objeções de Marcelo Neves ao sopesamento e à otimização. **Revista de Direito da Universidade de Brasília**, vol. 2, n. 01, jan/abr, p. 96-118, 2016.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1<sup>a</sup> ed., 3<sup>a</sup> tiragem. Malheiros: São Paulo, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2<sup>a</sup> edição. São Paulo: Malheiros, 2010.

SOUZA, Marcus Seixas. **Normas processuais consuetudinárias**: história, teoria e dogmática. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

SUÍÇA. Fedlex. **Federal Constitution of the Swiss Confederation**. Disponível em: [https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1999/404/en#art\\_29\\_a](https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1999/404/en#art_29_a). Acesso em: 02 dez. 2023.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Pesquisa jurisprudencial**. Disponível em: [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa\\_inteiro\\_teor=false&sionimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&processo\\_classe\\_processual\\_unificada\\_classe\\_sigla=AI&processo\\_classe\\_processual\\_unificada\\_classe\\_sigla=RE&processo\\_classe\\_processual\\_unificada\\_classe\\_sigla=ADI&processo\\_classe\\_processual\\_unificada\\_classe\\_sigla=ARE&processo\\_classe\\_processual\\_unificada\\_classe\\_sigla=HC&processo\\_classe\\_processual\\_unificada\\_classe\\_sigla=SE&orgao\\_julgador=Tribunal%20Pleno&orgao\\_julgador=Primeira%20Turma&orgao\\_julgador=Segunda%20Turma&legislacoes=::art:5:inc:35:let::par:&page=1&pageSize=10&queryString=%22direito%20de%20a%C3%A7%C3%A3o%22&sort=data&sortBy=asc&isAdvanced=true](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sionimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&processo_classe_processual_unificada_classe_sigla=AI&processo_classe_processual_unificada_classe_sigla=RE&processo_classe_processual_unificada_classe_sigla=ADI&processo_classe_processual_unificada_classe_sigla=ARE&processo_classe_processual_unificada_classe_sigla=HC&processo_classe_processual_unificada_classe_sigla=SE&orgao_julgador=Tribunal%20Pleno&orgao_julgador=Primeira%20Turma&orgao_julgador=Segunda%20Turma&legislacoes=::art:5:inc:35:let::par:&page=1&pageSize=10&queryString=%22direito%20de%20a%C3%A7%C3%A3o%22&sort=data&sortBy=asc&isAdvanced=true). Acesso em: 22 out. 2024.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Pesquisa jurisprudencial**. Disponível em: Fonte: [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa\\_inteiro\\_teor=false&sionimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&processo\\_classe\\_processual\\_unificada\\_classe\\_sigla=RE&processo\\_classe\\_processual\\_unificada\\_classe\\_sigla=ADI&processo\\_classe\\_processual\\_unificada\\_classe\\_sigla=SE&orgao\\_julgador=Tribunal%20Pleno&orgao\\_julgador=Ju](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sionimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&processo_classe_processual_unificada_classe_sigla=RE&processo_classe_processual_unificada_classe_sigla=ADI&processo_classe_processual_unificada_classe_sigla=SE&orgao_julgador=Tribunal%20Pleno&orgao_julgador=Ju)

lgador=Primeira%20Turma&orgao\_julgador=Segunda%20Turma&legislacoes=::art:5:inc:35:let::par:&page=1&pageSize=10&queryString=%22direito%20de%20a%C3%A7%C3%A3o%22&sort=date&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 22 out. 2024.

STRASBOURG. European Court of Human Rights. Third Section. **Case of Gil Sanjuan v. Spain (application no. 48297/15)**. President. Paul Lemmens. 26 de maio 2020 (final 26/08/2020).

STRASBOURG. European Court of Human Rights. Grand Chamber. **Case of Case of Naït-liman v. Switzerland (application no. 51357/07)**. President. Guido Raimondi. 15 de março de 2018.

STRASBOURG. European Court of Human Rights. Grand Chamber. **Case of Zubac v. Croatia (Application no. 40160/12)**. President. Guido Raimondi. 5 de abril de 2018.

STRASBOURG. European Court of Human Rights. Grand Chamber. **Case of Ald-Dulimi adn Montana Management Inc. v. Switzerland (Application no. 5809/08)**. President. Mirjana Lazarova Trajkovska. 21 de junho de 2016.

