

COMPARAÇÃO JURÍDICA: A COMPARAÇÃO VERTICAL

LEGAL COMPARISON: THE VERTICAL COMPARISON

João Máximo Rodrigues Neto¹

RESUMO

O escopo do presente trabalho é demonstrar a importância do método histórico vertical de estudo do direito, tanto para melhor entender a origem e funcionamento dos institutos jurídicos atuais, seja em uma micro ou macro comparação, mas especialmente para identificar possíveis deturpações doutrinárias ou nacionalismos historiográficos que possam distorcer a realidade dos fatos.

PALAVRAS-CHAVE: Direito; História; Metodologia

ABSTRACT

The scope of this work is to demonstrate the importance of vertical historical method of study of law, both to better understand the origin and functioning of the current legal institutions, whether at a micro or macro comparison, but especially to identify possible doctrinal misrepresentations or nationalist historiographical which may distort the reality of the facts.

KEYWORDS: Law; History; Methodology

INTRODUÇÃO

Que o direito é uma ciência cultural, disto não temos dúvidas. Porém, em que medida a cultura influencia o mundo jurídico? É possível separar o direito dos conceitos morais? Conseguimos isolar o direito da política?

Estas questões foram e continuam sendo alvo de debate por autoridades no assunto ao longo de séculos, de modo que não será aqui que o leitor encontrará a resposta. No entanto, o que se quer destacar através destes exemplos é a importância da história no debate jurídico.

Certamente, aquele que pretende solver estas e quaisquer outras dúvidas no direito necessitará analisar a origem do debate e o seu desenvolvimento, bem como as influências sociais, morais e políticas.

¹ Mestrando em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, UFRGS, Brasil. Especialista em Processo Civil pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, UFRGS e Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, PUCRS. E-mail: joamaximo82@gmail.com

Este estudo pode ocorrer tanto no plano horizontal, ou seja, através de uma comparação entre diversos sistemas jurídicos em um dado arco temporal comum, ou no plano vertical, isto é, uma investigação singular histórica de determinado ordenamento.

A intenção do presente trabalho é abordar justamente este corte vertical. Realizar tanto uma microcomparação, como uma macrocomparação, ou seja, verificar o desenvolvimento de alguns institutos jurídicos, escolhidos a título exemplificativo, e também do sistema legal de determinada região como um todo.

Não há como fugir de um pequeno estudo da história do direito em si. Entretanto, o verdadeiro objetivo deste estudo é demonstrar os benefícios do método, ou seja, como a comparação histórica é importante para entender a origem e desenvolvimento dos sistemas jurídicos e seus institutos, além de alertar para possíveis deturpações históricas, dolosamente ou não engendradas pelos estudiosos.

Isso porque, como dito inicialmente, o direito não escapa à ideologias e em grande parte da história, senão até hoje, é visto como um instrumento de poder. Ou seja, a legitimidade de determinadas explicações históricas deve ser averiguada além da questão eminentemente técnica.

Nesse contexto, o alerta de Giovanni Tarello é muito pertinente:

Chi scorre la letteratura giuridica contemporanea o, per lo meno, la letteratura giuridica sui problemi “generalí”, si imbatte con frequenza in un’affermazione: che l’attività del giurista non è, o non è solo, o non è senza residui, un’attività “técnica”; che, anzi, l’attività del giurista è, o è anche, un’attività “política.”²

A análise da conformação do processo ao longo dos anos, do modo como as partes dele dispõe e especialmente dos objetivos atribuídos ao processo no decorrer da história, por exemplo, nos diz muito do ambiente político e cultural da época estudada.

O processo já foi visto como um mero pacificador social, depois como o instrumento de veiculação da vontade concreta da lei e hoje como meio para tutela dos direitos. Cada escopo desses tem um endereço histórico, teve uma origem política e certamente foi influenciado por determinadas ideologias.

² TARELLO, Giovanni. Storia della Cultura Giuridica Moderna – Assolutismo e codificazione del diritto. Ed. Il Mulino. Bologna. 1976. p. 15.

É neste compasso que se mostra a importância do estudo histórico do direito, seja ele em um corte horizontal, seja ele em um corte vertical. Tal olhar permitirá uma crítica mais fundamentada do sistema legal vigente e seus institutos, além de possibilitar um estudo depurado das eventuais distorções doutrinárias ocorridas ao longo dos séculos.

2 DIREITO ROMANO

O processo moderno, tanto de tradição de *Common Law*, como de *Civil Law*, possui origem, em grande medida, no direito romano³. As influências são diversas e, por isso, em uma microcomparação de institutos é possível identificar o endereço histórico de muitas figuras processuais atuais.

A título de exemplo, verifica-se que os conceitos e entendimentos romanos acerca da sentença, da coisa julgada e do sistema de provas nos apresenta uma ideia geral de processo para eles e como isso veio a influenciar os demais ordenamentos, como o processo romano-canônico, processo comum, francês e moderno.

Uma das principais características do direito romano que perdura até hoje, ao menos em alguns países de tradição de *Civil Law*, é a finalidade do processo. Para os romanos, o escopo do processo era a atuação da vontade da lei em relação a um determinado bem da vida (*res in iudicium deducta*). A vontade da lei era a vontade do Estado: *commune praeceptum*, isto é, uma entidade superior que pairava sobre o magistrado. Interpretar a lei era reconstruir essa vontade do legislador. Os magistrados romanos exerciam função pública (*iurisdictio*) derivada da soberania do Estado. Representavam-no.

Nas palavras de Chiovenda:

Le famose regole sulla interpretazione delle leggi rappresentano appunto questo delicato lavoro affidato al magistrato di ricostruzione della volontà della legge;⁴

Em outro texto, o mesmo Chiovenda deixa ainda mais clara essa permanente influência do objetivo do processo romano na atualidade:

³ Sobre as influências também germânicas no processo moderno, ver CHIOVENDA, Giuseppe. Romanismo e Germanismo” (1933-1955), Saggi di Diritto Processuale Civile (1894-1937), Milano: Giuffrè, 1993, vol. I;

⁴ Idem. 1993, p. 95/96

L'idea stessa del processo è romana. Quando noi poniamo come scopo del processo l'attuazione della volontà della legge nel caso concreto, vale a dire in relazione a un determinato bene della vita che dalla legge si pretende garantito; quando vediamo nella giurisdizione il potere dello Stato che provvede a questa attuazione mediante l'attività dei magistrati; noi esprimiamo le idee dei giureconsulti romani.⁵

Se verificarmos com atenção, a própria estrutura do processo clássico romano já deixava evidente esta finalidade do processo. Ele era dividido em duas partes: *in iure* e *in iudicio*. A fórmula incidente era a lei do caso concreto aplicada aos fatos, antes potencialmente e depois de fato com a *condenatio* ou *absolutio*.

A atuação da vontade da lei para os romanos ultrapassava o simples objetivo de alcançar um bem da vida ou um ato de prestação devido. Visava à obtenção de uma certeza jurídica sobre uma determinada relação. Ou seja, o processo era um instrumento autônomo de produção de um bem da vida: certeza jurídica. Veja-se que isso facilitava a vida social, pois afastava qualquer dúvida que poderia assombrar o normal desenvolvimento das relações jurídicas.

