

O PROCESSO CIVIL ARCAICO: UM ESTUDO HISTÓRICO COM VISTAS À FORMAÇÃO DO DIREITO MODERNO E À CONQUISTA DA AUTONOMIA PROCESSUAL

LA PROCEDURA CIVILE ARCAICA: UNA STORIA DI STUDIO CON VISTA ALLA FORMAZIONE DEL DIRITTO MODERNO E LA CONQUISTA DI AUTONOMIA DEL PROCESSO

Lívia Rossi De Rosis Peixoto¹
Francisco Emilio Baleotti²

RESUMO

Trata-se de investigação que habilita, a partir do estudo do processo civil romano arcaico, o percurso de acontecimentos históricos suportados pelo direito até a formação do direito medievo como embrião às redescobertas realizadas no início da Idade Moderna que levaram à autonomia processual. Em todo este caminho, há a permanente exigência de um olhar geral dos acontecimentos, que agregue fatores sociais, históricos e políticos pelas lentes do direito. De início, descreve o direito romano em seu período clássico como berço do processo civil atual, esmiuçando as fases percorridas pelo processo civil romano como modelo precário de pacificação e justiça. A partir disso, encontra dois grandes acontecimentos históricos que figuraram como influências fundamentais na transformação do direito romano para seu legado ao longo da idade média: as invasões bárbaras ao Império (direito germânico) e a oficialização da religião cristã em grande parte da Europa (direito canônico). Por conseguinte, com base em textos de Foucault que descrevem a busca pela verdade nas práticas jurídicas gregas, explora a possibilidade da retomada desses sistemas no direito medieval. Ao final, após todo percurso histórico e diante dos dados obtidos, demonstra no que resultou a miscigenação dos direitos apresentados e a motivação do renascimento de antigos conceitos na busca por um novo direito no início da Idade Moderna: a autonomia processual.

Palavras-chave: História do Processo Civil – Influências ao Direito Romano – Idade Moderna

RIASSUNTO

Si abilita la ricerca, dallo studio di procedura civile romana arcaica, il percorso degli eventi storici supportati dalla legge fino alla formazione dell'embrione come Medioevo diritto riscoperto eseguita all'inizio dell'età moderna che ha portato l'autonomia procedurale. Durante questo viaggio, vi è un obbligo permanente per uno sguardo generale di eventi che aggiunge lente sociale, storico e politico dalla legge. Inizialmente, descrive il diritto romano nel suo periodo classico come la culla della procedura civile oggi, scrutando le fasi oggetto della procedura civile romana come modello di pace precaria e di giustizia. Da questo vediamo due grandi eventi storici che figuravano come principali influenze nella trasformazione del diritto romano per la sua eredità per tutto il medioevo: le invasioni barbariche all'Impero (legge tedesca) e approva la

¹ Mestranda em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina – UEL - bolsista CAPES; Advogada.
Email: liviaaderosis@hotmail.com

² Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Professor no Programa de Mestrado em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Advogado.

religione cristiana in gran parte dell'Europa (diritto canonico). Pertanto, sulla base di testi di Foucault per descrivere la ricerca della verità nella pratica giuridico greco, esplora la possibilità di ripresa di questi sistemi nel diritto medievale. Alla fine, dopo tutto storico e inoltrare i dati ottenuti dimostrano che ha portato alla miscelazione dei diritti di cui la motivazione e la rinascita di vecchi concetti nella ricerca di un nuovo diritto all'inizio dell'età moderna: l'autonomia procedurale.

Parole chiave: Storia di procedura civile - Influenza del diritto romano - Età moderna

INTRODUÇÃO

A evolução político-social dos direitos vem assumindo **contornos** grandiosos e a proclamação de direitos fundamentais assume contornos ainda maiores no paradigma do Estado Democrático de Direito, que além de proibir a autotutela, toma para si o dever de, através do processo, concretizar os ideais de Justiça e Paz Social.

Contudo, é preciso reconhecer que nem sempre foi assim. Talvez o mais longo caminho percorrido pela ciência processual foi aquele enfrentado desde a sua gênese até o alcance da sua autonomia.

Apesar do progresso alcançado pelas transformações da ciência processual hoje, nada se compara, ao longo de toda sua história, à conquista representada pela assunção do processo como ciência: a autonomia do processo civil em relação ao direito material.

Durante esse trabalho, partiremos das noções primitivas acerca do Processo Civil ainda enquanto mero procedimento a serviço do direito material e percorreremos todo o caminho realizado para que o processo pudesse estar pronto às conquistas modernas. Entretanto - apesar de parecer o contrário - esse percurso não aconteceu de forma linear: inúmeras influências históricas, sociais e políticas interferiram na trajetória de transformações do processo romano, sua aplicação durante a Idade Média, até a enfim retomada no início da Idade Moderna.

Dentre as influências históricas, figuram com mais importância didática àquelas sofridas pelo direito romano em seu período Imperial: as invasões bárbaras ao Império, que acentuaram o direito germânico consuetudinário, mas que possibilitaram, mesmo após a derrocada do Império Romano, a transmissão desse direito; E a oficialização do cristianismo em grande parte da Europa, traduzindo o direito romano em um direito novo, marcado por princípios cristãos como caridade, equidade e piedade.

Neste panorama, ainda é pertinente volver os olhos para tempos ainda mais remotos: as tragédias gregas. Com base nos estudos de Foucault sobre as práticas judiciárias gregas antigas, na busca pela verdade, esse estudo almeja demonstrar a possível retomada de conceitos antigos, até então chamados de pré-direito, pelo direito medievo.

A pertinência desse item, dentro desta pesquisa, encontra-se na tentativa de desmistificar a certeza exclusiva da herança romana no direito moderno, já que, o processo civil, apesar das incontáveis modificações e evolução, ainda encontra-se estruturado pautando-se pelos mesmos objetivos: a busca pela verdade.

Com os olhos fitos neste desígnio, procura-se entender, diante de todo formalismo inerente à ambos os paradigmas (grego e romano), de que forma contribuiram para alcançar a conquista de autonomia no início da idade Moderna.

Entretanto, é preciso advertir que a autonomia processual não é, em si, objeto deste estudo - visto a vasta quantidade trabalhos, obras e pesquisas que denotam sua importância – mas sim as transformações históricas no direito que possibilitaram a retomada de conceitos clássicos no início da Idade Moderna, formando terreno fértil à construção da autonomia processual.

1. APONTAMENTOS TEMÁTICOS E METODOLÓGICOS: A NECESSIDADE DE UM PERCURSO HISTÓRICO

Por tratar-se de tema tão fértil, é indispensável uma delimitação do que se irá trabalhar no presente artigo. De início enfatiza-se que não há aqui qualquer pretensão exauriente, vez que o estudo histórico – como se revelará ser este trabalho – pode a qualquer momento surpreender o pesquisador com uma inovação ou descoberta. Neste esforço, busca-se encontrar as verdadeiras raízes do processo civil, entender suas transformações ainda no período arcaico, para, a partir disso, verificar de que forma foi construída a semente do novo direito a ser aplicado na Idade Moderna.

Neste contexto, parte-se da exploração do Direito Romano no Período Arcaico para então delimitar as influências decorrentes das transformações históricas, políticas e culturais sofridas por este que parece ser o berço do processo civil. Contudo, vai-se adiante, buscando encontrar, no direito grego arcaico, possíveis resquícios do que seria o sistema aplicado na Idade Média.

É preciso delimitar que não seria possível qualquer pesquisa nesse sentido senão por meio do método histórico de pesquisa, aliado ao modelo hipotético dedutivo, buscando construir respostas acerca da origem do direito aplicado na Idade Moderna.

