

**A FASE SINCRETISTA, PROCEDIMENTALISTA, PRAXISTA OU IMANENTISTA
E OS SEUS REFLEXOS NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO**

**PHASE SYNCRETISTIC, PROCEDURALIST, IMMANENTIST OR PRAXISTA AND
ITS CONSEQUENCES IN BRAZILIAN CIVIL PROCEDURE**

Antonio Carlos Pantoja Freire¹

RESUMO

Este trabalho visa analisar os reflexos no direito brasileiro da fase processual sincretista, procedimentalista, praxista ou imanentista, bem como, a origem etimológica dos termos empregados em sua denominação. Sabe-se que no princípio do direito, os processos eram solucionados através de uma concepção privatística, ou seja, os conflitos eram resolvidos por meio da autotutela, autodefesa ou autocomposição. Nesse contexto, destacam-se os códigos de Manu, Sólon e de Hamurabi que se constituíam verdadeiras regras de conduta. Entretanto, com a evolução social, houve uma necessidade de adequação do processo aos modernos conceitos de justiça. Assim, influenciado pela obra do jurista Oskar Von Bullöw, ocorreu à separação do direito procedimental ou formal do direito substancial ou material. Todavia, até hoje se constatam os reflexos desta fase, considerada primitiva, no processo civil brasileiro contemporâneo. Esta influência, a título exemplificativo, encontra-se presente em diversos dispositivos legais com destaque para a Lei da Arbitragem nº 9.307/96 e os princípios da oralidade e da simplicidade da lei dos Juizados Especiais nº 9.099/1995. Portanto, defende-se que esta fase inicial do processo influencia até a atualidade o direito vigente. Logo, tendo em vista que o direito é resultado de suas experiências históricas, através de uma análise do passado, podem-se encontrar soluções para o presente.

PALAVRAS-CHAVES: Processo; direito; sincretista; praxista; imanentista;

ABSTRACT

This paper aims to analyze the impacts of Brazilian law procedural stage syncretistic, proceduralist, or praxista immanentist, as well as the etymological origin of the terms used in

¹ Advogado, pós-graduação em direito civil e processo civil pela Universidade Católica Dom Bosco (UCDB/MS), Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA), linha de pesquisa: constitucionalismo, democracia e direitos humanos, área de atuação: processo coletivo e direitos fundamentais, bolsista CAPES, e-mail: acpfreire@hotmail.com

their denomination. It is known that on the principle of the processes were solved by a design privatística, ie conflicts were resolved by autotutela, or self autocomposição. In this context, we highlight the codes of Manu, Solon and Hammurabi that were true rules of conduct. However, with the social evolution, there was a need to adapt the process to modern concepts of justice. Thus, influenced by the work of the jurist Oskar von Bulow, was the separation of law Formal procedural or substantive law or material. However, today we see the reflections of this phase, considered primitive in contemporary Brazilian civil procedure. This influence, as an example, is present in several legal provisions emphasizing the Arbitration Law No. 9.307/96 and the principles of orality and simplicity of the Special Courts Act No. 9.099/1995. Therefore, it is argued that this early stage to influence the law in force today. Therefore, in order that the right is the result of their historical experiences, through an analysis of the past, one can find solutions to this.

KEYWORDS: Process; right; syncretistic; praxista; immanentist

1. INTRODUÇÃO

Pode-se afirmar que a vida em sociedade exige o estabelecimento de normas que regulam os atos de seus componentes. Desta forma, “a evolução do direito está subordinada à realidade social subjacente, à presença de certos fatores que influenciam fortemente a própria sociedade, definindo as suas diversas estruturas” (NADER, 2004, p. 49).

Os processos, em sua origem, eram solucionados através de uma concepção privatística. Ou seja, os conflitos intersubjetivos eram resolvidos por meio da autotutela ou autodefesa ou da autocomposição². Isso porque, o ente estatal não era capaz de lidar com os conflitos entre as partes em virtude de sua falta de jurisdição, soberania e monopólio na administração da justiça.

Além disso, não havia distinção entre direito material e direito processual, pois, o procedimento era visto como apêndice do direito material. Ressalte-se que esta concepção corresponde à fase metodológica denominada sincretista, procedimentalista, praxista ou imanentista.

Por isso, o processo foi concebido como uma mera sequência de atos destinados a permitir a aplicação do direito material violado (MARINONI, 2010, p. 389).

² É um regime de repressão por meio do qual o Estado impõe sua vontade, sem qualquer tipo de interposição de Órgãos e pessoas imparciais, acabando por não garantir a justiça, mas sim a vitória do mais forte, astuto ou mais ousado (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2002, p. 21).

Contudo, para que os objetivos sociais e políticos de uma sociedade harmônica fossem de fato concretizados, houve a necessidade de adequação desta visão. Assim, pode-se afirmar que o marco desta mudança foi à obra “Teoria das Exceções Processuais e os Pressupostos Processuais” de Oscar Von Bullöw (1968) que significou o início da fase autonomista da ciência processual. Posteriormente, seguiu-se com as fases instrumentalista e neoconstitucionalista³.