Chiovenda, neste ponto, menciona que:

L'attuazione della volontà della legge presuppone un interessato a ottenerla. Ma è nella determinazione di questo interesse ad agire che il processo romano rivela un'altra caratteristica che si ritrova intatta nel processo moderno. Il processo d'un popolo civile no può servire soltanto al conseguimento coattivo delle prestazioni che ci sono dovute; all'infuori di questa funzione, nella quale esso ci si presenta nella figura violenta e brutale d'un organismo di coazione e di sanzione, il processo ha un compito più elevato e più raffinato: esso serve a tutti coloro che, indipendentemente dal conseguimento attuale d'un bene della vita, hanno interesse ad ottenere la certeza giuridica intorno a un determinato rapporto.⁶

Todo o processo romano girava em torno da emanção de um ato de vontade do estado. O ato no qual era formulada a vontade concreta da lei. Na verdade, este ato de vontade pode ser identificado em diversos ordenamentos jurídicos ao longo da história. Basicamente, todos os processos possuem um elemento lógico de natureza preparatória (observações, averiguações, raciocínios) e um ato de vontade (sentença), no qual se expressa a vontade da lei. Ocorre que no processo romano havia uma prevalência ou supervalorização desse ato de vontade em relação ao elemento lógico.

⁵ Idem. 1993, p. 78.

⁶ Idem. 1993, p. 79/80.

No processo clássico romano, por exemplo, esta vontade da lei era operada pelo pretor. O centro do processo era o ato solene volitivo, através do qual o magistrado encaminhava ao *iudex* a investigação dos fatos: *si paret Condemna, si non paret absolvito*.

Já na fase da *cognitio extraordinem*, o processo unificou-se como atividade de um só órgão, funcionário do estado, mas a sua tarefa ainda era a emanção de um ato de vontade estatal. O juízo lógico que precedia a decisão tinha caráter meramente instrumental, subordinado e secundário.

Vejam, portanto, como estas características influenciaram a conformação do processo como um todo. Elas explicam e delimitam, por exemplo, o conceito de coisa julgada para os romanos. Para eles, coisa julgada era a *res in iudicium deducta*. Era o bem da vida controverso entre os litigantes depois do seu “juízo”, ou seja, depois da negativa ou do reconhecimento do direito sobre ele. O que se tornava definitivo com a coisa julgada, então, não era a definição de uma questão, mas o reconhecimento ou não de um bem.

Nas palavras de Chiovenda:

Né mai pensarono i Romani che la essenza della sentenza fosse nella “risoluzione di questioni”; sí essi dissero che la sentenza è l’atto che accogliendo o respingendo la domanda, pone fine ala contestabilità d’un bene della vita.⁷

A razão deste reconhecimento é eminentemente prática, qual seja, garantia da certeza e segurança no gozo dos bens da vida. Não pensaram os romanos em atribuir esta imutabilidade à resolução da questão propriamente. Visão esta que depois seria alterada, indicando não somente a coisa ou o bem que formou o objeto da lide, mas o próprio juízo, a sentença e a sua autoridade, ou seja, ao provimento que pronuncia sobre o bem da vida.

A sentença também é uma figura jurídica através da qual é possível vislumbrar as implicações que as mudanças operadas em seu conceito causaram. Foram os romanos que denominaram este ato de vontade final que resolve o processo como sentença. Foi reservada exclusivamente àquele provimento no qual o juiz não exprime uma decisão sobre qualquer ponto da causa, mas sobre o fundamento da demanda, acolhendo-a ou não, definindo a lide com a atuação da vontade concreta da lei em relação ao bem controverso.

⁷ Idem. 1993, p. 98.

Por isso, não existe nos textos romanos decisão/sentença interlocutória. Os provimentos no curso do processo eram chamados de *interlocutiones*. Eram contrapostos à sentença não somente em relação ao momento processual em que ocorriam, mas também porque não produziam coisa julgada e porque somente a sentença era apelável, a fim de assegurar a continuidade do processo (princípio da concentração). Vejam, qualquer semelhança com o processo atual não é mera coincidência.

Nesse sentido, recorre-se à lição de Chiovenda para maiores detalhes:

*La interlocutio non produce dunque la cosa giudicata. Anche quando la frase “res iudicata” nella evoluzione del diritto romano venne ad assumere un significato più largo e generale, indicando talvolta non tanto la cosa o il bene che ha formato oggetto del giudizio finale, quanto il giudizio stesso, la sentenza e la sua autorità, inalterato è rimasto nella frase il riferimento esclusivo alla *sententia*, cioè al provvedimento che pronuncia sul bene della vita, accogliendo o respingendo la domanda.⁸*

Mais adiante abordaremos novamente esta questão, mas desde logo é possível perceber a origem da dificuldade do legislador brasileiro em admitir a decisão de antecipação de tutela, por exemplo, como uma verdadeira sentença e não somente uma decisão que antecipa os “efeitos” da sentença. Claro que aqui existem outros fatores, como a ideia da necessidade de uma cognição plena para a extração da vontade concreta da lei, etc.. No entanto, o importante é verificar que este entendimento possui uma raiz e com a utilização do método histórico de comparação é possível para identificar estas origens e possibilitar uma análise crítica dos reflexos atuais.

Outra figura processual sobre a qual também é possível fazer esta comparação diz respeito ao sistema de provas no direito romano. O processo romano era informado pelo livre convencimento do juiz. Este deveria extrair a decisão de uma conscienciosa observação e valoração dos fatos. Ele possuía tal liberdade e incoercibilidade de pensamento, que se não conseguisse extrair qualquer conclusão, deveria libertar-se da obrigação de julgar expressando o *sibi non liquere* ou consultar o imperador. Depois da observação dos fatos, era sempre a consciência do juiz que deveria decidir.

Esta característica do direito probatório reflete diretamente na forma do processo. Um processo dominado pelo livre convencimento do juiz deve permitir a formação de um convencimento com a observação pessoal e direta da matéria da causa. O mesmo juiz que

⁸ Idem. 1993, p. 101.

pronuncia a sentença é o que colhe os elementos da sua convicção. Deve ser a mesma pessoa do início ao fim. Por isso as atividades do processo devem ocorrer em um breve espaço de tempo, sem interrupções (princípio da concentração), contato entre os juízes e as partes imediato e como meio de comunicação primordialmente o oral (princípio da oralidade) e que todos os atos processuais sejam cumpridos com a participação das partes. (princípio da publicidade).

A oralidade do processo romano tem origem na função extraída da prova, como observa Chiovenda:

Il processo romano fu eminentemente orale, nella pienezza del significato di questa parola, e per la ragione intima e profonda, che ciò era richiesto dalla funzione della prova.⁹

Aliás, nesse sentido, veja-se que por isso as *interlocutiones* não eram alvo de apelação, pois o processo não podia ser interrompido. A oralidade exigia concentração de atos e eventual interrupção evidentemente atrapalharia o trâmite.

Então, através da microcomparação de institutos romanos é possível verificar a origem de muitas figuras processuais até hoje existentes e a herança jurídica de nosso ordenamento.

Através da compreensão desta origem, é possível otimizá-las, aperfeiçoá-las ou até mesmo abandoná-las, dependendo da compatibilidade com a realidade social atual. De outro lado, é preciso estar atento à construção doutrinária elaborada ao longo dos anos acerca da história.

Como dito alhures, o método histórico vertical de estudo do direito capacita o leitor a identificar pontos de distorção, seja ela política ou ideológica. No caso da herança romana, é importante ter em mente também a fusão com o direito alemão. Por isso, nem todas as características do processo moderno tiveram origem exclusiva em um ou outro, mas foram fruto de uma fusão e posterior desenvolvimento, onde fica difícil dizer qual influenciou mais e em que medida.

De qualquer forma, o que deve ficar claro é a necessidade da análise do direito também por este viés histórico vertical, que longe de agregar apenas conhecimento sobre as raízes do direito, também depura eventuais contorções doutrinárias.

⁹ Idem. 1993, p. 103.

3 DIREITO ROMANO–CANÔNICO

Assim como demonstrado acerca do direito romano, o estudo do direito Romano-Canônico também se apresenta frutífero ao realizarmos a mesma microcomparação. Até mesmo para verificar se houve uma continuação ou ruptura conceitual dos institutos.

