

Processo e Cultura: Praxismo, Processualismo e Formalismo em Direito Processual

Daniel Francisco Mitidiero¹

Introdução; I – Experiência, Cultura e Direito Processual Civil; II – Endereços Culturais e Modelos Processuais; III – Em Especial: Praxismo, Processualismo e Formalismo no Direito Processual Civil Brasileiro; IV – À Guisa de Conclusões: sobre Leões e Castelos; Referências Bibliográficas

INTRODUÇÃO

O presente ensaio visa a explorar o íntimo e indissociável relacionamento entre o direito e a cultura, voltando-se especificamente ao modo como essa relação opera no âmbito do direito processual civil e, ainda mais especialmente, no espaço de compreensão do direito processual civil luso-brasileiro. Dessarte, impostada a temática, passemos de logo ao seu enfrentamento.

I – Experiência, Cultura e Direito Processual Civil

É lugar comum no estudo do direito, ganhando horizontes cada vez mais largos dentro do ambiente destinado ao processo civil, afirmar-se que o direito se

¹ Professor dos Cursos de Especialização em Processo Civil da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, do IPEJUR/CESUSC e da UNISUL/SC; Professor de Direito Processual Civil da Escola Superior da Magistratura Federal do Rio Grande do Sul, da Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul e do Curso de Extensão em Direito Verbo Jurídico; Mestrando em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul; Advogado.

encontra intimamente imbricado com a experiência e a cultura do povo². Nessa senda, refere Castanheira Neves que irreversivelmente “o direito compete à autonomia cultural do homem, que, tanto no seu sentido como no conteúdo da sua normatividade, é uma resposta culturalmente humana (...) ao problema também humano da convivência no mesmo mundo e num certo espaço histórico-social, e assim sem a necessidade ou a indisponibilidade ontológica, mas antes com a historicidade e condicionabilidade de toda a cultura – não é ‘descoberto’ em termos da objectividade essencial pela ‘razão teórica’ e no domínio da filosofia especulativa ou teorética, é constituído por exigências humano-sociais particulares explicitadas pela ‘razão prática’ e imputado à responsabilidade poiética da filosofia prática”³. Vale dizer: a experiência, como dado recolhido da prática contínua e indevassável da vida, e a cultura, “considerada como o conjunto de vivências de ordem espiritual e material, que singularizam determinada época de uma sociedade”, na clássica definição de Galeno Lacerda⁴, informam e moldam o direito, fazendo-o, ao fim e ao cabo, espelho seguro e fiel da realidade histórica neste ou naquele sucesso de tempo socialmente considerado.

Essa relação entre direito e cultura sobra ainda mais evidente se procurarmos evidenciá-la a propósito do direito processual civil, “ramo das leis mais rente à vida”⁵, consoante anota Pontes de Miranda no prólogo de seus opulentos Comentários ao Código de Processo Civil vigente. Com efeito, tem-se defendido, não sem razão, que “a estrutura mesma do processo civil depende dos valores adotados e, então, não se trata de simples adaptação técnica do instrumento processual a um objetivo determinado, mas especialmente de uma escolha de natureza política, escolha essa

² Nesse sentido, em termos gerais, Antônio Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica – Problemas Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 47, Miguel Reale, *Lições Preliminares de Direito*, 23. ed., São Paulo: Saraiva, 1996, p. 32; especificamente no que tange ao processo civil, entre outros, Ovídio Araújo Baptista da Silva, *Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica*, 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, pp. 192/219, Galeno Lacerda, “Processo e Cultura”. In: *Revista de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1961, p. 74, vol. III; Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Do Formalismo no Processo Civil*, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 73/76, Daniel Francisco Mitidiero e Hermes Zaneti Júnior, “Entre o Passado e o Futuro: Uma Breve Introdução às Incertas Dimensões do Presente em Direito Processual Civil”. In: *Introdução ao Estudo do Processo Civil – Primeiras Linhas de um Paradigma Emergente*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004, p. 11, Vittorio Denti, “Diritto Comparato e Scienza del Processo”. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, 1979, pp. 335/336, vol. XXXIV; Fritz Baur, “Il Processo e le Correnti Culturali Contemporanee”. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, 1972, pp. 253/271, vol. XXVII.

³ *Metodologia Jurídica*

– *Problemas Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 47.

⁴ “Processo e Cultura”. In: *Revista de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1961, p. 75, vol. III.

⁵ Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. XIII, prólogo, tomo I.

ligada às formas e ao objetivo da própria administração judicial. (...) Desse modo, a questão axiológica termina por se precipitar no ordenamento de cada sistema e na própria configuração interna do processo, pela indubitável natureza de fenômeno cultural deste e do próprio direito, fazendo com que aí interfira o conjunto de modos de vida criados, apreendidos e transmitidos de geração em geração, entre os membros de uma determinada sociedade”⁶. Aliás, muitos são os exemplos que comprovam o inabalável liame que está a jungir o processo civil e a cultura social.

Consoante lembra Vittorio Denti, a propósito da influência de concepções religiosas (e, pois, culturais) na conformação do fenômeno jurídico-processual, o modo de conceber a busca pela “verdade” no processo e particularmente a defesa da privacidade em face dos meios de prova é bastante diferenciado no que toca aos países de inspiração católica e de inspiração protestante: usualmente, a cultura católica tende a ser mais ciosa da tutela de sua intimidade do que a cultura protestante, limitando-se, assim, a pesquisa probatória àquilo que não desafie a moral cristã⁷. Trabalhando ainda com a influência religiosa na construção do direito processual civil, assevera Max Weber que a acentuação daquilo que hoje conhecemos como princípio inquisitório (como algo contraposto ao princípio dispositivo ou princípio dispositivo em sentido formal⁸ e, no fundo, destinado a equacionar o problema da divisão de trabalho entre os sujeitos processuais) em determinados assuntos de direito processual (notadamente no que concerne à possibilidade de instrução probatória de ofício, consagrada em generosa escala no art. 130 do nosso Código de Processo Civil) não fora mais do que a contribuição da justiça teocrática à justiça profana, uma vez que àquela interessa com aguda intensidade a “averiguação ótima dos fatos verdadeiros”, o que de modo nenhum poderia ficar, dessarte, “à mercê do arbítrio das partes”⁹. Essa consratação, de resto, talvez explique a boa aceitação, entre nós, da iniciativa probatória oficial, tendo em conta nosso indefectível legado católico-lusitano.

Explorando a mesma relação entre processo e religião, observa Galeno Lacerda que “é interessante o paralelismo que se verifica entre a fase mais recuada do processo romano, o período das ações da lei, que vigorou desde os primórdios de Roma até o segundo século antes de Cristo, e o formalismo do processo germânico primitivo, vigente entre os bárbaros e dominante no processo feudal da Idade Média. O

⁶ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Do Formalismo no Processo Civil*, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 74.

⁷ “Diritto Comparato e Scienza del Processo”. In: *Rivista de Diritto Processuale*. Padova: Cedam, 1979, p. 335, vol. XXXIV.

⁸ Sobre o conceito de princípio dispositivo ou princípio dispositivo em sentido formal, com as devidas indicações bibliográficas, consulte-se Daniel Francisco Mitidiero, *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2004, pp. 541/543, tomo I.

⁹ *Economia e Sociedade*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, p. 116, vol. II.

formalismo do processo romano das *legis actiones* nos é descrito com abundância de detalhes por Gaio. Bastava que o litigante não reproduzisse com absoluta fidelidade as palavras da lei, ou deixasse de praticar o ato na forma prescrita, para que perdesse a demanda, sem que fizesse qualquer moça ao espírito do julgador o mérito da lide. Hoje, os romanistas mais eminentes reconhecem no ritual simbólico do *sacramentum*, a mais antiga ação da lei, traços inequívocos da concepção religiosa da época. O mesmo acontece no processo primitivo dos povos germânicos, a refletir-se por largo período da história medieval. O que importa é harmonizar o grupo social, para que esteja sempre pronto aos empreendimentos bélicos do chefe. E isto se logra através das ordálias, ou juízos divinos, pois, com efeito, corresponde à concepção religiosa dominante, não poder a divindade permitir que o infrator, que o criminoso, triunfe no processo. Omite-se, assim, o juízo humano, e o processo se limita a uma prova imposta pela comunidade às partes. O resultado da prova será juízo de Deus. E este é o que importa. Elimina-se o conflito, para o bem comum. Acata-se a vontade divina. E então os litúgios se resolvem pelo duelo, pelas provas da água, do fogo, e tantas outras¹⁰.

Ademais, a própria conformação das características do povo influencia na construção dos institutos jurídico-processuais. Tome-se como exemplo a carga eficaz das ações (de direito material) e das sentenças preponderantemente mandamentais. Embora de pré-forma alemã¹¹, a eficácia mandamental (diria Luiz Guilherme Marinoni, a técnica processual mandamental¹²), tal como a concebemos hoje, é produto da ciência jurídica brasileira¹³. Com efeito, nada que melhor se ajuste à mentalidade da

¹⁰ “Processo e Cultura”. In: Revista de Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, 1961, p. 78, vol. III.

¹¹ É de sábeça corrente que Pontes de Miranda se inspirou em Georg Kuttner para construção dogmática da classe das ações e sentenças preponderantemente mandamentais (conforme Tratados das Ações. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 9, tomo VI).

¹² Técnica Processual e Tutela dos Direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 146.

¹³ Sobre a caracterização da carga eficaz mandamental, consulte-se, entre outros, Pontes de Miranda, Comentários ao Código de Processo Civil, 5. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1997, pp. 204/212, tomo I; Tratado das Ações. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, pp. 117/122, tomo I; Tratado das Ações. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, pp. 3/12, tomo VI; Ovídio Araújo Baptista da Silva, “Sentença Mandamental”. In: Sentença e Coisa Julgada, 4. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2003, pp. 21/69; Curso de Processo Civil, 4. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, pp. 335/365, vol. II; José Carlos Barbosa Moreira, “A Sentença Mandamental – Da Alemanha ao Brasil”. In: Temas de Direito Processual. São Paulo: Saraiva, 2001, pp. 53/70, Séquia Série; Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “O Problema da Eficácia da Sentença”. In: Revista Gênesis de Direito Processual Civil. Curitiba: Gênesis, 2003, pp. 437/449, n. 29; Hermes Zaneti Júnior, Mandado de Segurança Coletivo – Aspectos Processuais Controversos. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2001, pp. 145/161; Daniel Francisco Mitidiero, Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2004, pp. 102/107, tomo I; “Por uma Nova Teoria Geral da Ação: as Orientações Unitárias e a Orientação Dualista da Ação”. In: Introdução ao Estudo do Processo Civil – Primeiras Linhas de um Paradigma Emergente. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004, pp. 101/108, em co-autoria com Hermes Zaneti Júnior.

península ibérica, de que recolhemos o legado, “memorável herança, de que sempre havemos de nos envaidecer”¹⁴, do que o trato com o imperativo, dado que a vontade de mandar e a disposição para cumprir ordens eram mesmo peculiares aos portugueses e espanhóis¹⁵. Isso talvez não só explique a construção da carga eficaz mandamental, mas também o excelente êxito do nosso mandado de segurança.