Todavia, mesmo ultrapassado esta visão processual sincretista, nota-se que há uma clara influência, bem como uma grande importância histórica de seus dispositivos no direito brasileiro. Em outras palavras, encontramos presente na legislação nacional influência jurídica e filosófica de concepções e soluções encontradas nesta fase embrionária.

Por isso, tendo em vista que o direito é resultado de sua evolução histórica, podem-se encontrar soluções para o presente em respostas do passado. De tal sorte, faz-se necessário a importância de um estudo a respeito desta fase inicial do processo como meio de analisarem-se os reflexos de seus institutos no processo civil brasileiro contemporâneo.

2. DA ETIMOLOGIA DOS TERMOS IMANENTISTA, SINCRETISTA, PRAXISTA E PROCEDIMENTALISTA.

De acordo com o dicionário jurídico, a expressão imanente ou imanentista⁴ “é aquilo que se compreende na essência do todo” (DINIZ, 1998, p. 762). Nesse contexto, a concepção de ação era de algo imanente, isto é, não existia a possibilidade de separação entre o direito material ou substancial e o direito formal ou procedimental.

Também possui semelhante explicação o termo sincretista⁵, pois, este termo está relacionado à fase metodológica processual em que o direito passou a se desenvolver.

Cássio Scarpinella Bueno (2009, p. 42) esclarece que o uso do termo sincrético ou fase sincrética é estabelecido tendo em vista a ausência de elementos mínimos para se separar ou distinguir as normas processuais civis e o direito material ou normas substanciais.

Aliás, bem esclarece a utilização dos termos sincretista, praxista ou procedimentalista o professor José Eduardo Carreira Alvim (2005, p. 116):

[...] a fase sincretista do processo subdivide-se em: a) período primitivo: inicia-se com a própria história da humanidade e atinge o século XI d.C. (direito romano); b) escola judicialista: nasce com a criação das universidades do continente europeu.

³ Termo empregado pelo professor Luiz Roberto Barroso (BARROSO, 2005).

⁴ Alexandre Freitas Câmara também adota o termo imanentista (CÂMARA, 2009, p. 8).

⁵ Também faz referência ao termo sincretista Cândido Rangel Dinamarco (DINAMARCO, 2003, p. 18).

Nesse período que ocorre o fenômeno da recepção do direito romano (vai do século XI até o século XV); c) praxismo: denominado de tendência dos práticos, nasceu na Espanha no começo do século XVI. Nesse período, o direito processual era considerado como o conjunto de regras práticas sobre a forma de proceder em juízo. Também era uma reação às formas processuais trazidas pelo direito romano, mediante a valorização do direito nacional, como os usos e costumes locais; d) procedimentalista: nasce na França (século XIX) tendo como causa política a revolução francesa. Aqui o processo deixou de ser visto segundo a praxe, passando a encontrar a lei como fundamentação. Nesse cenário fica em evidência o Código de Napoleão.

Assim, pode-se afirmar que os termos sincretista é gênero e correspondem a um sentido geral e amplo da fase primitiva do direito processual, da escola judicialista, do praxismo e do procedimentalismo.

Logo, tendo em vista que a abordagem do presente trabalho visa analisar esta fase processual em sentido amplo, adotou-se o termo sincretista, por ser este ter um sentido mais amplo e universal.

3. O DIREITO NAS SOCIEDADES PRIMITIVAS OU ARCAICAS

Convém esclarecer inicialmente a utilização das expressões: sociedade primitiva e sociedade arcaica. Para John Gilissen (2003, p. 33) dentre as populações antigas houve diferentes graus de evolução social, cultural e jurídica. Por isso, o uso da expressão “direito primitivo” não se adequa aqueles povos que tiveram um intenso grau de desenvolvimento sem, contudo, atingir o estado cultural da escrita, a exemplo dos Maias e dos Incas na América. Nesta linha, entende o autor que o termo “direito arcaico” é mais adequado em face de sua maior abrangência⁶.

De fato, não existia um Órgão estatal forte que garantisse o cumprimento do direito e que superasse os “ímpetus individualistas dos homens e impor o direito acima da vontade dos particulares” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2002, p. 21).

Por isso, tendo em vista um receio de vingança divina, os primeiros legisladores, intérpretes e executores das leis acabaram sendo os reis-sacerdotes⁷ (WOLKMAN, 2006, p. 18).

⁶ Para o autor, as civilizações mais arcaicas são os aborígenes da Austrália ou da Nova Guiné, os povos da Papuásia ou de Bornéu e certos povos índios da Amazônia no Brasil (GILISSEN, 2003, p. 33).

⁷ Nesse sentido, no Egito o faraó era tido como uma divindade, cabendo a ele manter a vigência do princípio da justiça, equilíbrio e paz simbolizado pela figura da deusa *Maat* (SALES, 1997, p. 229 e 403 *apud* PINTO, 2006, p. 42). Já na Mesopotâmia, a monarquia representava a luta da ordem humana para se integrar ao universo (CARDOSO, 1997, p. 40 *apud* PINTO, 2006, p. 33).

Acrescenta Walter Vieira do Nascimento (1998, p. 22) que a origem desse caráter mortal e espiritual de Deus e de sua estreita ligação entre o elemento religioso e o elemento jurídico partiu dos povos hebreus, por meio de suas tradições judaicas.