De início, já é prudente alertar que, na verdade, não houve continuidade no que tange ao escopo do processo e, conseqüentemente, ao papel das figuras processuais até aqui estudadas. Isso em relação a todos os períodos romanos, mas a diferença é mais notável em relação ao período pós-clássico.

O Direito Romano-Canônico foi identificado na Itália a partir do Século XI e passou a ser informado por princípios e características, na verdade, opostos àqueles romanos anteriormente referidos. Logo veremos o motivo disso.

A ideia de que o escopo do processo era a atuação da vontade concreta da lei e a sentença o ato que reconhecia ou negava um bem da vida foi obscurecida. O processo aparece como um simples modo de resolver questões e a sentença um ato de imposição, de definição da controvérsia.

Diversamente do processo romano, onde havia apenas as sentenças definitivas e as *interlocutiones*, que não eram apeláveis, no processo Romano-Canônico surgiram as sentenças *interlocutoriae*. Elas decidiam questões incidentes e eram apeláveis, sob pena de transitarem em julgado. As sentenças definitivas resolviam a questão principal.

Já a coisa julgada no processo neste período era entendida como uma presunção de verdade daquilo que o juiz pronunciava. Não era simplesmente expressão da exigência prática de certeza e segurança no gozo dos bens da vida.

Além disso, foi esquecida a natureza pública do processo, como exercício de uma função estatal. A *iurisdictio* era vista como uma atividade privada e estudada desde o ponto de vista do interesse e direitos privados.

Nesse sentido, veja-se a descrição de Chiovenda:

D'altro lato radicalmente mutata è l'idea della giurisdizione. Coll'idea dello Stato si affievoli l'idea della giurisdizione come funzione statale, funzione cioè di formazione e attuazione della volontà della legge; e quanto più la giurisdizione, dapprima collo stabilimento delle istituzioni feudali, poi col frazionarsi sempre crescente della sovranità, si venne polverizzando fra i giudici più diversi, popolari, regi, imperiali, feudali, ecclesiastici, comunali, e venne assumendo l'aspetto d'una prerogativa del giudice, avente carattere

patrimoniale, trasmissibile ed alienabile; tanto più il processo cessò d'esser considerato come istituto pubblico di specializzazione della legge, e venne aparendo exclusivamente como una contesa fra litigante, e il giudice non fu più considerado como l'organo pubblico d'una funzione statale, ma como l'arbitro incaricato di dirimire questa contesa in base ai risultati delle prove.¹⁰

A mudança do sistema de provas, como não poderia deixar de ser, influenciou diretamente o escopo do processo. Ele já não era mais informado pelo princípio do livre convencimento do juiz. Adotou-se o sistema da prova legal, ou seja, complexo de normas formais que disciplinavam minimamente os meios de prova admissíveis, como deviam se desenvolver e o grau de influência que iriam possuir para o convencimento do juiz.

O processo deixa de ser oral e passa a ser escrito, abandonando princípios como da imediação, concentração, identidade do juiz e publicidade. Esta transformação tão profunda no processo foi devida a um complexo de causas, mas principalmente pela influência exercida pelos princípios do antigo processo alemão na prática dos juízes italianos e aqui já é possível identificar a fusão anteriormente mencionada entre Romanismo e Germanismo.

Estes princípios informavam um processo primitivo, que visava apenas à pacificação social, voltado mais a decidir do que a dirimir controvérsias. A solução não dependia do convencimento do juiz, mas do resultado de experimentos, cuja conclusão os jurisdicionados viam como manifestação de um ente superior, de uma divindade. O processo e a prova adquiriram um aspecto eminentemente formal.

O objeto da prova não eram os fatos em si, mas as alegações jurídicas da parte e a prova era dirigida mais ao adversário do que ao juiz. Posteriormente, tentou-se explicar racionalmente esta distribuição do ônus da prova, dizendo que ela devia recair sobre aquele que possuía maiores conhecimentos sobre o fato da causa, maior credibilidade, etc.. Porém, percebeu-se que, na verdade, esta regra era um reflexo do contexto social da época e ao caráter penal do processo.

Depois de todos estes experimentos que o juiz se limitava a assistir passivamente, ele constatava mecanicamente o resultado. Este tipo de processo também se verificou nos direitos bárbaros e semibárbaros, onde havia o emprego dos juízos de deus. Não havia qualquer espaço para convicção pessoal do juiz.

Veja-se o tamanho das alterações das características do processo romano nesta fase da história, as quais vieram a se destacar ainda mais com a influência do processo comum alemão. Houve uma inversão daquela relação entre elemento lógico e elemento de vontade,

¹⁰ Idem. 1993, p. 109.

próprios do direito romano clássico, vale dizer, com a supervalorização do elemento lógico. Houve um desvanecimento da ideia do estado e da lei como vontade do estado.

Então observem a guinada histórica ocorrida no processo. Deixou de ser a expressão da vontade da lei, ou seja, um processo eminentemente estatal, público, para tornar-se um processo preocupado somente com a resolução de questões. Um pacificador social.

4 PROCESSO COMUM

Após a queda do império romano do ocidente com a invasão bárbara, os juízes dos séculos seguintes passaram a aplicar os mais variados tipos de direito. Nenhum deles ligados à ideia romana, do estado como a quem todos deveriam obedecer no interesse da liberdade, etc.

A ideia de jurisdição deixou de ser vista como função estatal, função de formação e atuação da vontade concreta da lei. Quanto mais pulverizada a jurisdição, primeiro com as instituições feudais, depois com o fracionamento do poder, mais o juiz assumia um aspecto de soberania.

O elemento lógico do processo passou a ter um valor fundamental ainda mais destacado para preparar o ato final de vontade. Muitas questões que se apresentavam no decorrer do processo tinham importância vital para a decisão final. O caráter formal e solene da prova no processo alemão possuía um viés absolutamente lógico, conforme mentalidade escolástica.

Na lição de Chiovenda:

E poiché, si è visto sopra, strettamente collegata colla funzione della prova e la forma del processo, a quel modo che il processo romano, in cui la prova doveva servire a formar ela libera convinzione del giudice, fu orale, così, perla ragione inversa, fu scritto il processo comune.¹¹

O conceito de coisa julgada, ao contrário dos romanos, passa a ser uma espécie de selo de verdade aplicado à pronúncia do juiz, deixando de ter como alvo apenas o bem em discussão propriamente.

Da mesma forma, o entendimento sobre as provas também é modificado. O sistema de prova legal, dividido em provas plenas e semi-plenas, com diversas espécies, toma conta do processo. Era um sistema minuciosamente regrado, cada prova tendo o seu valor específico

¹¹ Idem. 1993, p. 112.

para apreciação do juiz. Tudo levava-se em conta: sexo, fama, fortuna, etc.. Não havia uma liberdade de valoração pelo juiz. A análise probatória era praticamente uma soma de pontos.

Estas características podem ser bem delineadas na verificação da prova testemunhal. As testemunhas deixaram de prestar um juramento geral sobre a parte, passando a responder somente sobre fatos específicos. A credibilidade da testemunha era averiguada por meio de regras formais, sem qualquer tipo de observação direta, a qual, inclusive, devia evitar-se. Tanto que se escolhia um notário para colher a prova. Não era o juiz.

O direito romano também conhecia regras probatórias, mas advindas de costumes. O legislador moderno, da mesma forma, fixa regras de preceito obrigatório para valoração de provas, mas são exceções que não caracterizavam o processo de modo tão formal como o alemão.

Mas veja-se que isso se deve ao tipo de processo, mais ou menos formal. Assim como no processo oral romano havia a regra do livre convencimento do juiz, o processo escrito alemão possuía o sistema de prova legal. Não que o processo primitivo alemão (longobardo) não fosse oral, mas por outros motivos, como o próprio desconhecimento da escrita e pelo modo como o povo tratava os afazeres judiciais em uma assembleia pública.

