



## INSTITUIÇÕES DO DIREITO COMUM NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Institutes of the *ius commune* in Brazilian procedural law  
Revista de Processo | vol. 293/2019 | p. 407 - 436 | Jul / 2019  
DTR\2019\35378

Enrico Tullio Liebman

Traduzido por Eduardo Henrik Aubert

Pós-Doutor pela University of Cambridge e pela FFLCH-USP. Doutor em Histoire et Civilisations pela EHESS-Paris. Doutorando em Direito Processual pela FD-USP. Mestre em História Social pela FFLCH-USP. eduardo.bhenrik.aubert@gmail.com

Área do Direito: Civil; Processual

Resumo: Este é um artigo clássico, publicado originalmente pelo processualista italiano Enrico Tullio Liebman (1903-1986) em 1948, pouco após o seu retorno à Itália, após passar seis anos lecionando no Brasil (1939-1946). Nele, o jurista analisa em profundidade as origens históricas do direito processual brasileiro, apontando uma série de sobrevivências do direito comum que ainda se identificavam no ordenamento brasileiro, mas que havia muito não mais se encontravam nos países europeus. Ao trazer a público este clássico, 70 anos após sua publicação original, esperamos fomentar o debate sobre o papel dessas sobrevivências medievais no direito vigente, que ainda se podem discernir, a exemplo da tipicidade das intervenções de terceiros, da dicotomia entre agravo e apelação, entre outros elementos de um sistema que continuamos a perpetuar.

Palavras-chave: História do processo – Enrico Tullio Liebman – Direito comum – História do direito – Ordenações

Abstract: This is a classic article originally published in 1948 by Italian procedural law specialist Enrico Tullio Liebman (1903-1986), shortly after returning to Italy after six years teaching in Brazil (1939-1946). In this piece, Liebman provides an in-depth analysis of the historical origins of Brazilian procedural law, identifying a series of survivals from the *ius commune* that were still in use in Brazil but that had long before disappeared from the European countries. In presenting this article to the public seventy years after its original publication, we hope to foster the debate about the role played by these medieval relics in the current procedural system (e.g. the typical means of third-party intervention, the coexistence of two regimes of appeal, *apelação* and *agravo*, among other elements of a system that still resists time).

Keywords: History of procedural law – Enrico Tullio Liebman – *Ius commune* – History of law – Ordenações

Sumário:

1º.Preâmbulo - § 2º.Formação histórica do direito brasileiro - § 3º.Panorama

1º.Preâmbulo

Entre<sup>1</sup> nós, as pesquisas de direito comparado têm tido por objeto especialmente o direito francês e o direito alemão e têm sido conduzidas mais como fase integrativa do estudo do nosso direito positivo do que como uma investigação autônoma em que o confronto de ordenamentos jurídicos distintos consiga alcançar uma finalidade autônoma. As razões para essa preferência são intuitivas e diversas. O direito anglo-saxônico, embora muito importante, é bem menos conhecido: a originalidade do sistema das fontes e a peculiaridade de sua formação histórica, ainda que tornem o seu estudo fascinante, levantam grandes dificuldades para o jurista da Europa continental.

Para além disso, o conhecimento dos sistemas jurídicos da Península Ibérica e das nações da América Latina – que formam uma grande família, unida pela origem comum