De resto, tal como sucede acerca dos exemplos já lembrados, manifestações políticas igualmente se projetam no tecido processual. Representando a forma em sentido estrito uma das mais vivas garantias processuais contra o arbítrio estatal, vocacionada primacialmente à salvaguarda dos direitos e da liberdade individual¹⁶, natural que Estados despóticos ou totalitários se sintam tentados a aboli-la tanto quanto possível da malha processual, a minar, dessarte, a possível resistência do cidadão em face de eventuais investidas ilegítimas do poder constituído à sua esfera jurídica¹⁷. Pense-se, por exemplo, no direito processual civil nazista ou stalinista¹⁸.

Tudo sopesado, parece-nos indubitável reconhecer ao direito processual civil o seu caráter histórico-cultural. Assentada essa inafastável realidade, cumpre-nos, agora, densificar um pouco mais o nosso discurso, visando a organizar em grandes linhas eventuais tendências em tema de processo civil.

II – Endereços Culturais e Modelos Processuais

Recolhem-se, na história, alguns endereços culturais que nos remetem, basicamente, a três modelos processuais: praxismo, processualismo e formalismo¹⁹. O que se quer significar com cada um desses termos? É o que passamos a expor.

¹⁴ Pontes de Miranda, Comentários ao Código de Processo Civil, 5. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 4, tomo I.

¹⁵ Neste sentido, por todos, Sérgio Buarque de Holanda, Raízes do Brasil, 26. ed., 17. tiragem. São Paulo: Companhia das Letras, 2003, p. 39.

¹⁶ Assim, por todos, Piero Calamandrei, “Istituzioni di Diritto Processuale Civile”. In: Opere Giuridiche.

Napoli: Morano Editore, 1970, p. 168, vol. IV. Anote-se, outrossim, que se está a empregar o conceito de forma em sentido estrito querendo representar-se o “invólucro do ato processual, a maneira como deve este se exteriorizar” (Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Do Formalismo no Processo Civil, 2. ed.. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 5), isto é, o seu “modo di apparire nella realtà” (Elio Fazzalari, Istituzioni di Diritto Processuale. Padova: Cedam, 1975, p. 157).

¹⁷ Assim, ainda aqui, Galeno Lacerda, “Processo e Cultura”. In: Revista de Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, 1961, p. 79, vol. III.

¹⁸ Acerca, L. A. Becker, “A Estória do Processo entre a Magia e o Absurdo”. In: Elementos para uma Teoria Crítica do Processo. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002, pp. 64/65, em co-autoria com E. L. Silva Santos.

¹⁹ A expressão “modelos processuais” quer significar, no âmbito do presente ensaio, a simples similitude entre esta ou aquela atitude em termos gerais, com elementos de conexão bastante parecidos, sem que tal importe, no entanto, verdadeira identidade entre as tendências recolhidas sob o mesmo rótulo. O sentido que se dá à palavra “modelo”, pois, embora se aproxime, não

O praxismo em direito processual civil congrega todas as manifestações culturais que formam aquilo que Nicola Picardi apontou como sendo a pré-história do processo civil, antes, portanto, do aparecimento da “ciência” processual²⁰. Vale dizer: processo como “*iudicium*” e não ainda como “*processus*”. Ensartam-se nesse endereço o processo civil romano, em qualquer de seus três períodos (*legis actiones, per formulas* e *cognitio extra ordinem*)²¹, e o processo civil comum (à evidência, aí retratados, em maior ou menor escala, igualmente os seus próprios elementos formativos: o romano, o canônico e o germânico bárbaro)²².

A postura metodológica que informava o praxismo era a sincrética, com o que se oferecia corrente a caracterização do direito processual civil como direito adjetivo, como algo que só ostentava existência se ligado ao direito substantivo²³. A respeito, refere Cândido Rangel Dinamarco que no período do sincretismo “os conhecimentos eram puramente empíricos, sem qualquer consciência de princípios, sem conceitos próprios e sem a definição de um método. O processo mesmo, como realidade da experiência perante os juízos e tribunais, era visto apenas em sua realidade física exterior e perceptível aos sentidos: confundiam-no com o mero procedimento quando

coincide integralmente com aquele empregado por Miguel Reale quando conceitua modelos como “estruturas normativas que ordenam fatos segundo valores, numa qualificação tipológica de comportamentos futuros, a que se ligam determinadas conseqüências” (“Para uma Teoria dos Modelos Jurídicos”. In: Estudos de Filosofia e de Ciência do Direito. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 17).

²⁰ “Processo Civile (Diritto Moderno)”. In: Enciclopedia del Diritto. Milano: Giuffrè, 1987, pp. 102/104, vol. XXVI.

²¹ Sobre o processo civil romano, consulte-se, entre outros, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Do Formalismo no Processo Civil, 2. ed.. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 16/24; José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo, Lições de História do Processo Civil Romano, 1. ed., 2. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001; Max Kaser, Direito Privado Romano. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, 427/473 e Mário Talamanca, “Processo Civile (Diritto Romano)”. In: Enciclopedia del Diritto. Milano: Giuffrè, 1987, pp. 1/79, vol. XXXVI.

²² Sobre o processo civil comum, consulte-se, entre outros, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Do Formalismo no Processo Civil, 2. ed.. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 24/33, Francesco Calasso, Medio Evo del Diritto. Milano: Giuffrè, 1954, vol. I e Adriana Campitelli, “Processo Civile (Diritto Intermedio)”. In: Enciclopedia del Diritto. Milano: Giuffrè, 1987, pp. 79/101, vol. XXXVI.

²³ A respeito, confira-se a clássica crítica de Galeno Lacerda: “erro arraigado, cometido até por autores de tomo, consiste em definir o direito processual como direito adjetivo, ou como direito formal. O primeiro, de impropriedade manifesta, legou-nos Bentham. Tão impróprio é definir o arado como adjetivo da terra, o piano como adjetivo da música, quanto o processo como adjetivo do direito em função do qual ele atua. Instrumento não constitui qualidade da matéria que modela, mas ente ontologicamente distinto, embora a esta vinculado por um nexo de finalidade. Se não é qualidade, também não será forma, conceito que pressupõe a mesma e, no caso, inexistente integração ontológica com a matéria. A toda evidência, processo não significa forma do direito material. Aqui, o erro provém de indevida aplicação aos dois ramos do direito das noções metafísicas de matéria e forma, como conceito complementares. Definidas as normas fundamentais, reguladoras das relações jurídicas, como direito material,

o definiam como sucessão de atos, sem nada se dizerem sobre a relação jurídica que existe entre seus sujeitos (relação jurídica processual), nem sobre a conveniência política de deixar caminho aberto para a participação dos litigantes (contraditório)²⁴. A racionalidade que informava o fenômeno jurídico de um modo geral era a racionalidade prática, com a mobilização argumentativa dos sujeitos processuais direcionada à resolução de problemas concretos, à consecução do justo pelo “*iudicium*”. O sentido ético do jurídico, com o seu inexorável apelo a valores (o virtuoso, o bom, o justo), participava de maneira bastante íntima dessa visão de mundo: o direito, enquanto tal, só poderia visar ao justo.

Sucedeu ao praxismo aquilo que ora estamos a designar por processualismo, movimento cultural próprio da Idade Moderna no campo do processo civil. Seu principal intento fora a tecnicização do direito e a despolitização de seus operadores²⁵, reduzidos à condição de verdadeiros “escravos do poder”, como bem observa Ovídio Araújo Baptista da Silva²⁶, a postular o processo civil como um instrumento puramente técnico, totalmente alheio a valores em sua intencionalidade operacional.

O método de que se servia o processualismo era o científico ou autonomista, através do qual os estudiosos se lançaram à tarefa de expulsar da disciplina processual todo e qualquer resíduo de direito material, forçados que estavam a justificar o direito processual civil como um ramo próprio e autônomo da árvore jurídica²⁷. No que toca à racionalidade jurídica, essa se identificava com uma racionalidade teórica, do tipo positivo, apta a retirar do plano da relação jurídica processual o problema da

ao direito disciplinador do processo outra qualificação não restaria senão a de formal. O paralelo se revela primário em seu simplismo sofisticado. O direito material há de regular as formas próprias que substanciam e especificam os atos jurídicos materiais, ao passo que o direito processual, como instrumento de definição e realização daquele em concreto, há de disciplinar, também, as formas que substanciam e especificam os atos jurídicos processuais. Em suma, a antítese não é direito material – direito formal e sim, direito material – direito instrumental. Isto porque instrumento, como ente a se, possui matéria e formas próprias, independentes da matéria e da forma da realidade jurídica, dita material, sobre a qual opera” (Comentários ao Código de Processo Civil, 7. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, pp. 23/24, vol. VIII, tomo I).

²⁴ Instituições de Direito Processual Civil, 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 255, vol. I; A Instrumentalidade do Processo, 8. ed., São Paulo: Malheiros, 2000, pp. 17/18; Fundamentos do Processo Civil Moderno, 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2001, pp. 727/278, tomo II.

²⁵ Assim, por todos, Giovanni Tarello, Storia della Cultura Giuridica Moderna. Bologna: Il Mulino, 1976, p. 16.

²⁶ Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica, 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 219.

²⁷ Neste sentido, por todos, Cândido Rangel Dinamarco, Instituições de Direito Processual Civil, 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 255/257, vol. I; A Instrumentalidade do Processo, 8. ed., São Paulo: Malheiros, 2000, pp. 18/21; Fundamentos do Processo Civil Moderno, 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2001, pp. 728/729, tomo II.

justiça, colocando em seu lugar o problema da norma jurídica (identificada essa com aquilo que provém do Estado, mais especificamente do Poder Legislativo, de maneira vertical, autoritativa). O direito, então, tendia à norma estatal, passível de uma única interpretação “verdadeira” (a tarefa do juiz, então, cingia-se a descobrir a “vontade concreta da lei”, na célebre expressão de Giuseppe Chiovenda²⁸), assumindo foros de clareza, certeza e previsibilidade (projeto iluminista-racionalista para ciência jurídica²⁹, destrinchado principalmente pelas codificações oitocentistas, na precisa opinião de Giovanni Tarello³⁰). Nesse quadrante, o processo civil acabou relegado a um expediente de índole técnica, de todo infenso a valores em seu trato cotidiano.