O processo, afastado dos princípios da oralidade, da concentração, da identidade do juiz, desmembrou-se em diversas fases preclusivamente separadas. Juízes diversos intervinham em cada uma delas.

Todas estas características desaguarão no processo austríaco do final do século XVIII, por exemplo, época em que ocorreu outro fato histórico que alterou substancialmente os caminhos do direito, que foi a revolução francesa.

5 PROCESSO FRANCÊS

O Código Napoleônico, fruto desta revolução, evidencia que o processo francês também é uma comunhão de elementos romanos e alemães, mas a sua formação autônoma é diferente do processo comum.

Nesta fase da história, houve uma retomada do método científico no campo do direito, fazendo com que o juiz voltasse à função de intérprete da vontade concreta da lei com base na observação dos fatos por meio do princípio do livre convencimento. Ocorreu um retorno ao processo oral, portanto.

Foi restaurada, da mesma forma, a ideia de processo como uma função estatal e do juiz como um funcionário público. A revolução francesa causou uma aversão a todas as jurisdições do velho regime.

O contato deste Código Francês com os outros ordenamentos europeus determinou uma enérgica reação ao processo comum e às legislações dele derivadas, contrastando com o seu caráter simples, claro, a sua oralidade e publicidade, com o princípio da soberania do juiz e a agilidade da sua forma.

O reflorescimento dos estudos romanos através da escola histórica permitiu uma exata noção dos institutos clássicos e pós-clássicos romanos, individualizando-os da influência alemã na formação do processo comum.

Houve, portanto, uma depuração do processo através da identificação dos elementos estranhos ao direito romano. O próprio direito alemão, com esta redescoberta romana, foi influenciado e reformado. Basta ver a retomada dos princípios da oralidade, imediação, concentração, no sistema de provas, no conceito de coisa julgada, etc. no projeto de reforma processual de 1931. Mas o próprio regulamento de 1877 já é exemplo desta influência das ideias romanas.

O processo francês, dentre as fases aqui analisadas, talvez seja o ponto de maior destaque, visto que operou diversas e importantes reformas processuais, cuja herança é identificada até hoje em muitos ordenamentos.

Dentre estas reformas, podemos citar, a título exemplificativo: a) a renovação do método científico, restituindo ao juiz a sua função de descobridor da vontade concreta da lei; b) a renovação dos estudos do direito público com base na restauração da ideia de Estado, de onde parte a concepção moderna de processo como relação de direito público; c) o Código de Processo Civil de 1804 (Código de Napoleão) causou uma forte reação ao processo comum alemão e d) o reflorescimento do estudo do direito romano permitiu a neutralização deste em relação a interferências externas.

Na verdade, esta tentativa de identificação de elementos romanos e germânicos no desenvolvimento dos ordenamentos jurídicos permeou o estudo da história do direito desde o início do século XX, como já mencionado anteriormente.

O próprio processo comum é uma mistura destes dois elementos, que também influenciou o processo moderno. Sempre houve esta tentativa de identificação de qual deles mais influenciou o outro.

O processo francês surge com uma identidade autônoma, mas mesmo assim não tão livre destas influências ao ponto de o autor alemão Maurer dizer que o processo Francês tem sim origem germânica:

Y a propósito del proceso francés, que tuvo tan grande influencia en la reforma del alemán, debe recordarse aquí que muchos, como ya Maurer, afirman que el mismo en los principios fundamentales es germánico.¹²

A influência exercida pelo Código de Napoleão, que se mostrou um ordenamento mais ágil e simples que o processo comum até então vigente, despertou o estudo desta dicotômica visão acerca do desenvolvimento da ciência do direito.

Segundo Chiovenda, com o passar do tempo a influência romana foi suplantando a interferência do Processo Comum alemão na França:

Este siglo XIV es decisivo para la romanización del proceso francés: por todas partes el formalismo germánico cede el campo, y los principios romano-canonicos pasan al primer lugar.¹³

Mas longe deste nacionalismo historiográfico, sobre o qual o leitor deve estar alerta, é importante ter em mente que, a despeito de qual direito influenciou mais o Processo Francês, esta fase do processo marca um abandono do particularismo jurídico que veio a introduzir a codificação moderna.

Giovanni Tarello ressalta muito bem a importância deste fenômeno:

Il processo di codificazione cui mi riferisco è uno dei fenomeni più importante e più appariscenti della cultura giuridica e della storia moderna.¹⁴

A codificação não possuiu apenas importância técnica, mas também introduziu resultados políticos-organizativos interessantes no ordenamento jurídico francês e dos demais países posteriormente.

Percebe-se, pois, que desde a Monarquia Absolutista, representada pelo *Code Louis* (1667), passando pela Revolução Francesa (1789) e culminando com o Código de Napoleão (1804), em uma comparação histórica vertical, as reformas processuais francesas foram decisivas para o rumo da história do processo civil.

¹² CHIOVENDA, Giuseppe. Romanismo y germanismo en el proceso civil. In: Ensayos de derecho procesal civil. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEJA/Bosch, 1949. P. 314. v.1.

¹³ Idem. 1949, p. 339/340.

¹⁴ Idem. 1976. p. 19

Além dos pontos adrede destacados, a influência deste período da história é muito mais rica e introduziu outras diversas consequências, que não serão aqui abordadas exaustivamente¹⁵. De qualquer forma, denota-se, mais uma vez, a relevância do método de estudo aqui destacado.

6 POSSÍVEIS DETURPAÇÕES HISTÓRICAS

Neste ponto talvez adentremos em um dos principais benefícios da utilização deste método histórico vertical de estudo do direito. A identificação de distorções doutrinárias sobre a evolução da ciência jurídica é imprescindível para uma visão depurada e sem vícios de como realmente se deu o desenvolvimento dos institutos jurídicos e dos ordenamentos como um todo.

Como visto acima, por muito tempo debruçou-se apenas sobre as influências romanas e germânicas na história do processo. Havia um certo nacionalismo historiográfico que em determinada medida deturpava a origem dos institutos e sua evolução.

Porém, não desmerecendo a importâncias destas tradições, evidentemente a história jurídica dos países não foi influenciada apenas por estes ordenamentos. Muitos outros fatores entraram em contato com a sociedade e ajudaram a conformar o processo como entendemos hoje.

Ocorre que isto nem sempre foi demonstrado pelos estudiosos do direito. Diversas obras como as de Friedrich Carl von Savigny e Oskar von Bülow demonstram esta deturpação da mistura de elementos romanos e germânicos. A comparação histórica, portanto, serve justamente de ferramenta para identificação destas incongruências e, portanto, depuração da verdadeira evolução da ciência do direito.

Um período histórico interessante, no qual é possível identificar algumas destas deturpações na história do processo é entre o iluminismo e as codificações, no que diz respeito à autonomia do processo, iniciada pela doutrina alemã na segunda metade do século XIX.

¹⁵ Para maiores informações acerca do período de codificação e demais influências exercidas pelo Iluminismo, ver TARELLO, Giovanni. *Storia della Cultura Giuridica Moderna – Assolutismo e codificazione del diritto*. Ed. Il Mulino. Bologna. 1976.

O grande marco nesse sentido, teoricamente, é o conceito de relação processual trazido por Bülow (1868) e que através de Degenkolb e Wach chega ao refinamento com Koheler em 1888.

Justamente, embora esta questão venha normalmente ligada pela doutrina à Bülow, nas palavras de Nörr, em obra publicada em 1976, chamada *Naturrecht und Zivilprozess*, já se identificavam traços acerca da autonomia da relação processual em Nettelblatt, aluno de Wolff, que na metade do século XVIII elaborou o conceito de ato processual em paralelo ao conceito de negócio jurídico. Além disso, já se percebe no final do século XVIII, por obra de jusnaturalistas, a sistematização de partes gerais do Direito processual análogas às partes gerais do direito privado.

