

AS ORIGENS E A EVOLUÇÃO DO PROCEDIMENTO ORDINÁRIO:
DO PROCESSO ROMANO AO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL*

THE ORIGINS AND EVOLUTION OF THE REGULAR CIVIL
PROCEDURE: FROM THE ROMAN PROCEDURE TO THE
NEW CODE OF CIVIL PROCEDURE

*ELAINE HARZHEIM MACEDO***

*PAOLA ROOS BRAUN****

Resumo

O procedimento ordinário, com o CPC de 1973, foi eleito como padrão pelo sistema processual brasileiro, sendo criticado pela lentidão e inefetividade na realização dos direitos, especialmente após instituição do paradigma democrático constitucional inaugurado com a Constituição de 1988. Em época de adoção de novo estatuto processual, mantido o procedimento ordinário em seus cânones, indaga-se acerca de suas origens, evolução e seus comprometimentos ideológicos, cuja incidência deu-se ao longo dos séculos. Parte-se do direito romano,

Abstract

With the Civil Procedure Code of 1973, the ordinary procedure was elected as a standard by the Brazilian legal system. It was criticized by its slowness and ineffectiveness on the rights realization, especially since the establishment of the new constitutional democratic paradigm inaugurated in 1988. With the advent of the new Civil Procedure Code, and the ordinary procedure kept as a standard, this paper studies its genesis, its evolution and its ideological commitments over the centuries. The present article begins with the analysis of Roman law, crossing the

* Artigo recebido em 28-03-2015 e aprovado em 28-03-2015.

** Doutora e Mestre em Direito, Especialista em direito processual civil, Professora na Graduação e no Programa de Pós-Graduação em Direito junto à PUCRS. Desembargadora aposentada do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Ex-Presidente do Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul. Membro do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul. Advogada. *E-mail:* elaine@fhm.adv.br

*** Especialista em Direito Notarial e Registral, discente do programa de pós-graduação *stricto sensu* da PUCRS, nível Mestrado. Advogada. *E-mail:* paola.rb@terra.com.br

cruzando o período do medievo, no qual se constata a inspiração de outra vertente – o direito canônico –, chegando à modernidade, quando se consolida e é elevado à condição de verdadeiro paradigma, por força do movimento racionalista. Por último, desagua-se na experiência brasileira, sem olvidar a influência do direito português durante a colonização lusitana. Sua sobrevivência na legislação processual, conclui-se, é somatório de vários fundamentos teóricos ligados à civilização ocidental e ao Direito como produto cultural.

period of the Middle Ages, where we see the inspiration from another source – canon law – coming to modernity, where ordinary procedure is raised to the condition of a real paradigm, under the rationalist movement. Finally, the research goes through the Brazilian experience about the ordinary procedure, with the influence of Portuguese law during the Lusitanian colonization. The current survival of the ordinary procedure in Brazilian procedural law experience appears to be a combination of different theoretical grounds of Western civilization and the law as a cultural product.

Palavras-chave

Procedimento Ordinário – Origens – Tradição Romano-Canônica – CPC de 1973 – Novo CPC

Keywords

Ordinary Procedure – Genesis. Roman-Canonical Tradition – Civil Procedure Code of 1973 – New Civil Procedure Code

1 Introdução

Os romanos foram responsáveis por uma inestimável contribuição para as gerações e nações futuras por meio da construção e sistematização de um complexo ordenamento jurídico, composto por regras, costumes, princípios e práticas que se immortalizaram no tempo. Foi a partir da vertente do Direito romano que o Direito Processual brasileiro – que também sofreu influência da tradição Canônica – estruturou-se, em decorrência da

inspiração romana no Direito português, recepcionado no Brasil pela via das ordenações dos reinos.

O estudo do processo na era romana leva a constatar os reflexos dessa cultura jurídica no processo civil brasileiro, cultura essa que atravessou os séculos e até hoje serve como fundamento de muitos institutos e formas processuais pátrias, com destaque, por exemplo, para os interditos possessórios.

No desenrolar da história, ao longo do período medievo, após as invasões bárbaras, conforme será demonstrado nesta pesquisa, houve um embaralhamento de conceitos jurídicos e formas processuais, em virtude do pluriculturalismo próprio desse período histórico.

Mais tarde, antes do amanhecer da modernidade, o Direito romano e, especificamente no que interessa a este estudo, o processo romano¹ foi objeto de um redescobrimto pelos juristas e estudiosos do Direito da época, por meio da tradução e interpretação dos textos principalmente de Justiniano.

A tal releitura a doutrina atribui equívocos interpretativo-conceituais que acabaram originando alguns conceitos e paradigmas processuais, dos quais até hoje o processo civil se encontra amarrado. O presente trabalho procura abordar os fundamentos teóricos do principal deles: o paradigma da ordinariedade processual.

2 O Direito Romano

Considerando que o Direito Romano sobreviveu por mais de mil anos, para os fins deste trabalho destacam-se as principais fases reconhecidas como determinantes na sua evolução.

2.1 As ações da Lei

Os romanos não distinguiam o direito privado do direito processual, tratando ambas as categorias em unidade, de forma que os conceitos de

1 – O Direito romano não conhecia propriamente o processo como identidade própria, pois só a partir do século XIX é que este ramo do Direito passou a ser autônomo, especialmente com os estudos de Oscar Von Büllow. Contudo, os romanos desenvolveram inúmeros institutos que, reunidos, podem ser considerados como o embrião do processo, daí porque a utilização da expressão.

actio e *exceptio* eram utilizados tanto para atender os reclames do direito privado quanto dos procedimentos que garantiam a efetivação desses direitos (Macedo, 2003, p. 216).

Também Cruz e Tucci, sobre a ausência de autonomia do direito processual, refere:

As normas de caráter processual figuravam na experiência jurídica romana fundidas com aquelas de cunho substancial. E, essa circunstância decorria da visualização que possuíam do fenômeno jurídico, não, como hoje, de um ponto de vista eminentemente sistemático (quase fisiológico), mas, na verdade, de um ponto de vista patológico; configurava-se o direito subjetivo não pelo aspecto do seu conteúdo substancial, mas sim pela ótica da ‘ação’ com a qual o titular podia tutelá-lo contra as possíveis ofensas. Os romanos não diziam: ‘eu tenho um direito’ (e, por via de consequência, uma ação para tutela-lo), mas diziam simplesmente: ‘eu tenho uma ação’. E, assim, considerava-se titular da *actio*, não qualquer cidadão que preenchesse certos requisitos, mas, somente, aquele que lograsse demonstrar, nos esquemas pre-estabelecidos, uma situação de direito material realmente existente (Cruz e Tucci, 2001, 45).

O processo romano passou por três fases distintas, podendo ser identificadas como: *legis actiones*, *per formulas* e *cognitio extraordinária*.

Leciona Cruz e Tucci (2001, p. 40) que as ações da lei e o formulário compunham a *Ordo iudiciorum privatorum* (ordem dos juízos privados) e a imperial ou *cognitio extra ordinem*, compunha a *Ordo iudiciorum publicorum* (ordem dos juízos públicos) em que havia a unificação do juízo.

O mesmo autor aponta que o primeiro período da *Ordo iudiciorum*, correspondente às ações da lei (*legis actiones*), vigorou desde a fundação de Roma (754 a. C.) até os fins da República. O segundo período da ordem dos juízos privados, o formulário, teria sido introduzido pela *Lex Aebutia* (149-126 a. C) e oficializado definitivamente *Lex Julia privatorum*, do ano

17 a. C. e vigente, com profundas modificações, até os últimos dias do império romano do ocidente (Cruz e Tucci, 2001, 3).

Não há como estabelecer marcos temporais rígidos com relação a tais períodos, sobretudo porque os métodos de administração da justiça se interpenetravam, coabitando durante um período de tempo até que desaparecesse em definitivo o velho modelo, em favor do novo (Macedo, 2003, 217).

Sobre a demarcação temporal também Cruz e Tucci enfatiza:

É certo que essa demarcação é apenas convencional, porquanto, dentro de cada um destes períodos, é possível encontrar fases ou mesmo ulteriores sistemas particulares. Assim, verifica-se que, a par do desenvolvimento político de Roma, que foi conhecendo várias modalidades de governo – realeza, república, principado e dominato – também o processo privado se distendeu em três fases específicas e distintas, embora, em determinados momentos, coexistissem dois sistemas processuais diferentes (Cruz e Tucci, 2001, 3-4).