e pela grande afinidade de conteúdo – é inteiramente negligenciado. Esses sistemas não podem interessar ao jurista italiano pelos mesmos motivos que os ordenamentos citados anteriormente; mas antes por outras razões, de natureza diferente. Trata-se, com efeito, em primeiro lugar, de nações ligadas à Itália por vínculos de uma cultura comum e por estreitas relações de comércio e sentimentais, destinadas a se tornar mais frequentes e profundas. Porém, a isso se soma o fato de que as instituições jurídicas dessas nações também derivam diretamente do grande tronco do direito comum do período medieval; e por isso o seu estudo permite não apenas alargar nossos horizontes e enriquecer nossa experiência, mas produz tanto uma maior consciência da sorte que coube a um direito que constituiu larga parte da nossa tradição jurídica, quanto um quadro mais completo dos diversos caminhos pelos quais a antiga unidade jurídica da Europa dos séculos passados foi quebrada e fracionada. Quem adentrar o estudo desses sistemas jurídicos verá crescer o seu interesse ao se aprofundar na pesquisa, pois descobrirá, pouco a pouco, um fato inesperado: que nesses países, especialmente nos mais distantes e de formação mais recente, a feição originária do direito comum europeu se manteve de modo mais autêntico até o presente. Dentro desses ordenamentos jurídicos, encontramos, muitas vezes quase intactos, numerosos institutos do nosso direito medieval que, entre nós, desapareceram ou mudaram inteiramente de aspecto há muito tempo. Tem-se a impressão de se parar diante de uma janela e assistir, estupefatos e interessados, ao desenrolar, em plena vida, de institutos e de relações jurídicas dos quais tivéramos, até então, um conhecimento meramente indireto por meio dos volumes empoeirados de Durante e de Bartolo.

A busca por uma explicação para esse paradoxo aparente não deixará de lançar nova luz sobre alguns aspectos dos ordenamentos hoje vigentes na Europa, e as relações entre esses ordenamentos aparecerão sob um ponto de vista algo diverso daquele com que estamos acostumados.

E, ao encontrar em um direito estrangeiro formas e conceitos do nosso passado distante, que entre nós se perderam e submergiram com o desenrolar da história, ocorre perguntar se não é lá que se pode vislumbrar aquele que talvez tivesse sido o nosso direito, ou algo muito semelhante a isso, se a evolução natural de nossas antigas instituições não tivesse sido perturbada e interrompida pela irrupção violenta de fatores externos que mudaram seu curso.

## § 2º. Formação histórica do direito brasileiro

### 1. Aspectos gerais

Para resumir, em uma fórmula simples e genérica, a origem histórica dos ordenamentos latino-americanos, pode-se dizer que o direito constitucional e a organização administrativa são fundamentalmente inspirados pelo modelo norte-americano. O fato se explica lembrando que a independência das nações do continente se afirmou nos primeiros anos do século XIX, em nome de um ideal americano, com um movimento de rebelião e de afastamento relativamente às pátrias de origem, acusadas de oprimir e de explorar as suas colônias transatlânticas. Mesmo o Brasil, que foi o único a conservar em princípio a forma monárquica, preferiu depois a República e se munuiu de uma Constituição federativa modelada na dos Estados Unidos. Quem mais influenciou na elaboração dessa Constituição foi o jurista e estadista Rui Barbosa. A despeito das mudanças operadas na sequência, as linhas essenciais da organização dos poderes públicos se mantiveram as mesmas. Naturalmente, a praxe política, profundamente distinta daquela da República do Norte, implica que, sob formas jurídicas semelhantes, desenvolvem-se relações constitucionais muito diferentes.

A seu turno, o direito privado e o processo civil, embora adequados às necessidades de nossos tempos, permaneceram em boa parte tais como eram antes da independência e são, por isso, de origem europeia, e mais especificamente espanhola nos países de língua hispânica e portuguesa no Brasil.



É necessário, assim, para entender sua natureza, dar alguns passos atrás e considerar o direito que os colonizadores espanhóis e portugueses levaram ao território da grande conquista.

## 2. Espanha e Portugal na Idade Média

O direito privado e processual vigente na Espanha e em Portugal, no fim da Idade Média e na época da colonização americana, eram resultado daquele grande fenômeno histórico que foi a recepção do direito romano na Europa central e ocidental. Na Península Ibérica também se deu essa recepção, e foi ela o fato central na formação do direito nacional; mas isso se deu de um modo parcialmente distinto do que ocorreu nas outras regiões do continente.