Segundo Nörr, o período de intensa influência jusnaturalista no processo termina no final do século XVIII e início do século XIX com as obras de Grolman, Gonner e Almendingen, nas quais vêm elaborada uma teoria geral do procedimento e enunciadas as *Prozessmaximen*, sob influência de ideologias iluministas.

Nörr acredita, então, que o início da teoria do processo como construção científica autônoma ocorre com Grolman. Portanto, vejam como pode ter ocorrido aqui uma deturpação na história da origem da autonomia da ciência processual, que somente pode ser identificada através deste método de comparação vertical.

Outra questão interessante de se observar e que também traz um exemplo de certa manipulação histórica do direito diz respeito à mudança do modo de concepção da função judicial.

Até aqui trouxemos exemplos de reflexos no desenvolvimento da ciência processual atinentes a alterações no conceito ou natureza de certas figuras, certos institutos processuais em si, ou seja, uma análise microcomparativa.

No entanto, é importante notar que uma alteração de natureza política no que tange à administração da justiça, a sua organização, etc., também tem um grande potencial de influência na ciência processual.

A fase de codificação, que vai da metade do século XVIII ao Código de Napoleão e aos ordenamentos processuais austríacos e alemães teve como base razões políticas que trouxeram um novo modo de conceber o exercício da função judicial.

Houve uma transformação em sentido burocrático da função jurisdicional, que teve sua máxima expressão na reforma do ordenamento judiciário Prussiano sob o regime de Frederico II (1746), na autonomia da administração da justiça da Áustria por força de Maria

Teresa (1749) e na grande lei napoleônica de 1810, a qual se tornará posteriormente o grande modelo de organização judiciária por toda a idade burguesa.

Foram diversas as mudanças em sentido burocrático dos órgãos judiciais: regulamentação da função judiciária como carreira, criação de uma estrutura hierárquica entre os órgãos judiciários, etc.

Esta burocratização serviu como resposta a uma racionalização das atividades dos órgãos judiciais, um dos aspectos fundamentais do iluminismo. Aqui surge um aspecto que é negligenciado na doutrina de Chiovenda, por exemplo, que é a influência do desenvolvimento do direito administrativo para a concepção autônoma do processo.

A racionalização do aparato administrativo está para o surgimento da teoria do ato administrativo, por exemplo, assim como a racionalização do aparato judiciário está para a elaboração da categoria do processo.

Claro que mesmo sendo estes os marcos comuns desta burocratização da atividade judicial, não quer dizer que não existam diferenças fundamentais entre estas fases. No absolutismo iluminista (primeira reforma judiciária prussiana), a função primordial do juiz era a busca da verdade e o processo tinha um caráter demasiadamente inquisitório. O juiz era intérprete da vontade do príncipe. Já no ordenamento napoleônico, o juiz era essencialmente intérprete da vontade da lei.

Esta linha evolutiva teve um corte em 1790, quando a assembleia constituinte francesa decidiu pela exigência de um controle democrático da administração da justiça e o princípio da eletividade dos cargos judiciários veio aprovado, enquanto, do outro lado, as antigas normas de procedimento foram substituídas pela regra da liberdade das formas do juízo, mas retoma seu rumo cinco anos depois, abrindo caminho para o posterior estabelecimento das bases definitivas da organização judiciária francesa em 1810.

Então, vejam que as origens da teorização do processo, de matriz jusnaturalistas, remontam à noção de ato processual e a ideia de procedimento nasce com a burocratização da função judicial. Não teve origem somente na codificação processual da época iluminista.

Nas palavras de Vitorio Denti:

Contrariamente a quanto riteneva Chiovenda nella celebre prolusione bolognese, non è dall'affermarsi della c.d. concezione publicistica del processo che nasce la costruzione del processo come figura giuridica per sé stante, poiché questa figura nasce con la burocratizzazione della funzione

giudiziale che consegue alle riforme dell'illuminismo ed è intrinseca alla struttura che l'organizzazione dello stato assume nell'Europa continentale.¹⁶

A categoria do procedimento, portanto, representa o produto científico da racionalização do poder judiciário como poder burocraticamente organizado. Poder racional, com precisas competências e ordenamento hierárquico. Elaboração conceitual que tem o seu cume na processualização de toda atividade estatal, inclusive com o surgimento do sistema de justiça administrativa.

A visão do processo como manifestação da autonomia privada e da forma como garantia dos direitos do cidadão coexistiam com esta concepção burocrática da função judiciária e, portanto, do procedimento como expressão técnica e racional desta função.

Desse retorno à concepção publicista do processo nasce a sua construção como figura jurídica autônoma, somada à mencionada burocratização da função judicial, que segue a reforma do iluminismo e é intrínseca à estrutura que a organização do estado assume na Europa continental.

Então, o que evolui no final do século XIX não é tanto a concepção da autonomia do processo como categoria formal do Poder Judiciário ou a identificação das situações subjetivas sobre as quais radica o direito de ação.

O elemento central identificado por Mortara, mas esquecido por Chiovenda, é a evolução da justiça administrativa, que começa a fazer parte daquilo que Mortara definia como a unidade orgânica jurisdicional, pondo sobre o mesmo plano, sob o perfil constitucional, os direitos subjetivos e aqueles que depois se chamariam os interesses legítimos.

O próprio Savigny entendia que uma organização judiciária hierárquica, onde há uma harmonização de um sistema coerente representa uma ciência jurídica autorizada e concorde no seu procedimento a garantir aquela clareza e certeza do direito que outros propunham de alcançar com a codificação.

Então, observem o papel da organização judiciária na conformação do processo, ponto este muitas vezes negligenciado pela doutrina a fim de atribuí-lo a outros fatores, demonstrando, até mesmo, uma manipulação quem sabe política da história.

A prova desta estrita ligação entre a afirmação do processo como categoria autônoma e a difusão do modelo burocrático da função judicial se tem no fato de que esta autonomia é

¹⁶ DENTI, Vittorio. "Dottrine del Processo e Riforme Giudiziarie tra Illuminismo e Codificazioni", *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, 1981. P. 225

estranha aos ordenamentos nos quais a administração da justiça não teve uma súbita evolução, como na Europa continental, as quais imprimiram as reformas do iluminismo.

Falamos aqui, por exemplo, dos países de *Common Law*, onde as características burocráticas da estrutura judicial são diferentes. A inexistência de uma teoria geral do processo fez com que os estudos anglo-americanos sobre direito processual, por exemplo, se assemelhassem muito àqueles da Europa continental antes da codificação.

Mais um fator que comprova isso é o surgimento de órgãos de justiça administrativa recentemente na Inglaterra (1980). A proliferação e a extrema variedade de procedimentos induziram a formulação de critérios de harmonização do seu funcionamento e controle sobre a correção do procedimento (obrigação de motivação, por exemplo), que levaram ao surgimento de um tipo de direito processual administrativo com características de teoria geral. Este fenômeno também ocorreu nos EUA, com as Agências Administrativas.

Ou seja, é a burocratização da atividade judicial exigindo um conjunto de regras próprias de uma ciência autônoma processual.

Ao longo deste desenvolvimento da ciência processual, a autonomia cedeu espaço, no período pós-iluminista, para maior reaproximação entre o direito subjetivo e o processual. Segundo Nörr, esta reaproximação teve por efeito o ressurgimento das discussões acerca do direito de ação.

