

## **Capítulo XI – PASSADO, PRESENTE E FUTURO DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO: TENDÊNCIAS**

136. três fases metodológicas na história do processo civil. 137. os grandes mestres de direito processual civil (panorama internacional). 138. a ciência processual civil brasileira na segunda metade do século XIX e na primeira metade do século XX. 139. Liebman, a *Escola Processual de São Paulo* e o moderno processo civil brasileiro – processualistas civis brasileiros do passado e do presente. 140. sucessão histórica das fontes formais do direito processual civil brasileiro. 141. entre o Código de 1939 e o de 1973 – dois Códigos substancialmente análogos. 142. o constitucionalismo e a abertura para a perspectiva metajurídica do processo civil (a sétima fase da história do processo civil brasileiro). 143. influências do processo civil da *common law* e os reflexos de uma integração latino-americana. 144. o Código de Processo Civil de 2015 e a oitava fase do processo civil brasileiro. 145. tendências modernas do processo civil brasileiro: prognósticos e aspirações.

### **136. três fases metodológicas na história do processo civil**

O processo civil moderno é o resultado de paciente evolução desenvolvida a partir de um longo e estagnário período no qual o sistema processual era encarado como mero capítulo do direito privado, sem autonomia. Essa primeira fase metodológica começou a se exaurir quando teve início, no século XIX, uma gradual descoberta de conceitos e construção de estruturas bem ordenadas, embora ainda sem a consciência de um comprometimento com a necessidade de direcionar o processo a resultados substancialmente justos – e tal foi sua segunda fase metodológica. Só em tempos muito recentes, a partir de meados do século XX, começou a despontar uma *perspectiva teleológica do processo*, superando o tecnicismo reinante por um século. Essa é sua terceira fase.

Falamos então no período de *sincretismo*, no período *autonomista* ou *conceitual* e, finalmente, no período *teleológico* ou *instrumentalista*.

Só passou a existir uma verdadeira *ciência* do processo civil na segunda dessas fases, pois no sincretismo inicial os conhecimentos eram puramente empíricos, sem qualquer consciência de princípios, sem conceitos próprios e sem a definição de um *método*. O *processo* mesmo, como realidade da experiência perante os juízos e tribunais, era visto apenas em sua realidade física exterior e perceptível aos sentidos: confundiam-no com o mero *procedimento* quando o definiam como *sucessão de atos*, sem nada dizerem sobre a *relação jurídica* que existe entre seus sujeitos (relação jurídica processual) nem sobre a conveniência política de deixar caminho aberto para a participação dos litigantes (*contraditório*).

Uma das mais sintomáticas características desse sincretismo inicial, responsável pela colocação do sistema processual nos quadrantes do direito privado, era a visão do processo como mero modo de *exercício dos direitos*. Para ilustrar esse pensamento disse conceituado romanista já nos albores do século XX: “sendo proprietário de uma coisa, eu posso vendê-la, doá-la, constituir servidões ou hipotecas sobre ela. Posso enfim realizar uma longa série de atos jurídicos e ao realizá-los exerço a minha propriedade, porque esta é o pressuposto da possibilidade de realizar tais atos jurídicos (...). Está incluída entre estes a ação com a qual se garante a relação jurídica: *quem propõe a ação está a exercer o próprio direito*, justamente porque a defesa do direito é um elemento constitutivo dele próprio” (Vittorio Scialoja).

A segunda dessas fases (*autonomista, conceitual*) teve origem em 1868, com a famosa obra com que Oskar Von Bülow proclamou em termos sistemáticos a existência de uma *relação jurídica* toda especial entre os sujeitos principais do processo – juiz, autor e réu –, a qual difere da relação jurídico-material litigiosa por seus *sujeitos* (a inclusão do juiz), por seu *objeto* (os provimentos jurisdicionais) e por seus *pressupostos* (os pressupostos processuais).<sup>1</sup> A sistematização de ideias em torno da *relação*

1. *Pressupostos processuais*, nessa linguagem, é locução que aproximadamente equivale ao grande gênero designado no Brasil por *pressupostos de ad-*

*jurídica processual* conduziu às primeiras colocações do direito processual como *ciência*, afirmado seu *método* próprio (distinto do método concernente ao direito privado) e seu próprio *objeto material* (as categorias jurídico-processuais – *jurisdição, ação, defesa e processo*). Essas ideias fundamentais abriram caminho para um fecundíssimo florescer de reflexões e obras científicas, especialmente da parte de alemães, austríacos e italianos – inicialmente voltadas a um dos conceitos fundamentais da ciência processual, a *ação*. Construíram-se ricas e variadas teorias, todas convergindo à afirmação da autonomia desta em face do direito subjetivo substancial. Tomou-se consciência dos elementos identificadores da ação (partes, causa de pedir, pedido), elaborou-se a teoria das *condições da ação* e dos *pressupostos processuais*, formularam-se *princípios*. Os alemães dedicaram-se com particular interesse ao árduo tema do *objeto do processo*, seja em obras gerais, em ensaios ou monografias, chegando a soluções mais ou menos estáveis (*infra*, n. 151).