Durante a Alta Idade Média, a Península Ibérica também conheceu o princípio da pessoalidade do direito. Entre as leis que lá vigoraram, cabe recordar o chamado Breviário de Alarico, para a população hispano-romana, e as leis visigóticas, para a população bárbara. Muito cedo, porém, afirmou-se a tendência de unificação do direito, o que levou à promulgação, por volta dos meados do século VII, do Liber iudiciorum (Forum iudicum ou Fuero juzgo), no qual se tentou uma conciliação dos dois ordenamentos e que foi aplicado a ambas as populações góticas e romanas. No entanto, mais tarde, depois da reconquista da Península, com a expulsão dos invasores árabes, triunfou novamente o particularismo, por meio dos fueros e privilégios municipais, nos quais voltaram a prevalecer as influências consuetudinárias, restringindo-se, ao mesmo tempo, a aplicação do Forum iudicum. Por obra do rei de Castela, foi retomado o movimento unificador, que triunfou nos meados do século XIII, com o Rei Afonso X, dito el Sabio. Na atividade legislativa do Rei Afonso, são retomadas as tendências e as diretrizes da histórica jurídica ibérica e se deitam as bases de sua futura evolução. Ele fez compilar o Fuero Real (1255), que recolhia, em livro único e de abrangência geral, a tradição da legislação foral, mais própria e genuinamente espanhola. Mas os estudos jurídicos haviam então tomado novo rumo: o estudo das fontes clássicas de Roma, elevado a grande esplendor nas universidades italianas por obra dos glosadores, havia-se difundido por todo o Ocidente. Jurisconsultos italianos e espanhóis, educados nas escolas italianas, ensinavam, em muitas cidades espanholas, o novo método de estudo e instilavam a admiração pelo Corpus iuris justinianeu, considerado como o direito do Império e como o maior monumento jurídico universal, fonte perene de sabedoria e de justiça. Assim se explica que o Rei Afonso tenha ordenado, em 1256, a compilação das leis nas Siete Partidas, em que se expunha amplamente todo o direito público e privado do Reino com os conceitos e com o espírito do direito romano renascido, que era interpretado e adaptado aos novos tempos. O caráter legislativo desse código era primeiramente muito duvidoso (parece que ele foi concebido sobretudo com uma finalidade didática, um pouco à imitação das Institutas de Justiniano), sendo reconhecido formalmente apenas cerca de um século depois (Ordenamiento de Alcalá, 1348). Mas, mesmo antes dessa data, adquiriu o valor de fonte jurídica de maior relevância do país, representado o decisivo restabelecimento do prestígio do direito romano.<sup>2</sup>

Produziu-se um fenômeno análogo no reino vizinho de Portugal, que, desde o começo do século XII, era governado de forma independente. Foi em 1320 que o Rei Dom Diniz fundou em Lisboa o primeiro "Estudo Geral", em que uma das cátedras era destinada ao estudo do Direito Romano; e foi o mesmo rei que introduziu a língua portuguesa no uso do foro e ordenou a tradução para o português das Siete Partidas espanholas,<sup>3</sup> das quais derivaram muitas disposições das leis promulgadas por ele e por seus sucessores. Ao mesmo tempo, foi-se afirmando a autoridade do direito canônico, seja nos tribunais eclesiásticos, seja nos tribunais civis, nas matérias eclesiásticas e naquelas em que agebatur de peccato.<sup>4</sup>

Rapidamente, as fontes romanas e canônicas passaram a ser consideradas a ratio scripta e aplicadas, nas respectivas esferas de competência, quando não havia norma legal expressa;<sup>5</sup> a seu turno, a própria legislação real adotava com frequência crescente as soluções indicadas pelo direito romano.