No entanto, no campo do direito, uma análise histórica não se perfaz de maneira fácil ou linear; a multiplicidade de direitos é um fenômeno complexo que certamente não se limita a superficial diferença de regras nos ordenamentos jurídicos de cada país. Deixando de lado as diferenças pouco profundas, é possível reconhecer – pelos modelos de raciocínio utilizados na interpretação, pelas técnicas dos enunciados ou pela maneira de classificação dessas regras – a existência de grandes sistemas, segundo aquilo que René David chamou de famílias de direito.(DAVID, 2002, p.21)³

A família de que faz parte o direito brasileiro, por conta do desenvolvimento desse modelo a partir do século XIII, na Europa nos países latinos e germânicos, foi denominada de família romano-germânica; devido à colonização ou recepção voluntária, esse arquétipo do direito difundiu-se em diversas partes do mundo:

Esta família agrupa os países nos quais a ciência do direito se formou sobre a base do direito romano. As regras de direito são concebidas nestes países como sendo regras de conduta estritamente ligadas a preocupação de justiça e moral. Determinar quais devem ser estas regras é a tarefa essencial da ciência do direito; absorvida por esta tarefa, a doutrina pouco se interessa da aplicação do direito (...). A partir do século XIX, um papel importante foi atribuído na família romano-germânica, a lei; os diversos países pertencentes a esta família dotaram-se de “códigos.” (DAVID, 2002, p. 23)

É preciso lembrar, contudo, que essa divisão do direito em sistemas tem valor principalmente histórico - vez que o fenômeno jurídico, “como expressão cultural das ciências do espírito” (SILVA, 2002, p.09), nem sempre se concilia com o conhecimento sistemático. Utiliza-se, portanto, essa separação, para que melhor se compreenda a origem de toda a ideologia tônica ao processo civil brasileiro.⁴

³ Ainda, em sua obra, o autor enumera, de acordo com as características e a origem histórica, as famílias romano-germânica, família da *Common Law* e família dos direitos socialistas; ainda, ressalva a existência de sistemas menores como do direito extremo oriental, muçulmano, hindu, judaico e africano.

⁴ Quanto a isso, bem assevera Ovídio Baptista que *o direito, enquanto ciência hermenêutica, busca o individual, em toda sua riqueza existencial e histórica e, mesmo admitindo que se o descreva como sistema, como é próprio das ciências explicativas, que buscam alcançar o domínio da natureza e a construção de princípios e regras de validade universal, sua vocação natural orienta-o para a compreensão do fenômeno humano que será sempre situado*

Em que pese o pouco espaço para entrar nessa questão, é importante apenas ponderar que as características apresentadas pelas sociedades ao longo da história e as manifestações políticas dessas sociedades exerceram poderosa influência na elaboração dos institutos processuais do direito⁵.

O direito empregado por um povo certamente estabelece uma das declarações mais expressivas de sua cultura⁶; o estudo da evolução do direito permite que se enxerguem os “fundamentos sociais, políticos, econômicos e culturais que nortearam a conduta desse conglomerado humano”, demonstrando as razões das “periódicas transformações na sua legislação.” (TUCCI e AZAVEDO, 1996, p. 22)

Quanto a isso, José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo, ao lembrarem os ensinamentos de Helmut Coing asseguram que, aquele que desejar compreender qualquer ordenamento jurídico precisará estender sua pesquisa em várias etapas: “deverá dirigir sua atenção para o conteúdo de suas normas e instituições; para as condições temporais que esse ordenamento jurídico surgiu; e para a questão da efetividade desse ordenamento na sociedade que lhe corresponde”, verificando a intensidade da aplicabilidade daquelas normas. (TUCCI e AZAVEDO, 1996, p. 22)

Diante do fenômeno jurídico, portanto, é imprescindível uma leitura histórico-social dos acontecimentos enquanto expressão de idéias, pensamentos e instituições (WOLKMER, 2004, p.21):

não há marco zero para o pensamento humano. Característica de uma cultura é o ser transmissível e efetivamente transmitida de geração a geração, por isso a

historicamente. (...) A formação, portanto, de sistemas, no domínio das ciências jurídicas, ou a reunião de vários sistemas numa única família, só se torna possível abstraindo-se as notórias individualidades de cada unidade particular, para agrupá-la segundo alguns poucos princípios genéricos, com supressão dos aspectos, às vezes, mais relevante de cada fenômeno individual. (SILVA, 2002, p.10 passim)

⁵ A respeito disso, Daniel Francisco Mitidiero, (2004, p. 492), estabelece íntima ligação entre a experiência histórica, a cultura e o direito processual civil, explicando “ a experiência, como dado recolhido da prática contínua e indevassável da vida, a cultura, como o conjunto de vivências de ordem espiritual e material, que singularizam determinada época de uma sociedade , que 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”.

⁶ Está íntima relação entre direito e cultura ainda pode ser analisada em diversas outras obras: Miguel Reale, Lições Preliminares de Direito, 23. ed.. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 32; 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.

ruptura pressupõe o conhecimento anterior contra o qual ela se insurge, pela introdução de um novo paradigma do conhecimento científico.(...) No campo jurídico, a consigna de Cossio muito bem o anteviu: para além de Kelsen sem sair de Kelsen (...) Pensar, no fundo abissal de onde brota o pensamento, é rememorar um ato de reconhecimento pelo que de grandioso antes de nós foi pensado.(...)Mas o presente prepara e antecede todo o futuro. A história das idéias é pois a história do pensamento jurídico e pode ser representada por uma sucessão de camadas de tradição superpostas umas às outras. A longo prazo será também tradição o que nós, os modernos pensamos, mas se e somente se digno, esse pensar, de questionamento profundo. Como poderemos esperar reconhecimento das gerações futuras se não somos, nós mesmos, dignos do legado de nossos antepassados? (BORGES, 1996, p. 09)

Assentada a necessidade do percurso histórico do fenômeno jurídico e buscando consolidar a herança romano-germânica no direito brasileiro, passa-se ao trajeto vencido pelo processo civil desde sua gênese, com vistas a encontrar o tipo de direito ou processo aplicado no início da Idade Moderna.

2. O PROCESSO CIVIL ROMANO

Os institutos da Teoria do Direito Processual e o pensamento jurídico, aqui objeto de investigação, percorreram extenso caminho ao longo dos séculos. O Processo Civil passou por diversas transformações segundo as quais chamou a doutrina de Fases Metodológicas⁷, chegando, enfim, à construção de um modelo que se perquire nos dias atuais. A primeira fase ou método encontrado pela doutrina foi chamado de Praxismo ou Sincretismo Processual.

2.1 Praxismo ou Sincretismo

É certo que, em seu surgimento como disciplina autônoma em meados do século XIX, o processo civil recebeu toda carga da herança romano-canônica que o antecedeu, razão pela qual se faz necessária a análise desse período (SILVA, 1997, p.161).

Comumente a doutrina identifica este período - praxismo ou sincretismo processual - como sendo a pré-história do direito processual civil; momento anterior ao aparecimento de qualquer ciência processual (MITIDIERO, 2005, p. 16); Mais especificamente, é o Direito

⁷Apesar das diferentes terminologias utilizadas pela doutrina, há consenso à respeito da transformação cronológica vivida pelo Processo Civil no decorrer da história.Faz-se uma ressalva, entretanto, à última fase metodológica, denominada por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira de Formalismo Valorativo, que não é unânime na construção doutrinária, o que se tratará mais detalhadamente adiante. (OLIVEIRA, 2003).

Processual Civil Romano, em todas as suas fases.

Para os juristas romanos, as normas de direito processual estariam naturalmente impingidas ao direito material; apesar disso, durante este período, o processo experimentou diferentes perspectivas metodológicas. Segundo as lições de Ovídio Baptista e Fábio Gomes (2002, p. 13), estas fases acompanharam a história do desenvolvimento político de Roma, ainda que não se possa definir com exatidão em que momento cada período deixou de viger para dar lugar ao subsequente, admitindo-se, até mesmo, a coexistência de dois sistemas processuais diferentes⁸.

Conforme as lições de Ovídio Baptista, no direito romano, dois institutos poderiam ser invocados para proteção e defesa dos direitos: a *actio* e os *interdictos*. É pacífica a doutrina ao afirmar que somente o processo da *actio*, instaurado no procedimento do *ordo judiciorum privatorum* (que permeia os dois primeiros períodos do processo romano) se desenvolvia com natureza jurisdicional (SILVA, 1997, p. 25), razão pela qual este estudo delimita-se à sua investigação.