Deságua-se, de postremeiro, no formalismo processual, entendido esse como movimento cultural destinado a concretizar valores constitucionais no tecido processual (no formalismo ou na forma em sentido amplo, no exato sentido que dá à expressão Carlos Alberto Alvaro de Oliveira³¹) à força do caráter nitidamente instrumental da relação jurídica processual em contraditório³², trazendo novamente ao plano dos operadores do processo a busca pelo justo. O método é o instrumental³³ e a racionalidade que perpassa o fenômeno é a racionalidade prática (quer na sua vertente processual, tópica-retórica, quer na sua vertente material)³⁴, resgatando-se,

²⁸ Assim, Instituições de Direito Processual Civil, 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1969, p. 40, vol. I.

²⁹ Assim, entre outros, Karl Engisch, Introdução ao Pensamento Jurídico, 8. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 206.

³⁰ Storia della Cultura Giuridica Moderna. Bologna: Il Mulino, 1976, p. 18.

³¹ Segundo Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, o formalismo ou forma em sentido amplo abrange “a totalidade formal do processo, compreendendo não só a forma, ou as formalidades, mas especialmente a delimitação dos poderes, facultades e deveres dos sujeitos processuais, coordenação de sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam atingidas suas finalidades primordiais”, investindo-se, assim, na “tarefa de indicar as fronteiras para o começo e o fim do processo, circunscrever o material a ser formado, estabelecer dentro de quais limites devem cooperar e agir as pessoas atuantes no processo para o seu desenvolvimento”, com o que “contém, portanto, a própria idéia do processo como organização da desordem, emprestando previsibilidade a todo o procedimento” (Do Formalismo no Processo Civil, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 6/7).

³² Sobre a caracterização do processo como uma relação jurídica processual em contraditório, consulte-se Cândido Rangel Dinamarco, Instituições de Direito Processual Civil, 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 299, vol. I; A Instrumentalidade do Processo, 8. ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 135; Fundamentos do Processo Civil Moderno, 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 76, nota de rodapé n. 9, tomo I; Luiz Guilherme Marinoni, Novas Linhas do Processo Civil, 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2000, pp. 251/252; Daniel Francisco Mitidiero, Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2004, pp. 16/20, tomo I.

³³ Assim, Cândido Rangel Dinamarco, Instituições de Direito Processual Civil, 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 257, vol. I; A Instrumentalidade do Processo, 8. ed., São Paulo: Malheiros, 2000, pp. 21/24; Fundamentos do Processo Civil Moderno, 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2001, pp. 729/730, tomo II.

³⁴ Sobre a racionalidade prática e as suas duas vertentes, consulte-se, por todos, Antônio Castanheira Neves, Metodologia Jurídica – Problemas Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, pp. 71/81.

em um outro nível qualitativo, o pensamento problemático para o direito processual civil. O processo deixa de ser visto como mera técnica, tal como tínhamos a propósito do direito moderno, assumindo a estatura de um verdadeiro instrumento ético, sem que se deixe de reconhecer, no entanto, a sua estruturação igualmente técnica³⁵. Tal é o momento que ora se está a viver: formalismo processual, em que a valores constitucionais impregnam a técnica do processo, escrevendo mesmo, como bem observa Vittorio Denti, um novo “capitolo di storia della nostra cultura giuridica”³⁶.

Lecionando a respeito, bem refere Cândido Rangel Dinamarco que “visto por essa perspectiva integrada, o processo deixa de ser considerado mero instrumento técnico para a realização do direito material. Dizia-se que a missão do juiz seria a efetivação das leis substanciais, não lhe competindo o juízo do bem ou do mal, do justo ou do injusto. Sentenças injustas seriam o fruto de leis injustas e a responsabilidade por essa injustiça seria do legislador, não do juiz. Mas o juiz moderno tem solene compromisso com a justiça. Não só deve participar adequadamente das atividades processuais, endereçando-as à descoberta de fatos relevantes e à correta interpretação da lei, como ainda (e principalmente) buscando oferecer às partes a solução que realmente realize o escopo de fazer justiça. Eis porque a doutrina atual considera pobre e insuficiente a indicação do processo como mera técnica instrumentalmente conexa ao direito material. Ele é uma técnica, sim, mas técnica que deve ser informada pelos objetivos e ideologias revelados na ciência processual e levada a efeito com vista à efetivação do valor do justo. Conjuntamente com o próprio direito substancial, o processo é instrumentalmente conexo ao supremo objetivo de pacificar com justiça”³⁷.

Praxismo, processualismo e formalismo: cá estão os nossos três modelos processuais, sinalizados por três endereços culturais (pré-história processual, modernidade processual e contemporaneidade processual). Diante dos mesmos, desenhados em abstrato e sem maiores amarras com esse ou aquele ordenamento em particular, vejamos por onde se acomoda a tradição luso-brasileira.

III – Em Especial: Praxismo, Processualismo e Formalismo no Direito Processual Civil Brasileiro

O direito processual civil brasileiro, como o direito pátrio em geral, não pode ser estudado “desde as sementes”, porque “nasceu do galho de planta, que o

³⁵ Assim, por todos, Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de Direito Processual Civil*, 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 60/62, vol. I.

³⁶ “Valori Costituzionali e Cultura Processuale”. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, 1984, p. 443, vol. XXXIX.

³⁷ *Instituições de Direito Processual Civil*, 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 60/61, vol. I.

colonizador português – gente de rija têmpera, no ativo século XVI e naquele cansado século XVII em que se completa o descobrimento da América – trouxe e enxertou no novo continente³⁸. Uma volta às sementes, pois, afigura-se de todo recomendável para análise mais precisa do nosso processo civil, da maneira como aquelas tendências processuais de que há pouco falávamos se manifestaram entre nós.

No que ora nos interessa, porque integrantes de nossa mais funda tradição, parece-nos fecundo separar o antigo direito processual civil lusitano em dois períodos distintos: período de individualização do direito português (também conhecido como período de direito costumeiro ou foreleiro) e período de inspiração romano-canônica (subdivido em dois: período da recepção do direito romano em Portugal e período das Ordenações)³⁹. Vejamos um pouco mais de perto cada uma dessas fases do direito português e de como o processo civil então ganhava corpo na prática jurídica.

O período de direito consuetudinário e foreleiro, dito por Mário Júlio de Almeida Costa “período de individualização do direito português”⁴⁰, vai do século XII ao século XIII, especificamente do ano em que Afonso Henriques passa a intitular-se rei (e, pois, da fundação da nacionalidade portuguesa, 1140) até o início do reinado de Afonso III (1248). O sistema jurídico vai principalmente dominado pelo costume (notadamente de origem germânica, sem que se possa, no entanto, descartar a confluência de outras fontes, como a muçulmana e a francesa) e pelos forais, fato advindo da necessidade de criação espontânea do direito, porquanto o Estado, nesta altura, mais interessado estava no intento da Reconquista do que na organização do seu próprio cotidiano jurídico e no de seus súditos⁴¹.

No que concerne aos costumes, sustenta-se normalmente a sua origem germânica (ainda que de certo modo já “romanizados”, uma vez que os visigodos, no quando da ocupação da península ibérica, já haviam sentido em dada medida a poderosa influência romana⁴²), mas não se pode recusar, de outro lado, a confluência

³⁸ Pontes de Miranda, *Pontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*, 2. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 27.

³⁹ Acerca da terminologia empregada, consulte-se Mário Júlio de Almeida Costa, *História do Direito Português*, 2. ed.. Coimbra: Almedina, 1992, pp. 174/175; Nuno J. Espinosa Gomes da Silva, *História do Direito Português*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985, pp. 99, 129 e 185, vol. I.

⁴⁰ *História do Direito Português*, 2. ed.. Coimbra: Almedina, 1992, p. 174.

⁴¹ Consoante observa Nuno J. Espinosa Gomes da Silva, *História do Direito Português*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985, p. 106, vol. I.

⁴² Assim, Nuno J. Espinosa Gomes da Silva, *História do Direito Português*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985, pp. 40/41, vol. I; Marcello Caetano, *História do Direito Português (1140-1495)*, 2. ed.. Lisboa: Editorial Verbo, 1985, p. 92.

de elementos muçulmanos (senão de maneira mais sensível na conformação do direito propriamente dita, tendo em conta a difícil barreira representada pela mentalidade cristã então vicejante, principalmente na construção do vocabulário técnico-jurídico), franceses (como a posse de ano e dia e sua proteção processual via “ações de força”, consoante observa Ovídio Araújo Baptista da Silva⁴⁵, tidas pelos velhos juristas portugueses como ações com *mandatum de manutenendo*, em que a força mandamental despontava nítida⁴⁶) e, ainda, a influência de fatores próprios do momento do Estado de Reconquista, que assim não se filiam nem a essa nem aquela experiência anterior (como a instituição do “concelho”, em que os homens se reuniam, longe da autoridade régia, para discussão de interesses comuns)⁴⁵. Cumpre lembrar, de resto, que a própria expressão “direito consuetudinário” àquele tempo tinha uma abrangência muito mais generosa que aquela hoje ostentada: com efeito, enquanto hodiernamente se identifica o costume com a prática constante e reiterada de dada conduta que se acredita boa e obrigatória, no quando do período de individualização do direito português tomava-se por costume toda manifestação normativa despida de caráter legislativo, enriquecendo-se, destarte, a sua abrangência semântica e, pois, a sua densidade jurídica⁴⁶.

Quanto ao direito foraleiro, destaca-se o Código Visigótico, também conhecido como “*lex gothorum*”, “*forum judicum*” ou “*liber iudicialis*”, tido por Marcello Caetano como um “dos mais notáveis monumentos jurídicos da Idade Média”⁴⁷, nele refletindo-se basicamente compromissos romanos, eclesiásticos e germânicos antigos⁴⁸. Referido foral compunha-se de um primeiro título (“De la eleccion de los príncipes et del insinnamiento como deben iudgar derecho et de la pena de aquellos que iudgan torto”), no qual se continham doze livros (Libro I, “Del facedor de la ley et de las leyes”, Libro II, “De los juicios y causas”, Libro III, “De los casamientos é de las nascencias”, Libro IV, “Del linage natural”, Libro V, “De las avenencias é de las compras”, Libro VI, “De los malfechos é de las penas é de los tormentos”, Libro VII, “De los furtos é de los engannos”, Libro VIII, “De las fuerzas é de los dammos é de los quebrantamientos”, Libro IX, “De los siervos foidos é de los que se tornan”, Libro X, “De las particiones é de los tiempos é de los annos é de las lindes”, Libro XI,

⁴⁵ Procedimentos Especiais – Exegese do Código de Processo Civil (arts. 890 a 981). Rio de Janeiro: Aide Editora, 1993, p. 226.

⁴⁶ Pontes de Miranda, Comentários ao Código de Processo Civil, 2. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 185, tomo XIII.

⁴⁵ Assim, Nuno J. Espinosa Gomes da Silva, História do Direito Português. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985, pp. 109/111, vol. I.