### 3.As “Ordenações” portuguesas

O grande número de leis e de outras normas escritas e consuetudinárias, de autoridade e de âmbito de aplicação diversos, era causa de grande confusão na prática, e mais de uma vez as Cortes pediram ao rei que as leis do reino fossem reformadas e reunidas em um único corpo legal. O Rei Dom João I acolheu esse desejo e ordenou a compilação de um código, finalmente promulgado em 1456, quando era rei Dom Afonso V, de quem tomou o nome de Ordenações Afonsinas. Em cinco livros, expunha-se todo o direito vigente no reino, extraído das leis promulgadas desde a independência, das Partidas espanholas, dos usos e costumes nacionais e sobretudo do direito romano (as “leis imperiais”) e canônico, do qual se retiraram títulos inteiros da obra e ao qual se faz referência a todo momento. Frequentemente, os textos das leis anteriores são reproduzidos na integralidade, com indicação do rei que as havia promulgado, e são transcritos em ordem cronológica; nesse caso, o título se fecha com uma sanção final que confirma a vigência daquelas leis ou altera parcialmente seu conteúdo. Obra notável para a sua época, as Ordenações Afonsinas representam o esforço da monarquia para coordenar e unificar o direito vigente, fazendo prevalecer as doutrinas romanistas e canônicas sobre as mais rústicas e arcaicas formas jurídicas locais e consuetudinárias;<sup>6</sup> isso não impediu que alguns institutos de origem germânica, árabe ou surgidos espontaneamente no país, tendo então penetrado no costume, fossem mantidos em sua substância, mas, nesse caso, foram adaptados e inseridos em um sistema fundamentalmente romanista (por exemplo, a comunhão de bens entre os cônjuges).<sup>7</sup>

Já em 1505, porém, o Rei Dom Manuel I dava início aos trabalhos de revisão das Ordenações; um estímulo para tanto era dado pela invenção da imprensa e pelo desejo de publicar com aquele meio um código melhorado e atualizado. Em 1514, foram publicadas e promulgadas as Ordenações Manuelinas e, em 1521, foi publicado um novo texto revisto. Não são muitas as modificações em comparação com as Ordenações precedentes, mas as disposições são formuladas em um texto mais conciso, mais técnico e maduro, que não mais faz referência a leis anteriores nem, em geral, às origens das várias normas, expondo o direito vigente de forma direta e com um tom uniformemente dispositivo.

Naquele espaço de tempo, um grande fato histórico revirava a vida de Portugal, como reviraria a história de todo o mundo: a colonização das Índias, da África e da América. O pequeno reino da extrema costa atlântica da Europa se tornava o centro de um imenso império colonial e de um formidável comércio entre os mais distantes continentes. Numerosas leis e disposições novas de todo tipo tinham de prover às igualmente novas e urgentes necessidades. É assim se explica que o Rei Felipe II da Espanha, que se tornou também rei de Portugal em 1580, com o nome de Felipe I, tenha empreendido a revisão e a atualização das Ordenações. Não muitos anos depois, em 1603, pouco após a sua morte, foram promulgadas as Ordenações Filipinas, destinadas a uma longuíssima vida, já que estiveram em vigor em Portugal e no Brasil até as codificações modernas.

Como as ordenações precedentes, as Filipinas compreendiam cinco livros, divididos em títulos numerados progressivamente, com uma rubrica indicando o seu objeto. O primeiro livro é dedicado à organização judiciária; o segundo, ao direito eclesiástico e fiscal; o terceiro, ao processo civil; o quarto, ao direito civil; o quinto, ao direito e ao processo penal. O texto é escrito na língua portuguesa da época, um pouco diferente da atual e mais arcaica, seja na ortografia, seja nas formas verbais. Confrontadas com as ordenações que as precederam, as Filipinas apresentam um texto melhorado, mas não se distanciam muito no regulamento dos institutos fundamentais.

Frequentemente se negou a essas Ordenações o caráter de uma verdadeira codificação, no sentido moderno da palavra,<sup>8</sup> mas, ao que parece, erroneamente. Como se indicou, as Ordenações não são uma simples recolha de leis, mas a formulação, em um único corpo legal, de todo o direito vigente como *ius proprium* no território metropolitano e colonial da monarquia portuguesa. A reprodução de leis anteriores, que se verifica ainda nas Afonsinas, desapareceu completamente nas duas versões seguintes,