Segundo Tarello:

Dal momento in cui la giurisdizione è concepita come funzione distinta, e funzione di applicazione del diritto, si manifesta la tendenza all'unificazione delle procedure, almeno entro i limiti delle distinzioni dei diritti a applicare (civile, penale, commerciale, ecc.), e la tendenza a concepire la funzione applicativa del diritto non più come prassi, bensì come parte del diritto a applicare.¹⁷

Ou seja, o processo vem concebido como um direito assim como o direito subjetivo. A *Klagerecht* de Savigny, por exemplo, pertence ao direito subjetivo e não tem como escopo unir direito substancial e processo.

No que tange ao direito de ação, deparamo-nos, mais uma vez, em um possível mal entendido da doutrina. Ressaltamos, portanto, a importância da comparação vertical no estudo do direito.

¹⁷ *Ibidem*. 1976, p. 41/42.

Segundo Vitorio Denti, houve um mal entendido do real objeto do estudo que a doutrina, ainda na metade do século XIX, dedica à ação e às exceções. Cita como exemplo a obra de Roberti (1ª Ed. 1832), na qual há uma exposição de verdadeiro direito material, cuja ligação com o processo é feita somente para facilitar a exposição do objeto da demanda, aquela que será depois denominada *causa petendi* ou razão da ação.

Os processualistas do século XIX não ignoram a ação de Savigny. O direito de ação, segundo este autor, especialmente sobre sua violação, vem a ser percebido como um novo estado de direito, qual seja, aquele da defesa. É a transformação do direito por meio da lesão, apresentando-se sob um novo aspecto, um estado de defesa. Torna-se a razão da pretensão, enquanto direito afirmado por quem propõe a demanda judicial.

Através destas singelas linhas foi possível observar, assim, algumas questões que são estudadas normalmente sem qualquer alerta sobre possíveis deturpações históricas, mas que, como visto, ocorreram.

Vejam que a informação depurada permite o conhecimento da verdadeira origem do direito de ação, do papel da organização judiciária na conformação do processo, da importância da evolução da justiça administrativa, por exemplo. Todos estes aspectos restariam obscurecidos e talvez outros pontos da história processual não seriam entendidos pelo leitor desinformado em razão desta omissão.

7 ATUALIDADE: HERANÇAS HISTÓRICAS

Veja-se, então, que há uma estreita relação entre a história dos ordenamentos jurídicos e a história da doutrina processual, que só pode ser destacada através desta comparação vertical.

Ocorre que não se pode olvidar as mudanças nos contextos sociais e políticos de cada época. A noção de que o direito tem caráter intertemporal, não-histórico e, por isso, estático, advém da lógica do positivismo, onde nada de exterior ao direito poderia influenciá-lo. A continuidade e estabilidade fariam o direito.

Nas palavras de Ovídio Baptista:

Encontramos esta mesma ideia, de que a continuidade faz (sociológico-positivamente) o direito, em R. Demogue (*Noções Fundamentais do direito privado*) e H. Kelsen (*Teoria pura do direito*). A posição é desconfortável

porque, apesar de tudo, o direito evolui. Mas precisa G. Ripert: ‘Dizer que o direito evolui é, como tal, reconhecer que o essencial permanece’ (p.28).¹⁸

No entanto, vejam como a influência do contexto é realmente grande. Segundo Giovanni Tarello, é preciso admitir a interferência de eventos culturais nos eventos reais:

Sin dall’inizio, dunque, possiamo utilmente adottare l’ipotesi di lavoro meno compromettente: e cioè suporre che al processo che ci interessa possano aver concorso eventi reali ed eventi culturali; e che eventi culturali successivi ai primi possano aver poi concorso ad un’ulteriore qualificazione di tutto il processo. Se ed in qual misura ciò sia avvenuto, è appunto matéria di indagine e oggetto di chiarimento.¹⁹

No início da Idade Moderna, a instabilidade europeia foi marcada pela queda do imperialismo e com isso a ideia de bem comum, assim como um frequente conflito de valores decorrentes de crenças e religiões diversas. Neste quadro, o direito serviu como pacificador social, estabelecendo parâmetros comuns fundamentados apenas na razão. O direito era, portanto, somente racional, lógico. Separado da moral. Ele proporcionava, assim, a coexistência de liberdades. Não estabelecia objetivos, mas apenas condições para coexistência de fins e valores diferentes. Consequência disso é a inexistência de objeto justo. A justiça estava ligada à validade dos consentimentos.

Nesse teor, o direito só poderia ser negativo, um proibidor de condutas. Ou seja, trouxe uma forma negativa universal. Ele não propunha condutas.

Este tipo de ideologia em relação a regras e princípios universais demonstra que para mudar o direito não se deve somente mudar o código, como perceberam os franceses. O congelamento do direito em dispositivos universais e gerais aliena-o da realidade social e da história.

A criação da jurisdição de urgência pelos franceses, por exemplo, é uma demonstração de influência da experiência prática jurídica no direito positivo, mesmo que atualmente a doutrina ainda defenda conceitos e princípios do século XIX.

No Brasil, tem-se o exemplo da tutela antecipada e os meios atípicos de execução, a contrariar as bases doutrinárias do processo de conhecimento. O exemplo mais comum da manutenção das velhas ideologias é a consideração da decisão da antecipação de tutela como

¹⁸ BAPTISTA DA SILVA, Ovidio A. *Jurisdição e Execução na Tradição Romano Canônica* (1996), 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. P. 177.

¹⁹ *Ibidem*. 1976, p. 18.

um despacho interlocutório e não uma verdadeira sentença, somente porque fundado em um juízo provisório e não de certeza.

Mudar tais concepções exigiria uma alteração dos fundamentos que sustentam o próprio processo de conhecimento. Por isso, falsamente escamoteia-se a ideia de que o juiz antecipa os “efeitos” da sentença e não a tutela em si. Como se para antecipar os efeitos não se fizesse qualquer julgamento.

Segundo Ovídio Baptista:

Temos insistido em mostrar como a doutrina não consegue, ou não deseja, renunciar, ou sequer questiona o Processo de Conhecimento, perseverando no entendimento de que os provimentos antecipatórios podem antecipar *efeitos* da tutela, nunca a *própria tutela pretendida no pedido inicial* (confira-se o disposto no art. 273). Raciocina-se como se o juiz pudesse antecipar a *consequência* da tutela sem formar sobre ela qualquer julgamento, precisamente porque, para a doutrina tradicional, fiel à *ordinariedade*, julgamento fundado em verossimilhança, julgamento não é: julgar provisoriamente é não julgar.²⁰

É preciso revelar, portanto, os vínculos ainda existentes entre as instituições fundamentais do nosso ordenamento e o racionalismo cartesiano, que pressupõe uma separação entre teoria e prática, entre fato e direito, que exige um juízo de certeza, não de verossimilhança, o qual não seria digno de uma verdadeira ciência, no conceito de Descartes.

Essa ideologia da *ordinariedade* enraizada no direito brasileiro assenta-se no pressuposto de que a moral e o direito são tão demonstráveis como uma ciência matemática, uma lógica. A norma seria fruto de uma razão clara, inteiramente compreensível e, por isso, de sentido único. A sentença seria produto de um juízo de certeza, então, apresentando a única decisão correta.

Esta concepção já era questionada no início do século XX, mas restou mais fortemente criticada a partir da metade desse século. Até mesmo para Kelsen, o qual entende ser possível alcançar uma única resposta correta, haveria mais de uma resposta possível, todas dentro da “moldura”. Mas a teoria usual da interpretação (cognitivista) admite a existência de apenas uma resposta correta, que estaria na lei.

Nesse quadro, imagina-se que o juízo no processo de conhecimento ordinário alcançaria, através da extração da vontade do legislador, esta única resposta correta.

²⁰ *Ibidem*. 2007, p. 181.