A respeito da ordem dos juízos privados, Cruz e Tucci assevera que a *civitas* romana, assim como diversas outras sociedades antigas, depositava, no misticismo religioso, significativa parcela da técnica e praxe judiciária (ainda de organização arcaica, não obstante aspirar fortalecer-se) de modo a lograr obediência de seus concidadãos. Por este fato, foi dada aos pontífices a tarefa de dar forma ao procedimento, por meio de simbolismos e rituais. Nesse sentido, a jurisdição nasce em Roma como atividade exclusiva dos pontífices, vocacionada a disciplinar a autotutela dos litigantes. Nas palavras do autor:

Não se pode, assim, desconhecer o íntimo relacionamento entre direito (*ius*) e religião (*fas*) nos primeiros tempos de Roma. Devido a tal circunstância, agravada pelas trevas que envolvem a história legendária, dada a obscuridade e fragmentação das

fontes esclarecedoras desse período, verifica-se uma acentuada incerteza entre os romanistas quanto à delimitação dos poderes do rei. Todavia, reduzindo os limites entre a fábula e a história, recentes e valiosas pesquisas sobre esse tema demonstram que, como chefe supremo e vitalício, o *rex*, único depositário da *potestas publica*, reunia em suas mãos, por força de seu *imperium*, além dos poderes militares e religiosos, poderes civis, legitimando-o a julgar em primeira e última instância (Cruz e Tucci, 2001, 41).

Com o andar dos tempos e do rápido desenvolvimento da riqueza, do comércio e de outros setores da vida social de Roma, os litígios privados tornaram-se mais complexos e numerosos reclamando a criação de magistraturas com específicas funções jurisdicionais. Assim, o *imperium*, até então poder exclusivo do rei, é transferido, de forma limitada e restrita, a estes novos órgãos públicos. Contudo, esse poder (*imperium*) não se confundia com *iurisdictio*:

A função jurisdicional era faculdade inerente à condição de magistrado, não existindo um poder jurisdicional autonomamente estruturado, porquanto os romanos encartavam o mister de distribuir justiça entre as funções de natureza administrativa. E, por isso, mesmo sendo uma das formas de manifestação da *potestas publica*, a *iurisdictio*, possuindo característica peculiar ao sistema da *ordo iudiciorum privatorum*, consistia no poder atribuído a certos magistrados, de declarar (não de julgar) a norma jurídica aplicável a um determinado caso concreto (Cruz e Tucci, 2001, 43).

Constata-se, portanto, que havia uma discrepância qualitativa entre as funções declarar x julgar. Seguindo essa lógica, o procedimento também se desenrolava em duas fases distintas:

in iure, perante o pretor, ao qual incumbia organizar e fixar os termos da controvérsia entre as partes e, em sequência, a *apud iudicem*, perante o *iudex unus*, ou, nas controvérsias entre romanos e estrangeiros, diante do tribunal dos *recuperatores*, ou, ainda, nas questões sobre sucessão hereditária, perante o tribunal dos *centumviri* (Cruz e Tucci, 2001, 43-44).

O procedimento das *legis actiones* era inteiramente oral. Na primeira fase, *in iure*, havia o comparecimento das partes – autor e réu – perante o pretor, que era o detentor do poder público, o qual verificava se o pedido tinha ou não amparo no direito civil. Se concedida a ação, era designado o *iudex* ou *arbiter*, estabelecendo-se a *litis contestatio*, que tinha força de fixar o objeto do litígio, que não podia mais ser modificado desde então, vinculando as partes até a sentença final, que obrigava os litigantes. Na segunda fase, *in iudicio*, havia a produção probatória (testemunhas), debates pelas partes e prolação da sentença pelo *iudex* particular que exercia a atividade. Sobre as ações da lei:

A primeira fase, de maior significado para o destino da lide, até porque estabelecia não só o direito à ação, uma vez reconhecida, no plano do direito material, a pretensão deduzida, como fixava os seus limites, ficando apenas a declaração – pelo menos nas ações que tinham essa natureza – como resultado da prova produzida, para a segunda, era, nos tempos mais remotos, monopólio dos sacerdotes, que estabeleciam as complexas regras do jogo, tanto para a primeira quanto para a segunda fase. Mesmo após sua paulatina transferência para magistrados do povo, esses ainda limitavam-se, inicialmente, a repetir o conhecimento adquirido junto ao corpo monástico (Macedo, 2003, 219).

A respeito do procedimento das ações da lei, ensina Cruz e Tucci:

As *legis actiones* eram extremamente escassas e marcadas pela tipicidade, cada uma possuindo uma estrutura individualizada para situações jurídicas expressamente reconhecidas. Desse modo, revestia-se o processo de características muito nítidas, pautando-se, notadamente, pela extremada rigidez de seus atos: as ações se conformavam às palavras das próprias leis, conservando-se, por isso, imutáveis como as leis mesmas (...). Formalismo, solenidade e oralidade, todo um ritual de gestos e palavras preestabelecidas: assim se desenvolvia o processo (Cruz e Tucci, 2001, 53).

O declínio das *legis actiones*, de acordo com a doutrina, lastreia-se em Gaio, segundo o qual as ações da lei pouco a pouco foram consideradas odiosas, porque, dada a extrema sutileza dos antigos fundadores do direito, a parte que cometesse o menor equívoco acabava perdendo a causa. Em razão disso, acabaram sendo abolidas pela *Lex Aebutia* e pelas duas *Lex Juliae*, levando os processos a se realizarem por palavras fixas.

2.2 O procedimento formulário

O procedimento formulário propriamente dito surgiu quando da adoção das fórmulas escritas, produto da laicização do direito, consequência da evolução de Roma como sociedade politicamente organizada e de economia robusta. A respeito do tema, são as palavras de Sidou:

Desvendadas as formulas sacras de atuação em juízo três séculos antes de nossa era, fez-se propício libertar o direito do patronato monástico, porque bem cedo ficou esclarecido que tais fórmulas declamatórias nada tinham de revelação divina e eram elaboradas no dia a dia dos mosteiros, por um *pontifex* anualmente escolhido no colégio monacal.

Laicificado, o *ius*, ou direito humano, pôde ser objetivamente aplicado, permitindo penetrar nas bases materiais do litígio e relegando a plano secundário o aspecto formal, imanente do faz, ou direito divino. Decorrentemente, ao juiz abriu-se a oportunidade para o exercício de uma função mais tutelar do que a de simples fiscalizador do recitativo de palavras místicas sacadas dos *libripontificales*. E desde que as fórmulas não eram mais regidas por quem partilhava da aura divina, reservavam-se agora os magistrados exercer um poder de inspeção que antes lhe era vedado (Sidou, 1985, 8).

A denominação do processo advém do vocábulo fórmula, diminutivo de forma, que é a palavra grega que significa modelo. Nesse sentido, fórmula é um autêntico modelo abstrato pelo qual se propicia litigar por escrito, em conformidade com os esquemas jurisdicionais previstos. Leciona Cruz e Tucci que, cronologicamente, “essa nova modalidade de processo teria surgido no transcorrer do século III a. C., à época da expansão mediterrânea de Roma, coincidindo com os problemas gerados pelo comércio internacional” (Cruz e Tucci, 2001, 76).

Neste período o papel do juiz modificou-se sobremaneira, passando de mero fiscalizador do procedimento a exercer poder de verdadeira criação do direito. A respeito do tema complementa Cruz e Tucci:

O *praetor urbanus*, ao introduzir de forma rudimentar os primeiros elementos do processo formular, teria se socorrido de seu *imperium*, consistente num poder discricionário de comando, que consentia ao magistrado prover como lhe parecesse melhor e oportuno, desde que não violasse nenhuma norma legal (Cruz e Tucci, 2001, 77).

Quanto às características, diferentemente das ações da lei, o processo formular não conhecia formas de ação, desenrolando-se sempre de acordo com um rito padrão. Inserido ainda na órbita do *ordo iudiciorum*

privatorum, o procedimento era igualmente bipartido em duas instâncias. Sobre o tema, leciona Sidou que na fase *in iure*, que se desenrolava perante o pretor, compareciam as partes, estabelecendo o magistrado público o direito à ação, os limites da *litis contestatio*, compelindo as partes a permanecer em juízo e a cumprir a futura decisão, ficando definido qual o juiz ou árbitro que se responsabilizaria pela segunda fase, podendo o mesmo ser de escolha comum dos contendores ou indicado imperativamente pelo pretor entre aqueles habilitados a exercer o encargo, havendo, para tanto, o *album iudicum*. O procedimento era, ainda, predominantemente oral, porquanto escrita apenas a fórmula editada pelo pretor, mas já se autorizava que as ações se fundassem não apenas no *jus civile*, mas também no direito pretoriano ou honorário, o que concedeu aos editos um poder quase legislativo, acusando a intervenção, cada vez maior, do Estado nas relações privadas (Sidou, 1955, 87-88).