Destaca-se ainda que essas interferências confiadas aos sacerdotes eram acertadas de acordo com a vontade dos deuses ou anciãos que conheciam os costumes do grupo social integrado pelos interessados.

Esse contexto possibilitou mais tarde o surgimento dos primeiros códigos da Antiguidade como o de Hamurábi, o de Manu e o de Sólon (SUMMER MAINE, 1893, p. 22 *apud* WOLKMAN, 2006, p. 19).

Ademais, as decisões proferidas pelos chefes de tribos ou anciãos das sociedades autóctones⁸ foram responsáveis por originar os primeiros “precedentes judiciais” que eram firmados oralmente por gerações em forma de provérbios e adágios (MALINOWSKI, 1978, p. 99, 100 e 128 *apud* WOLKMAN, 2006, p. 21).

Em suma, as sociedades pré-históricas pautavam suas relações sociais de convivência através de laços de consanguinidade, crenças religiosas e costumes. Além disso, no transcorrer desta fase, houve a consolidação do entendimento de que os julgamentos deveriam ser regidos por uma autoridade pública.

Por consequência, este entendimento se constituiu os fundamentos da justiça moderna, visto que, na atualidade é inconcebível que o ente Estatal permaneça inerte no conflito entre os cidadãos.

4. O DIREITO NA GRÉCIA ANTIGA

É comum a utilização do direito grego como sinônimo de direito ateniense. Isso porque, o direito ateniense acabou influenciando todas as pólis (cidade-Estado), com exceção de Esparta (SOUZA, 2006, p. 50).

Nesse sentido José Reinaldo de Lima Lopes (2002, p. 33) destaca que o direito ateniense é um modelo ideal de inspiração em virtude de seu reconhecimento, bem como de sua referência aos filósofos e juristas ocidentais.

Assim, com o deslocamento da família para a cidade esta se tornou o centro da vida política e social. Por isso, as decisões dos juízes de aldeias e de sábios destoavam do ideal de universalidade e do conceito de sociedade cívica.

⁸ São denominados povos autóctones ou povos indígenas, os primeiros ocupantes ou os povos originários de um determinado território (TEASDALE, 1994 *apud* MARIN, 2010, p. 14).

Portanto, houve a necessidade de uma positivação do direito que impôs uma reflexão a respeito da natureza da lei e da justiça (LOPES, p. 36).

Desta forma, com o surgimento da escrita, as leis foram codificadas e inscrita nos muros das cidades. Esse fator foi muito importante para o avanço nas instituições democráticas, que passaram a contar com a participação do povo (SOUZA, 2006, p. 51).

Segundo John Gilissen (2003, p. 76) para os pensadores gregos a lei era a principal fonte do direito, sendo um meio de limitar o poder da autoridade. Nessa época, a lei passa a ser humana e laica, não tendo nada de religioso e de divino (GILISSEN, 2003, p. 76).

Ainda, no campo do direito, impõe destacar que não existia uma classe de juristas entre os gregos. Existiam em seu lugar escolas de retórica, dialética e filosófica (LOPES, p. 34).

Na mesma ordem, é comum afirmar que na realidade os gregos não elaboraram tratados, limitando-se apenas a tarefa de legislar e administrar a justiça na resolução de conflitos.

Adentrando a seara processual, existiam árbitros públicos e os privados. Os árbitros privados eram escolhidos pelas partes, sendo considerado um meio alternativo de resolução de conflitos mais simples e rápido. Salienta-se que tais procedimentos realizavam-se fora do Tribunal.

Salienta-se que esta simplificação do processo grego tinha o objetivo claro de reduzir os custos para possibilitar a um maior número possível de pessoas o acesso à justiça.

Fazendo-se um paralelo com o direito contemporâneo brasileiro, nota-se que tais premissas encontram semelhança na Lei dos Juizados Especiais (Lei nº 9.099/1995), através dos princípios da oralidade e da simplicidade. Ainda, nesta legislação, há previsão de facilitação dos procedimentos, isenção de custas processuais, desnecessidade de ingressar na demanda com advogados (até vinte salários mínimos).

Ademais, acrescenta Raquel de Souza (2006, p. 64) que não cabia ao arbitro o julgamento, mas sim a busca de um acordo ou conciliação entre as partes.

Já os árbitros públicos eram utilizados em estágios preliminares do processo de alguns tipos de ações legais. Nesses casos, o árbitro era designado pelo magistrado e emitia um julgamento (SOUZA, 2006, p. 64).

Além disso, os gregos diferenciavam quanto à forma de mover uma ação em pública (*graphé*) ou privada (*diké*). Em síntese, a ação pública era movida por qualquer cidadão que se sentisse prejudicado pelo Estado, sendo exemplos: assassinato, perjúrio, propriedade, assalto, ação envolvendo violência sexual, ilegalidade, roubo. Por outro lado, a ação privada

consistia em um debate judiciário entre ou mais litigantes, reivindicando um direito ou contestando uma ação, sendo exemplos: contra oficial que se recusa a prestar contas, por impiedade, contra oficial por aceitar suborno, contra estrangeiro pretendendo ser cidadão, contra o que propôs um decreto ilegal, por registrar falsamente alguém como devedor do Estado (SOUZA, 2006, p. 64-65).

