

**Augusto Tanger Jardim**

# **PROCESSO ORAL -**

**Entre Formação, Transformação  
e Reconstrução**

**2022**

 **EDITORA**  
*Jus*PODIVM  
[www.editorajuspodivm.com.br](http://www.editorajuspodivm.com.br)

## A FORMAÇÃO DO PROCESSO ORAL NA MODERNIDADE

---

O presente capítulo tem por objetivo, como o título sugere, apresentar a formação do processo oral na modernidade. No entanto, antes de desenvolver este objetivo, é relevante tecer uma advertência prévia para somente após explicitar algumas questões metodológicas deste capítulo.

A advertência reside na explicação do que se entende por *processo oral na modernidade*. Como ponto de partida, é necessário prestar um esclarecimento acerca da delimitação do alcance temporal do presente tópico. Se, de um lado, é certo que a ideia da oralidade processual pode ser encontrada no direito antigo<sup>1</sup>, de outro lado, é impossível (ou, ao menos, pouco frutífero) reconstruir os contornos culturais do fenômeno jurídico em análise em tão longo período de tempo. Opta-se, portanto, em situar o exame do tema no

- 
1. A ponto de Giuseppe Chiovenda referir ter sido o direito romano “eminente oral, na plenitude da significação dêsse termo e pela razão íntima e profunda de que assim o exigia a função da prova”, tal como é possível observar nas características de concentração presentes na lápide capitolina (*a lis fullonum*), na medida em que no aludido procedimento “o juiz, ouvidas as partes, ordena um exame no lugar da coisa e no dia imediato faz prosseguir, inspeciona os lugares, examina todos os indícios, prolata a sentença”, bem como, na valorização da imediação proposta pelo imperador Adriano ao recomendar aos juízes interrogar “diretamente as testemunhas, mesmo a custo de fazê-las vir de longe a expensas do tribunal, e de utilizarem o menos possível delegações e atas” (CHIOVENDA, Giuseppe [1872-1937]. **Instituições de direito processual civil** [Istituzioni di diritto processuale civile, 1933-1935]. 2. ed., v. 1. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 126). Acerca da oralidade em Roma, recomenda-se a leitura da dissertação de mestrado de Alexandre Miura Iura, orientada por José Rogério Cruz e Tucci, junto à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, intitulada *Oralidade e escrita no processo civil*. Além do direito romano, da mesma forma, aponta Chiovenda ser oral o processo primitivo germânico (longobardo), tendo em vista “a ignorância da escrita e o costume popular de tratar dos negócios judiciais em assembleia pública” (CHIOVENDA, Giuseppe [1872-1937]. **Instituições de direito processual civil** [Istituzioni di diritto processuale civile, 1933-1935]. 2. ed., v. 1. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 135).

momento histórico em que se buscou elevar a compreensão da oralidade processual como um meio de superar os problemas processuais inerentes ao processo civil do direito comum, em especial, o processo construído a partir do modelo processual baseado na escritura<sup>2</sup>. Ou seja, na transição dos séculos XIX e XX<sup>3</sup>.

Feita esta advertência, passa-se a apresentar os aspectos metodológicos do capítulo.

O capítulo está estruturado em três partes (tópicos).

A primeira parte cuida de apresentar o contexto geral em que a oralidade na modernidade foi construída. Para uma adequada compreensão do fenômeno analisado, optou-se por esboçar, em linhas gerais, o cenário que a oralidade moderna pretendia superar, ou seja, o processo comum medieval. Essa exposição permite que se compreendam os motivos pelos quais

- 
2. Essa opção está em alinhamento com a leitura do problema feita por Mauro Cappelletti. Segundo o autor, “O que hoje há de novo na oralidade é o fato de que o movimento pela oralidade surgiu, ou ressurgiu, como reação contra um abuso da escritura no processo civil da nossa época, e às conseqüências de tal excesso, que fizeram do processo um mecanismo lento, caro, incompreensível a muitos” (CAPPELLETTI, Mauro [1927-2004]. Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. **Revista de Processo**, v. 65, p. 127-143, jan.-mar. 1992).
  3. Daniel Mitidiero define as fases metodológicas do processo civil em: praxismo, processualismo, instrumentalismo e processo civil no Estado Constitucional (MITIDIERO, Daniel. Processo e cultura: praxismo, processualismo e formalismo em direito processual civil. **Cadernos do Programa de Pós-graduação em Direito – PPGDIR/UFRGS**, n. 2, p. 101-128, setembro de 2004; MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: Do modelo ao princípio** [2009]. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 27). Ainda no plano da definição das fases do processo, Marco Felix Jobim, em monografia dedicada ao tema, chama a atenção que a quarta fase cultural do processo é chamada (e possui variações) de formas diferentes por cada escola de processo no Brasil. Daí, nascem as expressões “formalismo-valorativo”, “neoprocessualismo”, “neoinstitucionalismo” (JOBIM, Marco Felix. **Cultura, escolas e fases metodológicas do processo**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, *passim*). No presente estudo, opta-se pelo abandono dos rótulos propostos (recomendando a leitura da obra de Marco Felix Jobim para um aprofundamento sobre a distinção), preferindo designar, simplesmente, a “quarta fase” como processo no Estado democrático de direito, a exemplo do que faz Daniel Mitidiero. Feitas essas considerações, importante referir, a título de contextualização, que o período proposto para exame no presente tópico corresponde à fase do *processualismo*, na medida em que o processo já é tratado como um ramo autônomo do direito e não como um desdobramento do direito material (visão que supera a essência do praxismo). Sobre o processualismo, sob a ótica do autor tomado por referência na classificação, ver: MITIDIERO, Daniel. O processualismo e a formação do código Buzaid. **Revista de Processo**, v. 183, p. 165 – 194, Maio / 2010.

a oralidade moderna adotou determinadas características (por exemplo, a irrecorribilidade das decisões interlocutórias). Depois de brevemente expostos os traços do processo comum, adentra-se no ambiente cultural do processo oral na modernidade. Este momento histórico vai ser influenciado pelas concepções de liberdade individual, legalidade, codificação.