A obra de Bülow (a conhecida e importantíssima *Die Lehre von den Proceßinreden und die Proceßvoraussetzungen – Teoria dos pressupostos processuais e das exceções dilatórias*) foi precedida de três estudos sobre a *actio* romana vista da perspectiva do direito moderno, nos quais já se lançaram as bases para a percepção da autonomia da ação em confronto com aquele conceito romanístico. Trata-se dos escritos que envolveram em famosíssima polêmica os romanistas alemães Bernhard Windscheid e Theodor Muther.

Foi nessa segunda fase que os processualistas se aperceberam de que o processo não é um *modo de exercício dos direitos*, colocado no mesmo plano que os demais modos indicados pelo direito privado, mas caminho para obter uma especial proteção por obra do juiz – a *tutela jurisdicional*. O objeto das normas de direito processual não são os bens da vida (cuja pertinência, uso, disponibilidade *etc.* o direito privado rege) mas os próprios fenômenos que na vida do processo têm ocorrência, a saber: a *jurisdição, a ação, a defesa* e o *processo* (institutos fundamentais, ou *category* *missibilidade do julgamento do mérito*. Tem extensão maior do que os *pressupostos processuais* usualmente indicados pela doutrina brasileira.

rias amplíssimas em que se contêm todos os demais institutos do direito processual).

Essas novas ideias, a partir de então cultivadas, puseram fim ao período *sincrético* do direito processual, no qual se colocava a conceituação privatística da ação como algo *inerente* ao direito subjetivo material (daí, teoria *immanentista*) – *actio aliud non est quam jus quod sibi debeat in iudicio persequendi*.<sup>2</sup> Daí a indicação, naqueles albores nebulosos, da ação como um direito *adjetivo* – dado que os adjetivos não têm vida própria e só se explicam pela aderência a algum substantivo, atribuindo-lhe algum predicado específico. A alusão ao próprio direito processual como *direito adjetivo* (conceito do período *sincrético*) era sinal da negação de sua autonomia.

Suplantado o período *sincrético* pelo *autonomista*, dissipados ficaram tais equívocos e cresceu a consciência da autonomia conceitual da ação, do processo e do próprio sistema processual. Foi no entanto preciso quase um século para que os estudiosos se apercebessem de que o processo, como técnica de pacificação, não é algo destituído de conotações éticas e deontológicas nem de objetivos a serem cumpridos no plano social, no econômico e no político. Preponderou por muito tempo a crença de que ele fosse mero instrumento do direito material, sem consciência de seus escopos metajurídicos (*supra*, nn. 57 ss.). Esse modo de encarar o processo por um prisma puramente jurídico foi superado a partir de quando alguns estudiosos, notadamente italianos (destaque a Mauro Cappelletti e Vittorio Denti), lançaram as bases de um método que privilegia a importância dos *resultados* da experiência processual na vida dos *consumidores* do serviço jurisdicional – o que abriu caminho para o realce hoje dado aos *escopos sociais e políticos* da ordem processual, ao valor do *acesso à justiça* e, em uma palavra, à *instrumentalidade do processo*.

Tal é o momento atual da ciência do processo civil – fase *instrumentalista* ou *teleológica* – em que se tem por indispensável

2 . Dizia-se também que a ação seria o próprio direito subjetivo que, quando violado, adquire forças para buscar sua restauração em via judiciária.

definir os *objetivos* com vista aos quais se exerce a jurisdição, como premissa necessária ao estabelecimento de técnicas adequadas e convenientes.

### 137. *os grandes mestres de direito processual civil (panorama internacional)*

A obra de Bülow, conquanto escrita no trato de temas específicos hoje sem atualidade e destituídos de qualquer interesse, em suas poucas páginas iniciais é apontada como a *certidão de nascimento da ciência processual*, pela proposta de superação do empirismo vigente na fase sincrética. Seguiram-se-lhe, a partir da segunda metade do século XIX, a do também alemão Adolf Wach sobre a *ação meramente declaratória*; a de Degenkolb e a do húngaro Plosz, que deram força à autonomia da ação em face do direito subjetivo material (teoria da ação como *direito abstrato*); e os compêndios de Hellwig, de Kohler, de Stein e do austríaco Fritz Klein – este já antecipando raízes éticas e sociais de um processo encarado como instrumento de justiça.

Entre os processualistas alemães que produziram no século XX ocupa posição de destaque James Goldschmidt (1874-1940), responsável pela teoria do *processo como situação jurídica* (*Der Prozeß als Rechtslage*), em crítica à teoria da relação jurídica processual. Sem embargo da pouca aceitação de suas propostas pela doutrina em geral, essa obra celebrizou-se pelo grande rigor científico e especialmente pelo legado que mediante ela Goldschmidt inseriu na ciência do direito, que é a conceituação e sistematização dos *ônus processuais* como categoria distinta dos deveres e das obrigações. São também suas as propostas em torno do *materielles Justizrecht*, tendentes a apresentar todo o direito substancial, quando invocado em litígios postos em juízo, pela perspectiva processual (daí falar em *direito judicial material* – *supra*, n. 7). Autoexilado na Espanha nos tempos nazistas de discriminações antissemitas, ali escreveu *Principios generales del proceso*. Escreveu também o tratado *Zivilprozeßrecht* e o manual *Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts*.