STRASBOURG. European Court of Human Rights. Plenary. **Case of Golder v. The United Kingdom (Application no. 4451/70)**. President. G. Balladore Pallieri. 21 de fevereiro de 1975.

STRASBURGO. Tribunal Europeo de Derechos Umanos. Sección Terceira. Trad. Ministerio de Justicia **Assunto Gil Sanjuan v. Espanã (Demand nº 48297/15)**. President. Paul Lemmens, 26 de maio de 2020.

TARELLO, Giovanni. **Il realismo giuridico americano**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1962.

TARELLO, Giovanni. Quattro buoni giuristi per una cattiva azione. **Dottrine del processo civile: studi storici sulla formazione del diritto processuale civile** a cura di R. Guastini e G. Rebuffa. Bologna: il Mulino, 1989.

TARUFFO, Michele. Considerazioni sulla teoria chiovendiana dell'azione. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**. Dicembre, 2003, anno LVII, n. 4, Milano: Giuffrè, 2003.

TELLES, José Homem Corrêa. **Doutrina das Ações. Accomodada ao Fôro do Brazil até o anno de 1877 por Augusto Teixeira de Fréitas**. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1880.

TEMER, Sofia. Atuação e intervenção de terceiros por interesse econômico: o prejuízo jurídico não é o único apto a viabilizar a atuação perante o judiciário. **Revista de Processo**. vol. 349, p. 63-67, março, 2024.

TEMER, Sofia. **Participação no Processo Civil**: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

TESHEINER, José Maria Rosa; THAMAY, Rennan. **Teoria geral do processo**. 1<sup>a</sup> ed. em e-book baseada na 8. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**, volume I. e-book. 65. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Jurisdição e competência. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, n. 38, p. 145-182. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, 2000

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Pressupostos processuais, condições da ação e mérito da causa. **Revista de Processo**, vol. 17/1980, p. 41-49, jan-mar, 1980.

TIMERMAN, Clark H. **The Philosophy of Code Pleading (1889)**. Historical Theses and Dissertations Collection. Paper 167, n. p. Disponível em: [https://scholarship.law.cornell.edu/historical\\_theses/167/](https://scholarship.law.cornell.edu/historical_theses/167/). Acesso em: 28 jul. 2023.

TOMANIK, Eduardo Augusto. **O olhar no espelho**: “conversas” sobre pesquisa em Ciências Sociais. 2. ed. rev. Maringá: Eduem, 2004.

TOSCAN, Anissara. **Coisa julgada**: contribuição para uma nova teoria. Tese (Doutorado). Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito. Curitiba, 2021.

TROCKER, Nicolò. Dal giusto processo all’effettività dei rimedi: l’<<azione>>nell’elaborazione della Corte europea dei diritti dell’uomo. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**. Marzo, 2007, anno LXI, n.1.

TROCKER, Nicolò. From access to the courts to the right to an effective remedy: a european perspective of modern procedural challenges. **Revista de Direito do Trabalho**. Vol. 216/2021, p. 19-76, mar-abr, 2021.

TROCKER, Nicolò. **Processo civile e costituzione. Problemi di diritto tedesco e italiano**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1974.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **A causa petendi no processo civil**. 3<sup>a</sup> ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Direito Processual Civil: Entre Comparaçao e Harmonização**. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Natureza e objeto das convenções processuais. CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios processuais**. 3. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

UNIÃO EUROPEIA. **Jornal Oficial das Comunidades Europeias**. Disponível em [https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_pt.pdf](https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf). Acesso em: 31 nov. 2024

UNIÃO EUROPEIA. **Official Journal of the European Communities**. Disponível em [https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_en.pdf](https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf). Acesso em: 31 jan. 2024

URUGUAI. Suprema Corte de Justicia. **Sentencia definitiva nº 291/2022**. IUE: 473-468/2021. Pres.: John Perez Brignani. Julgado em 10 de maio de 2022. Disponível em:

<http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/hojaInsumo2.seam?cid=504189>. Acesso em: 24 nov. 2023.

URUGUAI. Suprema Corte de Justicia. **Sentencia definitiva nº 576/2017**. IUE: 317-383/2016. Pres.: Dr. Jorge Omar Chediak Gonzalez. Julgado em 8 de maio de 2017. Disponível em: <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/hojaInsumo2.seam?cid=504189>. Acesso em: 24 nov. 2023.