⁴⁶ Neste sentido, Mário Júlio de Almeida Costa, História do Direito Português, 2. ed.. Coimbra: Almedina, 1992, pp. 190/191.

⁴⁷ História do Direito Português (1140-1495), 2. ed.. Lisboa: Editorial Verbo, 1985, p. 106.

⁴⁸ Assim, Marcello Caetano, História do Direito Português (1140-1495), 2. ed.. Lisboa: Editorial Verbo, 1985, p. 106.

“De los físicos é de los mercadores de ultramar é de los marineros” e Libro XII, “De devedar los tuertos é derraigar las sectas é sus dichos”).

Outras fontes, de postremeiro, tiveram lugar no período que ora estamos a tratar: pense-se, por exemplo, no papel desempenhado pelas Cartas de Privilégio, nas Leis da Cúria de Leão e dos Concílios de Coiança e Oviedo e nas Concórdias, todas, porém, com importância menos marcada na caracterização do sistema jurídico da época. A doutrina é algo tranqüila a respeito⁴⁹.

Quanto ao processo civil, esse se encontrava basicamente regido pelo “*forum iudicium*” que, em seu segundo livro (“de los juicios y causas”), cuidava das cousas relativas ao direito judiciário. Vinha dividido em cinco títulos: “de los jueces, y de lo que iudgan”, “de los compezamientos de los pleytos”, “de los mandadores y de las cosas que mandam”, “de las testimonias y de lo que testimoniam” e “de los escriptos que deben valer ó nón, é de las mandas de los muertos”, cada qual com inúmeras subdivisões internas (o primeiro deles, e talvez o mais interessante, por exemplo, tinha trinta e uma subdivisões: “en quanto tiempo deven valer las leys que son emendadas”, “que el rey é los pueblos devem seer sometidos de las leys”, que tod omne deve saber las leys”, “que las cosas del príncipe deven seer ante ordenadas, é las del pueblo depues”, “de toller la cobdicia de los príncipes, é cuemo deven seer fechos por escriptos en su nombre de los príncipes”, “de los que son rebelles, ó mal obedientes contral príncipe, ó contral pueblo, ó contra la tierra”, “que ningún omne non deve blasphemar el príncipe, nil maldezir”, “de toller las leys de los omnes estrannos”, “que ningún omne non aya otro libro si non este que es fecho d’nuevo”, “de los días, é de las fiestas que non deven tener pleytos”, “que los iuezes non oyan ningún pleyto, si no aquel que contenido es en las leys”, “que los pleytos pues que una vez fueren acabados, que non sean depues reboltos”, “que ninguna omne non deve seer iuez si no al qui lo mandare el príncipe, ó aquel que fuere de consentimiento de las partes, ó demandado de los otros iuezes”, “quales pleytos deven iudgar, é á quales personas los deven dar à iudgar”, “que los iuezes deven iudgar los pleytos criminales, é los otros”, “de la pena que deven aver aquellos que iudgan, é non an poder de iudgar”, “de los que son lamados por letras del iuez, ó por seyello, é non quisieren venir”, “del iuez que non quier oyr à aquel quel demanda quel faga derecho, ó quel iudga tuerto por enganno, ó por non saber”, “del iuez que iudga tuerto por ruego, ó por ignorancia”, “del iuez que faz perder alguna cosa por arte, ó por enganno á alguna de las partes”, “del iuez que bien quiere entender el pleyto, que deve primeramientre afazer”, “del iuez que a sospechosa alguna de las partes”, “del iuez cuemo deve iudgar”, “del pro, é del danno que deve aver el sayon”, “que tod omne

⁴⁹ Por todos, Mário Júlio de Almeida Costa, *História do Direito Português*, 2. ed., Coimbra: Almedina, 1992, pp. 186/194.

à quien es dado poder de iudgar aya nombre iuez”, “que tod atamiento que fuere fecho por fuerza del alcalde depues iuyzio non derecho, non vala”, “que el iuyzio, que es dado por mandado del rey, ó por miedo, si es torticero, non vala”, “del poder que an los obispos sobre los iuezes, que iudgan tuerto”, “que el iuez deve dar razon de quantol demandaren”, “de la pena que deve aver el iuez, que toma las cosas aienas, ó las manda tomar” e “de los que non quieren venir por mandado del rey”). O dever de julgar ficava a cargo dos homens do povo, regularmente investidos na função de juiz, sendo que os feitos raramente terminavam por sentença de mérito, com um juízo de valor sobre o pedido do demandante, mas antes por desistência de alguma das partes ou por transação de ambas, dado altamente demonstrativo d’uma autêntica crise na cultura jurídica da época⁵⁰.

Consoante já se frisou, o período de influência do direito comum em Portugal pode ser agrupado em dois grandes grupos: o primeiro marca a recepção do direito romano renascido em terras lusas, ao passo que o segundo dá conta especificamente da estratificação do direito comum nas Ordenações portuguesas. Em termos cronológicos, os séculos XIII a XVIII oferecem-se como berço e palco desta inspiração, tocando o lapso temporal que se alonga dos anos de 1248 a 1447 àquele primeiro grupo, sobrando aos anos de 1446 a 1750 a amarração do segundo.

No tocante à recepção do direito romano em Portugal, temos de assentar logo de início que se está a aludir à “recepção do direito romano renascido” e não, simplesmente, à “recepção do direito romano”, locução que, sem a devida complementação, poderia conduzir à falsa idéia de que este direito até então poderia ter sido completamente ignorado pela experiência cultural da Alta Idade Média. Em realidade, sendo a Igreja a única instituição de vulto que sobreviveu à derrocada da Antiguidade, fazendo o elo entre o romano e o bárbaro, e sendo o direito romano a sua *lex approbata (lex saeculi)*, pertinente aos seus negócios terrenos, sobra certo que a influência e a prática deste ordenamento nunca desapareceu, consoante bem observam Paul Koschaker⁵¹ e Nuno J. Espinosa Gomes da Silva⁵². Nesta mesma vertente, escrevendo igualmente sobre o “renascimento do direito romano”, teve a oportunidade de registrar Mário Júlio de Almeida Costa que aquela designação não se mostra “inteiramente pacífica. Na verdade, a palavra ‘renascimento’ inculca a idéia de que o direito romano justinianeu tenha deixado, em absoluto, de ser conhecido, estudado e aplicado. Ora, isso jamais se verificou. No Oriente, as fontes justinianeias permaneceram até à queda de Constantinopla (1453). Claro que não pode pensar-se numa aplicação completa e inalterada ao longo de tantos séculos. Após a morte de

⁵⁰ Conforme anota Nuno J. Espinosa Gomes da Silva, *História do Direito Português*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985, p. 111, vol. I.

⁵¹ *Europa y el Derecho Romano*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, p. 103.

⁵² *História do Direito Português*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985, pp. 141/142, vol. I.

Justiniano, a sua obra legislativa tornou-se largamente objecto de paráfrases, traduções para grego, resumos, etc. E essa literatura deu ensejo a que se introduzissem modificações substanciais. A vigência das colectâneas justinianeias, no Ocidente, foi, sem dúvida, algo efêmera. Liga-se, bem dizer, à Itália, mercê do domínio bizantino e de uma promulgação expressa, pelos meados do século VI (a ‘*pragmatica sanctio*’ de 554), cuja eficácia persistiria cerca de catorze anos. Seguiu-se a conquista dos Lombardos (568), que não abrangeu todo o território transalpino, embora quebrassem a sua unidade política e circunscrevesse o direito justinianeu a determinadas cidades, como Roma e Ravena, que conservaram relativa autonomia. Também sabemos que as tropas bizantinas ocuparam o Sul da Península Ibérica. Não terá sido, contudo, uma presença susceptível de conduzir a grandes influências jurídicas. De qualquer modo, as colectâneas justinianeias chegaram ao mundo ocidental, ainda nessa época. Uma vez conhecidas, continuaram, mais ou menos, a ser conservadas e até analisadas, designadamente nos centros de cultura eclesiástica. Mas isto não significa que, durante os primeiros séculos medievos, tenham conseguido divulgação notória ou alcance efectivo. Pelo contrário, os textos justinianeu, de um modo geral, perderam-se ou caíram no esquecimento. Ora, é para assinalar o contraste entre essa difusão muito modesta ou indiferença e o interesse decisivo que o seu estudo, já com antecedentes no século XI, assume no século XII em diante que se explica e mesmo se justifica a qualificação de renascimento do direito romano⁵³. Quando se alude, pois, à “recepção do direito romano” quer-se apontar precisamente o fenómeno da “recepção do direito romano renascido”. Vale dizer: quer-se reportar ao reencontro do direito romano através do estudo das fontes justinianas genuínas, à risca de um estudo independente e autónomo da ideia jurídica romana. Até o seu renascimento, o direito romano vinha estudado pelos juristas medievais dissolvido nas *artes liberales*, constituídas, por exemplo, pelo *trivium* da gramática, da lógica (dialética) e da retórica, sem que houvesse, salvo no oriente bizantino, escolas de formação especificamente jurídicas⁵⁴. É, pois, com a Escola de Bolonha, Irnério à frente (*primus illuminator scientiae nostrae*, dito ainda *lucerna juris*), e o método da glosa e, posteriormente, dos comentários, que o panorama se modificou sensivelmente⁵⁵. Aliás, há quem

⁵³ História do Direito Português, 2. ed.. Coimbra: Almedina, 1992, pp. 206/207.

⁵⁴ Assim, Franz Wieacker, História do Direito Privado Moderno, 2. ed.. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 19.

⁵⁵ A glosa consistia em mera explicação gramatical, de carácter tão-somente exegético, de palavras ou frases susceptíveis de mais de uma interpretação. O expoente desta vertente é Acúrsio, autor da célebre obra Magna Glosa, escrita provavelmente entre 1220 e 1234. Nos comentários, de outro lado, os autores já possuem uma preocupação em construir um sistema lógico entre as proposições jurídicas, apto a superar eventuais e aparentes contradições. O primeiro jurista desta escola é Cino de Pistoia (1270-1336), mas certamente o mais afamado é Bártolo (1313-1353), seguido de Baldo (1327-1400), tudo conforme Nuno J. Espinosa Gomes da Silva, História do Direito Português. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985, pp. 142/145, vol. I. Sobre o método da glosa e dos comentários, ainda, Paul Koschaker, Europa y el Derecho Romano. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, pp. 143/145.

sustente mesmo que o *Corpus Iuris Civilis* tenha sido recepcionado na Europa e, notadamente, na Alemanha, apenas formalmente, uma vez que, materialmente, o direito romano recepcionado teria sido o direito romano já tocado pelos glosadores e comentaristas, ávidos por colocá-lo em hora com as necessidades do dia⁵⁶. O mesmo se afirma, a propósito, do direito recebido em Portugal, a ponto de se asseverar firmemente que “o romanismo português foi inteiramente, ou quase inteiramente – enquanto na verdade significativo – de cunho escolástico ou bartolista”⁵⁷.