A segunda parte do capítulo tem por objetivo compreender como Giuseppe Chiovenda foi influenciado pelos fatores sociais e culturais da sua época e de que forma isso interferiu na sua concepção de processo. A opção por ter Giuseppe Chiovenda como guia na construção histórica e cultural<sup>4</sup> do processo oral moderno, em especial para um estudo desenvolvido no Brasil, se faz ao menos por duas circunstâncias. Em primeiro lugar, porque o momento histórico-cultural em que Giuseppe Chiovenda construiu sua obra e pensamento está situado em um período de grande transição (em grande medida provocado, ou quando menos, desenvolvido, pelo próprio autor) entre duas formas de compreender o processo civil. De um lado, representando o modelo a ser superado, o autor encontrou um processo civil lento e prolífico na produção de atos e repleto de incidentes processuais. Diante dos problemas existentes nesse modelo de processo, dedicou grande parte de sua obra à reconstrução do conceito de processo na Itália, valendo-se do direito germânico, a partir da ideia de um processo centrado na oralidade, tendo influenciado de maneira muito intensa a doutrina processual existente na sua época<sup>5</sup>. A construção e a repercussão da obra de Giuseppe Chiovenda no Brasil por aspectos históricos particulares representam a segunda circunstância que indica o seu período como ponto de partida para o exame do tema da oralidade processual.

- 
4. A opção por um recorte a partir dos traços culturais do processo busca alinhamento, neste aspecto, dentre outros, com Ovídio Baptista da Silva, cujo relato revela que “Sabemos, embora nem todos tenham a disposição de confessá-lo, que o direito é uma ciência da cultura, que labora com verdades contingentes, situando-se muito distante da matemática e muito próximo das ciências históricas; que o Direito, afinal, é uma ciência da compreensão, não uma ciência explicativa” (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio [1929-2009]. **Processo e ideologia**. Forense: Rio de Janeiro, 2004, p. 28).
  5. No verbete “Oralità nel processo” do Digesto Italiano, redigido por Piero Calamandrei, consta que “Il merito di aver sollevato in Italia il problema dell’oralità é tutto del Chiovenda, il quale, con un mirabile apostolato iniziato nel 1906, e durato fino alla sua morte, si è fatto banditore di quella riforma inspira ai principi del processo orale, che oggi, attraverso il progetto Solmi, sta forse per trionfare” (CALAMANDREI, Piero [1889-1956]. *Oralità nel processo*. Em **Nuovo digesto italiano**. vol. IX. Torino: UTET, 1940, p. 178).

Assim, se a primeira parte cuida de aspectos sociais e culturais do período, em geral, na segunda parte do capítulo, estudam-se, em particular, as concepções processuais (e soluções técnicas preconizadas) do autor à luz das suas vertentes histórico-culturais. No enfrentamento desse tópico será apresentado o modelo de oralidade proposto por Giuseppe Chiovenda.

Por fim, a terceira parte do capítulo irá investigar como e se o modelo de oralidade proposto por Giuseppe Chiovenda impactou o ordenamento jurídico brasileiro e quais foram os resultados da sua aplicação. Nesse ponto será estudado o Código de Processo Civil brasileiro de 1939, sempre procurando, quando adequado, contextualizar a aludida lei com sua formação histórica interna e, sem a pretensão de realizar um estudo de direito comparado, ilustrando alguns desenvolvimentos normativos em outros países.

## 2.1. CONTEXTO CULTURAL DA FORMAÇÃO DO PROCESSO ORAL NA MODERNIDADE

O contexto cultural da formação do processo oral na modernidade que se pretende apresentar toma como referência a vida (entendida como momento de existência) e a obra de Giuseppe Chiovenda.

Giuseppe Chiovenda foi o sistematizador do processo civil inserido em um contexto cultural que denunciava a ineficiência da prestação da tutela jurisdicional e do processo civil de seu tempo. Se, por um lado, no plano filosófico, a Europa, há bastante tempo, havia entrado no período das luzes<sup>6</sup>,

---

6. Acerca das ideologias existentes no período, é ilustrativa a lição de Giovanni Tarello: “A segunda das grandes ideologias que se expandem na cultura jurídica entre o final do século XVII e o final do século XVIII é idealmente conflitante com a primeira, como já foi acenado. São portadores desta segunda ideologia do direito Leibniz e Wolff. Trata-se da ideologia segundo a qual o direito é um dado, como todos os outros dados da realidade; por isso o conhecimento do direito é conhecimento absolutamente idêntico a todos os outros conhecimentos, e o método do conhecimento do direito é o método do conhecimento em geral, ou melhor, o método geral de conhecer. Todo problema jurídico deve encontrar uma resposta certa, e a resposta certa consiste na solução derivada, segundo as regras da lógica, de premissas certas. Estas premissas certas são as proposições fundamentais que espelham as regras de direito. As regras de direito são, por isso, proposições, que, como todas as outras proposições, são predicados da qualidade de um ente (isto é, de um objectum). O ente das predicções jurídicas é o “sujeito” (o súdito), o qual Leibniz dá o nome de “sujeito” no sentido gramatical (que deixa de chamar-se objeto); as qualidades das predicções jurídicas são os status subjetivos (pai, filho, nobre), as situações nas quais se encontram os sujeitos (herdeiro, vendedor, depositário), e os deveres, as obrigações, os direitos em sentido subjetivo” (TARELLO, Giovanni [1934-1986]. Ideologias setecentistas da codificação e estrutura

por outro, o direito processual dava os seus primeiros passos como ciência. Embora já existissem estudos vocacionados a temas tipicamente processuais<sup>7</sup>, é comum apontar como o momento do surgimento do processo civil moderno a metade do século XIX, mais especificamente, tendo 1868 por ano de nascimento, com a publicação da obra *Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen*, de Oskar Bülow<sup>8</sup>. Giuseppe Chiovenda constrói seu pensamento (e repensa à feição da sua época o processo oral) sob a influência dos estudos oriundos da Alemanha<sup>9</sup>, dentro de um contexto liberal (do ponto de vista político), racionalista-cientificista (do ponto de vista intelectual) e histórico-dogmática (do ponto de vista jurídico). No campo do processo civil esse ambiente deu guarida ao que se convencionou chamar de processualismo.