2.1.1 Período primitivo

Em um primeiro momento cuida-se, neste item, pela importância e substância conferida a esse período histórico e por ser ele base para toda miscelânea de direito que se pretende estudar, de uma descrição histórica mais pormenorizada do que se fará em itens subsequentes. Como ocorre em toda gênese social, as formas de coordenação no direito romano arcaico estavam intimamente ligadas ao caráter religioso; os sacerdotes exerciam o poder de organização estatal, figurando como verdadeiros legisladores:

O receio da vingança dos deuses, pelo desrespeito aos ditames, fazia com que o direito fosse respeitado religiosamente. Daí que, em sua maioria, os legisladores antigos (reis sacerdotes) anunciaram ter recebido as leis do deus da cidade.(WOLKMER, 2003, p.19)

Neste contexto, a sociedade romana primitiva depositava no misticismo religioso

⁸Quanto a isso, Tucci e Azevedo exemplificam que, mesmo no período em que o formalismo excessivo das *legis actiones* acabou por derogá-las em favor da *Lex Aebutia* e mais tarde pelas Leis Júlias, algumas ações ainda continuaram a regular-se pelo antigo sistema. O mesmo se deu com o fim do período formulário, que, ainda vigente na metrópole, foi substituído nas províncias pela *cognitio extraordinária*, até cair em desuso. (TUCCI e AZEVEDO, 1996, p.40).

importante parcela da técnica e praxe judiciária (TUCCI e AZEVEDO, 1996, p. 41): aos pontífices (sacerdotes) cabia dar forma ao procedimento através de simbolismos e rituais. Nessa tentativa de disciplina da autotutela – modelo predominante até então - surge a jurisdição como atividade exclusiva dos pontífices, que conheciam, guardavam e determinavam as fórmulas:

Ignoriamo naturalmente Il rito col quale si sarà svolta La funzione giudiziaria dei pontifici, ma certo esso era pieno di solenità, um Che di suggetivo e di profundo, tale da piegare i contendenti all’osservanza della lite giudiziaria, come al comando di um dio. Le parti non avranno compreso o conosciuto le form del rito, nè le parole solenni pronunciate del sacerdote: se le avessero conosciute no ci spegheremmo il segreto gelosamente mantenuto dal collegio pontificiale.(DE MARTINO, 1937, p. 51)

A carência de fontes desse período empiorada pelas grandes lendas acerca dos primeiros tempos romanos leva a inúmeras incertezas quanto à organização social e o exercício do poder. Contudo, a tradução das *Institutas* de Gaio e a Lei das XII Tábuas trouxeram aos historiadores informações importantes na reconstituição do sistema processual dessa época.

O período primitivo, também chamado de período das ações da lei (*legis actiones*) era assim denominado pela legalização de antigos hábitos nos diversificados tipos de procedimentos fundados em uma lei, “cujas palavras deveriam ser repetidas no formulário da *actio*”. (TUCCI e AZEVEDO, 1996, p. 51)

Os esquemas preestabelecidos eram colocados à disposição daqueles que conseguissem demonstrar uma situação de direito material verdadeiramente existente; se, através da jurisdição, fosse admitida a legitimidade da ação, não restava dúvida quanto ao direito subjetivo.

É certo que, numa visão atual do direito romano primitivo – e não na ótica que os próprios romanos tinham do seu direito - a jurisdição se encarregava de “dizer” o direito e não do “fazer” eventualmente necessário para manter a incolumidade do direito material (SILVA, 1997, p. 31); cabia às partes a realização da justiça.

Portanto, os litigantes só poderiam manipular procedimentos previamente constituídos e só o poderiam se evidenciassem o direito subjetivo, ou seja, as ações carregavam grande carga de tipicidade – cada ação tinha estrutura individualizada para situações jurídicas previamente reconhecidas.

Ao afirmar a limitação das espécies de direitos construídas pelos sacerdotes – e depois pelos magistrados – impossibilitando soluções justas e adequadas aos fatos da vida, Michel Villey afirma que

para intentar um processo qualquer, é preciso poder introduzir a sua pretensão numa destas fórmulas admitidas pelo costume e aceitas pelo pretor. Este não aceita senão um certo número de fórmulas; isto significa, em linguagem moderna, que o antigo processo não reconhecia senão um número limitado de direitos. (VILLEY, 1991, p. 41)

Com efeito, para própria sobrevivência do sistema, havia exigência de um ritual extremamente solene e formal que se desenvolvia numa cerimônia de gestos e palavras: “as ações se conformavam às palavras das próprias leis, conservando-se, por isso, imutáveis como as leis mesmas”. (TUCCI e AZEVEDO, 1996, p. 53)

Importante reafirmar a íntima ligação entre o percurso e gênese do sistema processual com a trajetória política. Em que pesem as já mencionadas escassas fontes desse período, é possível arriscar que o processo arcaico tenha se desenrolado frente a uma única autoridade (*rex magister populi*) – já que o papel judiciário era encarado como função administrativa - mas que tenha reclamado a criação de magistraturas específicas em decorrência do desenvolvimento das relações sociais. Até então, cabia ao Rei como única autoridade, as funções de juiz, julgando todos os litígios em única instância.

Neste momento é que, com a queda da Realeza Romana e com o surgimento da República, este poder foi assumido pelos Cônsules, que como chefes de governo, cumulavam as atividades de criação das leis e o conhecimento dos litígios.⁹

Por conta das atribuições acumuladas aos cônsules e pelo progresso de Roma e da conquista de novos territórios, os cônsules viram-se pressionados a delegar alguns de seus poderes. Com o tempo, o Consulado é desmembrado e dá origem a uma série de novas magistraturas, entre elas a Pretura, que administrava a justiça em matéria fundamentalmente civil, dirimindo conflitos entre os romanos através do *praetor urbanus* ou entre romanos e estrangeiros ou só entre estrangeiros (*praetor peregrinus*). (MARCHI, p. 05)

⁹ Os cônsules foram a primeira espécie de magistratura romana. Concentravam o mando militar, o controle da polícia interna e da segurança pública, o gerenciamento dos serviços estatais e do funcionalismo público, a gestão do erário ou tesouro público e a administração da justiça e o exercício da atividade jurisdicional. (MARCHI, p. 8).

Portanto, a partir da distribuição da *iurisdictio*, – já não mais como função absoluta de um *rex* com orientação divina - a predominância do sacerdotes cede espaço aos magistrados públicos e nasce a figura do *pretor*.¹⁰

De início a atuação do pretor era bastante limitada – como deveria ser em um procedimento extremamente formal. Não estavam entre suas funções, por exemplo, o julgamento do litígio, tal como o faziam o *rex* e, após, os cônsules. Ao pretor cabia apenas declarar a norma jurídica aplicável ao julgamento.

Como forma de abrandar o poder dado aos pretores pela delegação da *iurisdictio*, provavelmente, a partir desse momento o procedimento enfrenta uma discrepância qualitativa de funções. Uma primeira fase, *in iure*, perante o pretor, que organizaria e fixaria os termos da controvérsia¹¹ e uma segunda fase, *apud iudicem* perante um árbitro romano (*iudex unus*) que faria o julgamento. Não participava o pretor da segunda fase do procedimento, o julgamento era dado em nome do povo romano e por tal razão, não estava subordinado a qualquer reexame hierárquico.(TUCCI e AZEVEDO, 1996, p. 44)

Com o tempo e o desenvolvimento das relações sociais, ao pretor foi dada maior abertura à atividade criadora, transformando o rol limitado de *actiones* em um número ilimitado de ações, agora, livres das fórmulas divinas e independentes do ideário de abstratividade dos direitos.

2.1.2 Período Formulário

Não é possível identificar apenas um fator na formação desse novo período processual. Ao que tudo indica, vários fatores contribuíram para o desenvolvimento do período formular, todos, certamente decorrentes da expansão territorial do Império Romano: a complexidade das novas relações sociais, exigindo ações até então não previstas naquele rol limitado inerente ao

¹⁰ Importante frisar que o conceito de *imperium* não pode ser confundido com o de *iurisdictio*: a *iurisdictio* consiste em um aspecto do *imperium*, que significa de maneira geral o direito de comandar e de recorrer à força, de que são investidos todos os magistrados romanos. Para além, enquanto o *imperium* é um poder unitário e indeterminado, a *iurisdictio* podia ser delegada, como ocorria com os magistrados municipais, que desprovidos de *imperium*, recebiam aquela delegação do pretor. (De MARTINO,1937, p. 255.)

¹¹ Ao Pretor, porém, não cabia a criação de normas gerais, como faz o legislador moderno, ou como começaram a fazer os Príncipes e depois os imperadores romanos. A *iurisdictio* pretoriana cirava um “vínculo jurídico concreto” entre as partes litigantes (*ius*), nunca uma norma abstrata, semelhante as nossas leis. (SILVA, 2008, p.270)

período clássico; necessidade de um procedimento menos formalista, mais ágil e funcional; participação dos estrangeiros nas relações sociais – no período clássico, as *legis actiones* eram exclusividade dos cidadãos romanos.