disposições tiveram vigência formalmente autônoma. É verdade que as normas são extraídas, em sua grande maioria, do direito anteriormente vigente e sobretudo naquele riquíssimo humus jurídico que era o direito romano comum. É verdade também que isso talvez não permita reconhecer ao legislador português o mérito de uma grande originalidade, a não ser pelo próprio fato de ter levado a cabo uma tarefa que é tudo menos simples, mas qual é, então, a codificação moderna que não fez, em situações mais ou menos diversas, algo de análogo, refundindo em suas disposições o direito anterior e o formulando segundo diretrizes unitárias? Também o fato de que, ao lado das Ordenações, reconhecia-se vigência ao direito romano, não parece um argumento válido, seja porque hoje não falta quem defenda que o direito comum possa colmatar as lacunas do nosso ordenamento jurídico, sem que se pense em negar por isso aos nossos códigos seu caráter próprio, seja porque, como veremos a seu turno, quando o direito romano deixou de vigorar em Portugal, as Ordenações permaneceram como únicas representantes do corpo principal de fontes jurídicas do país, sem que tenham precisado passar, em razão disso, por qualquer modificação de substância ou de forma.

#### 4. Relações com o direito comum

A despeito da amplitude dessas Ordenações, o legislador não pretendia regular com suas disposições todos os casos concretos que poderiam se apresentar na prática; ao lado delas, continuavam a valer, como fontes subsidiárias, nas respectivas esferas de competência, o direito canônico e o direito romano (ao qual se reconhecia eficácia "pela boa razão em que está fundado") e, sucessivamente, as glosas de Accursio e as doutrinas de Bartolo. Com efeito, dispunham as Ord. Fil., Livro III, Tít. 64:

"Quando algum caso for trazido em pratica, que seja determinado per alguma lei de nossos Reinos, ou stylo de nossa Corte, ou costume em os ditos Reinos, ou em cada huma parte delles longamente usado, e tal, que por Direito se deva guardar, seja per elles julgado, sem embargo do que as Leis Imperiaes acerca do dito caso em outra maneira dispoem; porque onde a lei, stylo ou costume de nossos Reinos dispoem, cessem todas as outras leis e Direito.

E quando o caso, de que se trata, não for determinado por lei, stylo ou costume de nossos Reinos, mandamos que seja julgado, sendo materia que traga peccado, per os sagrados Canones.

E sendo materia que não traga peccado, seja julgado pelas Leis Imperiaes, posto que os sagrados Canones determinem o contrario.

As quaes leis Imperiaes mandamos, somente guardar pola boa razão em que são fundadas.

1. E se o caso, de que se trata em pratica, não for determinado por Lei de nossos Reinos, stylo, ou costume acima dito, ou leis Imperiaes, ou pelos sagrados Canones, então mandamos que se guardem as Glosas de Accursio, incorporadas nas ditas Leis, quando por commum opinião dos doutores não forem reprovadas; e quando pelas ditas Glosas o caso não for determinado, se guarde a opinião de Bartolo, porque sua opinião commumente he mais conforme à razão, sem embargo que alguns Doutores tivessem o contrario; salvo, se a commum opinião dos Doutores, que depois dele escreveram, for contraria".

O direito das Ordenações representava então, para Portugal e para os territórios ultramarinos, aquele *ius proprium*, isto é, aquele direito territorial particular que, segundo o sistema vigente àquele tempo na Europa, integrava-se no quadro mais vasto dos dois *iura communia*, o direito do Império e o direito da Igreja, devendo-se recorrer subsidiariamente a estes últimos quando o direito particular não dispunha expressamente. Em outros termos, entre o direito real e o direito romano (e, em matéria espiritual, o canônico), subsistia a relação de "direito particular" a "direito comum", que encontramos como característica dominante dos ordenamentos jurídicos europeus do período medieval.<sup>9</sup>



No entanto, essa relação, essencialmente uniforme, assumia em cada nação aspectos e desenvolvimentos distintos, e são muito interessantes os que ela assumiu em Portugal.

Notemos, primeiramente, o fato, certamente não habitual, do valor de fonte de direito expressamente reconhecido à doutrina dos glosadores e pós-glosadores, com a prevalência, ao final, da opinião de Bartolo. Ainda que essas fontes doutrinárias fossem indicadas como sucessivamente subsidiárias às fontes justinianeias, na realidade, estas integravam aquelas, pois, na prática, o intérprete, quando estava em face de um caso que não era regulado nas Ordenações, buscava a solução no direito romano tal qual ele era entendido pelos doctores medievais, e assim recorria não aos textos do *Corpus iuris*, mas diretamente às doutrinas ensinadas pelos jurisconsultos, de *Accursio a Bartolo*.