Resta-nos, agora, saber “por que” o direito romano renasceu em Portugal e “como” precisamente se deu esta recepção.

Por que renasceu o direito romano em Portugal? Em breve esboço, pode-se afirmar que a recepção do direito romano em Portugal teve um intento bastante específico: transformar o rei em imperador. Vale dizer: seu desiderato específico fora o de ampliar o espectro de atuação política real, no que, inclusive, a Igreja Católica exerceu um papel sobremaneira destacado⁵⁸. Uma das conseqüências de maior vulto desta anchura política mais dilargada do rei está em que esse passa a legislar, apropriando-se do papel de criador do direito (aqui, aliás, o início de nosso “centralismo jurídico”⁵⁹).

Como, de outro lado, ocorreu a recepção do direito romano em Portugal? Nuno J. Espinosa Gomes da Silva ressalta a influência de obras doutrinárias e legais castelhanas, escritas em idioma de mais fácil acesso que o latim, com soluções justinianas indicadas de maneira resumida⁶⁰. Dentre as primeiras, *Flores de Derecho* (também conhecida como *Flores de las Leyes*), *Doctrinal de los Pleytos* e *Nuevos Tiempos del Juicio*, todas de Jácome Ruiz (Mestre Jacob das Leis), todas versando preponderantemente o direito processual civil (melhor, o direito judiciário civil, tendo em conta que, àquele tempo, ainda não havíamos feito a passagem do *iudicium* ao *processus*, como bem assinalam Nicola Picardi⁶¹ e Hermes Zaneti Júnior⁶²). Dentre

⁵⁶ Assim, Paul Koschaker, *Europa y el Derecho Romano*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, p. 240.

⁵⁷ Mário Júlio de Almeida Costa, “Fundamentos Históricos do Direito Brasileiro”. In: *Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português (I Jornada Luso-Brasileira de Direito Civil)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 111.

⁵⁸ Nuno J. Espinosa Gomes da Silva, *História do Direito Português*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985, pp. 153/157, vol. I.

⁵⁹ Acerca, Judith Martins-Costa, *A Boa-Fé no Direito Privado*, 1. ed., 2. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, pp. 238/241.

⁶⁰ *História do Direito Português*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985, p. 159, vol. I.

⁶¹ “Processo Civile (Diritto Moderno)”. In: *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, 1987, pp. 101/117, vol. XXXVI.

⁶² “O Problema da Verdade no Processo Civil: Modelos de Prova e de Procedimento Probatório”. In: *Introdução ao Estudo do Processo Civil – Primeiras Linhas de um Paradigma Emergente*.

as segundas, cumpre assinalar o *Fuero Real*, composto entre 1252 e 1255, e *Las Siete Partidas*, obra que, em Castela, começa ostentando caráter legislativo, passa a uma feição doutrinária e finalmente, em 1348, adquire o valor de direito subsidiário. Referido diploma fora vertido para o português ainda no século XIII, tendo influenciado inequivocamente a redação das Ordenações Afonsinas. Marcello Caetano⁶³, ainda, aponta a influência das classes cultas, letrada, na difusão do direito romano em Portugal, sendo que Mário Júlio de Almeida Costa acrescenta à lista de Gomes da Silva e Marcello Caetano a presença de jurisconsultos estrangeiros na Península Ibérica, o maior acesso ao *Corpus Iuris Civilis* e à glosa respectiva e o ensino do direito romano, de modo autônomo, nas Universidades⁶⁴.

De resto, no período de recepção do direito romano vigiam em Portugal, ainda, outras fontes jurídicas: quanto aos assuntos temporais, que ora nos interessam mais de perto, ainda se oferecia grande a influência do costume e, no âmbito local, os forais continuavam a ser a principal fonte de direito. Algumas leis gerais, porém, começavam a pulular aqui e ali, como concreta expressão da apropriação do direito pelo soberano⁶⁵.

Como vinha disciplinado o processo civil nesse período? A Terceira Partida cuidava do assunto (consoante lá gravado, “tercera partida” é a “que fabla de la Iufticia, e como fe ha de fazer ordenadamente en cada logar, por palabra de Iuyzio, e por obra de fecho, para defembargar los pleytos”) em trinta e dois títulos, cada qual devidamente subdividido em “leyes”, representando, essencialmente, uma tábua de soluções processuais romanas. A matéria apresentava-se da seguinte maneira (ora se reproduz a ordem dos títulos): “de la iufticia”, “del demandador, e de las cofas que ha de catar ante que ponga la demanda”, “de los demandados, e de las cofas que deven demandar”, “de los juezes, e de las cofas que deven fazer guardar”, “de los perfoneros”, “de los abogados”, “de los emplazamientos”, “de los affentamientos”, “quando deven meter la cofa que contienden en mano del fiel”, “como fe deven començar los pleytos por demanda, e por respuefta”, “de las juras que las partes fazen en los pleytos, despues que fon començados por demanda, e por respuefta”, “de las preguntas que los juezes pueden fazer a las partes en juyzio, despues que el pleyto es començado por demanda, e por respuefta, a que llaman en latin, pofitiones”, “de las conofcencias, e de las respuestas que fazen las partes en juyzio a las demandas, e a las preguntas que fon fechas en razon dellas”, “de las pruevas, e de las fofpechas que los

Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004, pp. 115/164, em co-autoria com Daniel Francisco Mitidiero.

⁶³ História do Direito Português (1140-1495), 2. ed.. Lisboa: Editorial Verbo, 1985, p. 340.

⁶⁴ História do Direito Português, 2. ed.. Coimbra: Almedina, 1992, pp. 225/231.

⁶⁵ Assim, Nuno J. Espinosa Gomes da Silva, História do Direito Português. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985, pp. 165/167, vol. I.

omne aduzen en juyzio fobre las cofas negadas, e dubdofas”, “de los plazos que deven dar los judgadores a las partes en juyzio , para provar fus intenciones”, “de los teftigos”, “de los pefqueridores que han poderio de receber pruebas por fi de fu officio, maguer las partes no fe las aduxeffen delante”, “de las efcrituras porque fe pruevan los pleytos”, “de los efcrivanos, e quãtas maneras fon dellos, e que pro nafce de fu officio quando lo fazen lealmente”, “de los fellos, e de los felladores de la cancellaria”, “de los confejeros”, “de los juyzios que dan fin, e acabamiento a los pleytos”, “de las alçadas que fazen las partes quando fe tienen por agraviadas de los juyzios que dan contra ellas”, “como los juyzios fe pueden revocar, e oyr de cabo, quando el Rey quifiere fazer merced a alguna de las partes, maguer non fe ouiffe alçado dellos”, “de como fe pueden quebrantar los juyzios que fueffen dados contra los menores de veynte, e cinco años, o fus guardadores, maguer non fue effe tomada alçada”, como fe puede defatar el juyzio que es dado por falfas cartas, o por falfas pruebas contra ley”, “como los juyzios q fon valederos deven fer cumpridos, e quien los puede cumplir”, “de las cofas en que ome puede auer feñono, e como lo puede ganar”, “de los tiepos porque ome pierde las fus cofas, e como lo puede ganar”, de los tiepos porque ome pierde las fus cofas, tambien muebles como rayzes”, “en quãtas maneras puede ome ganar poffefsion, tenencia de las cofas”, “de las ferundumbres q han unas cofas en otras, e como fe pueden poner”, “de las lavores nuevas como fe puede embargar que fe non fagan, e de las viejas que fe quieren fazer como fe han de fazer”. A influência romana era patente, tanto que se observava com bastante agudeza o princípio dispositivo em sentido material (também conhecido como princípio da demanda, Título II), a garantia do contraditório (representada pela conformação do juízo como um ato de três pessoas, Títulos II, III, IV e X) e a imparcialidade jurisdiccional (Título III), princípios mesmo fundamentais da experiência romana, segundo observa Max Kaser⁶⁶.

Seguindo-se no tempo, chega-se à época das Ordenações, a qual representa, antes de tudo, um esforço de sistematização das fontes de direito então vigentes em Portugal, a fim de que se tornasse melhor identificável o direito incidente e aplicável ao traro cotidiano da vida. Três Ordenações: Afonsinas (1446), Manuelinas (1521) e Filipinas (1603).

Em termos estruturais, as Ordenações Afonsinas foram repartidas em cinco livros, sendo que esses ainda se dividiam em títulos e esses, de seu turno, em parágrafos, sempre precedidos de um próêmio. A forma quinária, aliás, traz à lembrança a organização das decretais de Gregório IX, consoante observa Pontes de Miranda⁶⁷. Quanto à matéria tratada em cada um dos livros, lembra Nuno J. Espinosa Gomes

⁶⁶ Direito Privado Romano. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, p. 428.

⁶⁷ Pontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro, 2. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 39.

da Silva que “o Livro I, que compreende 72 títulos, contém regimentos dos cargos públicos, quer régios, quer municipais. O Livro II, dividido em 123 títulos, contempla a matéria respeitante à Igreja e à situação dos clérigos, direitos do rei, em geral, e administração fiscal, jurisdição dos donatários, privilégios da nobreza, e legislação especial de judeus e mouros. O Livro III, abrangendo 128 títulos, ocupa-se do processo civil. O Livro IV, nos seus 112 títulos, trata do direito civil; enfim, o Livro V, com 121 títulos, versa direito e processo penal”⁶⁸.

“Substancialmente”, consoante refere ainda Nuno J. Espinosa Gomes da Silva⁶⁹, “as Ordenações Afonsinas constituem uma compilação, actualizada e sistematizada, das várias fontes de direito que tinham aplicação em Portugal. Assim, e grande parte, são elas formadas por leis anteriores, respostas a capítulos apresentados em Cortes, concórdias e concordatas, costumes, normas das Siete Partidas e disposições dos direitos romano e canónico”. Do ponto de vista estritamente jurídico, pois, as Ordenações Afonsinas não chegaram a representar uma inovação de soluções, porquanto síntese dos elementos multiformes que presidiam a experiência jurídica portuguesa no período de afirmação do direito romano. Em termos de evolução histórica, todavia, os preceitos recolhidos na compilação publicada em nome de D. Afonso V possuem destacada importância. Deveras, no preciso diagnóstico de Mário Júlio de Almeida Costa, “as Ordenações Afonsinas assumem uma posição destacada na história do direito português. Constituem a síntese do trajecto que, desde a fundação da nacionalidade, ou, mais aceleradamente, a partir de Afonso III, afirmou e consolidou a autonomia do sistema jurídico nacional no conjunto peninsular. Além disso, representam o suporte da evolução subsequente do direito português. Como se apreciará, as Ordenações ulteriores, a bem dizer, pouco mais fizeram do que, em momentos sucessivos, actualizar a coletânea afonsina. Embora não apresente uma estrutura orgânica comparável à dos códigos modernos e se encontre longe de oferecer uma disciplina jurídica tendencialmente completa, trata-se de uma obra muito meritória quando vista na sua época. Nada desmerece em confronto com as compilações semelhantes de outros países”⁷⁰. Outra sorte não lhe assiste, a propósito, no plano político, tendo em conta que, imediatamente, as Ordenações Afonsinas “resultavam da necessidade da afirmação nacional”, consoante observa Pontes de Miranda⁷¹. Assim, também, a leitura de Mário Júlio de Almeida Costa: “a publicação das Ordenações Afonsinas liga-se ao fenómeno geral da luta pela centralização. Traduz esta colectânea jurídica uma espécie de equilíbrio das várias tendências ao tempo não perfeitamente definidas, ou seja, uma área intermédia em que ainda podiam encontrar-se. De um outro ângulo, acentua-se a independência do direito próprio do Reino em

⁶⁸ História do Direito Português. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985, p. 192, vol. I.