A segunda fase, *in iudicio*, só não acontecia se o pretor não reconhecesse o direito de ação ao autor ou se o réu concordasse espontaneamente com a pretensão deduzida, hipótese de extinção do processo. Nesse período, o *iudex* ou *arbiter*, continuava sendo um juiz privado, da confiança particular dos litigantes, ou de confiança coletiva, integrando um rol previamente elaborado. Cabia-lhe a coleta das provas, produzidas por meio de testemunhas, documentos, confissão ou juramento e o pronunciamento do julgamento da causa, nos termos em que a fórmula do pretor previamente estabelecera, mediante orientações específicas e condicionando à solução apenas a comprovação probatória dos fatos que fundamentavam a pretensão. Não detinha o *iudex* qualquer autoridade, eis que essa se concentrava toda na pessoa do pretor, cuja fórmula tinha o poder de obrigar as partes a aceitarem a sentença (Sidou, 1955, 93). Leciona Cruz e Tucci:

A fase *in iure* perante o pretor, iniciada com a indicação da *actio* pelo autor (*edictio actionis*), encerrava-se, após a nomeação do *iudex* e da redação da fórmula, com a *litis contestatio*, que se consubstanciava num comportamento processual das partes, dirigido a um escopo comum, qual seja, o compromisso de participarem do juízo *apud iudiciem* e acatarem o respectivo julgamento (Cruz e Tucci, 2001, 99).

Quanto à natureza da *litis contestatio*, a doutrina tradicional, especialmente no Brasil, sempre contemplou como estabelecimento de uma ou mais obrigações, ensejando inclusive a concepção do processo como relação contratual (Macedo, 2003, 222).

Relativamente à *litis contestatio* no procedimento formular romano, refere Sidou:

A *litis contestatio* terá, no sistema formulário, já o dissemos, uma figura bem mais relevante na demanda: transformará o primitivo direito do autor, criando subjetivamente uma obrigação nova que vinculará, tanto o autor como o demandado, à continuação do pleito e, em lugar do direito anterior, real ou pessoal, conferirá um crédito civil, perpétuo e transmissível, além de tornar fatível uma sentença, a despeito da ausência de uma das partes; e encerrará o mesmo primitivo direito do autor, que, decaindo da ação, não poderá mais demandar por idêntico objeto em outra causa (Sidou, 1955, 99-100).

O instituto é denunciado por Baptista da Silva como um dos fundamentos teóricos do paradigma da ordinariedade, consolidado, posteriormente, no pensamento moderno. Segundo o doutrinador gaúcho:

O instituto romano da *litis contestatio*, formalmente, teria desaparecido junto com o procedimento formulário do direito romano clássico, porém na verdade, deturpado pelos romanistas², permanece imanente ao pensamento moderno, com a função de transformar as relações de direito material em obrigacionais (Batista da Silva, 2004, 133).

2 – O autor relaciona o termo “romanistas” àqueles doutrinadores que, posteriormente, resgataram o direito romano, traduzindo e reinterpretando os respectivos textos legais e doutrinários, não aos verdadeiros romanos dos períodos pré-clássico, clássico e tardio.

A fase *apud iudicem* consistia oportunidade de produzir provas, alegações dos contendores e prolação da sentença, podendo ser perante juiz singular ou colegiado, vinculados, um e outro, à fórmula e a seu conteúdo. Sobre a fase *apud iudicem*:

É nesta fase que os princípios da oralidade e da imediação vão ser assentados, porque dizem diretamente com tais etapas processuais. Os meios de prova são amplos, admitindo presunções, declarações das partes e confissões, com ou sem juramento, testemunhas, documentos, inspeções, perícias. O ônus da prova, não submetido a regras rígidas, em princípio cabia ao autor, quanto às alegações da actio, e ao réu quanto da exceptio (Macedo, 2003, 224).

A sentença, traduzindo a *res iudicata*, seguia o programa preestabelecido pela fórmula, podendo o juiz valer-se de consultas ou conselhos fornecidos por juristas, para fundamentar e demonstrar o conhecimento do direito. No que tange às eficácias sentençiais, eram condenatórias – que se prestavam a resolver obrigações decorrentes de contrato ou delito – constitutivas – nas ações de divisão – e declaratórias – nas questões prejudiciais, reconhecendo-se também o comando de *adiudicatio* que se agregava a algumas ações, quando era imposta uma prestação a uma das partes condenadas (Macedo, 2003, 224).

A palavra *sententia*, no procedimento formulário, era reservada exclusivamente para a decisão final, proferida após vencidas todas as etapas. As sentenças no curso da demanda, seja relativa às partes no processo, questões envolvendo provas ou medidas referentes ao objeto da lide, eram reconhecidas como *interlocutio* (Sidou, 1997, 42). No que pertine à *sententia*:

Tais sentenças, até porque estavam previamente delimitadas na sua extensão de conhecimento pela fórmula, não eram só definitivas como irrecorríveis – afinal, as partes haviam se

submetido pela *litis contestatio* ao manto da futura decisão a ser proferida após a dilação probatória (Macedo, 2003, 225).

2.3 O processo cognitório

Otaviano Augusto, reconhecido pela historiografia contemporânea como um gênio político, responsável pela instauração do principado em Roma no ano 27 a. C., conseguiu em pouco tempo estabelecer uma própria e permanente configuração jurídica

ao concentrar em sua pessoa uma gama de poderes que, considerados separadamente, não discrepavam daqueles tradicionais, mas, enquanto reunidos, alçavam-no em posição preeminente, acima até, do sistema político republicano. Assim, a atividade legislativa dos comícios e do senado é substituída pela do príncipe, iniciando-se um processo de unificação das fontes de direito. É lícito, pois, deduzir que as novas feições das instituições públicas, devido às evidentes transformações da realidade histórica, exerceram direta influência nos modos de revelação do direito, uma vez que as determinantes do mundo jurídico estavam agora sobre única e exclusiva direção (Cruz e Tucci, 2001, p. 137).

Com Augusto, então, o processo cognitório desenvolveu-se como processo imperial, partindo de três fontes distintas: a) a *cognitio extra ordinem*, b) a jurisdição das províncias, onde era praticado o processo formulário e c) a jurisdição própria do imperador, por meio de delegados de sua nomeação. O processo cognitório acabou sendo conhecido mais vulgarmente pela vertente da *cognitio extraordinaria*, cuja recepção pela doutrina tradicional se tornou responsável por equívocos conceituais, sendo talvez o mais danoso deles o de que jurisdição se define pela atividade de cognição, o qual teve significativa importância para a construção do processo europeu continental moderno e também do paradigma da ordinariedade.

Sidou, sobre a nova cultura, aponta que “a justiça por-se-á em caráter definitivo sob a égide do Estado, e a sua administração converter-se-á numa função desse” (Sidou, 1955, 107), passando o magistrado a exercer um dever funcional, equidistante e desinteressado quanto às pretensões dos particulares em litígio.

Essa nova postura acabou afastando o processo das pretensões deduzidas, a ponto de a modernidade praticamente abdicar dela a partir da defesa da autonomia da ação e do processo, bem como da ordinarização de todas as pretensões no bojo das obrigações, com insubsistência das tutelas interdita³ na sua natureza originária. Essa evolução processual resultou num instrumento processual que se pauta pela segurança jurídica:

A impulsão processual, antes de responsabilidade do autor, reveste-se de um caráter público, detendo o juiz poderes para chamar réu ao processo, inclusive através de sanções ao *contumax*, ainda que o chamamento se dê a pedido do autor. Ao libelo do autor (...) após vencida a citação do réu, contrapõe-se o *libellus contraditionis*, com o abandono da *exceptio*, instaurando os limites do debate, com o abandono formal da *litis contestatio*. A documentação dos atos processuais – pedidos, provas sentença – se torna regra, em substituição à oralidade. Predominância da prova documental em detrimento da prova testemunhal, ainda que prevalente o princípio da livre apreciação. Independência do juiz, agora agente do poder estatal, ao prolatar a sentença de mérito, não mais sujeito aos pressupostos da fórmula. A preclusão máxima se dá com a sentença e não mais com a *litis contestatio*, mantendo-se de qualquer sorte o respeito com o instituto da coisa julgada. Os recursos, definitivamente introduzidos no processo romano, tendem a

3 – Há que se referir, ainda quanto ao direito romano pré-clássico e clássico, a existência das tutelas de natureza interdita, que não se confundiam com a *actio*, consistindo em estipulações pretórias: imissão na posse, restituição por inteiro e os interditos propriamente ditos, sobre as quais se discorrerá mais adiante, quando será abordada a sumarização processual.

ampliar-se, ainda que reorganizados, admitindo-se outras vias de irresignação à já tradicional *appellatio*, como a *supplicatio*, com natureza de recurso extraordinário, o procedimento *per rescriptum principes* ou ainda *libellum obratum*, dirigido pela parte ao imperador, através de representantes para tanto designados, objetivando do tribunal uma emanção de natureza normativa (o *rescriptum*), exclusivamente sobre o direito, a orientar o direito a ser aplicado ao caso concreto, ou ainda a *consulatio*, de iniciativa do próprio magistrado, em casos de perplexidade. A execução, que se mantivera privada durante o período clássico, passa a ser promovida pelo juiz, cumprindo ao demandado o pagamento ou a submissão de venda de seu patrimônio, efetivada de forma sucessiva e particularizada, até a satisfação do crédito. Embora mantida, ainda, a prisão por dívida, o cárcere já é público e não privado (Macedo, 2003, 232-233).