O pensamento jurídico moderno, desde o século XVII, introduziu o direito no ramo das ciências exatas e conseqüentemente o processo civil mantém-se refém de metodologias a elas pertinentes, quando deveria ser uma ciência da compreensão, admitindo que o jurista está inserido em uma tradição cultural e dela não pode desvencilhar-se.

Porém, é necessário destacar que nem mesmo Descartes era radical nesse sentido. O seu pensamento lógico tinha lugar nos desígnios da ciência. Quando tratava de problemas da moral prática, admitia a necessidade de, às vezes, seguir opiniões verossímeis.

Outra contemporização que deve se feita é no sentido de que não foi apenas a doutrina de Descartes que influenciou o pensamento sobre os juízos de verossimilhança. O problema não está na sua doutrina, mas na transferência dela para o direito. Esta sim é mais atribuída à Leibniz e sua insistente busca pela certeza jurídica²¹.

Observa-se a distância entre o direito e a história, entre o direito e o fato social, porque a doutrina apenas replica mecanicamente ensinamentos anteriores, sem libertar-se da ideologia do racionalismo dos séculos passados.

Mesmo sem ignorar os movimentos culturais do século XX, os processualistas permanecem presos a esta ideologia e tentam adaptar as novas tendências a estas velhas concepções. Tenta-se preservar o processo de conhecimento, mas introduzindo decisões liminares, por exemplo.

Pretendendo manter conceitos gerais e universalizáveis, os juristas esquecem que eles são extraídos de um processo cultural. Transformam-se na medida da modificação e evolução das sociedades. O valor cultural é um valor relativo, diferente do valor absoluto, que se fundamenta apenas no conhecimento. O valor relativo leva em consideração axiomas e desejos.

Dentro desse quadro é possível admitir que as instituições dos séculos passados também são relativas, ou seja, influenciadas pela cultura da época e por isso devem ser diferentes das atuais, influenciadas por outros valores. Logo, não há como tornarem-se perenes na história.

Conforme ensina Ovídio Baptista:

A ideia de que as instituições processuais – queremos referir-nos ao Processo de Conhecimento e ao cortejo conceitual que o sustenta – sejam

²¹ Para maiores informações acerca da diferença entre o racionalismo alemão de Leibniz e Wolff para o racionalismo Francês de Jean Domat, ver TARELLO, Giovanni. *Storia della Cultura Giuridica Moderna – Assolutismo e codificazione del diritto*. Ed. Il Mulino. Bologna. 1976.

neutras e livres de qualquer compromisso com a História e com o contexto cultural que as produziu é inteiramente falsa, mesmo tendo-se em vista a extrema formalização a que elas foram levadas pelo movimento responsável pela formação do “mundo jurídico”.²²

O direito não é geral e absoluto (imutável), mas histórico e concreto (fundado na cultura da época). As instituições não são neutras e descompromissadas com a história e o seu ambiente social.

Ora, se o direito possui um caráter como esse, não parece crível que ainda convivamos com um processo de conhecimento fundado em paradigmas racionalistas vigentes em épocas passadas. Os valores e ideologias da época da sua criação já não são mais os mesmos.

Se adotarmos uma lógica absolutizante para o processo, sempre que houver mudanças sociais profundas, estará fadado ao insucesso. Foi exatamente isso que ocorreu entre o renascimento e o ambiente cultural pós-industrial.

Luis Recanséns Siches disse a respeito:

La lógica absolutizante, construida sobre silogismos rígidos infectó los campos político, económico y jurídico. Pronto se olvidó que los principios manejados como perennes tenían validez sólo frente a unas determinadas situaciones sociales, en vista de procurar métodos ordenados y justos para el bienestar social. Pero cuando las realidades sociales cambian, aquellos principios absolutizados en fórmulas rígidas, se muestran como obstáculos o impedimientos para ordenar con justicia las nuevas situaciones sociales.²³

A sociedade democrática e pluralista do século XX derrubou a utopia de neutralidade da lei. Não só isso, outro motivo da sua derrocada foi a mudança do próprio conceito de lei. Ultrapassou-se aquele conceito ideal ou ideológico de neutralidade frente aos problemas econômicos e sociais, de uma norma geral e abstrata, chamada Lei Moderno-Iluminista de vontade geral.

A lei passa a ter uma função política, passa a ser um processo de governo em razão do espaço aberto deixado pela sua neutralidade jurídica. No iluminismo, tentou-se reduzir o político ao jurídico e, agora, reduziu-se a instrumentalização do jurídico ao político.

²² Ibidem. 2007, p. 185/186.

²³ Siches, Luis Recanséns. Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica “razonable”, México, 1971, p.370, APUD BAPTISTA DA SILVA, Ovidio A.. *Jurisdição e Execução na Tradição Romano Canônica* (1996), 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 186/187.

Nesse sentido, o processo de conhecimento, ao suprimir os juízos de verossimilhança, obedece aos ditames do iluminismo. Pressupõe que a jurisdição seja meramente declaratória da vontade da lei, a qual teria sentido único e, por isso, uma solução correta. O juiz não possuiria qualquer liberdade criadora, ou seja, a racionalidade na interpretação da lei concederia segurança, protegendo o cidadão do Estado. Nesta concepção, somente o procedimento ordinário, livre de juízos de verossimilhança, seria capaz de proporcionar uma paridade de armas entre as partes.

A partir do início do século XX esta ideia de segurança fundada na lei começa a mudar através dos movimentos antipositivistas. Josef Esser é um dos críticos desta aplicação racional da lei, afirmando ser uma ilusão o afastamento da vontade nesta operação.

Entretanto, o congelamento do Processo de Conhecimento no tempo não se deu apenas em razão do racionalismo e do ideal iluminista. A inflação legislativa também deixou claro que a ideia de completude não é possível.

Na verdade, há uma resistência inconsciente de nossa sociedade em admitir que vivemos em um momento de profunda crise social, política e existencial, que traz muitas incertezas. Este período turbulento, em regra, precede grandes revoluções culturais. Esta resistência se manifesta na manutenção deste modelo racionalista (binômio conhecimento-execução), que estabelece como missão a busca da verdade definitiva contida na lei, que vê na jurisdição o papel de revelar o certo e o errado.

É chegada a hora de retomar a dimensão dialógica do processo. Ele não é voltado a descoberta de verdades absolutas, mas de versões sobre os fatos, ou, como diria Hannah Arendt, de significados.

É preciso admitir que a decisão judicial, além de um ato de inteligência na clarificação do texto legal, também é um ato de vontade na escolha do significado do texto. Não se trata de dar maior poder aos juízes, mas reconhecer que eles sempre fizeram isso, em maior ou menor medida, dependendo da época.

Nas palavras de Ovídio Baptista:

A compreensão do direito é essencialmente *retórica*, pela natureza da “relação vital do intérprete com o texto”. É necessário aceitar a “ambiguidade retórica” como um ideal positivo para compreensão das ciências do espírito. A “aceitabilidade racional” expressa pelo *verossímil* no

pensamento clássico, deve tomar lugar da racionalidade linear da epistemologia das ciências empíricas.²⁴

Esta crise dos ideais iluministas também precisa derrubar o seu principal símbolo processual, que é o processo de conhecimento. Há de se recuperar o papel mais ativo do juiz na conformação do processo, como tutelas executivas, mandamentais, etc.. O juiz não pode ser mais um mero expectador, um poder nulo. Deve participar como sempre fez.

Para isto, não basta a introdução da antecipação da tutela, se conservarmos este apego ao processo de conhecimento. Não basta uma sentença condenatória, sem qualquer efetividade. A jurisdição não deve ser mais arbitral e privada, mas imperativa. É preciso estabelecer um novo conceito de jurisdição. Deve haver uma busca dos juízos de verossimilhança, afastando-se a geometrização do direito.