⁶⁹ História do Direito Português. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985, p. 192, vol. I.

⁷⁰ História do Direito Português, 2. ed. Coimbra: Almedina, 1992, p. 274.

⁷¹ Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro, 2. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 274.

face do direito comum, subalternizado no posto de fonte subsidiária por mera legitimação da vontade do monarca⁷².

As Ordenações Afonsinas constituíam-se em uma compilação de soluções jurídicas, sem qualquer pretensão de plenitude (típica das codificações racionalistas⁷³, irremediavelmente conectada com a mentalidade continental de oitocentos⁷⁴), com o que de logo tinham os juristas de então pensar em fontes jurídicas subsidiárias para operacionalização do direito em caso de lacunas e obscuridades das normas afonsinas. A fonte precípua era o direito próprio do Reino (*Ley do Regno, Estilo ou Costume suso dito*), sendo invocável, subsidiariamente, o direito comum (*Leyx Imperiaaes*, em assuntos temporais, e *Santos Canones*, em tema de pecado) e as glosas de Acúrsio e a opinião de Bartolo (“*se o caso de que se trata em pratica, nom fosse determinado per ley do Regno, ou estilo, ou costume suso dito ou Leyx Imperiaaes, ou Santos Canones, entom mandamos que se guardem as grosas d’Acursio encorporadas nas ditas Leys. E quando pelas ditas grosas o caso non for determinado, mandamos, que se guarde a opiniom de Bartholo, nō embargante que os outros Doutores diguam o contrario*”, Livro II, Título IX⁷⁵), clara expressão da autoridade dos doutores que permeou todo o pensamento jurídico medieval⁷⁶. Finalmente, tudo falhando, recorria-se à autoridade régia para solução da cinca.

O problema do direito subsidiário em Portugal e a sua solução coloca-nos na contingência de identificar, já aqui, outro traço decisivo para compreensão das mais fundas raízes do direito brasileiro, segundo anota Judith Martins-Costa: o “bartolismo”⁷⁷. Com efeito, tendo em conta a lacunosidade das Ordenações e a própria imperfeição das normas de sobredireito ali recolhidas, natural que os julgadores se encontrassem na situação de buscar respostas aos problemas práticos na autoridade dos doutores (que, afinal, encarnavam a própria autoridade do *Corpus Iuris Civilis*, como repositório próprio de “todo o conjunto de saber possível”, consoante observa Antônio Castanheira Neves⁷⁸, já que os juristas medievais viam no *Corpus*, nas glosas e nos comentários, não apenas testemunhos históricos sobre dada realidade, mas a própria *ratio scripta*, a própria razão “convertida em palavra”⁷⁹).

⁷² História do Direito Português, 2. ed.. Coimbra: Almedina, 1992, pp. 274/275.

⁷³ Karl Engisch, Introdução ao Pensamento Jurídico, 8. ed.. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 206.

⁷⁴ Giovanni Tarello, Storia della Cultura Giuridica Moderna. Bologna: Il Mulino, 1976, p. 19.

⁷⁵ Guarde-se o ponto: nas Ordenações Afonsinas, assim como se dará nas Manuelinas, o problema do direito subsidiário vai versado no Livro II, referente, entre outros assuntos, às coisas da Igreja. Adiante, buscar-se-á explorar o tema.

⁷⁶ Antônio Castanheira Neves, Metodologia Jurídica – Problemas Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 86.

⁷⁷ A Boa-Fé no Direito Privado, 1. ed., 2. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 241.

⁷⁸ Metodologia Jurídica – Problemas Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 86.

⁷⁹ Franz Wieacker, História do Direito Privado Moderno, 2. ed.. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 49.

Dessarte, o problema da sistematização do direito português fora solucionado pelas Ordenações Afonsinas. Outros, porém, estavam na hora do dia das preocupações lusitanas, dentre os quais o de maior envergadura era o da divulgação do direito do Reino: este desiderato tocaria especificamente às Ordenações Manuelinas⁸⁰. Às Ordenações Manuelinas, pois, acometeu-se precipuamente a tarefa de tornar público e do conhecimento de todos o direito reinol, no que contou com a poderosa ajuda da descoberta da imprensa, que em Portugal aporta, ao que parece, em 1487⁸¹.

Em termos de estrutura, as Ordenações Manuelinas mantiveram o que já tínhamos com as Ordenações Afonsinas, registrando-se, no entanto, certa variação em seu conteúdo e o aporte de uma nova técnica legislativa. As disposições legais referentes aos judeus, por exemplo, desapareceram, tendo em conta a expulsão dos mesmos do Reino, em 1496, assim como a autonomização das normas fazendárias, que se excluíram das Ordenações principais para composição das Ordenações da Fazenda, em 1521. No que concerne à técnica legislativa, abandonou-se o estilo retrospectivo (mera transcrição de leis anteriores, com a indicação dos monarcas que as promulgaram), presente nas Ordenações de Afonso V, em função da adoção de um estilo decretório, como se de normas novas se tratasse. De postremeiro, no que atine às soluções encampadas, não se registra qualquer transformação radical ou profunda em relação às Ordenações precedentes, mantendo-se, essencialmente, o direito anterior⁸².

Tal como se sucedeu a propósito das Ordenações Afonsinas, também no que toca às Ordenações Manuelinas sentiu-se a necessidade de regular o direito subsidiário. No âmbito destas, a solução da celeuma vinha proposta no Livro II, Título V, no que se manteve a primazia das fontes nacionais, seguida do recurso ao direito comum (romano e canônico, com a peculiaridade de que agora o direito romano deveria guardar-se pela boa razão em que é fundado), à glosa de Acúrsio e aos comentários de Bartolo (desde que não colidentes com a comum opinião dos doutores, caso em

⁸⁰ Assim, Nuno J. Espinosa Gomes da Silva, *História do Direito Português*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985, p. 206, vol. I.

⁸¹ Segundo Mário Júlio de Almeida Costa, além da preocupação com a difusão do direito do Reino, também haveria contado para elaboração das Ordenações Manuelinas a vaidade de D. Manuel, então rei de Portugal. Com efeito, após indicar a hipótese alvitrada no texto, refere Mário Júlio de Almeida Costa que “ainda se menciona outra aspecto. O de que não seria indiferente a D. Manuel, que assistiu a pontos altos da gesta dos descobrimentos, ligar o seu nome a uma reforma legislativa de vulto. A suposição alicerça-se em vários testemunhos, inclusive na importância atribuída pelo rei ao direito e à realização da justiça” (*História do Direito Português*, 2. ed., Coimbra: Almedina, 1992, pp. 277/278).

⁸² Assim, Nuno J. Espinosa Gomes da Silva, *História do Direito Português*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985, pp. 209/210, vol. I.

que esta tinha primazia, outro dado novo em relação às Ordenações Afonsinas) e, por derradeiro, tudo gorando, buscava-se a autoridade régia⁸³. Ainda aqui, pois, mantida a tradição bartolista, dado que os mesmos problemas que pontuavam as Ordenações Afonsinas continuaram a se insinuar pelas vestes das novas Ordenações.

O intento de compilar-se novamente o direito português nasce do elevado número de legislações esparsas posteriores ao arranjo manuelino, o que de certa maneira poderia infirmar a posição central das Ordenações, sobre dificultar o acesso à ordem jurídica do dia. Nestas paragens que se justifica a compilação filipina.

As Ordenações Filipinas datam de 1603, sendo que sobra patente do exame de seu conteúdo (essencialmente inalterado em relação às disposições manuelinas) que o desiderato legislativo cingia-se a uma “pura revisão actualizadora das Ordenações Manuelinas”⁸⁴. Estruturalmente, manteve-se o esquema livros, títulos e parágrafos, observando-se o lastro de nossa cultura.

Quanto ao direito subsidiário, restou inalterado o esquema desenhado pelas Ordenações Manuelinas, tirante no que tocava à sua localização. Com efeito, antes albergado no Livro II das Ordenações precedentes, o problema do direito subsidiário vinha agora impostado no Livro III das Ordenações Filipinas, alocado na estrutura referente às cousas do então direito judiciário civil. Como observa Mário Júlio de Almeida Costa, “este último aspecto do enquadramento não parece fortuito. Na verdade, a referida transposição significa que o problema do direito subsidiário deixou de ser disciplinado a propósito das relações entre a Igreja e o Estado (liv. II), deslocando-se para o âmbito do processo (liv. III). Ora, pode detectar-se aí, como salienta Braga da Cruz, a ruptura da ‘última amarra’ que ligava a questão do direito

⁸³ A respeito da diferente conformação que se opera no direito subsidiário das Ordenações Afonsinas para as Ordenações Manuelinas e Filipinas, escreve Mário Júlio de Almeida Costa: “cifram-se em duas as diferenças essenciais de conteúdo que separam no âmbito do direito subsidiário, as Ordenações Manuelinas e as Ordenações Filipinas do precedente texto afonsino. A saber: I – Quanto à aplicação dos textos de direito romano e de direito canônico, deixa-se de referir a distinção entre problemas jurídicos temporais e espirituais. Apenas se consagra o critério do pecado, que fornecia o único limite à prevalência subsidiária do direito romano sobre o direito canônico, qualquer que fosse a natureza do caso omissis. II – A respeito da Glosa de Acúrsio e da opinião de Bartolo, cuja ordem de precedência se conserva, estabelece-se o requisito de a ‘comum opinião dos doutores’ não contrariar essas fontes. Relativamente a Bartolo, a restrição seria definida tão-só pelos autores que tivessem escrito depois dele. O facto de a letra da lei colocar a ‘communis opinio’ como filtro da Glosa de Acúrsio e da opinião de Bartolo levou à interpretação, posto que não pacífica, de que aquela consútuia, em si mesma, uma fonte subsidiária. Por outras palavras: na falta de direito nacional, de direito romano e de direito canônico, caberia recorrer à opinião comum, antes da Glosa de Acúrsio e da opinião de Bartolo” (História do Direito Português, 2. ed., Coimbra: Almedina, 1992, p. 311).