Seja como for, assim como os demais sistemas romanos processuais, o sistema formular não delimitou uma trajetória constante. Iniciou-se com admissão da *Lex Aebutia*, fora de Roma, onde as *legis actiones* nunca foram admitidas; Oficializou-se com a *Lex Julia*, coexistindo, por um tempo com o período da Cognição Extraordinária, de quem veio a sofrer inúmeras mutações, até o seu extermínio. (TUCCI e AZEVEDO 1996, p.75)

No início desta transição, paulatinamente, novos poderes foram conferidos ao magistrado (*praetor*) para que passasse a estabelecer, no caso concreto, fórmulas de ações aptas a dirimir qualquer conflito e não somente àqueles estabelecidos pelas *legis actiones*. Com essa fórmula em mãos o autor se dirigia ao árbitro privado (*iudex*) para julgamento:

A fórmula – que altera a característica eminentemente oral do sistema anterior – correspondia ao esquema abstrato contido no edito do pretor, e que servia de paradigma para que, num caso concreto, feitas as adequações necessárias, fosse redigido um documento (*iudicium*) – pelo magistrado com o auxílio das partes -, no qual se fixava o objeto da demanda que devia ser julgada pelo *iudex* popular. (TUCCI e AZEVEDO 1996, p.47)

Ainda bipartido, o processo passa a ser parcialmente escrito, não mais constituído por diferentes formas de ação, mas por um rito padrão mais racional e simples, resguardando a complexidade do procedimento perante o pretor, que se caracterizava por quatro momentos distintos:¹²

- *Editio formula* e *In ius vocatio*: a demanda deveria ser ajuizada perante o pretor competente (urbano ou peregrino) sob pena de nulidade. A *editio formula* iniciava o processo – apesar de extraprocessual - informando a pretensão do autor ao réu.¹³ A citação se efetivava com a

¹² Os momentos processuais explicados seguem a explanação de José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azavedo (1996, p.80)

¹³ Importante salientar que no processo pré-clássico a Lei autorizava expressamente o demandante a levar o demandado, por meio da força, à presença do pretor. Lei das XXI Tábuas. Agora, não mais se permite o emprego da força, ficando o réu sujeito à multa, penhora e à perda de seus bens caso não compareça. (Gaio, I., 3.78)

in ius vocatio.

- *Postulaciones*: o demandante deveria apresentar de modo formal ao pretor e ao réu sua pretensão, indicando a fórmula presente no edito do pretor que fosse adequada ao caso, objetivando a concessão da *actio* pelo magistrado.

Neste momento, deveria o réu apresentar a defesa - sendo admitidas como defesa as exceções (*exceptiones*) e a reconvenção (*mutua petitio*) – ou confessar.

- *Causa cognitio e Iudex unus*: persistindo o processo procedia-se à designação formal do *iudex*, escolhido dentre os cidadãos aptos à incumbência. A fórmula era então redigida com todos os dados necessários ao julgamento.

- *litis contestatio*: As partes deveriam se comprometer a litigar nos limites constantes da fórmula e o autor, por meio deste documento, ainda deveria obter a adesão do réu para que o processo seguisse. O ato processual que continha tais peculiaridades e finalizava a fase *in iure* foi denominado *litis contestatio*.

Iniciava-se agora, *apud iudicem*, a instrução probatória, momento que culminava com a explanação oral dos advogados das partes. Em seguida o juiz, escolhido pelas partes, prolataria a sentença, baseado na sua livre convicção:

Assim, jamais sendo motivada, a sentença do *iudex* supunha, via de regra, uma simples declaração que tinha o condão de por fim à controvérsia e de fazer nascer uma nova relação jurídica entre os litigantes. Essa nova relação, denominada *res iudicata*, é que iria servir de fundamento da *actio iudicati*, pela qual o vencedor podia exigir o cumprimento da sentença que lhe fora favorável. (TUCCI e AZEVEDO 1996, p.128)

Interessante observar que, a mesma lei que oficializou o sistema das fórmulas figurou como embrião do período que sucederia tal sistema. Com o principado, imperador Otaviano Augusto reorganizou o sistema processual, prevendo, nas *Lex Julia*, causas específicas que careceriam de tutela jurídica do estado, e portanto, obrigatoriamente instauradas diante de uma

única autoridade que vincularia um comando estatal ao caso concreto. Surge um novo período no direito processual civil romano, que, segundo Ovídio Baptista, seria o paradigma da compreensão moderna de direito:

O conceito de jurisdição, como de resto os demais conceitos, ou o modo como os romanos entendiam ou descreviam o que fosse *iurisdictio*, sofreu, no curso do tempo, uma profunda transformação. Temos de ter presente que o direito moderno utilizou-se, em sua formatação, das fontes romanas dos últimos períodos de sua história, especialmente do direito romano justiniano, perante o qual tornara-se mais acentuada a equivalência entre *iurisdictio* e declaração oficial do direito, com função de “composição da lide”, em oposição a *imperium*, embora nos períodos mais remotos e mesmo no direito romano clássico, aquele conceito tivesse outro sentido. (SILVA, 1997, p. 29)

Posto isso, passa-se a analisar o modelo que realmente poderia influenciar a idade Média e o direito Moderno.

2.1.3 Jurisdição Extraordinária (*cognitio extra ordinem*):

A mais importante modificação na transição do processo privado para a Jurisdição Extraordinária certamente foi a unificação de instâncias. Com a progressiva oficialização da justiça por magistrados imperiais, o processo torna-se totalmente público (TUCCI e AZEVEDO 1996, p.48), trazendo contornos de uma nova era processual.

O processo romano perde aos poucos seus traços privatísticos, caminhando num sentido publicístico. É a estatização do processo. Desaparece a antiga divisão da instância romana em duas fases, não se fala mais na *ordo iudiciorum privatorum*, esquecem-se as regras de competência, de lugar e de dia, ligadas à noção de dias fastos e nefastos. Agora, o mesmo titular reúne os atributos de magistrado e juiz, antes repartidos entre duas pessoas que atuavam, respectivamente, na primeira e na segunda fases processuais. (CRETILLA JUNIOR, 1996, p. 324)

Além da uniformização do procedimento, o Império unificou também as fontes de direito (atividade legislativa dos comícios e do senado) detendo supremacia política, legislativa e judiciária. Assinala Ovídio Baptista que “enquanto no direito clássico a lei era apenas uma fonte secundária do direito, ao tempo de Justiniano, não apenas tornara-se a lei a sua fonte exclusiva,

como o Imperador era seu único intérprete” (SILVA, 2008, p. 264).

Quando não era o próprio príncipe a julgar os conflitos, este poder era delegado a um magistrado por ele designado:

Ampliou-se, nessa época, ainda mais, o poder dos pretores que, nesse período pós-clássico, também chamado período do Principado e da monarquia absoluta (284 d.C – 565 d.C), agiam por um sistema jurídico paralelo à ordem vigente, conhecendo e julgando diretamente os litígios sem interferência de árbitros, não mais podendo os particulares, nessa época PÓS-CLÁSSICA, utilizar-se da arbitragem, por qualquer de suas formas. Essa fase, conhecida como a da *COGNITIO EXTRA ORDINEM*, assinala a passagem do modelo romano da Justiça Privada para a Justiça Pública. (LEAL, 2001, p. 40)

Gradativamente, as instituições processuais se oficializavam¹⁴ e o magistrado, incumbido da função de juiz passa a ser o titular do poder de examinar as provas (*congoscere*) e proferir sentença, antes um ato exclusivo de um cidadão romano, de caráter arbitral:

No processo da *extraordinaria cognitio* a *sententia iudicis* corresponde ao exercício da *iurisdictio* entregue às magistraturas que detêm a função jurisdicional do Estado. Esse modo de ser, inteiramente novo, assinala a eliminação dos resíduos da concepção arbitral e privada do antigo processo das ações da lei que permaneceram no processo formular, marcando a última etapa da transição da arbitragem privada ao processo público. (NEVES, 1971, p. 27)

A *evocatio*, em substituição à *in ius vocatio*, realizava-se por um convite verbal autorizado pelo magistrado, dirigido ao demandado para comparecer em juízo. Para tanto, poderia ser enviada uma intimação oficial escrita, com auxílio de um funcionário do magistrado; se o réu não fosse encontrado, expedia-se os *edictis*. A locução *litis contestatio* ainda era utilizada, contudo, agora somente para interromper a prescrição e tornar a *actio* hereditária acerca do direito intransmissível. (TUCCI e AZEVEDO 1996, p.144)