Humberto Theodoro Júnior (2006, p.12) afirma que processo grego observava a oralidade, o princípio dispositivo aparecia como regra dominante, às partes conheciam as provas testemunhais e documentais, se faziam restrições aos testemunhos de mulheres e crianças e, o mais importante, respeitava o direito a livre apreciação das provas pelo julgador baseada na crítica lógica racional.

5. O DIREITO ROMANO ANTIGO

Segundo Bermudes (BERMUDES, 1973 *apud* THEODORO JÚNIOR, 2006, p. 13) a evolução do direito processual romano ocorreu por meio de três fases: a) o período primitivo (vai da fundação de Roma até 149 a.C.); b) o período formulário (surge pela *Lex Aebutia* no século II a.C e se desenvolve até o século III d.C.); c) fase da *cognitio* extraordinária (vigou entre o ano 200 e o ano 565 de nossa era).

O período primitivo, *legis actiones ou ações da lei* é compreendido da fundação de Roma até o ano de 149 a.C. Neste período, as partes tinham que ingressar diretamente com as ações em virtude da inexistência de advogados. Ademais, o procedimento era extremamente solene e oral, sendo também necessário, após a fixação do objeto do litígio pelo magistrado, a escolha dos árbitros dentre os cidadãos (THEODORO JÚNIOR, 2006, p. 13).

No que tange aos julgadores, José Reinaldo de Lima Lopes (2002, p. 47) destaca que, em sua fase primitiva, o processo romano tinha como personagens principais o pretor urbano (magistratura criada em 367 a.C.) e o peregrino (criada em 242 a.C.) que remetiam o julgamento a um juiz (*iudex*) ou árbitro privado.

Em verdade, a *actio romana* situava-se apenas no plano material, até porque não se reconhecia a existência do plano processual, sendo que tratava-se de uma ação cujo o exercício era do particular.

Contextualizando com o direito vigente brasileiro, este instituto é compatível com a valorização do processo de conciliação pelo direito brasileiro através da arbitragem (Lei nº 9.307/96).

Nesse sentido, assim como no processo grego, usa-se técnicas extrajudiciais de resoluções de conflitos. Em outras palavras, trata-se de uma negociação, em que um terceiro, que detém a confiança das partes, resolve a controvérsia através de uma sentença arbitral, com eficácia de sentença judicial.

Esse instrumento é uma das formas de mediações utilizadas para resoluções de conflitos sem que se recorra ao Poder Judiciário que se encontra assoberbado de processos. Cabe destacar que outros Órgãos como a Defensoria Pública e o Ministério Público também atendem as partes e tentam a resolução de conflitos através da mediação, principalmente em casos como ações de alimentos.

Também, cabe destacar que, em decorrência do conflito entre classes, surge a Lei das XII Tábuas⁹. Para John Gilissen (2003, p. 87) esta lei é considerada uma redução a escritos dos costumes, tendentes a amenizar os conflitos entre as classes sociais.

Quanto às ações que poderiam ser intentadas, Aluísio Gonçalves de Castro Mendes (1996, p. 161-68), dispõe que eram cinco as ações de lei, sendo as três primeiras declaratórias e as demais executórias: 1) *actio sacramenti*: utilizada sempre que não houvesse uma ação especial para o caso; 2) *iudicis postulatio*: era utilizada para divisão de herança, cobrança de crédito decorrente da sponsio (espécie de processo em que o réu possuidor prometia indenizar o autor caso ficasse provado que o bem não era seu) e para divisão de bens comuns; 3) *condictio*: utilizada para cobrança de crédito em dinheiro; 4) *manus iniectio*: o condenado era obrigado a pagar a importância devida; 5) *pignoris capio*: o credor apoderava-se da coisa do devedor até a solução da dívida.

Assim, com a necessidade de soluções sociais e jurídicas diante do avanço do império romano por outros territórios, surgiu o período formulário. Aponta-se o excessivo formalismo das *legis actiones* como sendo uma das principais causas para substituição pelo processo formulário (MENDES, 1996, 161-68).

Nesse período, com a abolição das ações de lei, o magistrado ficou autorizado a conceder fórmulas de ações para compor qualquer lide que se apresentasse.

Dessa forma, o procedimento delegado aos árbitros permaneceu semelhante ao das ações de lei. Todavia, destaca-se que se passou a ter advogados e sentença que, embora

⁹ “A Lei das XII Tábuas teria sido o reflexo da ameaça plebéia de abandonar a cidade de Roma, fundando uma nova cidade no Monte Sagrado, próximo a Roma, caso as suas exigências não fossem atendidas pela classe dos patrícios. Como concessão para que as ameaças não se consumassem, os patrícios aceitaram que um conjunto de leis escritas fosse elaborado a fim de garantir maior isonomia (igualdade) entre patrícios e plebeus. Muitos historiadores acreditam até que a Lei das XII Tábuas fora inspirada na legislação criada na Magna Grécia por Sólon.” (VÉRAS NETO, 2006, p. 94).

proferida por árbitros privados, tinha sua observância imposta pelo Estado às partes (THEODORO JÚNIOR, 2006, p. 13).