⁸⁴ Mário Júlio de Almeida Costa, História do Direito Português, 2. ed., Coimbra: Almedina, 1992, p. 285.

subsidiário à idéia anterior de um conflito de jurisdições entre o poder temporal e o poder eclesiástico, simbolizados, respectivamente, pelo direito romano e pelo direito canônico. Tornou-se, em suma, de acordo com a atitude da época, um puro e simples problema técnico-jurídico”⁸⁵.

Buscando uma síntese da evolução histórica das fontes de direito no período das Ordenações, escreve Nuno J. Espinosa Gomes da Silva que “desde a entrada em vigor das Ordenações Afonsinas até ao fim do período que estudamos isto é, durante cerca de três séculos, se mantém um mesmo sistema de hierarquização das fontes, com a única alteração de se haver introduzido a *communis opinio*, tutelando a *glosa de Acúrsio* e a *Bártoli opinio*. Pode, assim, dizer-se que, durante todo esse tempo, a matéria temporal vai ser, praticamente, regida pelos direito português e romano; constituirá o direito português a regra, uma vez, no imperativo das Ordenações, só se deverá recorrer ao direito comum, na falta de direito pátrio. Sabemos já, também, que o direito português, codificado nas várias Ordenações, não formava um todo orgânico, dado que fora legislado tendo como pressuposto a vigência do direito comum. De um modo geral, o rei legislara para esclarecer, ou contrariar regras de direito justinianeu; nomeadamente, no âmbito do direito privado, a lei nacional surgira como tomada de posição, frente ao direito comum. Deste modo, ao menos substancialmente, quase pode dizer-se que o direito romano constituía a regra, e o pátrio, a exceção”⁸⁶. Neste especial, o trabalho de colocar o manancial comum à bem do desenvolvimento da sociedade sobra destinado, em um primeiro momento, à doutrina (representado por Acúrsio e Bartolo e, depois, pela *communis opinio* dos doutores) e, logo em seguida, à jurisprudência, que acaba por funcionar como o grande elemento de evolução e estabilização do direito no período das Ordenações (pense-se, por exemplo, no papel dos assentos judiciais).

O processo civil desenhado nas Ordenações (tanto Afonsinas, como Manuelinas e Filipinas) é um típico exemplo de processo comum⁸⁷, forjado pela confluência dos elementos romano, canônico e germânico antigo. Suas soluções são soluções muitas vezes de força (como se percebe com bastante nitidez em alguns institutos, como, por exemplo, nas “cartas de segurança”, com o vinco mandamental a toda prova⁸⁸, Ordenações Filipinas, Livro V, Título CXXVIII), com adiantamento de execução à cognição (como nas nossas antigas ações cominatórias, também conhecidas como “ação de embargos à primeira”⁸⁹, Ordenações Filipinas, Livro III,

⁸⁵ História do Direito Português, 2. ed., Coimbra: Almedina, 1992, p. 310.

⁸⁶ História do Direito Português. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985, p. 254, vol. I.

⁸⁷ Assim, Enrico Tullio Liebman, “Il Nuovo ‘Codigo de Processo Civil’ Brasileiro”. In: *Problemi del Processo Civile*. Napoli: Morano Editore, 1962, p. 483.

⁸⁸ Sobre o assunto, Ovídio Araújo Baptista da Silva, *Curso de Processo Civil*, 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, pp. 349/351, vol. II.

⁸⁹ Acerca, Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2. ed., Rio de Janeiro: Revista Forense, 1959, pp. 5/12, tomo V.

Título LXXVIII, § 5º), atitude típica do direito germânico mais remoto, nada obstante a firmeza da concepção de juízo como um ato de três pessoas (Ordenações Afonsinas, Livro III, Título XX, § 1º), a denotar a fiel observância do contraditório e da imparcialidade na decisão da causa, herança indubitavelmente romana, e o tom conciliatório agregado à figura judicial (Ordenações Manuelinas, Livro III, Título XV, § 1º), de corte canônico. O procedimento era secreto e escrito, essencialmente dominado pelos princípios da demanda e dispositivo, com certa proeminência do autor em relação ao juízo (tanto que chamado em determinadas oportunidades de “Senhor do Preito” pelas Ordenações, por exemplo, Afonsinas, Livro III, Título XXIII), dividido em fases bem distintas (sistema de preclusão por fases, com larga adoção das técnicas da eventualidade e da concentração), rigidamente regrado com relação à formação da prova⁹⁰. A racionalidade que informava o fenômeno jurídico era uma racionalidade prática, voltada a orientar a ação dos sujeitos envolvidos na dialética processual⁹¹, pronta para resolução das questões postas para discussão⁹².

Neste especial, a propósito, cumpre assinalar a primeira particularidade que singulariza a experiência jurídica brasileira: até o advento do Código de Processo Civil vigente, o nosso direito processual civil não havia sofrido nenhum acidente histórico notável, capaz de propiciar um distanciamento mais profundo entre a tradição lusitana quinhentista e o direito então praticado⁹³ (livramo-nos, por certo, da “radical renovação dos princípios de direito processual”⁹⁴ propiciada pelo *Code de Procédure Civile* napoleônico de 1806 que apanhou o direito continental com toda a sua força: vale dizer, conseguimos adiar a invasão francesa para 1973, dando maior espaço para o desenvolvimento natural de nossa tradição cultural). Como é cediço, mesmo após a nossa independência continuaram a ter vigência no Brasil as Ordenações Filipinas, sendo que o processo civil brasileiro só fora alcançado por legislação nacional quando o Decreto n. 763, de 1890, mandou que se aplicasse ao foro cível o Regulamento n.

⁹⁰ Sobre o assunto, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Do Formalismo no Processo Civil*, 2. ed.. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 30/33.

⁹¹ Acerca, Antônio Castanhira Neves, *Metodologia Jurídica – Problemas Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 87.

⁹² O processo, então, era visto sobretudo como um método para solução de questões, conforme Giuseppe Chiovenda, *Instituições de Direito Processual Civil*, 3. ed.. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 127, vol. I.

⁹³ Neste sentido, assinala Enrico Tullio Liebman que o direito brasileiro restou infenso à grande fratura produzida no direito europeu em função da influência francesa, dos Códigos Napoleônicos, o que lhe possibilitou uma evolução histórica linear, sem maiores rupturas (conforme “Istituti del Diritto Comune nel Processo Civile Brasiliano”. In: *Problemi del Processo Civile*. Napoli: Morano Editore, 1962, pp. 498/502). Neste sentido, ainda, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Do Formalismo no Processo Civil*, 2. ed.. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 33.

⁹⁴ Franz Wieacker, *História do Direito Privado Moderno*, 2. ed.. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 7.

737, de 1850 (que, nada obstante tenha procurado simplificar algumas formas, manteve basicamente a estrutura do processo, particularizando-se apenas por aportar uma nova técnica legislativa à ordem jurídica nacional⁹⁵). Antes, a Consolidação Ribas, aprovada por Resolução Imperial de 1876, havia apenas recolhido o direito luso-brasileiro então aplicável à praxe forense, tornando-o mais facilmente identificável⁹⁶. Neste panorama, o papel da doutrina fora enorme: cumpria-lhe subsidiar a aplicação do direito luso-brasileiro, então lacunoso e imperfeito, sobre indicar soluções mais rentes à ordem do dia, quiçá alçando mão do direito comparado e da autoridade de doutrinadores estrangeiros (aqui, a manifestação de nosso “bartolismo”, de que há pouco falávamos, deveras impregnado em nossa tradição jurídica⁹⁷).

O Código de Processo Civil de 1939, a que se chegou depois de um certo período em que tivemos inúmeros Códigos estaduais na matéria (pluralismo que só poderia ter fracassado, tendo em conta o nosso acentuado centralismo jurídico), mesclava alguns elementos modernos com institutos tipicamente pertencentes ao direito intermédio. Informado pela técnica da oralidade, o legislador de 1939 imprimiu ao processo um nítido sabor publicístico, outorgando ao juiz o encargo de dirigi-lo com o fito de alcançar ao povo justiça pronta e eficaz. A anunciada síntese entre romanismo e germanismo, base do processo civil moderno, segundo conhecida lição de Giuseppe Chiovenda⁹⁸, estava então a manifestar-se, ainda que de maneira tímida, limitada basicamente à primeira parte daquele diploma (única, consoante Alfredo Buzaid⁹⁹, elaborada à luz dos “princípios modernos da ciência do processo”, na qual Buzaid, ao nosso ver equivocadamente, identificava inclusive a existência de um verdadeiro “processo de conhecimento”), com o que ainda se poderia vislumbrar no processo civil de então nítidos traços do processo comum luso-brasileiro¹⁰⁰.

Com efeito, desde nossas mais fundas raízes experimentávamos o praxismo como modelo processual. Esse quadro só veio a alterar-se com o Código de Processo

⁹⁵ Assim, Enrico Tullio Liebman, “Istituti del Diritto Comune nel Processo Civile Brasiliano”. In: *Problemi del Processo Civile*. Napoli: Morano Editore, 1962, p. 500. Sobre o assunto, mais extensamente, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Do Formalismo no Processo Civil*, 2. ed.. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 44/46; José da Silva Pacheco, *Evolução do Processo Civil Brasileiro*, 2. ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pp. 128/131.

⁹⁶ Acerca, José da Silva Pacheco, *Evolução do Processo Civil Brasileiro*, 2. ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pp. 132/135.

⁹⁷ Acerca, Judith Martins-Costa, *A Boa-Fé no Direito Privado*, 1. ed., 2. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, pp. 241/246.

⁹⁸ “Romanesimo e Germanesimo nel Processo Civile”. In: *Saggi di Diritto Processuale Civile*. Roma: Società Editrice “Foro Italiano”, 1930, pp. 181/224, vol. I.

⁹⁹ *Exposição de Motivos*. Brasília, 1972, ns. 3 e 4.

¹⁰⁰ Conforme o clássico estudo de Enrico Tullio Liebman, “Istituti del Diritto Comune nel Processo Civile Brasiliano”. In: *Problemi del Processo Civile*. Napoli: Morano Editore, 1962, pp. 502/516.