Em todas as fases o processo confundia-se com o mero procedimento, sendo considerado apenas um adjetivo do direito material subjetivo (metodologia processual sincrética), informado pela racionalidade prática, direcionado à resolução dos problemas concretos. Com a reforma legislativa de Justiniano, no ano de 527, buscou-se além da sistematização de regras mediante a transformação de um *corpus* legal preexistente, estabelecer técnicas e princípios que auxiliassem

¹⁴ Cria-se então, na organização judiciária do Império uma verdadeira estrutura hierárquica composta por inúmeros órgãos a quem se conferia o poder de julgar em primeiro ou superior grau de jurisdição. (TUCCI e AZEVEDO 1996, p.142)

na busca da unidade político-jurídica do império. (TUCCI e AZEVEDO 1996, p.158)

Confirmando as ideias apresentadas no início deste estudo¹⁵, Ovídio Baptista, em seu *Jurisdição e Execução na tradição romano-canônica*, esclarece que seria “impossível determinar todos os fatores que favoreceram a preservação, nos sistemas jurídicos da Europa Continental, da estrutura do procedimento da *actio* do direito privado romano”, contudo, afirma que

No conjunto extraordinário de circunstâncias e fatores culturais, responsáveis pela derrocada no mundo medieval e formação do mundo moderno, é possível identificar algum deles mais diretamente responsáveis pela continuidade dos esquemas procedimentais herdados do direito privado romano. Antes de mais nada, é indispensável ter em conta que, tanto o sistema jurídico da Europa continental quanto a common Law são de certa forma descendentes do direito romano.(SILVA, 2008, p.102)

Este sistema perdurou por muito tempo, mas sofreu um retrocesso pelas invasões bárbaras, retomado timidamente na Idade Média, nas penínsulas Itálica e Ibérica.(RODRIGUES, 2003, p. 34)

3. UMA LONGA TRANSIÇÃO

Durante a Idade Média o direito mergulharia numa fase obscura que delongaria uma fase de transição daquilo que foi produzido do final da Império Romano até o início da Idade Moderna, com a retomada dos conceitos de direito romano.¹⁶ Neste contexto, é imprescindível realizar uma abordagem sobre o longo período de transição que perdura até a nova fase metodológica do processo civil.

3.1 Influências do direito germânico e Canônico

No início do século III era grande a pressão bárbara (SANTOS, 2003, p. 216)¹⁷ sobre o Império Romano. Em um primeiro momento, a defesa empreendida dava-se de forma pacífica: os

¹⁵ Renè David, a respeito da herança romano-germânica nos países de colonização portuguesa

¹⁶ Como tudo na história, essa transição não aconteceu de maneira linear, sendo disposta temporalmente por toda a idade média. (de 476 a 1453).

¹⁷ Rogério Dutra dos Santos, citando os ensinamentos de M. ABRAMSON, A. GUREVITCH e N. KOLENITSKI, explica que “os habitantes da Europa central, privados de muitos benefícios da civilização antiga, pareciam-lhes (aos romanos) atrasados e selvagens. Por isso chamavam bárbaros aos habitantes da Germânia e outros povos que viviam fora do mundo escravagista. A palavra grega ‘bárbaros’ significava ‘aquele que rosna’ ou ‘que fala uma língua incompreensível’, isto é, um ‘estrangeiro’. (...) Esse termo adquiriu rapidamente sentido pejorativo(...)”. (SANTOS, 2003, p. 216.)

bárbaros eram recebidos pelo Império para que dele fizessem parte; logo, essa abertura fragilizou o Império que foi parcialmente invadido:

A partir de 406, o império empregava as tribos bárbaras como “confederados” (*federati*), palavra usada para designar os bárbaros contra os quais não era possível opor resistência, mas que poderiam ser persuadidos a ajudar. Foi o melhor que o império Ocidental pôde fazer para se defender, mas isso logo se mostrou insuficiente. Em breve, os povos bárbaros ocuparam todo o Ocidente Latino. (ROBERTS, 2001, p. 250)

É certo que, pelo modo de vida desse povo, as invasões bárbaras acarretaram inúmeras mudanças. Os povos germânicos vivam em uma estrutura social completamente diferente dos romanos: não conheciam cidades com as romanas e agrupavam-se em aldeias - ainda diante de uma organização patriarcal - eram extremamente ligados à terra, o que definia seu estilo de vida e “o tom de todas as suas realizações”.(CASTRO, 2008, p. 127)

Por não terem desenvolvido a escrita até este momento, o direito germânico era basicamente consuetudinário; entretanto, é importante salientar que pela própria organização social desses povos em tribos nômades, não havia um único costume ou tradição que imperasse de forma absoluta.¹⁸

Diante disso é de valor incontestável a exposição e comparação que Galeno Lacerda realiza entre o processo civil romano arcaico, em sua fase clássica e o processo germânico primitivo, marcado pelo formalismo exacerbado que influíram no direito feudal da Idade Média:

é interessante o paralelismo que se verifica entre a fase mais recuada do processo romano, o período das ações da lei, (...) e o formalismo do processo germânico primitivo, vigente entre os bárbaros e dominante no processo feudal da Idade Média. O 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 mossa 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

¹⁸ Quanto ao velho direito Germânico, Michel Foucault identifica algumas características que poderiam defini-lo: a) não há ação pública e não há ninguém representando a sociedade ou aqueles que detêm o poder. O que caracterizava o processo era a existência do dano, reclamado de uma parte à outra, sem a interferência de um mediador. b) o direito, daqui em diante, seria uma maneira regulamentada de fazer um duelo, a forma ritual da guerra. c) Era perfeitamente possível um acordo em detrimento das hostilidades regulamentadas – a transação. Desta forma, antes da invasão do Império Romano, o sistema germânico jamais conheceu qualquer tipo de método na investigação da verdade, como por exemplo, o inquérito. (FOUCAULT, 2003, p. 58).

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 litígios se resolvem pelo duelo, pelas provas da água, do fogo, e tantas outras. (LACERCA, 1961, p. 78)

Com a invasão ao império romano, algumas tribos bárbaras estabeleceram-se como Reinos nos arredores do império e passaram a assimilar características da cultura romana (como o direito escrito, por exemplo). (CASTRO, 2008, p. 128)

Diante da pluralidade de tradições e conseqüente desunificação desses povos, não foi possível impor aos romanos – por serem eles uma sociedade muito mais evoluída - a forma de organização social bárbara. Daí é que se convencionou aplicar o Princípio da Personalidade da Lei, possibilitando a cada cidadão ser regido pela lei de seu povo (instituto que guarda extrema relação com o princípio da territorialidade, hoje, amplamente aplicado). (CASTRO, 2008, p. 129)

Além da disputa territorial, travou-se nesse contexto uma disputa de valores – é certo que a sobrevivência do Império Romano Ocidental¹⁹ e a aplicação da lei pessoal do cidadão permitiu que, mesmo diante das invasões bárbaras, o Império Romano perpetuasse a maioria de seus institutos. Sendo máxima a diferença de evolução da cultura romana, era de se esperar a forte assunção dos valores sociais romanos pelos povos bárbaros, que, contudo, não deixaram de aplicar seu direito.

A atitude espiritual desses povos (germânicos) não conhecia qualquer repulsa íntima pelas respeitáveis e brilhantes tradições, que eles tinham encontrado; adotaram a escrita latina, a civilização material, a língua romana, os restos da cultura tardo-clássica e, finalmente a crença católica em vez da ariana. Quanto ao direito, conservaram o seu durante mais tempo, na medida em que ele ainda era determinado pelo modo de vida das comunidades pessoais e pelo seu próprio *ethos* e não pelo resultado de novas relações econômicas ou de poder; para isto contribui também a concepção germânica de que o direito não é um comando arbitrário, mas uma tradição de vida inatacável. (WEICKER *apud* MADEIRA, 2001, p. 05)

Com o passar do tempo, essa miscigenação e incorporação acabou por produzir um novo

¹⁹ Conforme assevera Silvio Meira “caindo o Império do Ocidente, em 476, os chefes bárbaros passaram a ser tratados pelos Imperadores do Oriente como seus delegados”. (MEIRA, 1996, p. 137)

direito, segundo aquilo que os historiadores chamaram de direito bárbaro-romano.(MACIEL, 2007, p. 90)

Sob outro aspecto, com os sucessivos acontecimentos históricos, o cristianismo se tornou religião oficial do Império embrenhando-se em todos os segmentos da vida social; mais do que isso havia agora uma preocupação de que toda legislação do Império obedecesse aos princípios cristãos, inclusive em suas compilações, numa clara tentativa de “pura marca cristã”. (BIONDO, *apud* SILVA, 2002, p. 117)