Talvez a característica mais importante desse momento histórico seja que os interditos nessa fase submetem-se à modificações, enfraquecendo a sua incidência em virtude da pessoalização dos direitos, perdendo o caráter autônomo para serem absorvidas pela *actio* e, assim, ordinarizando-se. O novo modelo inaugurou um processo de caráter publicista, na medida em que a jurisdição divorciou-se de seu conteúdo privatístico.

3 O Processo na Idade Média e a Influência Canônica

A partir de uma visão geral do direito, a queda do império romano e as invasões bárbaras, seguidas pelo advento do feudalismo, acarretaram “uma certa absorção do público pelo privado, derivado da primazia da propriedade territorial sobre os demais institutos econômico-políticos-jurídicos” (Neto, 2010, 41). Faria refere que neste período histórico verificou-se um embaralhamento entre instituições e conceitos que acabou acarretando o desaparecimento da distinção entre público e privado:

O senhor feudal enfeixava os poderes executivo, legislativo e judiciário. Disto resultava a possibilidade de serem as funções públicas reguladas com base em normas de âmbito privado. (...) Desse modo, com total embaralhamento de instituições e conceitos, anteriormente já bem delineados pelo direito romano, desapareceu, durante a Idade Média, a distinção clássica entre direito público e direito privado (Faria, 1978, 42).

Segundo Luiz da Cunha Gonçalves, a mistura entre público e privado durante o período medievo relaciona-se com o fato de que essa distinção era inteiramente desconhecida no antigo período germânico, que era único e aplicável indistintamente tanto às relações individuais como às estaduais (Gonçalves, 1929, 80). Prossegue o autor:

Resultou daí que, após a invasão dos bárbaros, durante toda a idade média dominou uma inextricável confusão entre normas de direito público e as de direito privado; e assim é que, por exemplo, o Estado se identificava com a pessoa do Soberano, ou era seu patrimônio; a posse das terras conferia prerrogativas públicas (feudalismo); e, doutro lado, as funções públicas eram reguladas como se fossem direitos patrimoniais, e como tais eram possuídas, alienadas, dadas em dote e herdadas (Gonçalves, 1929, 81).

As invasões bárbaras efetivamente propiciaram profundas transformações na ordem estabelecida, sendo que os povos invasores estimularam as regiões invadidas a se afirmarem como unidades políticas independentes. A ordem no período medievo era bastante precária, em virtude do abandono de padrões tradicionais, constante situação de guerra e indefinição de fronteiras políticas. Lenio Luiz Streck e José Luis Bolzan de Moraes referem que as características mais marcantes do período medieval foram

a permanente instabilidade política, econômica e social; fragmentação do poder, mediante infinita multiplicação de centros internos de poder político, distribuídos aos nobres, bispos, uni-

versidades, reinos etc; sistema jurídico consuetudinário baseado em regalias nobiliárquicas e relações de dependência pessoal e hierarquia de privilégios (Streck e Morais, 2001, 21).

Em face das características *stricto sensu* da forma estatal medieval, é razoável afirmar que não existiu estado centralizado no medievo. No que tange ao direito processual, o denominado período do *dominato*, refletiu essa reestruturação, sendo que o processo atravessou “a mesma inevitável crise que a pluralista sociedade política e cultural da época enfrentou” (Macedo, 2003, 235). A até então publicização do processo reverteu-se, migrando para uma privatização, não sendo mais de domínio do poder público, mas do direito privado, que foi renovado pela adoção de novos valores sociais, políticos e religiosos, vigentes nas diversas comunidades locais que se instauraram no curso de período tão heterogêneo como o medieval. Esse período histórico não significou

um retorno às origens romanas, antes, ao contrário, era uma nova realidade, inspirada pela tradição dos povos bárbaros, pelo cristianismo, mais tarde pela cultura muçulmana, especialmente em razão das Cruzadas, e mesclada com noções que sobreviveram do direito romano que, a rigor, nunca desapareceu de um todo. Pode-se, assim, afirmar que essa nova realidade em nada se assemelhava ao antigo direito romano, ou, que nos interessa mais de perto, aos seus procedimentos tradicionais, em especial o procedimento formulário (Macedo, 2003, 235).

A respeito da influência do cristianismo nesse período, Batista da Silva assinala que ao investigador das origens históricas do paradigma da *ordinariedade* e sua influência no processo civil moderno, não pode escapar que

nossos vínculos com o direito romano são inteiramente intermediados pelo espírito cristão que plasmou o direito do último período romano, permeando-o com outros princípios

e injetando-lhe novos valores, inteiramente diversos e às vezes antagônicos aos valores e princípios formadores do direito romano clássico (Batista da Silva, 2007, 78).

Nesse alinhamento, especificamente sobre o processo nos tempos do *dominato*:

O processo que prosseguiu sendo utilizado, com a derrubada do império, no início apenas para compor conflitos entre os nativos, na medida em que os povos bárbaros, na condição de vencedores, preservaram a prática de seu próprio direito, era o processo de cognição, que correspondia ao *cognitio extra ordinem*, a uma porque foi o último modelo acolhido pelo Direito Romano, agora agonizante, a duas porque após os primeiros séculos da nova era, quando se redescobriu a cultura jurídica de Roma, as fontes informativas eram os textos normativos de Justiniano, que o haviam compilado. Essa releitura, é bom que se tenha presente, foi feita sob a ótica do cristianismo, seja porque a ciência da época passou a ser patrocinada especialmente pelos mosteiros e pelo poder papal, seja pela significativa influência política que a Igreja exerceu. E mais, esse mesmo processo que teimava em se manter já não era o processo elaborado e praticado nos centros culturais do *dominato*, mas um processo vulgarizado, de utilização nas províncias, distantes do centro do poder e que se obrigavam a adaptar o conhecimento, nos limites de sua herança, às realidades e exigências locais e emergentes (Macedo, 2003, 235).

No extenso e híbrido período *medieval*, verificou-se a ocupação do vasto território europeu pelos povos bárbaros e também os nativos remanescentes, em geral todos sobreviventes de batalhas e guerras, o que acabou dando origem a diversas nações, com língua, tradições e organizações políticas próprias.

Segundo lição de Cruz e Tucci (Cruz e Tucci, 1987, 105-106) o novo processo que o medievo passou a manejar, a despeito de terminologias outras, acabou sendo conhecido na doutrina como *processo comum*, representando, com essa expressão, a unidade das fontes que o alimentaram (direito romano-justiniano, direito canônico e direitos locais), a unidade do objeto comum de toda a ciência jurídica europeia, a unidade do ensino científico predominante da época, realizado nas universidades, a unidade da língua escrita também comum, o latim.

O traço mais significativo desse procedimento misto, por influência bárbara, é que instrumentaliza um meio de resolver questões, descompromissado o processo com a atuação da vontade da lei, primado que havia sido elevado a verdadeiro dogma na *cognitio extra ordinem*, revelando a perda do seu caráter publicista. Se prestando à resolução de conflitos, o processo passou a efetivar (realizar) o direito privado, perdendo a característica anterior de instrumento de exercício de domínio do Príncipe, gerando uma sentença que tem por objetivo tornar definitiva a composição imprimida.

