

# DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

Sebastião de Souza

Descoberto e colonizado pelos portugueses, o Brasil recebeu da Metrópole o direito ali então vigente e assim a história do direito brasileiro e português é comum até a independência.

Portugal foi uma província romana e este fato é bastante para que se saiba desde logo da influência do Direito Romano na formação do Direito Lusitano.

Os conquistadores romanos, porém, já encontraram na Lusitânia, naturalmente, um acervo de normas consuetudinárias que se não deixam absorver facilmente e em sua totalidade.

O próprio Direito Romano sofreu suas vicissitudes, experimentou deformações acentuadas, principalmente depois da queda do Império.

Tôda a Península Ibérica padeceu de invasões de bárbaros e de árabes e o contacto de civilizações diversas dá oportunidade para interpenetração do direito, através da legislação e por via de costumes.

O Código de Alarico, a Lei dos Wisigodos e o Fuero Juzgo marcam épocas de caldeamento das instituições jurídicas e a Lei das Sete Partidas é uma tentativa de retôrno às fontes, mas estas já haviam perdido sua pureza e estavam refletidas na construção dos doutores, glosadores e post-glosadores.

Floresciam as Universidades, onde renascia o Direito Romano, prestigiado e sedutor e tanto que sombreava o Direito Canônico, a ponto de ser banido da Universidade de Paris e outras.

Juristas portugueses estudaram em Paris e Bolonha e um dêles se orgulhava de ter sido discípulo de Bártolo.

Funda-se a Universidade de Lisboa, transferida depois para Coimbra. Nela pontificaram mestres estrangeiros, contratados para o ensino do Direito Romano.

No fundo das Instituições Romanas e do Direito Canônico que se emparceiravam, o direito costumeiro, os forais e as leis gerais se amontoavam numa congestão jurídica obscura.

Em situações assim formadas torna-se necessário um trabalho de reajustamento.

Surge a ideia de codificação como remédio próprio para o restabelecimento da ordem nos institutos jurídicos.

Daí a primeira codificação, as Ordenações Afonsinas, de 1.456, que vieram ordenar o tumulto de normas.

Menos de um século depois as Ordenações Manoelinas marcavam novo ordenamento jurídico do pequeno reino, que se agigantava com as descobertas de novas rotas marítimas e novas terras promissoras.

O domínio espanhol havia também de deixar sinal de si no direito português e as Ordenações Filipinas constituem êsse padrão.

Essas diversas Ordenações não se distinguem uma das outras por alterações em profundidade. As fontes foram as mesmas.

Nelas entraram os costumes, o Direito Romano, o Direito Canônico, o Direito Germânico, com predominância, sem dúvida do Direito Romano, através das opiniões de Acúrcio e Bártolo, autoridades expressamente reconhecidas.

O direito processual civil, recolhido nesses repositórios, era o processo romano-canônico.

Êste processo formara-se na Itália, invadida ao norte pelos bárbaros, da junção do processo longobardo com o romano, entranhado no país conquistado.

A princípio, ensinam os autores, houve certa predominância do processo longobardo mas não tardou muito a prevalência do processo romano. (Zanzucchi, *Diritto Processuale Civile*, v. I, pag. 85).

E' claro que se não tratava mais do processo romano puro mas do processo comum, oriundo da infiltração do processo germânico.

Outro fator de modificação do Direito Romano foi a formação e o desenvolvimento do Direito Canônico.

Além disso os jurisconsultos que empreenderam o reexame do Direito Romano nas Universidades não podiam deixar de sofrer nas interpretações dos textos a influência dos costumes, das condições sociais, do meio cósmico, da cultura enfim da época.

Se confrontarmos a exposição que fazem os autores do processo comum ou romano-canônico com o processo traçado nas Ordenações Filipinas, reconheceremos logo um no outro, tanto se ajustam nos princípios dominantes e na estrutura. Veja-se, por exemplo, a exposição sumária feita por James Goldschmitd. (*Derecho Processal Civil*, pag. 19).