O Cristianismo penetrou tão profundamente o direito romano bizantino, criando um autêntico divórcio entre o mundo romano oriental e a tradição jurídica clássica que, no final do século VI de nossa era, ser *romanus* significava ser *catholicus*. (CALASSO, *apud* SILVA, 1997, p.94)

É certo que até este momento, toda autoridade que se conhecia e a que se submetia era proveniente do Império; com o enfraquecimento do Império Romano pelas invasões bárbaras – dentre outros motivos - a Igreja Católica, por sua característica de não submeter seus fiéis ao “deus da cidade”, possibilitou a adoção do cristianismo por reinos distintos, herdando o intenso domínio romano e colocando sua autoridade acima de qualquer poder. (ARENDETT, 2000, p. 169)

Com o Cristianismo firmado como religião oficial em quase toda Europa, o direito romano tornara-se “um direito novo, profundamente permeado pelos ideais e princípios do cristianismo”. (SILVA e GOMES, 2002, p.16)²⁰

Diante disso, questiona-se sobre o tipo de herança transmitida por essa civilização que trazia como características o antigo direito Germânico e o antigo direito Romano, agora eivado de particularidades religiosas. A resposta a essa questão trará o modelo de direito predominante na Idade Média, e que serviu como base ao início da Idade Moderna.

3.2 Pequeno Discurso sobre Possíveis Reflexos do Direito Grego na Idade Média

²⁰ O autor explica que, a equidade, por exemplo, traz uma transformação no sistema jurídico romano: “Enquanto a equidade significava a correta aplicação das normas e princípios do próprio ordenamento jurídico, agora prover com equidade poderia significar uma transformação do sistema legal, correspondendo, em qualquer caso, a um abrandamento de normas e princípios do ordenamento jurídico, tendo por fim reduzir-lhe a eventual severidade, porventura decorrente da fria aplicação do texto legal”. (SILVA e GOMES, 2002, p.18). Em outra obra, aduz que, o conceito de equidade que, para o direito romano clássico correspondia a um valor imanente do sistema jurídico, agora, pela influência cristã, se transforma em benignidade, em *pietas* cristã, como referencial constante de correção do direito positivo. O autor ainda menciona a caridade como novo valor à penetrar o ordenamento jurídico através da moderação, clemência e da piedade. (SILVA, 1997, p. 99.)

Primeiramente, partilha-se da dificuldade de encontrar obras no sentido estrito da influência do direito grego na idade moderna. Em que pese as inúmeras obras que dedicam capítulos inteiros à influência da filosofia e cultura, a tratativa do direito encontra-se ainda minimizada²¹, sendo notório que os historiadores e juristas não demonstram o mesmo interesse pelo direito grego como pelo direito romano, talvez pelo fato de o primeiro figurar apenas como direito histórico enquanto o segundo influencia fortemente toda civilização ocidental.

Na tentativa desse elo (direito grego – idade moderna) o que primeiro merece atenção é a organização político social daquela civilização. Embora todas as inúmeras cidades gregas tivessem em comum o elemento linguístico ou a multiplicidade de deuses, estas se separavam em muito em sua organização social, certamente, devido as grandes diferenças geográficas:

A organização política da Grécia era ditada pelas condições geográficas e econômicas. (...) A natureza a dividira em pequenas unidades econômicas e era incapaz de criar grandes sistemas políticos. (...) Cada vale era independente (...). As melhores regiões do país, especialmente seus férteis vales, estão abertas para o mar e vedadas a terra. (...) Eles estão mais em contato com os vizinhos separados pelo mar do que com os que a terra aproxima. (ROSTOVTZEFF, 1986, p. 53)

Não é objetivo desse trabalho esmiuçar completamente o direito predominante nestas cidades, mas sim encontrar características que demonstrem uma possível retomada desses institutos durante a idade média.

Nesse intuito, em que pese o legado da retórica grega e institutos da política, investiga-se, no direito grego arcaico, aquilo que, pontualmente teria encontrado semelhanças no âmbito do processo civil.

Para tanto, partir-se-á da busca pela verdade nas práticas judiciárias gregas, tal qual pontuadas por Michel Foucault no âmbito das peças teatrais das tragédias gregas.

Neste contexto, é possível identificar três tipos de personagens que dominam o monopólio das técnicas de validação da verdade: o adivinho, o poeta e o rei da justiça, que denotaria, respectivamente, uma verdade mântica, uma verdade ontopoética e uma verdade do soberano-juiz, enunciada do trono para pôr fim aos litígios e reestabelecer a ordem. Nesta função o juiz

²¹ Apesar da discussão doutrinária acerca da influência grega no direito romano, pela cultura ou pela compilação de alguns institutos no período romano-helenístico.

administra a verdade em processos jurídicos a partir de procedimentos ritualizados.(DETIENE, 1988, p.14)

Contudo, antes mesmo da possibilidade da verdade pelos mãos de um juiz, o processo civil grego conheceu um outro modelo baseado no jogo de provas.

Retomando a comparação realizada por Galeno Lacerda entre o formalismo do direito romano no período das ações da lei e o direito germânico arcaico esboçada em item anterior (infra, 3.11), constata-se que, certamente, ao contrário do que muitos historiadores do direito processual civil demonstram, não foi essa, temporalmente, a primeira vez que um modelo de processo na busca pela verdade foi baseado em jogo de provas.

Michel Foucault, objetivando a abordagem da retomada de alguns institutos do direito na Idade Média, faz uma longa descrição de duas peças gregas que simbolizaram os dois principais paradigmas processuais na busca pela verdade em uma controvérsia no direito grego: o jogo da prova e o inquérito.

Remetendo-se à obra de Homero, *Ilíada*, no período arcaico do direito Grego, Foucault relembra a história da contestação entre Antíloco e Menelau durante os jogos que se realizaram na ocasião da morte de Pátroclo²²: o estabelecimento da verdade não era obtido por testemunhas, mas por uma espécie de jogo, de prova, de desafio lançado por um adversário ao outro:

Um lança um desafio, o outro deve aceitar o risco ou a ele renunciar. Se por

²² Foucault retoma a narrativa desta peça e descreve que (FOUCAULT, 2003, p. 32) “entre esses jogos houve uma corrida de carros, que, como de costume, se desenrolava em um circuito com ida e volta, passando por um marco que era preciso contornar o mais próximo possível. Os organizadores dos jogos haviam colocado naquele lugar alguém que deveria ser o responsável pela regularidade da corrida que Homero, sem o nomear pessoalmente, diz ser uma testemunha, (...) aquele que está lá para ver. A corrida se desenrola e os dois primeiros que estão na frente no momento da curva são Antíloco e Menelau. Ocorre uma irregularidade e quando Antíloco chega primeiro, Menelau introduz uma contestação e diz ao juiz ou júri que deve dar o prêmio, que Antíloco cometeu uma irregularidade: “Vamos, Antíloco, aluno de Zeus, aproxima-te e faze / como é de praxe: ante o cano e os cavalos te põe, segurando / na mão direita o chicote flexível que há pouco vibravas, / e, nos cavalos tocando, pelo alto Poseidon nos jura / que involuntário e sem dolo aos corcéis me trancaste o caminho’. / Disse-lhe Antíloco, o herói prudentíssimo, então, em resposta: / ‘Condscendência te peço, pois muito nos anos te cedo, / Rei Menelau; és mais velho do que eu e bem mais valoroso. / Certo conheceres os moços e quão facilmente se excedem, / por serem de ânimo vivo, mas faltos do justo equilíbrio. / Sê, pois, paciente comigo; dar-te-ei, voluntário, o meu prêmio, / a égua vistosa. Ainda mais: se de quanto possuo quiseres / algo exigir-me, sem mores delongas, declaro-o, prefiro / a teu pedido ceder, caro aluno de Zeus, a saber-me / de teu afeto banido e perjuro ante os deuses eternos” (HOMERO, trad. NUNES, 1987). Diante desse desafio, que é uma prova, Antíloco renuncia ao juramento e assim reconhece que cometeu uma irregularidade. (FOUCAULT, 2003, p. 32).

acaso tivesse aceito o risco, se tivesse realmente jurado, imediatamente a responsabilidade do que iria acontecer, a descoberta final da verdade seria transposta aos deuses. E seria Zeus, punindo o falso juramento, se fosse o caso, que teria com seu raio manifestado a verdade. (FOUCAULT, 2003, p. 32)

O jogo de provas seria, portanto, uma forma de busca pela verdade, de resolução de um problema por meio da interpretação de elementos da natureza, diante de um juízo divino.

eis a velha e bastante arcaica forma da verdade em que esta é estabelecida judiciariamente não por uma constatação, uma testemunha, um inquérito ou uma inquisição, mas por um jogo de prova. A prova é característica da sociedade grega arcaica. Vamos encontrá-la também na Alta Idade Média. (DETIENE, 1988, p. 33)

(...)