No medievo, em um primeiro momento, houve o abandono do valor certeza e da segurança jurídica que havia inspirado o processo romano do seu último período, em prol de decisões fundadas em presunção de verdade, que seria objeto do pronunciamento judicial, pautado pela verossimilhança (Macedo, 2003, 236). Nesse novo cenário processual as decisões no curso do processo (*interlocutio*) passaram a ser equiparadas às sentenças, sendo cabível a revisão por meio de apelo.

Todavia, o chamado processo comum foi paulatinamente se tornando escrito, tendo em conta a necessidade de registrar a numerosa sequência de atos e decisões, por influência do direito canônico, de quem também se herdou as excessivas práticas formalísticas assecuratórias da formação da convicção, foram formando um procedimento moroso e formalista:

A formalização escrita derrubou os princípios de concentração, identidade física e imediação da prova. O sistema probatório

foi profundamente alterado, não mais vigorando o princípio da livre convicção, estabelecendo-se um complexo sistema de prova, disciplinado à minúcia, taxando-se o valor de cada uma delas (Macedo, 2003, 237).

Baptista da Silva defende que “tanto na forma quanto na substância, o procedimento civil torna-se permeado de sentimento cristão a ponto de nenhum procedimento poder iniciar-se sem a presença da Sagrada Escritura” (Baptista da Silva, 2007, 85). No sentido da evolução do fenômeno jurídico e contra os severos e, até mesmo, brutais instrumentos do direito primitivo, a influência canônica orientou-se pela benevolência e compaixão cristãs, o que se comprova por meio da gradual proteção da pessoa do devedor – e demandados em geral – que passaram a informar o processo.

Sobre esse ponto, ensina Batista da Silva:

Este é o direito que nos foi legado pela Idade Média, um direito romano plasmado segundo princípios e moral da Igreja. O direito processual romano-canônico que afinal plasmou as instituições processuais modernas, em muitos aspectos, apresentava-se não apenas em franca oposição ao direito romano, como divergia notavelmente também do processo dos povos germânicos. (...)

Neste ambiente cultural, é perfeitamente compreensível que o procedimento romano, agora inspirado pelos valores cristãos, haja suplantado definitivamente, em quase todos os setores do direito processual, o rude e pouco desenvolvido processo germânico, assim como foi natural a supremacia da *condematio* sobre as ações de índole executiva que predominaram algum tempo no direito medieval, por influência do direito germânico (Baptista da Silva, 2007, 85-86).

A partir do século XIII, com a referida predominância das instituições processuais romano-canônicas, foram sistematicamente desaparecendo

as práticas judiciárias com origem na tradição germânico-barbárica, o que muito se deve à concepção medieval, orientando-se pelos valores que passaram a reger as monarquias e feudos existentes que, ao final, uniram-se ao poder dos pontífices, numa íntima colaboração recíproca, estabelecendo-se *um specialis coniunctio* entre o Império e a Igreja – administradas as diferenças decorrentes do espírito do direito divino e aquele que animava o direito temporal. Essa aliança, antes de ficar afetada por esporádicas guerras ou discórdias entre esferas tão opostas, culminou por se generalizar no território europeu continental (Cruz e Tucci, 1987, 115-116).

Sobre a questão cultural na Idade Média, Verger, mesmo reconhecendo a elitização da cultura, refere que paralelamente surgia neste período uma cultura jurídica popular, com assentamento na fé cristã, comum a todas as classes e cujo sentimento estava impregnado no cotidiano, no seio familiar, na convivência diuturna, nas relações sociais a legitimar a jurisdição exercida pelos diversos órgãos, civis e eclesiásticos, que coabitaram e partilharam o poder durante esse período histórico (Verger, 1999, 57-58).

Assim, não apenas o sistema processual, mas também sua sustentação ou legitimação, por longo período encontrou amparo na mesma fonte: a fé cristã. E foi com esse panorama que a sociedade renascentista – produto de outra nova era – a Idade Moderna – deparou-se e fez campo fértil para o desenvolvimento do racionalismo, corrente filosófica que passou a dominar o conhecimento, de uma forma geral, mas especialmente a ciência jurídica e mais particularmente ainda o processo dos séculos seguintes, na medida em que sua linha de pensamento é exatamente procedimental: a determinação da verdade por meio da razão⁴.

Em verdade, conforme se demonstrará, a Idade Moderna consolida a ordinariedade, por influencia racionalista.

4 – Impõe-se, todavia, lembrar que ainda que o modelo do processo praticado pelo longo período conhecido como Idade Média tenha sofrido uma evolução, de modo a não mais guardar, às vésperas da virada histórica que os anos quinhentistas e seiscentistas significaram, qualquer semelhança com aquele praticado no caso do império romano, o fato é que as formas sumárias de exercício de jurisdição não desapareceram do cenário jurídico, convivendo com a ordinarização do processo em maior ou menor grau de utilização, conforme o tempo e conforme o lugar (Macedo, 2003, 239).

4 O processo na modernidade e a influência do racionalismo

Ainda que o período que passa a ser examinado corresponda a um menor espaço de tempo, se considerados os períodos romanos e medievais antes analisados, a importância da modernidade para o processo é decisiva, sendo de destaque dois momentos distintos.

4.1 A fase absolutista

Depois do fim do feudalismo medieval adveio o absolutismo que era, em verdade, um feudalismo transformado. Os reis apropriaram-se do Estado, fazendo surgir um poder de império como direito absoluto do rei sobre o Estado. A propriedade imobiliária dá lugar a um sistema baseado na ideia das concessões.

Ninguém senão o rei era senhor das terras e poderia conceder sua exploração a um duque, que poderia conceder a um marquês, que, por sua vez, poderia entregar a um conde, à semelhança de uma enfiteuse. Devido a este sistema de concessões, a superposição de propriedades já não permitia diferenciar com segurança o público do particular.

A base de sustentação do poder monárquico absolutista estava alicerçada na ideia de que o poder dos reis era qualificado por uma origem divina, o que lhe permitia desvincular-se de qualquer limitação a sua autoridade.

Sobre o Estado absolutista, referem Lenio Luiz Streck e José Luis Bolzan de Moraes que esta apropriação dos Estados pelos monarcas absolutistas, tal qual o faziam os senhores feudais do medievo, foi “estratégia que serviu para, na transição do modelo feudal para o moderno, assegurar a unidade territorial dos reinos, sustentando um dos elementos fundamentais da forma estatal moderna, que é o território” (Streck e Moraes, 2001, 45).

À sombra do Estado moderno, estruturado de forma piramidal, também o processo, especialmente quanto ao sistema recursal – e, portanto, decisional –, foi ganhando uma sobreposição de instâncias, organizadas no mesmo estilo, piramidal. De modo a concentrar nas mãos do soberano a decisão final.

Mas o período, embora intenso, foi rapidamente se desgastando e a certeza do direito, que sob os governos centralizadores dos impérios e

monarquias europeias ainda encontrava sua legitimação na origem divina do poder do Príncipe, foi aos poucos se transferindo – com a disseminação da teoria da tripartição do poder e a adoção de um modelo de Estado constitucional – para a lei, preceito normativo com origem em um colegiado representativo da vontade popular. À certeza do direito agregava-se outro valor jurídico, a segurança, indispensável para a nova ordem jurídica que se anunciava com a paulatina ascensão da classe burguesa (detentora do capital e dos meios de produção) ao poder político, impondo-se o sucesso do capitalismo sobre a arcaica cultura medieval.

4.2 A fase liberal

A partir do século XVI, virada a página da história do medievo, a Europa, centro cultural e político do ocidente, orientou-se pela filosofia racionalista, ocorrendo a partir de então uma profunda dicotomia entre os caminhos seguidos pela sociedade inglesa, que se manteve apegada às tradições medievais e com uma larga experiência de freios e controles do exercício do poder, já assimilada por seus governos, e aqueles caminhos seguidos pelas emergentes nações da Europa continental, de significativo rompimento com o passado mais remoto de influência barbárica e desenvolvimento de estados absolutistas, com amparo no positivismo decorrente do *ius commune* desenvolvido junto a esses povos (Macedo, 2003, 241).

Após a Revolução Francesa, o princípio da separação de poderes e as grandes codificações buscaram a certeza do direito como forma de proteção contra a onipotência estatal por meio da lei. O predomínio do valor segurança sobre os ideais de justiça acabou por identificar o direito como a lei, extraindo qualquer preocupação com eventual injustiça material.

Vários filósofos influenciaram significativamente o pensamento jurídico do Estado Moderno – o pensamento racionalista. A primeira grande influência adveio da filosofia de Thomas Hobbes (Hobbes, 1979, 296). O filósofo concebia o Estado como uma personalidade artificial, criada mecanicamente pelo engenho humano. Segundo ele o juiz era apenas o oráculo da vontade do soberano, a quem cabia decidir o que era justo e injusto. A lei – expressão da Justiça (vontade do soberano) –

deveria conter sentido unívoco, cabendo ao julgador apenas proclamá-lo na sentença.