Na França o destino do processo civil romano sofreu a influência da bifurcação do direito em costumeiro e não escrito, ao norte, e escrito, ao sul e daí, a nosso ver, a diferenciação que se operou entre o processo civil francês, que através do Código de Processo Civil influiu nos demais países europeus e o processo civil que se desenvolveu na Península Ibérica.

E' verdade que escritores de grande projeção ensinam que houve a fusão dos dois tipos de processo e que o processo francês finalmente é de tipo romano. (Chiovenda, *Istituzioni*, v. I, pag. 102; Zanzucchi, *Diritto Processuale Civile*, v. I, 94).

A adoção de institutos acidentais, porém, não indica a origem do processo. Os princípios essenciais, normativos do sistema, a estrutura, os fundamentos, a configuração, superam os acidentes.

A observação do sistema processual francês não deixa dúvida de que ele difere das linhas dominantes no processo da Península Ibérica.

Foi na própria Alemanha, segundo a lição de Chiovenda, que se chegou à conclusão de que o processo francês é de origem germânica. Por força de sentimentos nacionalistas, depois de vencido Napoleão, havia certa repugnância em se continuar a adotar o Código de Processo Civil da França. A Academia de Munich instituiu um concurso de que saiu vencedor Ludovico Mauer, cuja obra de investigação histórica acabava por concluir pela origem germânica do processo francês. (Chiovenda, *Ensayos de Derecho Processal Civil*, v.I, pag. 303).

Enquanto o Código de Processo Civil Francês marcava rumos para quase todo o direito processual da Europa, Portugal e Espanha continuavam fieis ao tipo do Processo romano-canônico.

Enrico Tullio Liebman, ilustre professor italiano, viveu algum tempo no Brasil e estudou seriamente nosso direito processual civil, pesquisando suas fontes históricas e penetrando argutamente nos seus princípios, nos seus fundamentos.

Reconheceu as marcas do velho processo medieval no nosso direito processual e mesmo no seu estado atual. (*Istituti del Diritto Comune nel Processo Civile Brasiliano*, in *Studi in Onore de Enrico Bedenti*, v. I, pag. 581).

São do eminente professor estas palavras:

«E nel ritrovare in un diritto straniero forme e concetti di un nostro lontano passato, che da noi se perdettero e furono sommersi dalle vicende della storia, vien fatto di domandarsi se non è lagiù che ci è dato scorgere quel che sarebbe forse stato il nostro diritto, o qualche cosa ad esso molto somigliante, se la evoluzione naturale delle nostre antiche istituzioni non fosse stata turbata e interrotta dal violento irrompere di fattori estranei che ne mutarono il corso.»

Sem dúvida duas orientações diferentes se observa no desenvolvimento do direito processual civil: uma de sentido germânico e outra de marca romana.

Já no fim do século passado, no Brasil, discutia-se este assunto e a Faculdade de Direito do Recife, em concurso para professor de direito processual, formulava a seguinte questão:

«Pode-se admitir uma dupla intuição românica e germânica na luta jurídica ou do processo?

No caso afirmativo quais os caracteres de uma e outra?»

A dissertação de Isidoro Martins Junior sobre o tema proposto deu resposta afirmativa às perguntas e revela que o autor estava acompanhando o progresso do direito processual que se operava na Alemanha. (*O Direito*, v. 47, pag. 321).

Foi o processo de tipo romano-canônico que o Brasil recebeu de Portugal e integrou nas suas tradições jurídicas.

Esta observação tem importância no confronto do direito processual nacional com o dos países europeus de tipo germânico para que não se endossem críticas de autores estrangeiros, justas para o sistema que examinam e que nada têm a ver com sistemas inteiramente diferentes.

Depois da Independência, em 1.822, continuaram em vigor as Ordenações Filipinas, que no seu Livro III congregava as normas de direito processual.

O título XX desse Livro, que trazia por epígrafe «Da ordem do Juízo nos feitos civeis» já trazia a marca de Bulgarus: *Iudicium est actus trium personarum, actoris, rei, iudicis*, pois assim começava: «Tres pessoas são por direito necessárias em qualquer Juízo, Juiz que julgue, autor que demande e reu que se defende.»

O processo das ações iniciava-se por um pedido de citação do reu para ver propor-se-lhe a ação na primeira audiência e nesta é que se operava a propositura, com o oferecimento do libelo.