- 
- dos códigos [Ideologie settecentesche della codificazione e struttura dei codici – 1978]. Trad. Ricardo Sontag. **Meritum**, Belo Horizonte, v. 3, n. 2, p. 05-31, jul./dez. 2008, p. 13).
7. Sobre o tema ver: NÖRR, Knut Wolfgang. **Verso il processo civile moderno: dal diritto naturale al novecento**. Trad. Claudia Foti. Roma: Aracne, 2013.
  8. Nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco, “A ciência do direito processual teve o seu assento de nascimento na obra de von Bülow sobre as exceções e pressupostos processuais, publicada na Alemanha, em 1868”. Embora o próprio autor reconheça que “von Bülow não foi, na realidade, o primeiro a ter a intuição da existência dessa relação jurídico-processual. Antes dele, já tinha sido feita uma referência a esta na obra de Bethmann-Hollweg, que éle próprio cita. O seu mérito indiscutível foi o de apresentar sistematicamente a teoria, a qual fôra anteriormente objeto de um simples aceno. Vieram depois sérias disputas a respeito (a relação é linear, angular ou triangular?), contestou-se a validade da descoberta, mas é uma verdade reconhecida pelos processualistas de hoje que a teoria da relação jurídica processual foi o marco inicial da independência do direito processual civil como autônomo na árvore do Direito. Só a partir daí é que foi possível o desenvolvimento científico do direito processual e o encaminhamento da solução de suas questões fundamentais (especialmente daquelas referentes aos seus institutos básicos: jurisdição, ação, processo)” (DINAMARCO, Cândido Rangel. Reflexões sobre direito e processo. **Revista dos Tribunais**. v. 60, n. 432, p. 23-38, out. 1971).
  9. Nas palavras de Giordano Ferri, “Si pensi all’impegno del Chiovenda nei suoi Principii, la cui prima edizione risale al 1906 mentre la terza riveduta ed ampliata è del 1922, all’influenza dogmatica di Adolf Wach e di Franz Klein nel rivendicare la funzione pubblica del giudizio in cui si esprime l’autorità dello Stato, nel sottolineare il nuovo ruolo dell’azione vista non più come un’articolazione del diritto sostanziale privato ma come diritto autonomo di natura pubblica” (FERRI, Giordano. *Verso il processo civile moderno* [a proposito di Knut Wolfgang Nörr, *Verso il processo civile moderno. Dal diritto naturale al Novecento*, traduzione di C. Foti, Roma, Aracne “Storia del diritto e delle Istituzioni: Studi”, 2013]. **Historia et ius** [www.historiaetius.eu], paper 15, 5/2014, p. 1-2).

### 2.1.1. Das linhas gerais sobre o direito medieval, suas mazelas processuais e as mudanças culturais que conduziram à formação do Estado Moderno

Contudo, esta evolução somente tomou esse rumo, pois pretendia superar um modo de ver o direito que já não atendia às necessidades daquele tempo. Assim, importante se faz identificar quais foram os elementos e os referenciais teóricos que o processualismo pretendeu superar, para, somente a partir de então, compreender o processualismo em si e os movimentos teóricos que se seguiram. Para tanto, de maneira panorâmica, inicialmente algumas considerações devem ser feitas sobre o direito na Europa na Idade Média.

Ao longo da idade média, houve a formação do que se convencionou chamar de direito comum<sup>10</sup>. A construção dessa concepção de direito decorreu, em um primeiro momento, de um processo de hibridização entre

---

10. Para uma compreensão sistemática do direito comum, recomenda-se a construção de Giovanni Tarello em: TARELLO, Giovanni [1934-1986]. La crisis del derecho común en el siglo XVII europeo: un problema historiográfico [*La crisis del diritto comune nel settecento europeo: un problema storiografico* – 1976]. In: TARELLO, Giovanni. **Cultura jurídica y política del derecho**. Granada: Comares, 2002, p. 65-71. Segundo o mencionado autor, “El sistema del derecho común presentaba por ello dos rasgos, de los cuales uno corresponde a la estructura organizativa y el otro al contenido normativo. El rasgo estructural está constituido por la convivencia de más sistemas jurídicos, de los cuales uno residual o sea dotado de extensión máxima y de incidencia efectiva menor comparativamente a los otros sistemas. El rasgo que se aplica al contenido o material está constituido por el contenido del derecho romano aceptado” (TARELLO, Giovanni [1934-1986]. La crisis del derecho común en el siglo XVII europeo: un problema historiográfico [*La crisis del diritto comune nel settecento europeo: un problema storiografico* – 1976]. In: TARELLO, Giovanni. **Cultura jurídica y política del derecho**. Granada: Comares, 2002, p. 65).

as fontes de direito romano<sup>11</sup>, de direito germânico e de direito canônico<sup>12</sup> e os respectivos estatutos e escritos jurídicos<sup>13</sup>.

A aproximação do direito canônico e do direito civil<sup>14</sup> (de origem romano-germânica) na Idade Média foi favorecida pelo maior nível cultural dos clérigos à época e pela necessidade de os mesmos conhecerem o direito romano, tendo em vista a sua aplicação subsidiária ao direito canônico nos juízos eclesiásticos<sup>15</sup>. Esse fenômeno ocasionou “um afastamento, ou até um enfraquecimento, da tradição jurídica germânica e a formação de uma classe jurídica erudita, que começou a dominar as posições de juízes e advogados e, ao fim da Idade Média, terminou por dominá-las praticamente em todas as frentes”<sup>16</sup>.