Civil de 1973, diploma normativo que inaugurou entre nós, inequivocamente, o processualismo, impondo um método científico ao processo civil à força de construções alimentadas pela lógica teórico-positiva, evadindo-o da realidade. Enxertando em nossa tradição elementos estranhos à mesma (pense-se, por exemplo, na positivação de um “Processo de Conhecimento” seguido, no mais das vezes, de um rígido “Processo de Execução”), não surpreende que suas linhas mestras tenham gorado em menos de trinta e poucos anos mercê de sucessivas reformas, que pouco mais fizeram além de resgatar algo que era próprio e peculiar à nossa cultura, ainda que em um outro nível de compreensão (pense-se na “nova” disciplina das ações cominatórias, art. 287, CPC, muito semelhante a que tínhamos a propósito no regime das Ordenações, e na positivação de tutelas interditaes, arts. 273, 461 e 461-A, CPC).

É nesse ambiente que se chega ao formalismo no Brasil, como modelo processual próprio do momento que ora se vive. Superado aquele estágio anterior de exacerbação técnica, de vida legal breve entre nós, recobra-se a consciência de que o processo está aí para concretização de valores, não sendo estranho à função do juiz a consecução do justo, tanto que se passa a vislumbrar, no processo, o escopo de realizar a justiça no caso concreto¹⁰¹, convocando-se uma racionalidade prática para condução do debate judiciário. Mais: a tomada de consciência de que a força normativa da Constituição deve alcançar todo o direito processual civil, não sendo essa outra coisa que não o próprio direito constitucional aplicado¹⁰², fez acentuar os poderes do juiz na relação jurídica processual, armando-o de técnicas capazes de proporcionar ao jurisdicionado o efetivo acesso à ordem jurídica justa, sobrando evidente que, nesse panorama, o próprio conceito de jurisdição transforma-se sobremaneira, consoante

¹⁰¹ Neste sentido, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais”. In: Alvaro de Oliveira, Carlos Alberto (org.), *Processo e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 12. Ainda assim, Daniel Francisco Mitidiero, *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2004, p. 16, tomo I.

¹⁰² Explorando as relações entre Constituição e Processo Civil, consulte-se, entre outros, na doutrina brasileira, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Do Formalismo no Processo Civil*, 2. ed.. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 106/108; “O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais”. In: Alvaro de Oliveira, Carlos Alberto (org.), *Processo e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, pp. 1/15; Luiz Guilherme Marinoni, *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, pp. 165247; Hermes Zaneti Júnior, “Processo Consuetudinário: Relações entre Processo e Constituição”. In: *Introdução ao Estudo do Processo Civil – Primeiras Linhas de um Paradigma Emergente*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004, pp. 23/62, em co-autoria com Daniel Francisco Mitidiero; na doutrina estrangeira, entre outros, Enrico Tullio Liebman, “Diritto Costituzionale e Processo Civile”. In: *Problemi del Processo Civile*. Napoli: Morano Editore, 1962, pp. 149/154; Eduardo Juan Couture, “Las Garantías Constitucionales del Proceso Civil”. In: *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Ediar Editores, 1948, pp. 19/95, tomo I; Nicolò Trocker, *Processo Civile e Costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974; Luigi Paolo Comoglio, *La Garanzia Costituzionale dell’Azione ed il Processo Civile*. Padova: Cedam, 1970.

já tivemos a oportunidade de registrar alhures¹⁰³. A Constituição de 1988 imprimiu o método instrumentalista, próprio do formalismo, bem aproveitando a doutrina o ambiente cultural propício para transformação de nosso processo civil.

IV – À Guisa de Conclusões: sobre Leões e Castelos

Ante o que se pôde brevemente expor, sobram alguns pontos que merecem, a olhos vistos, uma mais apurada reflexão, empresa que se pretende levar a cabo em breve. O que nos parece fundamental, porém, já se pode assentar desde logo: que o direito pertence à cultura e que todos nós, brasileiros, somos filhos de Leão e Castela, somos filhos de uma longeva tradição cultural que nos singulariza enquanto povo. Vale dizer: o nosso processo civil tem identidade própria e características que lhe são peculiares, não podendo furtar-se o intelectual brasileiro de levar em consideração as nossas raízes no quando da análise de nossas instituições. Oxalá que não percamos o rico sentido histórico do processo civil brasileiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. “Fundamentos Históricos do Direito Brasileiro”. In: Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português (I Jornada Luso-Brasileira de Direito Civil). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- _____. História do Direito Português, 2. ed.. Coimbra: Almedina, 1992.
- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Do Formalismo no Processo Civil, 2. ed.. São Paulo: Saraiva, 2003.
- _____. “O Problema da Eficácia da Sentença”. In: Revista Gênese de Direito Processual Civil. Curitiba: Gênese, 2003, n. 29.
- _____. “O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais”. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (org), Processo e Constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- AZEVEDO, Luiz Carlos de; CRUZ ETUCCI, José Rogério. Lições de História do Processo Civil Romano, 1. ed., 2. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. Procedimentos Especiais – Exegese do Código de Processo Civil (arts. 890 a 981). Rio de Janeiro: Aide Editora, 1993.
- _____. Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica, 2. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- _____. Curso de Processo Civil, 4. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, vol. II.
- _____. Sentença e Coisa Julgada, 4. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “A Sentença Mandamental – Da Alemanha ao Brasil”. In: Temas de Direito Processual. São Paulo: Saraiva, 2001, Sétima Série.
- BAUR, Fritz. “Il Processo e le Correnti Culturali Contemporanee”. In: Rivista di Diritto Processuale. Padova: Cedam, 1972, vol. XXVII.

¹⁰³ Daniel Francisco Mitidiero, Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2004, pp. 26/61, tomo I.

- BECKER, L. A.; SANTOS, E. L. Silva. *Elementos para uma Teoria Crítica do Processo*.
Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.
- BUZAID, Alfredo. *Exposição de Motivos*. Brasília, 1972.
- CAETANO, Marcello. *História do Direito Português (1140-1495)*, 2. ed.. Lisboa: Editorial Verbo, 1985.
- CALAMANDREI, Piero. "Istituzioni di Diritto Processuale Civile". In: *Opere Giuridiche*.
Napoli: Morano Editore, 1970, vol. IV.
- CALASSO, Francesco. *Medio Evo del Diritto*. Milano: Giuffrè, 1954, vol. I.
- CAMPITELLI, Adriana. "Processo Civile (Diritto Intermedio)". In: *Enciclopedia del Diritto*.
Milano: Giuffrè, 1987, vol. XXXVI.
- CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *Metodologia Jurídica – Problemas Fundamentais*.
Coimbra: Coimbra Editora, 1993.
- CHIOVENDA, Giuseppe. "Romanesimo e Germanesimo nel Processo Civile". In: *Saggi di
Diritto Processuale Civile*. Roma: Società Editrice "Foro Italiano", 1930, vol. I.
- _____. *Instituições de Direito Processual Civil*, 3. ed.. São Paulo: Saraiva, 1969, vol. I.
- COMOGLIO, Luigi Paolo. *La Garanzia Costituzionale dell'Azione e il Processo Civile*.
Padova: Cedam, 1970.
- COUTURE, Eduardo Juan. "Las Garantías Constitucionales del Proceso Civil". In: *Estudios
de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Ediar Editores, 1948, tomo I.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de História do Processo
Civil Romano*, 1. ed., 2. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- DENTI, Vittorio. "Diritto Comparato e Scienza del Processo". In: *Rivista di Diritto
Processuale*. Padova: Cedam, 1979, vol. XXXIV.
- _____. "Valori Costituzionali e Cultura Processuale". In: *Rivista di Diritto Processuale*.
Padova: Cedam, 1984, vol. XXXIX.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*, 8. ed.. São Paulo:
Malheiros, 2000.
- _____. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, 4. ed.. São Paulo: Malheiros, 2001,
tomo I.
- _____. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, 4. ed.. São Paulo: Malheiros, 2001,
tomo II.
- _____. *Instituições de Direito Processual Civil*, 3. ed.. São Paulo: Malheiros, 2003, vol. I.
- ENCISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*, 8. ed.. Lisboa: Fundação Calouste
Gulbenkian, 2001.
- FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, 1975.
- GOMES DA SILVA, Nuno J. Espinosa. *História do Direito Português*. Lisboa: Fundação
Calouste Gulbenkian, 1985, vol. I.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*, 26. ed., 17. tiragem. São Paulo: Companhia
das Letras, 2003.
- KASER, Max. *Diritto Privado Romano*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.
- KOSCHAKER, Paul. *Europa y el Derecho Romano*. Madrid: Editorial Revista de Derecho
Privado, 1955.
- LACERDA, Galeno. "Processo e Cultura". In: *Revista de Direito Processual Civil*. São
Paulo: Saraiva, 1961, vol. III.
- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 7. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1998,
vol. VIII, tomo I.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. "Diritto Costituzionale e Processo Civile". In: *Problemi del
Processo Civile*. Napoli: Morano Editore, 1962.

- _____. "Il Nuovo 'Codigo de Processo Civil' Brasileiro". In: *Problemi del Processo Civile*. Napoli: Morano Editore, 1962.
- _____. "Istituti di Diritto Comune nel Processo Civile Brasileiro". In: *Problemi del Processo Civile*. Napoli: Morano Editore, 1962.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*, 4. ed.. São Paulo: Malheiros, 2000.
- _____. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*, 1. ed., 2. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- MITIDIERO, Daniel Francisco. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2004, tomo I.
- MITIDIERO, Daniel Francisco; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Introdução ao Estudo do Processo Civil – Primeiras Linhas de um Paradigma Emergente*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004.
- PACHECO, José da Silva. *Evolução do Processo Civil Brasileiro*, 2. ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- PICARDI, Nicola. "Processo Civile (Diritto Moderno)". In: *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, 1987, vol. XXXVI.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2. ed.. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1959, tomo V.
- _____. *Tratado das Ações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, tomo I.
- _____. *Tratado das Ações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, tomo VI.
- _____. *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*, 2. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 5. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1997, tomo I.
- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2004, tomo XIII.
- REALE, Miguel. "Para uma Teoria dos Modelos Jurídicos". In: *Estudos de Filosofia e de Ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1978.
- _____. *Lições Preliminares de Direito*, 23. ed.. São Paulo: Saraiva, 1996.
- SANTOS, E. L. Silva; BECKER, L. A. *Elementos para uma Teoria Crítica do Processo*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.
- TALAMANCA, Mario. "Processo Civile (Diritto Romano)". In: *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, 1987, vol. XXXVI.
- TARELLO, Giovanni. *Storia della Cultura Giuridica Moderna*. Bologna: Il Mulino, 1976.
- TROCKER, Nicolò. *Processo Civile e Costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974.
- WEBER, Max. *Economia e Sociedade*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, vol. II.
- WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*, 2. ed.. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.
- ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Mandado de Segurança Coletivo – Aspectos Processuais Controversos*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2001.
- ZANETI JÚNIOR, Hermes; MITIDIERO, Daniel Francisco. *Introdução ao Estudo do Processo Civil – Primeiras Linhas de um Paradigma Emergente*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004.