Tinha o reu o prazo de uma audiência para a contrariedade, seguida de réplica e tréplica. Antes, porém, deveria oferecer todas as exceções dilatórias que tivesse.

Enquanto não fosse contestada a ação podia o autor modificar o libelo quantas vezes quisesse e o reu seria sempre ouvido sobre essas modificações.

Encerrada a fase postulatória, seguia-se uma dilação probatória, assinada em audiência, e como a produção de provas era secreta abria margem a embargos de contradita, concorrendo para retardamento da marcha processual.

Oferecidas as razões finais pelas partes, depois de finda a dilação probatória, iam os autos conclusos ao Juiz para proferir a sentença.

Entrementes ainda podia interferir no curso do processo, retardando-o, o processo das exceções peremptórias.

Muitos incidentes concorriam para excessiva demora nesse sistema processual.

Nas próprias Ordenações Filipinas já se procurava podar no processo os esgalhos que o tornavam lento e complicado.

«E mandamos que nos processos assim civeis, como crimes, não haja mais artigos que libelo, contrariedade, réplica e tréplica e não haverá artigos cumulativos, nem dependentes, nem de nova razão; posto que a causa caiba na alçada do Juiz. (Ord. L. III, tit. XX, § 27).

Ainda assim continuava o processo demorado, oferecendo oportunidade para inúmeros recursos de interlocutórias.

A citação se fazia mediante ordem do Juiz e por intermédio de um funcionário judicial, o Meirinho.

E' de se notar a participação do Juiz desde o início do processo, ordenando a citação, examinando o libelo, a contestação, a réplica e a tréplica para recebe-los ou rejeitá-los.

Ainda mais: aconselhava as partes, chamando-lhes a atenção para os riscos da demanda; ouviu-as, fazia-lhes perguntas e até, de acôrdo com as respostas que obtinha, podia proferir decisão na causa.

«E no começo da demanda dirá o Juiz a ambas as partes, que antes que façam despesas, e se sigam entre êles os ódios e dissensões, se devem concordar e não gastar suas fazendas por seguirem suas vontades, porque o vencimento da causa sempre é duvidoso. E isto, que dissemos de reduzir as partes à concórdia, não é de necessidade, mas sòmente de honestidade nos casos, em que o bem puderem fazer. Porém isto não haverá lugar nos feitos crimes, quando os casos forem tais, que segundo as Ordenações a Justiça haja lugar.» (Ord. L. III, tit. XX, § 1.º).

«Tanto que o reu for citado, e vier à Juizo, o Juiz fará, assim ao autor, como ao reu, de seu officio ou a petição da parte, as perguntas que lhe bem parecer, assim para a ordem do processo, como para a decisão da causa. E se elas tais perguntas puder logo determinar a causa, a determinara finalmente, dando apelação, ou agravo qual no caso couber, não cabendo em sua alçada. E parecendo-lhe que pelas tais perguntas se não pode determinar a causa, e que se requer vir com libelo, segundo forma das Ordenações, mandará ao autor que venha com êle até primeira audiência.» (Ord. L. III, tit. XX § 4.º).

Os lugares transcritos estão indicando a atividade do Juiz no processo e marcando a diferença do processo de tipo germânico, com Juiz inerte e passivo, colegiado, a espera do julgamento que se realizará em face dos debates orais, em audiência.

Quando os processualistas estrangeiros clamavam contra a figura do Juiz expectador da lide referiam-se ao Juiz no processo de tipo germânico.

Juiz único em primeira instância e processo escrito denunciavam as origens do nosso velho processo.

Ao lado dêsse processo comum, de fórmulas abundantes e fases delimitadas, havia processos especiais e orais, como as ações sumárias de origem canônica (*saepe contingit*), previstas nos títulos 18,30,48 do mesmo Livro III.

Prevía o legislador a possibilidade de omissão e indicava as fontes subsidiárias: o Direito Romano, as Glosas de Acurcio ou a opinião de Bártolo.