O afloramento do espírito científico moderno influenciou a submissão do pensamento jurídico aos métodos e princípios das ciências experimentais e lógicas. A filosofia de Thomas Hobbes acabou dando ensejo a outras premissas ideológicas que foram decisivas para o conceito de jurisdição no Estado Moderno: a lei como medida exclusiva da justiça e a demonstrabilidade dos problemas morais e jurídicos análoga à demonstrabilidade das equações geométricas.

Mais tarde, o pensamento de René Descartes (Descartes, 2003, 64) sustentando a razão como forma de perceber o mundo por meio de ideias claras e distintas, levou ao abandono da retórica forense, a recusa em conceber o direito como uma ciência da cultura e essencialmente hermenêutica, submetendo o direito à metodologia das ciências que buscam a verdade por meio da razão.

Aos poucos foi se consolidando o pensamento jurídico moderno, segundo o qual a lei tinha sentido único e certo, de modo que bastava ao juiz descobrir a verdade e pronunciá-la na sentença. A contribuição do pensamento de Montesquieu (Montesquieu, 2000, 101) foi relevante para o movimento racionalista, pois sustentava que o juiz nada mais deveria fazer do que aplicar a lei, sob pena de tornar-se legislador, o que, em razão do princípio da separação dos poderes, traria grave risco à liberdade dos cidadãos.

O ordenamento jurídico – produto da razão – era concebido como um sistema completo, fechado, destituído de lacunas, capaz de oferecer ao juiz a solução para casos concretos que lhe cabia julgar, de modo que a função de julgar não seja nada além da mecânica declaração da vontade concreta da lei (Baptista da Silva, 2007, 100-105).

Miguel Reale, ao comentar o racionalismo, refere:

O racionalista reconhece que o fato, aquilo que é dado de maneira direta e intuitiva, é elemento indispensável como fonte do conhecer, mas sustenta também que os fatos não são

fonte de todos os conhecimentos e que, por si sós, não nos oferecem condições de certeza. As verdades de fato, para os racionalistas, são sempre contingentes e particulares, implicando sempre na possibilidade de correção, sendo válidas dentro de limites determinados. Em se tratando de verdades de fato, os resultados são sempre provisórios, sujeitos a verificações e ratificações sucessivas. Todavia, as verdades da razão, ao contrário, inerentes ao próprio pensamento humano, são dotadas de universalidade e certeza (Reale, 1972, 85-86).

A partir das ideias racionalistas difundidas no chamado "século das luzes", foi concebido o Processo de Conhecimento – declaratório e ordinário por natureza – no qual a verdade é proclamada depois de um amplo debate judicial, como resultado de um juízo de certeza obtido pelo magistrado, por intermédio da utilização integral dos meios de ataque e defesa pelos litigantes. O processo de conhecimento surgiu como instrumento capaz de abrigar uma espécie de filosofia política que tem na ideologia da separação de poderes a sua base de sustentação.

Ovídio Araújo Baptista da Silva leciona que uma consequência lógica da filosofia política deste período histórico foi a supressão dos juízos de verossimilhança que até então haviam acompanhado hermenêutica jurídica desde Aristóteles (Baptista da Silva, 2007, 101). A doutrina de Thomas Hobbes serviu de fundamento às modernas correntes do positivismo jurídico e ofereceu contribuição decisiva para a sustentação do conceito de jurisdição como função subalterna, atribuída aos magistrados servidores para que eles fossem meros aplicadores das leis e, ainda, como elemento de reforço a evitar a criação de formas de tutela preventiva do direito quando fundadas em juízo de verossimilhança.

Outro autor cuja filosofia formou um dos pilares do racionalismo foi Gottfried W. Leibniz (Leibniz, 1991, 48). Sustentava o filósofo a existência de uma ciência natural e também de uma ciência do direito cuja exatidão e demonstrabilidade fossem tão evidentes como a demonstração de um teorema matemático. Segundo ele, também as verdades da metafísica, da moral

e do direito poderiam ter a mesma clareza e ser objeto de demonstração com o mesmo rigor com que se demonstra um postulado matemático. Leibniz transferia a ciência do direito para o domínio das ciências que prescindem da experiência, propondo uma ciência que se desliga cada vez mais do campo da existência para refugiar-se no campo do normativismo, engessando, desta forma, o sistema processual em uma teoria de conceitos, regras e pretensões de universalidade que o torna inflexível.

Refere Ovídio Araujo Baptista da Silva que

o repúdio ao individual, ao estudo do caso e à tradição foram os pressupostos para o normativismo e a consequente recusa da busca da justiça do caso concreto, pois o critério para a determinação do justo e do injusto passara a ser tarefa do legislador e não do juiz. Sendo o direito uma ciência racional, que prescinde da experiência, exata como as verdades matemáticas e como a geometria, elimina-se do horizonte teórico do direito todo o probalismo inerente às concepções clássicas, à filosofia aristotélica e aos juízos retóricos. Eis a ética da ordinariedade, pois nada poderia ser mais adequado que o procedimento ordinário para impedir que o julgador emitisse juízos de simples verossimilhança, obrigando-o somente a julgar com base nas verdades claras e distintas (Baptista da Silva, 2007, 109-110).

A autoridade do racionalismo na doutrina jurídica do Estado Moderno foi grandemente influenciada pela herança do direito romano do período posterior, principalmente no que tange à universalização das ações de conhecimento operada no período em que vigorou a *cognitio extra ordinem* (fenômeno da universalização da sentença condenatória) em detrimento dos interditos e ações executivas, o que teve como consequência a universalização do procedimento ordinário, por meio do processo de conhecimento, portanto, sem executividade na mesma relação processual.

O pensamento racionalista se fez presente em Giuseppe Chiovenda na formulação de sua teoria sobre jurisdição, cujas ideias inspiraram a

concepção do Código de Processo Civil Brasileiro de 1973. A influência racionalista gerou um processo no qual se verificava forte dicotomia entre cognição e execução, em nome da segurança jurídica. Somente por meio da ampla cognição é possível ao magistrado emitir um juízo de certeza e expressar a vontade, o sentido unívoco da lei, o que ele chamava de vontade concreta da lei.

A primazia do valor segurança e a ampla cognição era uma forma de garantir que a atividade do juiz fosse meramente de aplicar a lei posta pelo legislador, não se concebendo qualquer provimento do juiz baseado em juízo de verossimilhança.

Dentro deste panorama, ao juiz cabia a função única de aplicar o ordenamento jurídico ao caso concreto que lhe fosse apresentado, se restringindo a ser a “boca da lei”.

Essa nova configuração política transportada para o processo, fez nascer um sistema burocrático de organização judiciária e a adoção de um processo apto a proclamar a certeza sem qualquer carga decisória, mas preponderantemente declaratório, cuja consequência foi a que Baptista da Silva denunciou: a pessoalização dos direitos reais, preferindo-se as *actio*, com juízo condenatório, em detrimento às tutelas interditais que o direito romano clássico reservava para os conflitos de natureza real.

Tal modelo de processo revelava-se adequado à sociedade moderna, na qual o surgimento de uma mentalidade mercantil fez com que houvesse cada vez mais preocupação com a segurança, no sentido da proteção da propriedade e dos demais bens, não apenas em relação aos demais particulares, mas especialmente com relação ao Estado. O individualismo era visto como valor a ser prestigiado, como reação ao absolutismo (Neto, 2010, 42). A primazia do valor segurança caracterizou esse momento histórico conhecido como a era das codificações. A segurança era valor preponderante também nas constituições liberais.

O liberalismo apresentou-se como uma teoria antiestado, o interesse central era o indivíduo e suas iniciativas. A atividade estatal reduzia-se à manutenção da ordem e segurança, zelando que as disputas eventualmente surgidas fossem resolvidas por juízo imparcial sem recurso à força,

e protegendo sempre as liberdades civis, pessoais e econômicas dos indivíduos. Observava-se, neste período, acentuada preponderância do privado sobre o público.

Uma das principais consequências desse movimento filosófico, sentido até hoje,

foi a adoção do princípio da legalidade que vem regendo os sistemas jurídicos integrantes da família da civil law, base exatamente nos princípios da certeza e segurança jurídicas, erigidos a verdadeiros dogmas da comunidade jurídica e política (Macedo, 2003, 242).