Já na fase da *cognitio extraordinária*, a função jurisdicional passou a ser privativa de funcionários do Estado, desaparecendo os árbitros privados. Dessa forma, o procedimento assumiu a forma escrita, compreendendo o pedido do autor, a defesa do réu, a instrução da causa, a prolação da sentença e sua execução e recursos (THEODORO JÚNIOR, 2006, p. 13-14).

José Reinaldo Lopes (2002, p. 53) salienta que nesta fase houve a valorização dos juristas, a centralização dos poderes de julgamento em um único órgão, bem como a delegação de poderes do príncipe (Estado) para o juiz.

Ainda, na medida em que o Estado foi conseguindo impor suas decisões aos particulares, este passou a indicar qual o preceito que deve preponderar no caso concreto de um conflito de interesses. Logo, os cidadãos em conflito compareciam perante um pretor e comprometiam-se em aceitar o que viesse a ser decidido. Em seguida, escolhiam o árbitro de sua confiança, e este recebia do pretor o encargo para decidir a causa (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2002, p. 22).

Ressalte-se que os escritos dos jurisconsultos romanos constituíram uma verdadeira fonte do direito em virtude da maneira encontrada para resolução das lacunas do direito e pela abundância das matérias tratadas. Tal fato acabou por possibilitar a elaboração de uma verdadeira ciência do direito (GILISSEN, 2003, p. 91).

6. DIREITO DOS POVOS GERMÂNICOS

Com o declínio do império romano (século V), os chamados povos bárbaros dominam militarmente e politicamente o antigo império e passaram a impor seus costumes e seu direito (HUMBERTO THEODORO, 2006, p. 14)

Os povos germanos, desde o século II a.C, ocupavam um vasto território ao norte da Europa. A base de sua organização sociopolítica era a família ou o clã, sendo esta patrilinear, ou seja, a autoridade paterna mantém a ordem e a paz. A principal atividade econômica destes povos era a agricultura e pecuária. Ademais, os conflitos entre os clãs na maior parte das vezes, eram regulados pela *faida*, a luta, a guerra privada (GILISSEN, 2003, p. 162).

Para os romanos, os povos da Germânia, bem como outros povos que viviam fora de suas fronteiras, eram considerados atrasados e selvagens. Assim, o termo “bárbaro” significava aquele que rosna ou que fala uma língua incompreensível, isto é, um estrangeiro,

sendo que essa palavra rapidamente adquiriu um sentido pejorativo (ABRAMSON, M.; GUREVITCH, A.; KOLESNITSKI, N., 1976, p. 33 apud SANTOS, 2006, p. 177).

No que tange ao direito germânico, Michel Foucault (1996, p. 54-60 *apud* SANTOS, 2006, p. 180-81) destaca que este foi utilizado como instrumento privilegiado na resolução de conflitos, tanto pelas suas características próprias como em seu sistema de prova.

Por outro lado, em virtude dos povos germânicos possuírem noções jurídicas muito rudimentares, houve um retrocesso no direito processual. Em verdade, nem mesmo uniformidade de critérios existia, visto que, cada grupo étnico se regia por conceitos e procedimentos próprios de justiça, segundo seus costumes (THEODORO JÚNIOR, 2006, p. 14).

Ilustrando a transformação ocorrida no direito, José Reinaldo de Lima Lopes (2002, p. 68-69) cita a chamada Lei Sálica, que foi concebida provavelmente com a ajuda de galoromanos, baseada em costumes. Nesta legislação o roubo em flagrante merecia pena de morte e as demais penas são castigos, torturas, ou seja, são quase formas de vinganças privadas, não existindo qualquer ideia de prisão.

De fato, não havia um direito germânico, mas uma variedade de costumes, vivendo cada povo segundo o seu direito tradicional. Desta forma, a situação descrita é semelhante aos povos arcaicos. (GILISSEN, 2003, p 162).

Porém, o direito privado romano sobrevive perante a população romanizada ante ao princípio da pessoalidade do direito¹⁰. Também, a diferença entre o nível de evolução do direito romano e dos povos germânicos era tão grande que os invasores não puderam impor o seu sistema jurídico. Além disso, os reis germânicos encontravam no direito público romano um reforço em sua autoridade. (GILISSEN, 2003, p. 167).

Destaca-se, no entanto, que esta fusão de costumes entre romanos e bárbaros não ocorre de forma imediata, pois, existiam proibições de casamentos inter-raciais que derivam de diferenças de caráter religioso, bem como, os bárbaros não haviam se convertido ao cristianismo ou quando convertidos não aceitavam o catolicismo romano¹¹ (LOPES, 2002, p. 65-66).

¹⁰ Nesse princípio o vencedor deixa que os vencidos vissem segundo o seu próprio direito, aplicando, contudo o seu direito aos seus próprios cidadãos originários. No século XIX e XX, na maior parte das colônias da África, os indígenas continuam a viver segundo o seu direito tradicional, enquanto que os Europeus estavam sujeitos a um direito de tipo europeu. (GILISSEN, 2003, p. 167).