Quanto à execução entendiam praxistas, como Caldas, Moraes, Valasco e Silva, que se fazi por officio do Juiz ou pela *actio judicati*, regulada no tit. 25 do Livro III com o nome de **assinção de dez dias**.

Gomes, no seu Manual Prático, pág. 184, ao propósito dizia:

«Porém parece que Caldas se enganou, e que os mais o foram seguindo sem exame; como às vezes succede, imitando as aves, pois quando uma voa, as outras a seguem.»

Sustentaram ainda que a execução só se fazia por officio do Juiz, Nazaré e Correia Teles.

Dando notícia dessa controvérsia dos praxistas diz José Alberto dos Reis:

Como quer que fosse, uma coisa deve ter-se como certa: que o processo da **actio judicati** era um meio excepcional de executar sentenças. O meio normal e comum era o do **officio do juiz**, regulado no tit. 86 do liv. 3.º da Ordenação.» (Processo de Execução, v. 1.º pag. 78).

Embora a Constituição do Império de 1.824 programasse a elaboração de novos Códigos para a nação independente, isto não se verificou durante todo o período da monarquia, no tocante ao processo civil.

Continuou em vigor a velha legislação portuguesa.

Promulgado o Código Comercial em 1.850, foi elaborado o Regulamento n. 737, de Novembro de 1.850 que passou a reger o processo comercial.

Este Regulamento gozou de grande prestígio nos meios jurídicos nacionais pela simplificação que procurou dar às fórmulas processuais e pela simplicidade de linguagem.

Tornou facultativa a separação entre a petição inicial e o libelo, de sorte que a primeira já se podia articular a matéria que antes pertencia ao segundo.

O número de exceções foi reduzido.

A própria natureza desse estatuto está indicando que seus autores não tinham bem nítido conceito do direito processual, pois o consideravam um complemento do direito material.

Em 1.871 a lei n. 2033 autorizou a consolidação das leis de processo civil e desse trabalho se encarregou o Conselheiro Antônio Ribas, reunindo em um corpo único os dispositivos das Ordenações referentes ao direito processual, com as modificações até então verificadas.

Passamos então a ter o processo comercial consubstanciado no Regulamento n. 737 e o processo civil regulado pela Consolidação das Leis de Processo Civil.

Proclamada a República, o Governo Provisório expediu o decreto n. 763, de 19 de Setembro de 1.890, que mandou aplicar às causas civis o Regulamento n. 737 de 1.850.

Nem havia mesmo razão ponderável para a separação entre processo civil e processo comercial.

Esta situação foi de curta duração porque a Constituição de 24 de Fevereiro de 1.891 deu competência aos estados-membros para legislar sobre processo, reservando à União a legislação sobre direito material.

Passaram os Estados à elaboração de seus códigos de processo civil, tomando geralmente por modelo o citado Regulamento e seguindo, por conseguinte, o sistema tradicional de processo escrito.

Nos congressos jurídicos, nas cátedras ou em obras doutrinárias pleiteava-se a unificação do processo e com bons fundamentos.

Em 1.930 uma revolução oriunda de dissídios políticos derrubou o Governo constituído e implantou uma ditadura no Brasil.

O Governo ditatorial entendeu de rever a legislação do país e instituiu comissões para esse fim.

Uma delas foi encarregada do processo civil, quando ainda não se definira o regime que se ia adotar, quando ainda os revolucionários não sabiam o que pretendiam, além da posse do poder.

A Comissão, composta aliás de juristas de nomeada, chegou a publicar parte do projeto.

Entretanto foi convocada uma assembléia constituinte, que elaborou nova constituição, promulgando em 16 de Julho de 1.934.

Esta constituição adotou o sistema de processo único para todo o país e nas Disposições Transitórias determinou que o Governo nomeasse uma comissão, composta de dois Ministros do Supremo Tribunal Federal e um advogado para elaborar um projeto dentro do prazo de tres meses.

Foram então nomeados os Ministros Artur Ribeiro e Carvalho Mourão e o advogado Levi Carneiro.

E' claro que um projeto de tal importância não pode ser elaborado em tão curto prazo por juristas que têm suas funções a exercer.