Outro fato tem um interesse ainda maior: ainda que valessem como direito especial territorial, que devia prevalecer sobre o direito romano comum, as Ordenações portuguesas eram ainda, por sua vez – quanto ao seu conteúdo –, uma verdadeira codificação do próprio direito comum. Redigidas por comissões de juristas educados e formados nas universidades italianas, ou ao menos pelos métodos e pelas obras dos mestres que haviam desenvolvido seu magistério nelas ou em torno delas, as Ordenações não representavam outra coisa senão uma síntese das doutrinas do direito comum – a não ser por aquelas poucas matérias em que foi acolhido algum instituto tirados às leis ou aos usos locais. Era muito especial, assim, a relação entre o direito particular e o direito comum: porque, ao formular o seu *ius proprium* territorial, o legislador português o extraía, em sua maior parte, com um critério ponderado de escolha, do próprio *mare magnum* das doutrinas do direito comum, ao qual remetia depois o intérprete, subsidiariamente, para todos os casos que não haviam sido expressamente contemplados. Também o que era formalmente direito particular era substancialmente ainda direito comum, escolhido, ordenado e formulado com clareza e precisão e com um vivo e moderno senso das necessidades práticas.

Foram notáveis as consequências desse fato: quando, mais tarde, também em Portugal, o direito comum deixou de valer como fonte de direito subsidiária, e as Ordenações se mantiveram em vigor como única fonte do direito nacional, por meio delas, continuou indiretamente a viver o direito comum, em boa parte quase até os nossos dias. E, das Ordenações, muitos institutos passaram intactos ou pouco alterados ao direito atualmente vigente em regiões do globo muito distantes.

## 5. Desenvolvimentos posteriores

A pequena nação despendera as suas energias nas viagens, nas grandes descobertas, na obra colonizadora; agora as suas melhores forças parecem exauridas, e inicia-se um período em que Portugal, como se satisfeito com o que havia feito, fecha-se em si mesmo, afastando-se das vicissitudes da vida europeia, inteiramente absorto pelos grandíssimos problemas que colônias imensas levavam todos os dias à sua atenção. Também a atividade legisladora agora se cala; o direito havia assumido uma forma que parecia definitiva, fixado nas Ordenações em esquemas e conceitos que, em grande medida, remetiam aos meados do século XV.

Apenas um século e meio após a promulgação do código filipino, isto é, nos meados do século XVIII, o país pareceu acordar desse torpor por obra do ministro Marquês de Pombal, que deu início à reforma de toda a estrutura do Estado no espírito das doutrinas iluministas e do direito natural, que então triunfavam na Europa. Faz parte de sua atividade legislativa a lei de 18 de agosto de 1769, chamada de lei da boa razão, em que se determinava que se poderia recorrer subsidiariamente ao direito romano apenas quando as suas regras fossem conformes à boa razão, entendendo-se por essas palavras os princípios eternos do direito natural, o espírito das leis nacionais e as necessidades e circunstâncias da época; limitava-se a validade do direito canônico aos tribunais eclesiásticos; retirava-se toda autoridade às glosas e às opiniões dos doctores, e reconhecia-se eficácia de fonte subsidiária, nas matérias comerciais e marítimas, às leis das nações civilizadas da Europa.



Desse modo, o direito nacional adquiria uma autoridade e uma autonomia até então desconhecidas, e é com essa compreensão que o maior jurista da época, Pascoal José de Melo Freire, escreveu suas *Institutiones iuris civilis lusitani*, impelindo a doutrina e a jurisprudência a se emanciparem da antiga dependência relativamente ao direito comum.