O juiz deve exercer uma jurisdição criadora do direito, fazendo com que o Poder Judiciário atue como um agente intermediário entre a lei e seus consumidores, como diria o jurista italiano Mauro Cappelletti.

O problema da cognição exauriente, desta necessidade de tempo para descoberta tem origem na visão dos filósofos da época de Descartes e sua busca da certeza. Descartes tentou fundamentar a filosofia em proposições indubitáveis. Esta busca depreciou o que é temporal e contingente.

Veja-se que esta crítica, mais uma vez, não se dirige às concepções propriamente ditas, que se encaixavam perfeitamente ao pensamento das suas épocas. O problema é transportá-las para um tempo em que a situação já não é a mesma. O caldo cultural não é o mesmo.

A ideologia não é ruim. Todo pensamento humano, de certa forma, possui ideologia. Porém, o lado ruim da ideologia é aquele que congela no tempo determinados conceitos, determinadas ideias, transportando-os ao longo dos anos para que sejam aplicados em outro contexto social. É este o caso da *ordinariedade* e seus pressupostos.

Ordinariedade está ligada à *plenariedade*, ao juízo de certeza, que dependeria de um convencimento baseado na plenitude da prova. A *ordinariedade* e *plenariedade* são conceitos que estão ligados e que Chiovenda, para contrapor ao conceito de cognição sumária, serviu-se da expressão *cognição ordinária*.

²⁴ Baptista da Silva, Ovídio. *Processo e Ideologia – O paradigma racionalista*. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2004, p. 271.

A ordinarização e, conseqüentemente, a plenarização das demandas é uma decorrência deste paradigma racionalista. Desta tentativa de trazer o direito ao campo das ciências puramente lógicas, como queria Leibniz e Wolf. Isso reduziu a função do direito a simples aplicação mecânica da lei. Sem a quebra de tal paradigma, qualquer reforma estará fadada ao insucesso.

Para se chegar à quebra de tal paradigma é imprescindível conhecer a fundo as suas origens, sua natureza, e tudo isso pode ser feito através deste método vertical de comparação histórica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Podemos perceber, através da análise feita no presente trabalho, a importância do estudo histórico do direito. Longe de parecer demasiadamente abstrato, ele denota as raízes de institutos e características evolutivas dos ordenamentos, intimamente ligadas à prática e à realidade social de cada época.

Verificamos que no Direito Romano o processo passou de um caráter privado para público, engendrando conseqüências distintas em ambas as tradições hoje conhecidas (*Common Law* e *Civil Law*). Além disso, muitos dos institutos jurídicos que atualmente conhecemos tiveram sua origem em Roma e sofreram as influências desta mudança.

Já no século XI, o Direito Romano-Canônico, por influência do Direito Alemão, tomou um rumo absolutamente diferente, tornando a ser eminentemente privado. Esta reviravolta processual permaneceu na Idade Média, com o Direito Comum e sua insistência pela busca da certeza do direito através da lógica.

Apenas com a Revolução Francesa foi possível assistir à uma reação ao absolutismo e concentração do poder, com a autorização aos magistrados para interpretação da lei, porém, ainda presa à ideia de univocidade de sentido.

Todos estes caminhos do direito, sem dúvida, marcaram para sempre a ciência processual e produzem resultados até hoje. No entanto, para bem conhecer estas influências, depuradas de miopias doutrinárias, dolosas ou não, o método vertical de comparação histórica é bastante proveitoso.

Através dele, percebemos algumas distorções doutrinárias acerca do direito de ação, da importância da evolução da justiça administrativa e do tamanho da interferência da burocratização da justiça na conformação do processo que conhecemos hoje.

Sem esta informação, talvez seríamos levados a conclusões errôneas ou entendimentos incompletos sobre a realidade atual e o motivo pelo qual a tradição jurídica que herdamos é assim.

Após a microcomparação realizada inicialmente, observamos os impactos que estes caminhos percorridos pelo processo produzem até hoje. Dessa forma, a macrocomparação revela, por exemplo, como e porque ainda estamos presos ao paradigma racionalista, impedindo maior efetividade à tutela jurisdicional. Estas informações são imprescindíveis para construção de um novo horizonte para o processo brasileiro.

Aliás, como visto, as consequências de um transplante acrítico de determinadas características jurídicas têm como conseqüência uma legislação e um sistema legal absolutamente desapegados à realidade cultural de onde são aplicados.

Por isso, é imperioso um estudo profundo das origens e da evolução traçada, no caso, pelo ordenamento processual, para corretamente entendê-lo e promover as mudanças necessárias, se necessárias.

Segundo Giovanni Tarello:

Orbene, una storia della cultura giuridica moderna deve proporsi almeno i seguenti obiettivi: a) evitare i condizionamenti delle più o meno occasionali partizioni accademiche (storia della filosofia del diritto, storia del diritto "italiano", storia delle istituzioni, storia amministrativa, ecc.) neutralizzando le categorie di settore attraverso il renderle oggetto di storiografia; b) accogliere i suggerimenti che provengono dall'interno dei settori disciplinari giuridici, ma controllarne la tematica e la terminologia; c) tenere in massimo conto la storiografia non giuridica.²⁵

Para o mestre italiano, então, um estudo da história do direito não pode ignorar o contexto cultural analisado, tampouco outras disciplinas que fortemente influenciam a ciência jurídica.

Isso porque, segundo Zygmunt Bauman: "Cada forma cultural, uma vez criada, é consumida a ritmos variáveis pela força da vida".²⁶ Ou seja, é preciso estar atento a este dinamismo, sob pena de um transplante acrítico absolutamente inapropriado.

²⁵ Ibidem. 1976, p. 9.

²⁶ Baumann, Zygmunt. Ensaaios sobre o conceito de cultura. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Editora Zahar. Rio de Janeiro. 2012. P. 76.

Através desta análise histórica vertical é possível ter um panorama completo da tradição jurídica a qual pertencemos e entender, de forma clara, como podemos tornar nosso direito ainda mais efetivo.

8 REFERÊNCIAS

ALLORIO, Enrico. **Problemi di Diritto**. Milano, 1957, vol. III;

BAPTISTA DA SILVA, Ovidio A. **Jurisdição e Execução na Tradição Romano Canônica** (1996), 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007;

_____. **Processo e Ideologia**. Rio de Janeiro: Forense, 2004;

BAUMANN, Zygmunt. **Ensaaios sobre o conceito de cultura**. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Editora Zahar. Rio de Janeiro. 2012.

CHIOVENDA, Giuseppe. “Sulla influenza delle Idee Romane nella Formazione dei Processi Civili Moderni” (1933-1955), **Saggi di Diritto Processuale Civile** (1894-1937), Milano: Giuffrè, 1993, vol. II;

_____. “*Romanismo y germanismo en el proceso civil*”. In: **Ensayos de derecho procesal civil**. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEABosch, 1949;

DENTI, Vitorio. “Dottrine del Processo e Riforme Giudiziarie tra Illuminismo e Codificazioni”, **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: Cedam, 1981;

LIEBMAN, Enrico Tullio. “Qualche osservazione sullo studio della storia del processo civile”, in **Problemi del Processo Civile**, Morano, 1962;

_____. “Istituti del diritto comune nel processo civile brasiliano”, in **Problemi del Processo Civile**, Morano, 1962;

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3ª Ed. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 1991, traduzido por José Lamego;

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

PICARDI, Nicola. **Jurisdição e Processo** (1935). Rio de Janeiro: Forense, 2008;

TARELLO, Giovanni. **Storia della Cultura Giuridica Moderna – Assolutismo e codificazione del diritto**. Ed. Il Mulino. Bologna. 1976.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 2ª Ed. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 1967, traduzido por A. M. Botelho Hespanha;