11. Para Ovídio Baptista da Silva, “O chamado direito comum medieval, basicamente formado pelos direitos romano e canônico, contrapunha-se aos ‘procedimentos especiais’ ou locais, de origem germânica, como hoje contrapõe-se o procedimento ordinário, em suas duas espécies – o ordinário propriamente dito e o sumário –, aos procedimentos especiais” (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio [1929-2009]. **Processo e ideologia**. Forense: Rio de Janeiro, 2004, p. 131).
12. Segundo Hespanha, o direito canônico desempenhou um papel menos importante do que o direito romano na formação do direito comum (HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 152).
13. Adverte Giuseppe Chiovenda que a formação do processo civil italiano medieval não teria como suas principais fontes o direito romano e o canônico, mas, em verdade, os estatutos e os escritos jurídicos. (CHIOVENDA, Giuseppe [1872-1937]. Romanesimo e germanesimo nel processo civile [1901] *In*: **Saggi di diritto processuale civile** [1900-1930]. V.1. Roma: Foro Italiano, 1930, p. 197-199).
14. Sobre a relação entre esses dois universos jurídicos, é útil a observação de Sir Frederick Pollock e Frederick William Maitland: “The relation between the two great systems was in the twelfth century very close. The canon law had borrowed its form, its language, its spirit, and many a maxim from the civil law. Of course, however, it had to deal with many institutions which had never come within the ken of the classical Roman lawyers, or had been treated by them in a manner which the church could not approve” (POLLOCK, Sir Frederick [1845-1937]; MAITLAND, Frederic William [1850-1906]. **The history of English law before the time of Edward I** (1895). v. 2. Indianapolis: Liberty Fund, 2010, p. 124).
15. WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno** [*Privatrechtsgeschichte der neuzeit unter besonderer berücksichtigung der deutschen entwicklung* – 1952]. 2. ed. Trad. A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980, p. 76-77.
16. STÜRNER, Rolf, Oralidade e escritura no processo civil europeu. Traduzido por Ronaldo Kochem. **Revista de Processo**, v. 223/2013, p. 111-129, set. 2013.

Importante referir que, embora existisse a mencionada influência do direito romano-germânico e canônico na Idade Média, fazia-se presente um grande número de leis locais com a pretensão de aplicação em âmbito restrito (local)<sup>17</sup>. Assim, as leis locais atribuíam sentido, frente a um caso concreto, ao direito comum, ao serem interpretadas à sua luz, respeitando as particularidades regionais<sup>18</sup>.

Quanto ao seu alcance, o direito comum foi percebido respeitando as tradições jurídicas<sup>19</sup> de cada espaço social. Em que pese ter se desenvolvido

- 
17. Esta, aliás, é uma das características do direito comum, apontada por Giovanni Tarello como sendo seu traço estrutural. Segundo o mencionado autor, “En sentido estructural, por *derecho común*, se entiende un derecho residual que se aplica a todas las relaciones, salvo las derogaciones constituidas por cualquier ley particular (como las leyes locales, las leyes aplicadas a sujetos particulares, las leyes aplicadas a tipos de bienes particulares especificados en diferentes niveles por el derecho común, las leyes aplicadas a tipos particulares de contratos, también ellos individualizados en diferentes niveles por el derecho común)” (TARELLO, Giovanni [1934-1986]. La crisis del derecho común en el siglo XVII europeo: un problema historiográfico [La crisi del diritto comune nel settecento europeo: un problema storiografico – 1976]. In: TARELLO, Giovanni. **Cultura jurídica y política del derecho**. Granada: Comares, 2002, p. 65).
  18. Esta é a conclusão de John Henry Merryman: “Este *jus commune* de derecho civil romano y el derecho canónico eran el derecho de aplicación general en Europa. Desde luego, existía también un gran número de leyes locales, algunas de las cuales eran consuetudinarias y otras tenían la forma de legislación emanada de príncipes, señores, ciudades y comunas. En general, este tipo de derechos específicos era considerado como excepcional en esencia y de interés local solamente. La atención legal se dirigía hacia el *jus commune* en vez de hacerlo hacia variantes locales. Sin embargo, las reglamentaciones locales tuvieron influencia en el *jus commune*. Muchos de los más notables maestros de derecho y eruditos legales eran también abogados que practicaban su profesión y estaban en constante contacto con el derecho aplicado” (MERRYMAN, John Henry [1920-2015]. **La tradición jurídica romano-canónica** [The Civil Law Tradition – 1969]. Trad. Carlos Sierra. México: Fondo de Cultura Económica, 1971, p. 30-31).
  19. “Una tradición jurídica, como el término lo indica, no es un conjunto de normas jurídicas acerca de contratos de asociaciones y delitos, aunque tales normas serán casi siempre en cierto sentido un reflejo de esa tradición. Son más bien un conjunto de actitudes profundamente arraigadas y condicionadas históricamente acerca de la naturaleza de la ley, acerca de la i función del derecho en la sociedad y en la forma de gobierno, acerca de la organización y operación apropiadas de un sistema jurídico y acerca del modo como el derecho de crearse, aplicarse, estudiarse, perfeccionarse y enseñarse. La tradición jurídica relaciona el sistema jurídico con la cultura de la cual es una expresión parcial. Coloca al sistema jurídico dentro del ámbito cultural” (MERRYMAN, John Henry [1920-2015]. **La tradición jurídica romano-canónica**

de uma forma mais nítida no contexto dos países que posteriormente foram designados como pertencentes à tradição de *civil law*, a influência do direito romano-canônico também foi sentida no âmbito dos países de *common law*, ainda que de forma tardia, se comparada com os países da Europa continental<sup>20</sup>. O direito comum passou a influenciar de forma mais intensa o direito inglês, cujo início da tradição consuetudinária de direito remonta à conquista normanda na Inglaterra (ano de 1066<sup>21</sup>), no período renascentista dos Tudor (1485-1603)<sup>22</sup>. Entretanto, em razão da reforma anglicana, estabeleceu-se um conflito que estendeu seus efeitos para o campo jurídico como o rechaço do direito comum, ligado ao papado, que pôde ser sentido até o século XVIII<sup>23</sup>.