URUGUAI. Tribunal Apelaciones Civil 3º Tº. **Sentencia nº 252/2010**. Redactor: Dr. Julio Cesar CHALAR VECCHIO. Julgado em 01/09/2010. Disponível em: <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/hojaInsumo2.seam?cid=510151>. Acesso em: 26 nov. 2023.

URUGUAI. Tribunal Apelaciones Família 1º T. **Sentencia nº 433/2010**. Redactor: Dr. Carlos Renzo Baccelli Rossari. Julgado em: 25/11/2010. Disponível em: <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/hojaInsumo2.seam?cid=510171>. Acesso em: 26 nov. 2023.

URUGUAI. Tribunal Apelaciones Civil 6º Tº. **Sentencia 106/2010**. Redactor: Dra. Selva Anabella Klett Fernandez. Julgado em: 09/06/2010. Disponível em: <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/hojaInsumo2.seam?cid=510193>. Acesso em: 26 nov. 2023.

VAZ, Paulo Afonso Brum; GROCK, Gabriela. As condições da ação no código de processo civil. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Rio de Janeiro. Ano 15, Volume 22, Número 1, janeiro a abril de 2021.

VENEZUELA. Justia. **Constitución de la República Bolivariana de Venezuela**. Disponível em: <https://venezuela.justia.com/federales/constitucion-de-la-republica-bolivariana-de-venezuela/titulo-iii/capitulo-i/#articulo-26>. Acesso em: 02 dez. 2023.

VIEGAS, Waldyr. **Fundamentos de metodologia científica**. Brasília: Paralelo 15, Editora Universidade de Brasília, 1999.

VIDIGAL, Luís Eulálio de Bueno. Por que unificar o direito processual? **Revista de Processo**. vol. 27, p. 40-48, jul-set, 1982.

VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. 6. ed., rev. São Paulo: Noseses, 2023.

VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática**. 4. ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora JusPodivm, 2023.

VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo**: dos direitos aos litígios coletivos. 2. Ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. **Revista de Processo**, vol. 284, p. 333-369, outubro de 2018.

VITORELLI, Edilson. O devido processo legal processual nos precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos: um contributo para a história das garantias processuais. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 72, p. 187-217, jan/Jun, 2018.

WACH, Adolf. **Manual de derecho procesal civil**. Traducción del alemán por Tomás A. Banzhaf. Volumen I. Buenos Aires: EJEA, 1977.

WACH, Adolf. **La pretensión de declaración**: un aporte a la teoría de la pretensión de protección del derecho. Trad. Juan M. Semon. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1962.

WATANABE, Kazuo. **Cognição no processo civil**. 4<sup>a</sup> ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi; NERLING, José Ricardo Maciel. A democratização da justiça brasileira entre símbolos, rituais e juridiquês: notas por uma justiça cidadã. **Prim@ Facie**. volume 18, número 38, 2019.

WINDSCHEID, Bernhard. La “actio” del derecho civil romano, desde el punto de vista del derecho actual. WINDSCHEID, Bernhard; MUTHER, Theodor. **Polemica sobre la “actio”**. Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974.

WINDSCHEID, Bernhard; MUTHER, Theodor. **Polémica sobre la “actio”**. Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974.

WOOD, Gordon S. The origins of judicial review revisited, or how the Marshall Court made more out of less. **Wash. & Lee L. Rev**, 787, 1999. Disponível em: <https://scholarlycommons.law.wlu.edu/wlulr/vol56/iss3/3>. Acesso em: 23 jan. 2024.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Curso de direito processual civil**: vol. I. 2. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela jurisdiccional**. São Paulo: Atlas, 1999.

ZANETI JUNIOR, Hermes. A Teoria Circular dos Planos (Direito Material e Direito Processual). MACHADO, Fábio Cardoso [et al.]. **Polêmica sobre a ação, a tutela jurisdiccional na perspectiva das relações entre direito e processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

ZANETI JUNIOR, Hermes. **A constitucionalização do processo**: a virada do paradigma racional e político no processo civil brasileiro do estado democrático constitucional. Porto Alegre, 2005. 408p. Tese de Doutorado - Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – FDURGS.

ZANZUCCHI, Marco Tullio. **Diritto processuale civile. I. Introduzione e parte generale**. 4<sup>a</sup> ed. aggiornata Milano: Guffrè, 1946.