¹¹ Nessa época a igreja se dividia entre católicos e arianos, sendo que muitos bárbaros (ostrogodos, visigodos, vândalos) haviam sido convertidos por Wulfila e seus missionários arianos. Os arianos são cristãos que não aceitavam o credo definido no Concílio de Nicéia (325 d.C.). Para eles o filho não era co-eterno e consubstancial ao Pai. (LOPES, 2002, p. 65-66).

Importante salientar que a conversão dos visigodos ao catolicismo deu-se em 587 com a conversão do Rei Recaredo e em 589 a conversão “nacional” no III Concílio de Toledo. (LOPES, 2002, p. 70).

7. DIREITO CANÔNICO

O direito canônico é um direito religioso oriundo do cristianismo, ou seja, as suas regras são baseadas em preceitos divinos revelados na bíblia (Antigo Testamento e Novo Testamento)¹².

Dessa forma, a religião cristã, nasceu e desenvolveu-se no contexto histórico e geográfico do império romano. Por isso, os conceitos de direito romano influenciam desde o início a concepção cristã de direito. (GILISSEN, 2003, p. 135).

Contudo, somente a partir do Papa Gregório VII (Papa entre 1073 e 1085) que a Igreja propõe uniformizar as leis canônicas, que à época não se distinguiam bem da liturgia e teologia¹³ (LOPES, 2002, p. 85).

Assim, com o avanço do poder político da igreja, o direito canônico passou a ser aplicado por reis, príncipes e senhores seculares. Por este caminho que, segundo José Reinaldo de Lima Lopes (2002, p. 85) a Europa reencontrou sua tradição jurídica racional.

Em verdade, o direito canônico foi o único direito escrito durante a maior parte do período. O mesmo foi elaborado inicialmente para aplicar-se aos membros e as autoridades do clero católico. Todavia, sua influência sobre as legislações da Europa ocidental deu-se ao alargamento do poder jurisdicional dos Tribunais Eclesiásticos que, durante a Idade Média, estendeu-se aos leigos (NASPOLINI, 2006, p. 195).

Segundo Samyra Napolini (2006, p. 195) em matéria penal, era de competência dos Tribunais Eclesiásticos processar e julgar todas as pessoas que praticassem alguma infração contra a religião (heresia, apostasia, simonia, sacrilégio, bruxaria, etc.), bem como o adultério e a usura. Ainda, no apogeu da Inquisição, os Tribunais Seculares da Europa ganharam jurisdição sobre tais crimes, suplementando os Tribunais Eclesiástico.

Após intensa atividade jurisdicional, a Igreja passou a considerar o antigo direito romano como legislação viva - embora esparsa -, que deveria ser interpretada por doutores

¹² O direito canônico é o direito da comunidade religiosa dos cristãos, mas especialmente o direito da Igreja católica. O termo “cânion” vem do grego e significa regula ou regra, sendo empregado nos primeiros séculos da Igreja para designar as decisões dos Concílios. (GILISSEN, 2003, p. 133).

¹³ Nessa época as leis canônicas eram regras comuns mais vagas e abstratas. Por exemplo: a Espanha arabizada constituía sua própria tradição litúrgica, o chamado rito moçárabe. (LOPES, 2002, p. 85).

abalizados pelo clero nas universidades, como a de Bolonha, responsáveis pelo sentido oficial dos textos romanos (GIORDANI, 1992, p. 246-7 e 253 *apud* NASPOLINI, 2006, p. 183-84).

Mais adiante, ao expor-se a origem do processo luso-brasileiro, ficará claro a influência do direito canônico nas universidades de Lisboa e Coimbra e, por consequência, no tronco histórico do direito brasileiro importado de Portugal na época colonial.

8. RENASCIMENTO DO DIREITO ROMANO

Com a invasão bárbara no império romano, houve a aplicação do chamado princípio da pessoalidade do direito. Isto é, o direito romano conservou-se por algum tempo. Porém, aos poucos, o direito romano foi se incorporando aos costumes e no chamado direito canônico.

As grandes codificações dos preceitos do direito romano clássico ocorreram no oriente, visto que, esta porção do antigo império romano resistiu às invasões bárbaras. Por isso, o oriente foi refúgio natural da cultura latina.

Podemos citar que no período do Imperador Justiniano (527-534-d.C) houve a compilação, por dez juristas, de todas as fontes antigas do direito romano, bem como sua harmonização com o direito vigente (WOLKMAN, 2006, p. 155-156).

Assim, a jurisprudência romana continuou a evoluir, sobretudo com o contato com as populações germânicas, propiciando um distanciamento das fontes clássicas em proveito dos costumes locais, surgindo assim o direito romano vulgar. (WOLKMAN, 2006, p. 157).

Adiante, segundo Antonio Carlos Wolkman (2006, p. 115-116), com o surgimento do comércio, houve uma continuidade dos estudos sobre o direito romano pelos ordenamentos jurídicos europeus a partir das monarquias absolutistas, do ressurgimento do comércio em decorrência do renascimento comercial, criando a necessidade do surgimento de um direito privado moderno.