---

[*The Civil Law Tradition* – 1969]. Trad. Carlos Sierra. México: Fondo de Cultura Económica, 1971, p. 15).

20. Ensina Caenegem que “A maré alta nas fortunas do Direito romano, com a “recepção” na Alemanha e na Escócia e uma possibilidade muito debatida de “recepção” na França, ocorreu no século XVI. Portanto, não é surpreendente que também na Inglaterra vários círculos exibissem um sério desejo de que fossem varridas as teias do Direito medieval e o Direito Romano – “comum a toda a Europa civilizada” – fosse introduzido em seu lugar” (CAENEGEM, R. C. van [1927-2018]. **Juízes, legisladores e professores** [*Judges, legislators and professor* – 1987]. Trad. Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 85).
21. “La fecha que se ha usado generalmente para marcar el comienzo de la tradición del derecho consuetudinario es el año 1066, cuando los normandos derrotaron en Hastings a los nativos y conquistaron Inglaterra” (MERRYMAN, John Henry [1920-2015]. **La tradición jurídica romano-canónica** [*The Civil Law Tradition* – 1969]. Trad. Carlos Sierra. México: Fondo de Cultura Económica, 1971, p. 17).
22. Chamando a atenção para a influência do direito romano na formação do direito inglês, Hespanha afirma que “A recepção do direito romano, que se iniciara, como no resto da Europa ocidental – no séc. XIII, ganha um novo ímpeto no período renascentista dos Tudor (1485-1603), tanto mais que a valorização dos textos de direito romano ia em paralelo com a reaproximação aos textos religiosos originais do cristianismo, proposta pela Reforma” (HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 262).
23. Nas palavras de Antonio Manuel Hespanha, “Ainda nos meados do séc. XVIII, esta lenda negra da recepção do direito romano (*civil law*) e, ao mesmo tempo, a glorificação do *common law* é muito evidente no épico e xenófobo modo como Sir William Blackstone (1723-1780), o maior jurista da época, autor de uns *Commentaries on the laws of England* (1765- 1769), descreve a luta dos reis e juízes ingleses para contrariar a difusão da ao mesmo tempo lúdica e subversiva dedicação dos ‘clérigos’ e estudantes ociosos ao ‘direito municipal de Roma’, com prejuízo do ‘admirável sistema jurídico inglês” (HESPANHA, António Manuel [1945-2019]. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 263).

Os resultados desse processo cultural foram, dentre outros, a formatação de um Poder Judiciário influenciado pelo particularismo e pelo poder político<sup>24</sup>, além da baixa capacitação técnica e acadêmica dos magistrados<sup>25</sup>.

Como síntese das principais características<sup>26</sup> do processo romano-canônico, é possível identificar “o caráter privado da jurisdição e da finalidade do processo, a prevalência do elemento lógico no exercício da função jurisdicional, o apriorismo formalístico do direito probatório e a formação do convencimento do juiz como introdução do chamado sistema da prova legal”<sup>27</sup>, bem como o abandono do processo oral romano e a prevalência do processo escrito<sup>28</sup>. Importante referir que o sistema da prova legal é indicado

- 
24. Analisando desde uma perspectiva italiana, essa é a conclusão de Michele Taruffo em: TARUFFO, Michele; MITIDIERO, Daniel. **A justiça civil: da Itália ao Brasil**, dos setecentos a hoje. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 23.
  25. Tomando o exemplo português, António Manuel Hespanha afirma que, “Nos meados do séc. XVII, o número dos juizes de fora – os únicos que, desde 1539, tinham que ter uma formação jurídica universitária, não ia além de um décimo do total dos juizes dos concelhos. Os restantes eram juizes que, quando muito, saberiam ler e escrever, embora as fontes pareçam evidenciar que nem isso acontecia num número apreciável de casos. Ou seja, mesmo para quem administrava a justiça, discurso dos juristas eruditos, escrito e, para mais, em latim, era absolutamente inacessível. Como o era mesmo a própria lei do reino (nesse caso, as Ordenações filipinas, de 1604)” (HESPANHA, António Manuel [1945-2019]. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 270).
  26. Em sentido análogo, Araken de Assis identifica dentre as características do direito comum: “(a) predominância do elemento escrito (*quod non est in actis non est in mundo*); (b) falta de contato imediato do juiz com os figurantes do processo (partes, advogados, testemunhas, peritos) e com o objeto da prova; (c) ausência de publicidade – a prova testemunhal era produzida previamente (*enquête*) e sob sigilo; (d) ausência de direção do juiz sobre o processo, posto sob iniciativa exclusiva das partes, postergando o desfecho da causa; (e) ampla recorribilidade de todos os atos do juiz; (f) regras estritas de avaliação da prova (sistema da prova legal), a exemplo da que estabelecia não bastar como prova o depoimento de uma só testemunha (*testis unus, testis nullus*)” (ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro**. Volume I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 341-342).
  27. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto [1942-2013]. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo** (1997). 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 49.
  28. Nas palavras de Giuseppe Chiovenda: “Ora se noi consideriamo lo stato e la dottrina del processo comune che si andò formando e applicando in Italia, a partire come sè visto [...] dal sec. XII, e che pure porta il nome di processo <<romano-canónico>>, lo troviamo informato a principii e caratteri fondamentali opposti a quelli ora analizzati: [...] f) Il processo non è più orale ma scritto, cioè regolato da principii opposti a quelli della immediatezza, della concentrazione, della identità del giudice, della pubblicità”

por Mauro Cappelletti como a característica mais significativa do processo comum, naquilo que toca sua vocação para a escritura. Aponta que é em virtude do sistema legal de prova que “una larguísima lista de reglas vinculantes se fue imponiendo en materia de admisión y de valoración de las pruebas”. Refere que, no que diz respeito à prova testemunhal, os testemunhos eram “examinados en secreto por notarios o secretarios, y cuyas deposiciones eran escritas por estos en protocolo para uso del juez [...], no hablaban pues, al juez directamente, personalmente, sino a través del diafragma frío e incoloro de la escritura”<sup>29</sup>.