Neste nível, a administração da prova não se dirige ao juiz que deve avaliá-la, mas a um adversário que deve ser vencido. Não há testemunho que forneça provas. Há somente procedimentos ordálicos. Estes determinam mecanicamente o ‘verdadeiro’ e a função do juiz é ratificar as provas decisórias. (DETIENE, 1988, p. 54)

Esse direito, contudo, ainda não corresponde àquele a que os personagens detêm o monopólio da verdade. A vida cívica e o advento da democracia na *polis* grega faz surgir um novo método na busca pela verdade. Foucault então identifica uma segunda forma de resolver um problema, encontrada em outro tipo de peça, agora denominada de tragédia grega - o *Édipo-Rei*²³; aqui, a verdade era produzida por formas que sofreram a influência da conquista da democracia pelos gregos: o direito de testemunhar – o ciclo da verdade somente se completa à

²³ Laios, rei de Tebas, casou-se com Jocasta; logo no início da peça o Oráculo dos Delfos entrega-lhes uma profecia, uma maldição. Laios e Jocasta não poderiam gerar filhos, se o fizessem, o filho mataria o pai e desposaria a mãe. Sem atentar para profecia, Jocasta concebeu um menino. Ao lembrar da maldição, Laios manda matar a criança; seus servos então levam-no para floresta, perfurem seus pés e o amarram de cabeça para baixo. Contudo, o servo do Rei o entrega a um pastor de Corinto, que o leva para o rei Políbio, por quem Édipo foi criado como filho. Quando grande, Édipo, por sentir-se diferentes de seus concidadãos, procurou o Oráculo dos Delfos, de quem ouviu que estaria destinado a matar seu pai e casar-se com sua mãe. Tentando fugir da profecia, Édipo não retornou a Corinto, viajando rapidamente rumo à Tebas. No caminho, Édipo envolve-se numa contenda, num entroncamento de dois caminhos, que resulta na morte de um servo e seu senhor. Ao chegar em Tebas, Édipo depara-se com uma cidade atordoada: estavam ameaçados pela Esfinge e seu rei acabara de ser morto. Édipo soluciona o enigma da Esfinge livrando a cidade do monstro e recebe como prêmio a mão de Jocasta. Édipo e Jocasta tiveram quatro filhos; a cidade de Tebas é invadida por uma peste e o povo clama que Édipo os salve novamente, quando Édipo consulta novamente o Oráculo que atribui a peste à concurpação e assassinato. A partir daí a peça se desenvolve na busca pela verdade. Várias metades obtidas por testemunhos são expostas até que se chegue ao verdadeiro culpado: Édipo. Jocasta suicidou-se. Édipo furou seus próprios olhos e renunciou ao trono. SÓFOCLES. *Édipo-Rei*. Programa Avançado de Cultura Contemporânea - Universidade Federal do Rio de Janeiro. Acervo digital

medida que uma série de encaixes de metades (verdades pelos testemunhos) vão se ajustando umas às outras.

Desta forma, um processo sobre as formas racionais da prova e sua demonstração foi criado com base na filosofia, nos sistemas racionais e científicos: como produzir a verdade, em que condições e que formas e regras aplicar. É o conhecimento através do inquérito. Para Foucault, a história do nascimento do inquérito permaneceu esquecida e se perdeu, tendo sido retomada, sob outras formas, muitos séculos depois, durante Idade Média. (FOUCAULT, 2003, p. 55)

A renúncia à verdade e à justiça do soberano Édipo é o início da invenção ocidental do direito de testemunhar - de depor e interferir numa prática de justiça tendo como apoio e garantia de veracidade o simples fato de ter visto. O poder da testemunha é o de possibilitar, por meio da verbalização das informações gravadas da memória, a materialização do delito no recinto do tribunal. É o depoimento dos escravos que, ao fim, força Édipo a encerrar-se vergenhosamente em sua cegueira. (SANCHES JUNIOR, 2001, p. 224)

4. A CONSTRUÇÃO DO DIREITO MODERNO

Por ser o berço da história e a matriz de toda civilização, a Europa, voluntariamente, espalhou seu julgo pela terra. Por ser assim, aquilo que se inventou na Europa durante a idade média e início da idade moderna, transitou como legado em todas as culturas. Mas como se deu a formação desse período? O que se inventou? O que de novo se fez pelo direito?

Para responder a estas questões retoma-se a narrativa histórica do final do Império Romano. A queda de Roma e as sucessivas invasões bárbaras dão origem a um contexto onde seria possível a construção de um novo sistema, agora com influências germânicas e religiosas:

Os povos germânicos tinham hábitos bastante diferentes dos romanos. Eles se vestiam de peles de animais e tecidos grosseiros, habitavam moradias rústicas, visto que eram seminômades – mudavam-se sempre que as pastagens rareavam. (...) O sistema produtivo combinava a propriedade coletiva e individual e, principalmente a guerra era primordial para a economia desses povos. (CASTRO, 2008, p. 119)

Atenta-se para o fato de que mesmo antes da invasão desses povos o Império já estava fraquejado pelo cristianismo e pelo regime escravocrata que deixava sem trabalho os homens livres. (SANTOS, 2003, p. 219)

É diante dessa situação que a Igreja Católica, por negar as características divinas dos

Imperadores, a hierarquia social estabelecida e o militarismo, pôde juntar as duas culturas, até então completamente díspares, em um mesmo contexto:

O que de inusitado predominava em termos de “instituição” social era algo originado da junção de características do regime escravocrata com o regime comunitário primitivo das tribos nórdicas. Os historiadores colocam geralmente que apesar de ambas as formações sociais estarem em crise, a sua mútua incorporação acabou por fomentar um novo regime social, o regime feudal. (SANTOS, 2003, p.221)

Neste período a Igreja católica se estabelece com toda autoridade (conforme já demonstrado em item anterior) fazendo prevalecer o direito canônico como prática repressiva. O direito então mergulha em uma fase completamente obscura, acompanhando o desenvolvimento social, cultural e político deste período.

Entretanto, após analisadas as práticas jurídicas gregas na busca da verdade e a constatação do inquérito pelo poder de testemunhar, não se pode deixar de mencionar a importantíssima construção de Michel Foucault diante dessa verificação. Apesar da ausência de produção intelectual neste período – e talvez motivada por esse fato já que, melhor seria retomar antigos conceitos à construir novos – o direito arcaico romano no sistema inquisitorial reaparece, ainda que timidamente, durante o Século das Trevas:

O que foi inventado nessa reelaboração do direito é algo que, no fundo, concerne não tanto aos conteúdos, mas às formas e condições de possibilidade do saber. O que se inventou no Direito dessa época foi uma determinada maneira de saber, uma condição de possibilidade de saber, cujo destino vai ser capital no mundo ocidental. Esta modalidade de saber é o Inquérito que apareceu pela primeira vez na Grécia e ficou encoberto depois da queda do Império Romano durante vários séculos. (FOUCAULT, 2003, p. 62)²⁴

Foucault, portanto, atribui ao sistema inquisitorial, de origem romana todo desenvolvimento do início ou retomada do saber, que mais tarde se daria através do Renascimento.

Após a decadência do sistema feudal e o aparecimento das primeiras cidades, insurge nas pessoas – até então imergidas em um conhecimento cego e completamente obsoleto - a busca

²⁴ E mais adiante continua: “Todos os grandes inquéritos que dominaram o fim da Idade Média são, no fundo, a explosão e a dispersão dessa primeira forma, desta matriz que nasceu no século XII. Até mesmo domínios como o da Medicina, da Botânica, da Zoologia, a partir dos ‘séculos XVI e XVII, são irradiações desse processo. Todo o grande movimento cultural que, depois do século XII, começa a preparar o Renascimento, pode ser definido em grande parte como o desenvolvimento, florescimento do inquérito como forma geral de saber”. (FOUCAULT, 2003, 75).

pelo novo, pela mudança, pelo saber. Influenciados pelos ideais do racionalismo, e agora pela busca do conhecimento, as primeiras universidades surgem retomando antigos conceitos.