As conquistas napoleônicas em termos de codificação inspiraram diversos estados europeus, tornando-se modelo para sucessivas legislações processuais no curso do século XIX:

O processo de codificação se estendeu, atingindo a Alemanha (1879), que não chegou a renunciar as suas sedimentadas tradições em matéria processual, de modo a criar uma legislação em muitos aspectos superior ao modelo francês, a Áustria (1895), Hungria (1911), a Bulgária (1907), a Bélgica (1876), a Holanda (1896), a Romênia (1865), a Suíça, que respeitado o seu sistema federalista, editou vinte e cinco legislações processuais e, como não poderia deixar de ser, os países latinos, como Portugal (1876), Espanha (1881) e, também, a Itália, que teve estados regidos pelo código francês, durante a ocupação, mas que posteriormente produziu inúmeras leis locais sob o mesmos ares reformistas (Macedo, tese, 243).

O processo italiano teve grande influência no processo civil brasileiro, especialmente a partir do Código de 1973 – em sua primeira versão, antes da Constituição de 1988 e das subsequentes reformas legislativas – a partir das ideias de Chiovenda. O autor, definindo o processo civil como

um complexo dos atos coordenados ao objetivo da atuação da vontade da lei (com respeito a um bem que se pretende garantido por ela), por parte dos órgãos da jurisdição ordinária, identifica três classes de processo: o de cognição, o de execução e o conservativo. Segundo o autor italiano, o processo de cognição desenvolve-se em dois termos, a demanda judicial, que tem o poder de constituir o processo, chamando o réu à presença do juiz, e a sentença, ato pelo qual o mesmo se encerra, intermediados esses termos por atos das partes, consistentes em deduções (alegações) e produções (provas), e despachos judiciais, ainda que interlocutórios. Reunido o material de cognição, cumpre ao juiz pronunciar a sentença, à qual, publicada, se vincula e só pode ser modificada mediante recurso da parte interessada, denotando características de paradigma:

Sobre esse lineamento essencial, pois, organizam-se, como assinalamos, os vários tipos ou sistemas de processos, os quais diferem entre si pelo fato de que alguns se pautam por determinados princípios, outros adotam princípios diversos e outros compõem, e em diferente medida, os princípios opostos, não tendo nem o processo de execução, nem o processo de conservação qualquer efeito maior senão tutelar, o primeiro, créditos representados por títulos executivos e o segundo pronunciamentos de urgência em sede de conhecimento especial quando um direito se encontrar ameaçado ou em perigo (Chiovenda, 1969, (I), 51-55).

Também Carnelutti via no processo esta função, senão única, de maior preponderância, qual seja, a declaração da certeza:

Puede ocurrir que sea suficiente para componer la litis la declaración de que de un determinado hecho jurídico se sigue una determinada relación jurídica. En tal caso se habla de proceso de mera declaración de certeza.

Puede ocurrir, en cambio, que según la ley, de un hecho jurídico no se siga la relación sino en cuanto ese mismo hecho sea declarado cierto por el juez; en tal caso, en lugar del proceso de mera declaración de certeza, se da el proceso de declaración de certeza constitutiva.

Puede ocurrir, finalmente, que para componer la litis no baste la declaración de una relación jurídica, sino que sea necesaria la aplicación de una sanción; en este último caso, al proceso declarativo se le da el nombre de proceso de condena. Cuando, no habiendo vencido la deuda, el aparente deudor niegue la existencia de ella, puede bastar que el juez la declare cierta; si, después del vencimiento, él no paga, lo que se necesita es la declaración de certeza, no ya de la deuda, sino de la responsabilidad de quien debe pagarla y no la pagó (Carnelutti, 1997 (II), 69).

São, ainda, de Carnelutti as lições sobre o procedimento que denomina procedimento contencioso de cognição, tido como caminho fundamental na instrumentalização do processo, com sua divisão em três fases distintas, cada uma representando, por sua vez, um conjunto de atos ordenados e sequenciais, definidas como introdução, oportunidade em que os sujeitos do processo são colocados em situação recíproca para o cumprimento do processo; a instrução, que se destina a fornecer ao juiz os elementos necessários para a decisão; e a fase do pronunciamento, na qual se insere a decisão ou sentença (Carnelutti, 1997 (II), 3).

A identificação de cognição com juízo, mediante exclusão de seu âmbito qualquer atividade executiva (executar significa administrar o bem da vida, implicando necessariamente juízo discricionário, incompatível com o juízo da certeza), exerceu peso definitivo no pensamento predominante dos processualistas modernos.

Não se poderia deixar de citar – em virtude da indiscutível herança portuguesa no direito brasileiro – que com a experiência portuguesa não foi diferente:

O processo português foi ganhando forma nas ordenações dos reinos, via pela qual foi recepcionado no Brasil, já então definido pela tradicional divisão em fases e denominado de ordinário: a postulatória, com a previsão do libelo, a contrariedade, a réplica e a tréplica; a instrutória, momento processual destinado à produção das provas; a decisória, com prolação da sentença, comportando, ainda, a fase executória, na medida em que não se contemplava, nessa época, a autonomia do processo de execução. E é assim contemplado o processo – cuja estrutura básica não sofreu alterações – exatamente porque se ampara naqueles valores forjados na sociedade moderna e que dominaram os últimos séculos contemporâneos, isto é, a certeza e, conseqüentemente, a segurança jurídica (Macedo, 2003, 247).

A legislação processual portuguesa vigente confirma a generalização adotada a partir do processo de declaração e de procedimento apto a realizá-lo, conforme se verifica do tratamento dado aos procedimentos que o legislador português denominou de processo ordinário, processo sumário e processo sumaríssimo, distinguindo o processo de declaração em livro distinto àqueles que regulam o processo de execução e os processos especiais e erigindo o processo ordinário como um padrão a ser seguido (Macedo, 2003, 247-248).

O que se pode constatar é a forte influência do paradigma da *ordinariedade* no processo civil brasileiro, afeiçoado aos pilares do racionalismo e influenciado tanto por práticas e institutos de origem lusitana, como pela recepção, na segunda metade do século XX, da doutrina italiana, paradigma esse que deve ser posto frente a frente à nova ordem constitucional, que estabelece um equilíbrio entre os três poderes, a se relacionarem independente e harmonicamente, mas comprometidos com os objetivos do Estado e vinculados às garantias individuais, coletivas e sociais da cidadania brasileira.

5 O Procedimento Ordinário no Direito Brasileiro Pós-Constituição e o Novo Código de Processo Civil

A Constituição de 1988 instituiu um novo Estado brasileiro. Como conceber, pois, o procedimento ordinário, responsável significativamente pela prestação jurisdicional, nesta nova ordem jurídica e constitucional?

Ao Código de 1973 sobrevieram as reformas legislativas ao longo dos anos noventa e nos quinze anos deste novo século, ou seja, mais de vinte anos de reformas processuais. O próximo passo, o novo CPC, texto correspondente ao Projeto de lei 8.046-B/2010 que foi recentemente aprovado pelo Senado, onde teve origem (Projeto de lei 166/2010), encontrando-se às vésperas de sanção presidencial.

Boa parte das reformas pós-constituição foram absorvidas no novo código, sem embargo de algumas modificações. Daí porque é de se focar o texto que deverá, doravante, reger a atividade do Poder Judiciário nos conflitos civis, sem qualquer pretensão, que a este trabalho não pertence, de se fazer exegese da lei nova.

Para uma visão panorâmica, o novo código foi dividido em duas partes, parte geral e parte especial, contando a primeira com seis livros e a segunda com três livros. As disposições finais e transitórias integram um Livro Complementar.

Na parte geral, estão as disposições que vão da norma processual e da função jurisdicional aos sujeitos e atos processuais, com destaque para a tutela provisória, e um livro próprio para a formação, suspensão e extinção do processo. A grande novidade fica por conta do livro que cuida da tutela provisória, que abrange tanto as tutelas antecipadas como as cautelares, concebidas como de urgência, e as tutelas de evidência, suprimindo-se o processo cautelar como processo autônomo. Na parte especial, composta de três livros, regula-se, no primeiro, o processo de conhecimento, o cumprimento da sentença e os procedimentos especiais, tanto de jurisdição contenciosa como voluntária. O segundo livro trata do processo de execução e das defesas do executado. Os processos nos tribunais e os meios de impugnação às decisões judiciais são abarcados no Livro III da Parte Especial.