O resultado prático desse sistema de prova recaía sobre a valoração da prova, pois era realizada “no por el juez, caso por caso y en consideración de los elementos concretos de credibilidad, de verosimilitud, de persuasión; sino apriorísticamente y en abstracto por la ley”<sup>30</sup>. Além de tudo isso, o processo era frequentemente interrompido pelos recursos contra as *interlocutionae*<sup>31</sup>.

Em geral, na Europa, a derrocada da sociedade tipicamente medieval foi produto do renascimento e da reforma religiosa que conduziram a um processo de racionalismos em todos os campos da sociedade e, evidentemente, no direito<sup>32</sup>. Ainda no século XVIII, foi instituída, no âmbito das ciências

---

(CHIOVENDA, Giuseppe [1872-1937]. **Istituzioni di diritto processuale civile** [1933]. 2. ed., v. 1. Napoli: Jovane, 1947, p. 115-116).

29. CAPPELLETTI, Mauro [1927-2004]. Proceso oral y proceso escrito [*Procédure écrite et procédure orale* – 1970]. In: CAPPELLETTI, Mauro. **La oralidad y las pruebas en el proceso civil**. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1972, p. 39.
30. CAPPELLETTI, Mauro [1927-2004]. Proceso oral y proceso escrito [*Procédure écrite et procédure orale* – 1970]. In: CAPPELLETTI, Mauro. **La oralidad y las pruebas en el proceso civil**. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1972, p. 40.
31. CARDOSO, Oscar Valente. A oralidade (e a escrita) no novo Código de Processo Civil brasileiro. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS**, v. VIII, n. 1, p. 247-279, 2013, p. 260.
32. Nas palavras de Ovidio Baptista da Silva, “seria impossível compreender o Racionalismo sem considerar, dentre os grandes movimentos espirituais que marcaram a derrocada do mundo medieval e o surgimento da modernidade, pelo menos os dois mais importantes deles: o Renascimento e seu mais significativo produto cultural, o humanismo; e a Reforma Religiosa” (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio [1929-2009]. **Processo e ideologia**. Forense: Rio de Janeiro, 2004, p. 58). Considerando o campo do processo civil, concluía que “Neste particular, são paradigmáticas as primeiras obras institucionais escritas por Francesco Carnelutti. As Lestoni e o Sistema não dispõem sequer de índices, mesmo bibliográfico, e o texto obedece ao mais profundo e radical dogmatismo. Além de não haver discussão de um único caso concreto, o autor não se refere nem à história dos institutos processuais examinados e nem menciona a opinião de qualquer outro jurista. O método matemático consagrado em toda a sua

naturais (no direito o fenômeno pôde ser sentido com maior intensidade a partir das primeiras décadas do século XIX), a premissa de que “todo o saber válido se devia basear na observação das coisas, da realidade empírica (‘posta’, ‘positiva’)”, devendo essa observação e experiência “substituir a autoridade e a especulação doutrinária ou filosofante como fontes de saber”<sup>33</sup>.

O produto dessa evolução (no sentido de transcurso de tempo e não necessariamente em um conteúdo valorativo) cultural sofreu, em um segundo momento, um novo influxo de fatores que se mostraram fundamentais para a formação do direito moderno. Dentre estes fatores, é possível referir o direito régio da França e o direito imperial alemão<sup>34</sup>.

A superação da organização política e social medieval, promovida pela transição cultural anteriormente exposta, deu azo ao surgimento do que se convencionou chamar de Estado Liberal de Direito. Em geral, sobre o momento de formação do Estado Liberal de Direito<sup>35</sup>, é indicado: “os cem anos que decorrem entre 1750 e 1850 correspondem ao período de instalação de uma nova ordem política e jurídica, a que se costuma chamar liberalismo”<sup>36</sup> – período este em que as grandes revoluções liberais (burguesas)<sup>37</sup> se de-

---

cruza. Menciona-se Carnelutti por ser um dos juristas de grande prestígio na doutrina italiana, mas os exemplos poderiam multiplicarem-se sem limites” (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio [1929-2009]. **Processo e ideologia**. Forense: Rio de Janeiro, 2004, p. 37).

33. HESPANHA, António Manuel [1945-2019]. **Cultura jurídica europeia**: síntese de um milênio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 373-374.
34. CHIOVENDA, Giuseppe [1872-1937]. Romanesimo e germanesimo nel processo civile [1901] *In*: **Saggi di diritto processuale civile** [1900-1930]. V.1. Roma: Foro Italiano, 1930, p. 193. Ainda, sobre a influência do direito francês na Itália, em especial, ver: TARUFFO, Michele; MITIDIERO, Daniel. **A justiça civil**: da Itália ao Brasil, dos setecentos a hoje. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.
35. Ferrajoli (FERRAJOLI, Luigi). **A cultura jurídica e a filosofia jurídica analítica no século XX** [*La cultura giuridica nell'Italia del novecento* – 1999]. Tradução de Alfredo Copetti Neto, Alexandre Salim e Hermes Zaneti Júnior. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 17) distingue o Estado liberal em dois momentos. Ao primeiro momento do Estado liberal chama de “Estado liberal iluminista”. Este Estado liberal estava ocupado de afastar os resquícios do Estado absolutista. O segundo momento, chamado de “liberalismo oitocentista” (ocorre no século XIX), tem sua formatação vocacionada à preservação das “conquistas” alcançadas pelo Estado liberal.
36. HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia**: síntese de um milênio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 341-342.
37. Propondo uma abordagem do tema mais abrangente, Cezar Saldanha indica a formação do Estado moderno (ou Estado-Nação) como fenômeno promovido pela *nacionalização* da política e pela institucionalização da esfera pública “em torno da instituição monárquica, que já não é mais a mesma do Medievalo” (SOUZA JÚNIOR,

envolveram e produziram efeitos. Ainda que convencionadas as revoluções burguesas como marco inicial da formação do Estado de Direito moderno, é necessário referir que, como normalmente ocorre com o estudo histórico, existe um amplo espaço de tempo entre o estabelecimento das condições culturais para que tais revoluções ocorressem; e, inclusive, é perceptível um transcurso substancial de tempo entre a primeira (a Revolução Inglesa de 1688, que marca o fim da dinastia Stuart<sup>38</sup>) e a última (a Revolução Francesa de 1789<sup>39</sup>, que ainda foi antecedida pela revolução que culminou com a independência dos Estados Unidos da América em 1776<sup>40</sup>). Entre uma e outra, passaram-se mais de 100 anos.