Para Noberto Bobbio (1992, p. 30), o direito romano se eclipsou na Europa Ocidental durante a alta idade média, substituindo os costumes locais e pelo novo direito próprio das populações germânicas (ou bárbaras). Destaque-se o importante papel da Escola Jurídica de Bolonha que se difundiu não apenas nos territórios sobre os quais já se havia estendido o império romano, mas também a outros como a Alemanha, Países Baixos, Escandinavos e a própria Inglaterra.

Portanto, com a recepção do direito romano, houve uma alteração na lógica do pensamento jurídica abstrato, pois, estes não eram sistemáticos. Para Silvio Venosa (2008, p.

292) o renascimento do direito romano ocorreu na Alemanha no século XIV e Saviny foi o grande responsável por esta universalização.

Dessa forma, a lógica jurídica era ocasional, ou seja, visava a solução em um caso concreto, podendo ser desprezada em outro. A partir daí o direito adquire um caráter dedutivo, com seu significado universalizador, abstrato e consubstanciado.

9. DIREITO LUSO-BRASILEIRO

Defende-se ao estudo de um direito luso-brasileiro em virtude do exposto por Pontes de Miranda (1981, p. 27):

[...] o direito não pode ser estudado desde as sementes, porque nasceu do galho de planta, que o colonizador português – gente de rija têmpera, no ativo do século XVI e naquele cansado século XVII em que se completa o descobrimento da América.

Dessa forma, ao estudar o direito português encontraremos a significação de diversos institutos presentes no direito brasileiro, o que de maneira ampla constitui-se objeto do presente trabalho.

Segundo Daniel Mitidiero (2004, p. 488) podemos separar o antigo direito processual lusitano em dois períodos distintos: período de individualização do direito português (também conhecido como direito costumeiro ou foraleiro) e período de inspiração romano-canônica (subdividido em dois: período de recepção do direito romano em Portugal e período das ordenações).

Em verdade, o período de direito consuetudinário caracteriza-se pela dominação do costume com visível influência germânica.

Já as Ordenações são um esforço de sistematização das fontes do direito de Portugal, a fim de que se tornem mais identificáveis o direito incidente e aplicável ao trato cotidiano. São três ordenações: Afonsinas (1446), Manuelinas (1521) e Filipinas (1603).

De fato, em matéria processual, o procedimento era essencialmente escrito, com total distanciamento do juiz da produção da prova. As testemunhas eram inquiridas secretamente pelo inquiridor, bem como, havia uma rígida valorização da prova sem deixar espaço para o magistrado.

Nesse contexto o processo era dividido em fases rígidas e separadas guiadas pelo princípio dispositivo no sentido formal e material.

Posteriormente, a partir da influência da revolução francesa, retomou-se o conceito de livre convencimento do juiz e procurou-se eliminar os resquícios da tarifa legal de provas (ordálias e juízos de Deus para obtenção da verdade), primeiro no processo penal e, mais tarde, no processo civil (THEODORO JÚNIOR, 2006, p. 15).

Nota-se nesta fase aspectos relacionados ao direito das sociedades primitivas, bem como, dispositivos presentes no direito canônico.

Com a independência do Brasil, este adotou o regime jurídico das Ordenações do Reino. Assim, foram mantidas em vigor as normas processuais das Ordenações Filipinas e das leis portuguesas extravagantes, desde que não contrárias à soberania brasileira (THEODORO JÚNIOR, 2006, p. 15).

Mais tarde, com a Constituição de 1891 foi concedido aos Estados e a União o poder de legislar a respeito do processo. Assim, diversos Estados elaboraram seus códigos estaduais.

Contudo, para Humberto Theodoro Júnior (THEODORO JÚNIOR, 2006, p. 17) a grande maioria limitou-se a adaptações simples ao federal, visto que, havia uma falta de preparo científico dos legisladores para renovar e atualizar o processo civil. Porém, ressalta o autor que apenas no código da Bahia e no de São Paulo que se notou a presença de inovações inspiradas no moderno direito europeu.

Diante do fracasso do sistema de esfacelamento do direito processual, a Constituição de 1934 instituiu o processo unitário, atribuindo a União legislar a respeito. Assim, em 1973 houve uma reforma do código de 1939, baseada no projeto redigido por Alfredo Buzaid.

Portanto, entende-se que a fase posterior ao sincretismo, ou seja, o formalismo, só chega ao Brasil a partir da promulgação do código de processo civil de 1973 (MITIDIERO 2004, p. 497).

Além disso, a partir da Constituição de 1988 houve uma sedimentação do pensamento do direito nacional em relação à concretude da norma constitucional. Ou seja, tal norma deixou de ser meramente declaratória e passou a ser garantidora de direitos.

Não obstante, houve a necessidade de uma nova interpretação do direito em sintonia com aspectos do direito material, com os objetivos da jurisdição e das regras constitucionais do estado democrático de direito.

10. CONCLUSÃO

Nota-se que o direito processual civil passou por diversas transformações oriundas do papel do Estado e do conceito de justiça. Ao que parece, houve uma maior preocupação do

Estado na busca da concretização do direito material. Sendo assim, o ente público passou a cumprir o seu objetivo final, ou seja, promover o bem comum e a pacificação social.