Entretanto a comissão nomeada já havia concluído seu trabalho quando sobreveio o golpe de Estado de 10 de Novembro de 1.937 e novamente se instalou a ditadura no Brasil.

Ocupava a pasta da Justiça um grande jurista, o professor Francisco Campos, que entendeu de nomear outra comissão para projetar o código de processo civil, abandonando o projeto já pronto.

Logo na primeira reunião desentenderam-se os membros da comissão por questão de princípios e ficou deliberado que cada um organizasse um projeto para reexame.

O Dr. Pedro Batista Martins apresentou logo o seu, que se dizia informado nos princípios da oralidade e vinha operar um milagre de transformação do direito processual nacional, apagando de uma vez com o velho processo tradicional e até negava-se a existência de uma tradição em direito processual civil.

Era o desconhecimento da história do direito nacional e da importância dos estudos históricos para a ciência jurídica.

O projeto Batista Martins foi publicado para receber sugestões e enquanto isto desenvolvia-se intensa propaganda do sistema adotado e severa crítica ao processo então vigente.

Repetiam-se opiniões de famosos processualistas estrangeiros, esquecendo-se, porém, de verificar se a crítica que elles faziam ao processo de seu país correspondia ao que devia merecer o nosso.

D. Quixote brandia a espada alheia contra os moinhos de vento de sua imaginação criadora.

Declaradamente o Governo não aceitaria sugestões sobre o ponto nuclear do debate, pois éste era «uma opção de ordem política», no dizer do Ministro Francisco Campos.

A questão da oralidade não continha novidade porque a doutrina processual já o havia excogitado exaustivamente e nem historicamente se lhe pode emprestar o colorido de tese moderna, eis que, ao contrário, e logicamente, foi o processo oral o primeiro a ser empregado nas sociedades primitivas.

«E' stato notato che la storia del processo civile mostra una lotta sempre rinnovata tra oralità e scrittura, libertà e vincolo del procedimento; signoria delle parti e potere del giudice e che a seguito di ogni riforma si é avuto, dopo periodi di tempo maggiori o minori, una tendenza al ritorno o un vero e proprio ritorno verso principii fondamentali precedentemente abbandonati.» (Pier Luigi Folera Orsucci, Limiti alla attività processuale delle parti, pag. 7).

A verdade é que tínhamos uma tradição secular em assunto de processo, possuíamos um sistema diferente daqueles que sofriam as críticas principais dos autores estrangeiros trazidos a colação e entre os princípios arraigados a essa tradição estava o da escrita.

O sistema rotulado de oral foi imposto ao fóro brasileiro e talvez por isso êle se vingue da violência deturpando-o, corroendo-o, solapando-o dia a dia.

Não se pode e nem se deve negar as vantagens dos princípios da concentração e da imediatidade, mas as instituições jurídicas não se apartam da índole e das tradições de um povo sem o risco das deturpações, que muitas vezes anulam o que ela tem de bom.

Na verdade o processo brasileiro continua sendo escrito.

Não existe predomínio da palavra falada.

Além da concentração parcial e da imediatidade, que a prática vai deformando, nada mais temos de oralidade.

O debate oral, na audiência de instrução e julgamento, vai caindo em desuso, substituído pelos memoriais escritos e êsse debate de vinte minutos não passava, no sistema do Código, de simples alegações, vãs de sentido.

O pedido e a defesa são escritos. O processo segue o rito antigo do processo comum, com suas fórmulas simplificadas.

Encerrada a fase postulatória, o despacho saneador limpa o processo de suas imperfeições e abre oportunidade para a audiência. Nesta o debate está delimitado pelas postulações escritas, que não podem ser modificadas.

Não se conseguiu suprimir os recursos das interlocutórias e ainda se restaurou o agravo no auto do processo.

A simplificação que se vinha operando desde o Regulamento n. 737, com a supressão de termos dispensáveis, como a réplica e a tréplica, não se fixou, pois a prática vai restabelecendo êsses atos.

Na verdade subsistem as linhas gerais do processo antigo e, como observou Liebman, no estudo citado, o processo comum medievo reponta no processo brasileiro de maneira indisfarçável.

Entrou em vigor o Código de Processo Civil Brasileiro em 1.940.