---

Cesar Saldanha; REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **O tribunal constitucional como poder: uma nova visão dos poderes políticos** [2012]. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 27-28).

38. Sobre as causas da peculiaridade do sistema inglês, aponta Ovídio Baptista da Silva que “A marcante diferença entre o espírito racional formado na Inglaterra e nos demais países do norte da Europa, quando comparado ao racionalismo peculiar aos países da Europa meridional, deveu-se aos pressupostos políticos determinantes do absolutismo monárquico no continente e à subsequente reação liberal que acabou provocando a Revolução Francesa. Isto é que faz a diferença entre o *common law* e o direito praticado no continente europeu” (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio [1929-2009]. **Processo e ideologia**. Forense: Rio de Janeiro, 2004, p. 64). Neste mesmo sentido, R. C. van Caenegam afirma que as revoluções inglesa e francesa produziram efeitos radicalmente distintos do ponto de vista da modificação do direito vigente, pois, enquanto a Revolução Francesa desencadeou uma mudança radical quanto ao exercício do poder pelo parlamento, a Revolução Inglesa teve por resultado de longo prazo um fortalecimento do *common law* produzido pelos juízes, na medida em que fora concebida em “um clima mental que ainda equiparava Direito bom com Direito velho, ao passo que a fé do século XVIII no progresso produziu uma crença de que direito velho significava ruim e que apenas Direito novo era Direito bom” (CAENEGEM. R. C. van [1927-2018]. **Juízes, legisladores e professores** [*Judges, legislators and professor* – 1987]. Trad. Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 17).
39. Georg Jellinek afirma a influência da Revolução Americana sobre a Revolução Francesa, nos seguintes termos: “It is the prevailing opinion that Lafayette was inspired to make this motion by the North American Declaration of Independence. And this instrument is further declared to have been the model that the Constituent Assembly had in mind in framing its declaration. The sharp, pointed style and the practical character of the American document are cited by many as in praiseworthy contrast to the confusing verbosity and dogmatic theory of the French Declaration” (JELLINEK, Georg. **The declaration of the rights of man and of citizens: a contribution to modern constitutional history**. Trad. Max Farrand. New York: Henry Holt and Company, 1901, p. 14).
40. Embora tenha ocorrido após a revolução inglesa, Georg Jellinek aponta que existem diferenças importantes entre uma e outra. Na perspectiva do autor, “The American bills of rights do not attempt merely to set forth certain principles for the state’s

Deste caldo de cultura, que teve como grande evento representativo a Revolução Francesa, surgiram alguns elementos comuns a todos os “ambientes sociais” que formaram o pensamento dito liberal. Destacam-se: a prevalência da liberdade individual como valor a ser protegido<sup>41</sup>, a intervenção mínima do Estado e a lei como instrumento máximo do direito<sup>42</sup>.

---

organization, but they seek above all to draw the boundary line between state and individual. According to them the individual is not the possessor of rights through the state, but by his own nature he has inalienable and indefeasible rights. The English laws know nothing of this. They do not wish to recognize an eternal, natural right, but one inherited from their fathers, ‘the old, undoubted rights of the English people’” (JELLINEK, Georg. **The declaration of the rights of man and of citizens: a contribution to modern constitutional history.** Trad. Max Farrand. New York: Henry Holt and Company, 1901, p. 48).

41. Nas palavras de Ovídio Baptista da Silva, “descrever a importância do individualismo na formação da ideologia política liberal, não será mais do que, simplesmente, escrever a história das filosofias políticas que predominaram na Europa nos séculos XVII e XVIII, inspiradas, naturalmente, pelo novo espírito religioso nascido da Reforma. As próprias doutrinas ‘contratualistas’, que tanto influenciaram na formação do ideário político dos revolucionários franceses, apóiam-se no individualismo que é propriamente o pressuposto do ‘contrato social’. O indivíduo, livre e autônomo, é que constituiria, através de um pacto, o Estado. A filosofia política liberal e ‘contratualista’ sustenta-se na primazia do indivíduo, como sujeito originário, anterior ao Estado, de resto, concebido para protegê-lo” (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio [1929-2009]. **Processo e ideologia.** Forense: Rio de Janeiro, 2004, p. 310). Ainda no plano das ideias de liberdade e individualismo, acrescenta Nicolò Trocker que “sul piano dei diritti sostanziali, la libertà contrattuale presuppone soggetti giuridici eguali che in libero accordo regolano i loro rapporti privati. Nell’ambito del diritto pubblico l’idea del «patto sociale» si basa a sua volta su uomini liberi ed uguali. Nel campo processuale, è il principio dispositivo che si preoccupa di portare questa concezione ad coerente attuazione. Il processo civile è strutturato come se si trovassero di fronte e in posizione di parità due avversari abili e scaltri, i quali, forti del proprio interesse e delle proprie capacità, non abbisognano dell’assistenza o dell’aiuto del magistrato. I condizionamenti sociali ed economici restano semplicemente ignorati” (TROCKER, Nicolò. **Processo civile e costituzione: Problemi di diritto tedesco e italiano.** Milano: Giuffrè, 1974, p. 6).
42. Em sentido similar, Hespanha afirma que “Os cem anos que decorrem entre 1750 e 1850 correspondem ao período de instalação de uma nova ordem política e jurídica, a que se costuma chamar liberalismo. No plano do direito, realizam-se então os seus pressupostos estratégicos – instauração, por meios legislativos, de um novo paradigma de organização política (o Estado liberal-representativo) e de organização social (‘liberalismo proprietário’, *i.e.*, identificação da propriedade como condição de liberdade e, logo, de cidadania activa), que a própria lei irá desenvolvendo nos seus detalhes institucionais. No plano dos grandes princípios, o novo direito estabelece a liberdade, a propriedade e a igualdade perante a lei. Mas qualquer destes princípios tinha consequências institucionais concretas, que as leis civis e políticas iriam desenvolver”