Em virtude dessa mudança, houve uma necessidade de separação do direito material do direito processual dando origem a fase autonomista da ciência processual. Todavia, até hoje encontramos uma clara influência de concepções jurídicas e filosóficas da fase inicial do processo em que não existia da separação entre direito processual e material.

Nesse sentido, no direito grego, constata-se que a base conceitual de justiça está estabelecida em premissas de Aristóteles. Também, percebe-se que o árbitro privado, que existiu também no direito romano, foi incorporado à legislação brasileira como forma de tentar aliviar processos do Poder Judiciário.

Também, historicamente, houve uma nítida influência no direito português do direito romano-canônico. Este fato demonstra-se relevante tendo em vista que o direito brasileiro nasceu trazido de Portugal.

Assim, reflexos de cunho religioso, costumeiro, expressões em latim e até mesmo nomes jurídicos de termos romanos foram incorporadas ao direito brasileiro e são utilizadas até hoje no nosso ordenamento.

Contudo, é forçoso reconhecer que é necessário um avanço na visão individualista do homem que ainda persiste no direito. Nesse contexto, citem-se as tutelas coletivas que surgiram para somar esforços para uma concretização de direitos fundamentais de forma mais adaptada à realidade e que na realidade persiste uma visão individualista do direito, visto que, o homem quer adaptar o processo individual ao coletivo.

Dessa forma, acredita-se que experiências positivas da fase primitivas do direito foram incorporadas no ordenamento jurídico brasileiro. Entretanto, ainda persistem concepções jurídicas consideradas arcaicas. Logo, necessita-se dar um passo adiante na evolução do direito processual, aproximando-se o processo dos princípios e valores constitucionais.

11. REFERÊNCIAS

ABRAMSON, M.; GUREVITCH, A.; KOLESNITSKI, N. **História da idade média: a alta idade média.** Lisboa: Estampa, 1976

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil.** Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1

novembro de 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em 15 de março de 2011.

BERMUDES, Sérgio. **Iniciação ao Estudo do Direito Processual Civil**. 1. ed. Rio de Janeiro, 1973.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Vol. I. 19. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. **Teoria Geral do Processo**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CARDOSO, Ciro Flamarion. **Antiguidade oriental- política e religião**. 2. ed. São Paulo: Contexto, 1997, p. 23.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 11ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2003.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. Vol. II. São Paulo: Saraiva, 1998,

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: PUC/Nau, 1996.

GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

WOLKMER, Antônio Carlos. **O direito nas sociedades primitivas.** In: WOLKMER, Antônio Carlos (org). *Fundamentos de História do Direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. Cap. 1, p. 16-25

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história:** Lições introdutórias. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

MALINOWSKI, Bronislaw. **Crimen y costumbre en la sociedad salvaje.** Barcelona: Ariel, 1978.

MARIN, José. **A perspectiva intercultural como base para um projeto de educação democrática:** povos autóctones e sociedade multicultural na América Latina. *Visão Global*, Joaçaba, v. 13, n. 1, p. 13-52, jan./jun, 2010

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo.** Vol. I. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Direito Processual Romano.** *Gênesis. Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, v. 01, p. 161-168, 1996.

MIRANDA, Pontes de. **Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro.** 2. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 27.

MITIDIERO, Daniel. **Processo e cultura:** Praxismo, Processualismo e Formalismo em Direito Processual Civil. In: *Gênesis - Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba, n. 33, p. 484-510, jul./set. 2004.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito.** 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004

NASCIMENTO, Walter Vieira do. **Lições de História do Direito.** Rio de Janeiro: Forense, 1998.

NASPOLINI, Samyra Haydêe. **Aspectos históricos, políticos e legais da inquisição.** In: WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). *Fundamentos de História do Direito.* 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. Cap. 9, p. 191-203.

PINTO, Cristiano Paixão Araújo. **Direito e sociedade no oriente antigo: Mesopotâmia e Egito.** In: WOLKMER, Antônio Carlos. *Fundamentos de História do Direito.* 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. Cap. 2, p. 26-47.

SALES, José das Candeias. **A ideologia real acádica e egípcia - representações do poder político pré-clássico.** Lisboa: Estampa, 1997.

SANTOS, Rogério Dutra dos. **Institucionalização da dogmática jurídico-canônica medieval.** In: WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). *Fundamentos de História do Direito.* 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. Cap. 8, p. 175-190.

SOUZA, Raquel de. **O direito grego antigo.** In: WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). *Fundamentos de História do Direito.* 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. Cap. 3, p. 37-66

SUMMER MAINE, Henry. **El derecho antiguo:** parte general. Madrid: Alfredo Alonso, 1893.

THEODORO JÚNIOR. Humberto. **Curso de Direito Processual Civil:** Teoria geral do processo civil e processo de conhecimento. 45ª ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Introdução ao Estudo do Direito:** primeiras linhas. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

VÉRAS NETO, Francisco Quintanilha. **O direito romano clássico:** seus institutos jurídicos e seu legado. In: WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). *Fundamentos de História do Direito.* 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. Cap. 5, p. 93-123