O Código é e deve ser uma unidade normativa, de modo que não é esta organização interna, por si só, que responde por novos paradigmas, mas sim o conteúdo de seus respectivos dispositivos. De qualquer sorte, destacar em livro próprio, aplicando-se genericamente a todo e qualquer procedimento, as tutelas provisórias, voltadas para necessidades típicas de um mundo de alta tecnologia e de comunicação em redes sociais, já representa uma quebra de paradigma, porquanto se coloca em igualdade de hierarquia tanto as tutelas provisórias como as definitivas, essas últimas tão afeitas ao processo de conhecimento.

O processo de conhecimento vai mantido na sua essência: fase postulatória, fase intermediária de saneamento, fase probatória e fase decisória. Porém, as conquistas de sincretismo com as sentenças mandamentais e executivas, no caso de sentenças que determinam um fazer ou não fazer e o comando de entrega de coisa, ao lado do cumprimento da sentença que condena a pagar quantia em dinheiro, introduzidas no processo brasileiro pelas reformas de 1994, 2002 e 2005⁵, trouxeram para o processo brasileiro uma revitalização da prestação jurisdicional, mais comprometida com a efetividade e tempestividade da função jurisdicional, louvando-se a manutenção desses recentes avanços no novo estatuto processual.

De outro lado, não se abandona o valor da segurança jurídica, tão ligado ao racionalismo e ao procedimento ordinário, que vai deslocado para os tribunais, especialmente por meio do ainda amplo sistema recursal e da espraiada intervenção dos tribunais sobre as decisões de primeiro grau, seja por meio dos recursos em espécie, seja por meio da ausência significativa de filtros recursais, seja por meio da vinculação das decisões dos tribunais superiores.

Em apertadas palavras, o modelo se renova, mas também se repete.

A Guisa de Conclusão

A releitura do Direito Romano pelos juristas e estudiosos, por meio da tradução e interpretação dos textos principalmente de Justiniano, antes

5 – Leis n. 8.952/94, 10.444/02 e 11.232/05.

do amanhecer da Idade Moderna, agregada, posteriormente, ao pensamento racionalista, acabaram gerando o processo ordinário, plenário e lento por natureza, comprometido com os ideais de certeza, verdade e método. A ideologia racionalista implicou, no direito processual, uma forte dicotomia entre cognição e execução e em uma figura de juiz inerte e passivo, como mero aplicador da lei, ainda que esta condição seja, na verdade, uma mera ficção como tantas outras ficções jurídicas.

Tal modelo de jurisdição e processo revelava-se adequado à sociedade moderna, na qual o surgimento de uma mentalidade mercantil fez com que houvesse cada vez mais preocupação com a segurança, no sentido da proteção da propriedade e dos demais bens, não apenas em relação aos demais particulares, mas especialmente em relação ao Estado.

O Código de Processo Civil Brasileiro de 1973 sofreu grande influência da ideologia racionalista e iluminista, responsável pelo arraigamento do direito processual pátrio ao paradigma da ordinariedade. Contudo, a partir do final da primeira metade do século XX, com o término da segunda guerra mundial, a sociedade, mobilizada pela propaganda e pelo consumo, pela tecnologia e ciência aplicada à informação, passou a assumir novas feições.

A necessidade de adequar o processo regulado pelo CPC de 1973, não mais se afinando ao formato de jurisdição amoldado pela Constituição Federal de 1988, provocou reformas legislativas, renovando e atualizando o velho paradigma. No bojo dessas reformas está – ou deveria estar – o comprometimento com a transformação da realidade social, pois os direitos fundamentais passaram a ocupar lugar central dentre os que devem ter proteção e concretização. A Carta Maior alçou o Poder Judiciário ao protagonismo, pois garante da Constituição e responsável pelo cumprimento dos direitos por Ela previstos, na inércia das demais esferas de poder.

Tendo o novo modelo de Estado lhes outorgado novas e relevantes funções, os juízes migram da passividade para a atividade. Nesse contexto, o juiz deve ser, antes de tudo, sintonizado com a realidade sociopolítica, sensível ao mundo dos fatos, para desempenhar o mister que lhe fora imposto pela Magna Carta.

A jurisdição, no Estado Democrático de Direito, não apenas atua a lei, mas constrói o direito por meio da participação das partes e eventuais terceiros interessados, respeitando as garantias inerentes ao devido processo legal e sempre por intermédio de uma interpretação jurídica constitucionalmente orientada, com respeito à vontade axiológica do Texto Maior, utilizando os princípios constitucionais como vetores de sentido, por traduzirem as diretrizes basilares do sistema jurídico, procurando concretizar em maior medida possível os direitos fundamentais.

Verifica-se hoje que os traços conceituais da jurisdição desde a promulgação do CPC de 1973 sofreram sérias transformações. E isso porque a ideologia estatal a influenciar o caminhar da sociedade também se alterou.

É neste cenário que surge o novo Código de Processo Civil, mas mais do que simplesmente uma nova lei, impõe-se que a compreensão do tecido jurisdicional deve estar voltada para os fins constitucionais, responsabilidade, mais do que dos legisladores, dos operadores do Direito.

É preciso ter em mente que a jurisdição mudou porque seu elemento histórico, a forma de se interpretar/compreender/aplicar o direito igualmente mudou. Antes, a justiça guardava relação com a lei. Hoje, essa concepção ruiu, e a lei nem sempre se mostra como expressão ajustada à ideia de Justiça. No Estado Democrático de Direito, a noção de Justiça encontra-se intimamente ligada aos direitos fundamentais e aos princípios constitucionais.

É pouco atribuir à jurisdição a tarefa ordenadora. Mais que isso, deve-se conferir a ela uma função transformadora, voltada à realização do conteúdo material da Constituição, em especial aqueles que dizem respeito aos direitos fundamentais e princípios constitucionais.

Entende-se que atualmente é insatisfatória a definição de jurisdição que se limite a considerar seu aspecto pacificador. É simplificação descuidada e alheia à ideologia do Estado Democrático de Direito. Deve-se concebê-la sem que se relegue a inescusável atividade interpretativa, cuja finalidade é a de conferir significação ao texto normativo, alinhada aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais, isso sempre num norte voltado a consecução de valores substanciais explicitados na Carta Maior.

Um dos principais problemas que o direito processual civil contemporâneo enfrenta é o de adequar as formas processuais à realização de direitos em tempo razoável, tanto isso é verdade que a duração razoável do processo foi alçada à condição de direito fundamental (CF, art. 5º, inciso LXXVIII). Nesse sentido, o procedimento ordinário como padrão no sistema processual brasileiro não se revela adequado, devendo-se pensar em um novo paradigma, talvez por meio de um resgate da sumarização processual, como alternativa para formação de um instrumento processual adequado ao novo conceito de jurisdição proposto pela Constituição de 1988, modelo a ser extraído do novo CPC, em texto que em breve estará sendo ofertado à comunidade jurídica, mas especialmente aos jurisdicionados, verdadeiros e autênticos destinatários da lei processual.

Referências Bibliográficas

CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. Trad. Espanhola de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Libreria El Foro, 1997, v. II.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Trad. J. Guimarães Menegale. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1969, v. I-III.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Lições de processo civil canônico (história e direito vigente)* / José Rogério Cruz e Tucci, Luiz Carlos de Azevedo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Lições de história do processo civil romano* / José Rogério Cruz e Tucci, Luiz Carlos de Azevedo. 1ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

DESCARTES, René. *Discurso do método*. São Paulo: Martin Claret, 2003.

FARIA, Anacleto de Oliveira. *Instituições de direito*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de direito civil em comentário ao Código Civil Português*. Vol I. Coimbra: Coimbra Editora, 1929.

HOBBS, Thomas. *Elementos de derecho natural y político*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1979.

LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm. *Los elementos del Derecho Natural*. Madrid: Tecnos, 1991.

MACEDO, Elaine Harzheim. *Jurisdição e Processo: crítica histórica e perspectivas para o terceiro milênio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. Tese (Doutorado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2003.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

NETO, Eugênio Facchini. *Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado*. In: Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 1972.

SIDOU, J. M. Othon. *A vocação publicística do procedimento romano*. Recife: Câmbio, 1955.

_____. *Processo civil comparado (histórico e contemporâneo) à luz do código de processo civil brasileiro, modificado até 1996*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

_____. *Direito processual civil romano*. Caderno n. 154. Pernambuco: Edição da Faculdade de Direito de Caruaru, 1985.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de Direito Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, v. III.

_____. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

STRECK, Lenio Luiz. *Ciência política e teoria geral do estado* / Lenio Luiz Streck; José Luis Bolzan de Moraes. 2ª ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2002.

VERGER, Jacques. *Homens e saber na idade média*. Trad. Carlota Boto. Bauru: Edusc, 1999.