Luiz Borges Horta aponta que o estado de direito liberal reconhecia dois aspectos do valor liberdade: “a liberdade negativa e a liberdade como autonomia”<sup>43</sup>. Existia, neste período, portanto, a compreensão de que o Estado deveria intervir minimamente na sociedade, atuando somente para garantir que os direitos individuais dos cidadãos não fossem violados (dever de prestação negativa). Segundo Norberto Bobbio<sup>44</sup>, os mecanismos constitucionais que caracterizam o estado de direito tem o escopo “di difendere l’individuo dagli abusi del potere”.

*A função exercida pelo Estado estava limitada a garantir as expectativas de realização dos direitos e a proteção de um conjunto de direitos individuais<sup>45</sup> (direitos-garantia). Assim, “são os valores do indivíduo os que completam agora a ordem estatal: esta última se apresenta precisamente através da mediação jusnaturalística, como a soma e a codificação racionalizada dos valores individuais”<sup>46</sup>.*

---

(HESPANHA, António Manuel (1945-2019). **Cultura jurídica europeia**: síntese de um milênio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 341-342).

43. HORTA, José Luiz Borges. **História do estado de direito**. São Paulo: Alameda, 2011, p. 81.
44. BOBBIO, Norberto (1909-2004). **Liberalismo e democrazia**. Milano: Simonelli, 2006, p. 40.
45. Adverte Ovídio Baptista da Silva, sobre a importância desse fenômeno para o processo civil: “E, naturalmente, será uma tarefa inútil estudar o direito moderno, particularmente nosso Direito Processual Civil, prescindindo dos vínculos que o ligam à ideologia da modernidade, pela via do individualismo. A própria categoria conhecida como ‘direito subjetivo’ é uma criação moderna que, todavia, deita raízes em correntes filosóficas medievais” (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio [1929-2009]. **Processo e ideologia**. Forense: Rio de Janeiro, 2004, p. 61).
46. SCHIERA, Pierangelo. Estado moderno. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 11. ed., v. 1. Trad. Carmen C. Varriale e outros. Brasília: UNB, 1998, p. 430.

### 2.1.2. A Lei e a Codificação como elementos típicos do Direito Moderno

O meio escolhido para concretizar esse ideal de Estado mínimo era a lei<sup>47</sup>. De acordo com Sylvia Calmes<sup>48</sup>, a Revolução Francesa<sup>49</sup> estabeleceu uma lógica de legalismo baseada na premissa de que, sendo a lei a expressão da vontade geral, somente ela pode estabelecer os limites da liberdade e os direitos naturais de todo homem (nos termos do art. 6º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão).

Diante disso, a lei (que representa a vontade ordenadora do Estado) passa a ser a “portadora dos princípios mais estáveis e permanentes da organização política da sociedade e estabelecendo, por isso, os limites da actuação do Estado e dos particulares (direitos subjetivos públicos ou privados)”, subordinando a administração (princípio da legalidade) e encontrando como único limite “a obediência à distribuição de competências estabelecidas na constituição (constitucionalidade formal)”<sup>50</sup>. Deve ser feita uma ressalva acerca do direito inglês<sup>51</sup> dos 700, pois, embora tivesse uma consciência aguda

- 
47. Para Gustavo Zagrebelsky, no período, “La legge, da espressione della volontà dello Stato capace di imporsi incondizionatamente in nome di propri trascendenti interessi, iniziava a concepirsi come strumento di garanzia dei diritti” (ZAGREBELSKY, Gustavo. **Il diritto mite**. Torino: Einaudi, 1992, p. 23).
48. CALMES, Sylvia. État de droit, droits fondamentaux et démocratie. **Annales de philosophie et des sciences humaines**, n. 23, t. 1, 2007, p. 109.
49. Comparando o contexto francês com o alemão, Gustavo Zagrebelsky afirma que “Nella Francia della Rivoluzione, la sovranità della legge si appoggiava ala dottrina della sovranità della nazione, « rappresentata » dall’Assemblea legislativa. In Germania, in una situazione costituzionale che non aveva conosciuto la vittoria livellatrice dell’idea francese di nazione, si trattava invece della concezione dello Stato sovrano, impersonato nel « monarchisches Prinzip » prima e poi nel « Kaiserprinzip », sostenuto e limitato dalle rappresentanze dei ceti”(ZAGREBELSKY, Gustavo. **Il diritto mite**. Torino: Einaudi, 1992, p. 25).
50. HESPAÑA, António Manuel [1945-2019]. **Cultura jurídica europeia**: síntese de um milênio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 370.
51. Acerca da diferença de formação do *Estado de direito* europeu continental e o inglês, ensina Gustavo Zagrebelsky que enquanto no primeiro modelo houve a substituição de poderes absolutos (o poder absoluto do rei foi substituído pelo poder absoluto da Assembleia), na Inglaterra não houve a substituição das fontes que emanam o poder do Estado, mas a limitação dos poderes absolutos do rei (privilégios e liberdades) por meio da atuação do parlamento. Em síntese, nas palavras de Gustavo Zagrebelsky, “Non c’è modo più categorico per indicare la differenza che questo: da una parte, l’assolutismo régio venne sconfitto in quanto potere régio; dall’altra, in quanto potere assoluto” (ZAGREBELSKY, Gustavo. **Il diritto mite**. Torino: Einaudi, 1992, p. 26).