Quanto a isso, Silvio Meira afirma que, no campo do direito “a universidade de Bolonha concorreu para que, através dos tempos, se alterassem os rumos da história. Ao lado das duas forças sociais que vinham da Idade Média, a religião e o Império, começou a surgir outra, o studium (ensino universitário).(MEIRA, 2001, p. 393)

Desta forma, o direito Romano-Canônico, eivado da influência bárbara e o direito Grego arcaico, foram retomados em um exercício de voltar àquilo que de bom se teve, como parte do Renascimento Cultural.

O entusiasmo que caracterizou o estudo do *Corpus iuris*, à medida que se estendeu da Itália às várias sociedades do Ocidente, era só uma parte do renascimento cultural mais amplo, de que um dos aspectos foi a fundação de universidades. Além do direito antigo, a filosofia grega (Aristóteles) e a ciência grego-árabe (medicina, física, matemática) foram redescobertas, traduzidas e comentadas. A autoridade do ensino antigo era absoluta; o que as Sagradas Escrituras eram para a teologia, Aristóteles era para filosofia, Galeno para a anatomia e o *Corpus iuris* para o direito. Mas motivos e necessidades adicionais mantiveram o interesse pelo antigo direito romano: as cidades e os principados em crescimento precisavam de um arcabouço jurídico adaptado às novas estruturas administrativas.(CAENEGEN trad. MACHADO, 2000, p.67)

Neste contexto é que, diante da retomada de antigos conceitos, estudiosos do direito passam a contestar a *actio* romana e, a partir daí, iniciam uma nova fase metodológica no processo civil. Nisto, também, a importância desse estudo: a partir daí é que a transposição do sincretismo processual expulsa do processo civil todo resquício de direito material, transformando-o em uma disciplina autônoma.

De agora em diante, a doutrina passaria a falar em Processualismo, uma fase metodológica onde a racionalidade deixa de ser prática para ser teórica, desviando o foco do problema da justiça para a norma jurídico-positiva. Agora sim, como disciplina autônoma, os estudiosos poderiam dedicar à ela seus trabalhos, gerando conhecimento, atitudes críticas, novas teorias e novos movimentos que, neste contexto, só seria possível, dentro da visão histórica do processo civil, percorrida até agora.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É certo que não se traduz uma tarefa fácil percorrer todo este caminho histórico em menos de 30 laudas. Por tal razão, impossível seria esgotar esse tema e encontrar com propriedade absoluta todos os fatores que influenciaram a formação do direito moderno, desde a gênese das sociedades até a autonomia processual.

Apesar do olhar histórico, político e social que se exige neste estudo, seu objetivo não poderia ser esmiuçar todos os fatores com riqueza de detalhes, mas sim alvitrá-los pelas lentes da formação do direito, com vistas ao futuro, sem que se perdessem as raízes do passado.

Este trabalho certamente servirá de base para inúmeras pesquisas acerca do direito contemporâneo, direcionando, justificando e pontuando as principais questões acerca da herança histórica.

É certo que após o início da Idade Moderna, a concepção e aplicação do direito sofreu também, inúmeras transformações, talvez até maiores do que as descritas até este momento. Entretanto, esta pesquisa não pretende chamar a atenção do leitor para as transformações históricas do direito, simplesmente, mas para a retomada de conceitos que não foram inventados pela sociedade atual, e sim por civilizações que, apesar de nenhum alcance às regalias que hoje se gozam, construíram aquilo que seria a base de toda busca pela pacificação social através do processo civil, concretizando esta experiência na autonomia conquistada, aqui, pelo processo.

Quão rica e valiosa é essa herança; certamente que o seu entendimento, dentro dos parâmetros políticos e sociais que se encontravam, poderão elucidar questões atuais e ajudar na incansável busca pela resolução de conflitos, agora em uma visão de garantia e de equidade, diante do Estado Democrático de Direito, por seus princípios e objetivos consagrados pela Constituição. A partir disso, é dever dos operadores do direito uma posição crítica, ativa, ética e participativa.

Após todo esboço apresentado, abre-se campo fértil para o Estudo das Teorias lançadas pelos processualistas modernos, tendo sempre como pano de fundo a pesquisa histórica que resultou esta possibilidade. Não seria possível construir um processo civil adequado ao novo paradigma constitucional – que visa a satisfação do interesse material com contornos sociais – sem que para isso fosse conhecida toda gênese processual até a sua autonomia.

Felizmente, o caminho da pesquisa acerca dessa questão é interminável, mas tangível. É o eterno escopo da pesquisa científica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ARENDDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. 5. ed. São Paulo: Ed. Perspectiva, 2000.

BORGES, José Souto Maior. *O Contraditório no Processo Judicial*. São Paulo: Malheiros, 1996.

CAENEGEM, R. C. van. *Uma introdução histórica ao direito privado*. Trad. Carlos Eduardo Lima Machado. 2ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CARNELLUTTI, Francesco. *Instituições de Processo Civil*. tradução: Adrian Sotero De Witt Batista – Campinas: Servanda, 1999

CASTRO, Flávia Lages de. *História do Direito Geral e Brasil*. 6ª. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 22ed. São Paulo: Malheiros, 2006

CHIOVENDA. *Instituições de Direito Processual Civil*. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998, vol. III

CRETELLA JUNIOR, José. *Direito Romano*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1966.

DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. 4ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DE MARTINO, Francesco. *La giuridizione nel diritto romano*. Padova: Cedam, 1937.

DETIENNE, Marcel. *Os mestres da verdade na Grécia Arcaica*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1988.

FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas Jurídicas*. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2003.

LACERDA, Galeno. *Processo e Cultura*. In: *Revista de Direito Processual Civil*, Vol. III São Paulo: Saraiva, 1961

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo. Primeiros Estudos*. Porto Alegre: Síntese, 2001.

MACIEL, José Fabio Rodrigues e AGUIAR, Renan. *História do direito*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MADEIRA. História do direito medieval: heranças jurídico-políticas para a construção da Modernidade. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Revista Eletrônica Justiça e História. Vol. 8, nº 15 e 16, 2001.

MARCHI, Eduardo Cesar Silveira Vita. Aspectos de direito público romano: as constituições políticas da realeza e da república. Revista da Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, v. 100, p. 4-19a, 2005.

MEIRA, Silvio. Curso de Direito Romano: história e fontes. São Paulo: Saraiva, 1996.

MITIDIERO, Daniel Francisco. *Processo e cultura: praxismo, processualismo e formalismo em direito processual civil: Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2005.

NEVES, Celso. Coisa Julgada Civil. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1971.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do Formalismo no Processo Civil*. 2ª. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003

ROBERTS, J.M. O Livro de Ouro da História do Mundo: Da Pré-História à Idade Contemporânea. Trad. Laura Alves e Aurélio Rabello. 5.ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Elementos de direito processual civil. vol. I. 3ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ROSTOVTZEFF, M. História da Grécia. 3ª. ed. Rio de Janeiro, Guanabara, 1986.

SANCHES JUNIOR, Carlos Alberto. Verdade e Poder nas Práticas Judiciárias Gregas: de Homero aos trágicos. In Revista *Acta Scientiarum*. Human and Social Sciences. Universidade Estadual de Maringá. Vol 33, n.2, 2001.

SANTOS, Luiz Rogério Dutra. A Institucionalização da Dogmática Jurídico-Canônico Medieval. In Fundamentos de História do Direito. Antônio Carlos Wolkmer (org.) 2ª. Ed. rev. Ampl. Belo Horizonte, Del Rey, 2003.

SILVA, Ovídio Baptista da; GOMES, Fábio. Teoria Geral do Processo. 3ª. ed. re.v e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Jurisdição e Execução na Tradição Romano-canônica. 2.ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. *A jurisdictio Romana e a jurisdição moderna*. In: *jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SÓFOCLES. Édipo-Rei. Programa Avançado de Cultura Contemporânea - Universidade Federal do Rio de Janeiro. Acervo digital. Disponível em:
http://www.pacc.ufrj.br/arquivospdf/edipo_rei.pdf. Acesso em 12/03/2013.

VILLEY, Michel. Direito Romano. Porto Alegre: Rés, 1991, p.41.

WOLKMER, Antônio Carlos. (org.) *In Fundamentos de História do Direito*. Antônio Carlos Wolkmer (org.) 2ª. Ed. rev. Ampl. Belo Horizonte, Del Rey, 2003.

_____. *História do Direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.