Não muitos anos depois, os exércitos franceses tomavam a Europa e também o distante Portugal não fugia à sorte comum. O rei era obrigado a abandonar Lisboa e a buscar refúgio em sua colônia transatlântica, onde estabelecia sua corte na cidade do Rio de Janeiro. A invasão francesa levou a todas as nações um sopro de vida nova e de novas ideias, interrompendo, entre outras coisas, a evolução normal das instituições jurídicas vigentes nos diversos países. Os códigos napoleônicos, que recolhiam os resultados de muitas vezes secular e profundamente original atividade reformadora da monarquia e da jurisprudência francesas, substituíram os complicados ordenamentos jurídicos de cada nação e – o que mais interessa – puseram abaixo o augusto edifício do direito comum. A obra paciente de tantas gerações de juristas era destruída de um só golpe, e o seu lugar era tomado por um direito em muitos aspectos contrastante com a tradição jurídica de cada país (ainda que, por vezes, significasse o retorno às regras do direito romano genuíno), mas que se fazia admirar pela clareza, precisão e simplicidade exemplares. Veio depois a restauração e, em muitos aspectos, pareceu que se retornasse ao passado, mas, na realidade, o novo espírito não podia mais ser eliminado, e, mais cedo ou mais tarde, dependendo do país, códigos e leis inspirados pelo modelo francês deitaram as bases do novo direito europeu, que, com todas as diversidades e variedades nacionais, conservava, no entanto, sempre um fundo comum uniforme, em que se pode reconhecer o cimento de uma nova unidade jurídica continental. Mesmo a legislação germânica, advinda mais tarde e inspirada, em parte, por outros princípios, ressentida a influência do exemplo francês muito mais do que se costuma admitir: basta, para se convencer disso, confrontá-la com um direito que permaneceu imune à fratura produzida na Europa pelo direito francês, como o do Brasil, onde, chegando quase intactos até os nossos dias, os institutos do direito comum puderam sobreviver e encontrar sem dificuldade o seu lugar no sistema do direito moderno.

## 6.O direito brasileiro

As Ordenações Filipinas, então em vigor havia mais de dois séculos, continuaram a vigor mesmo depois que o Brasil se tornou sede da monarquia portuguesa e mesmo depois que ele se separou da pátria mãe, proclamando sua independência (1822). Apenas lentamente e pouco a pouco elas foram substituídas por leis novas. As Ordenações estiveram assim em vigor por um tempo excepcionalmente longo, e é talvez nesse fato que se deva buscar a explicação para a atitude que a doutrina e a jurisprudência brasileiras tiveram e têm diante da lei escrita: isto é, uma menor dependência para com a lei escrita do que têm os juristas europeus e uma interpretação mais livre de suas disposições, no esforço de encontrar uma solução satisfatória para cada caso concreto, com amplo recurso ao direito comparado e à doutrina estrangeira. Uma sensibilidade mais arejada para aquilo que é justo substitui frequentemente uma menor inclinação para a construção dogmática.

São de 1850 o Código do Comércio (sucessivamente reformado) e uma lei chamada Regulamento 737Código Civil (LGL\2002\400), que disciplinou o processo comercial e foi mais tarde estendido também ao processo civil. Mantém-se nele substancialmente inalterada a estrutura fundamental do processo, mas suas regras foram formuladas com grande clareza, em dispositivos breves e precisos, segundo a técnica legislativa moderna. Muito mais recente, de 1916, é o . E em 1939 foi publicado um novo Código de Processo Civil, atualmente em vigor.

Nesses códigos modernos, o direito tradicional português se encontra mesclado com alguns princípios novos e enquadrado em conceitos técnicos próprios das mais recentes legislações europeias (por exemplo, o Código Civil (LGL\2002\400) se abre com uma parte geral em que é regulada amplamente a figura do ato jurídico). Esses códigos



representam, assim, uma combinação diversa de muitos dos elementos históricos e sistemáticos que concorreram para a formação do moderno direito europeu. Mas uma característica importante de sua formação histórica, que talvez contribua mais do que qualquer outra para dar ao direito privado e processual brasileiros as suas notas distintivas e para formar a sua individualidade histórico-comparada, é o fato de que a sua evolução interna se desenvolveu ininterruptamente desde o século XV, isto é, desde a época da recepção do direito romano comum nas Ordenações do Reino, sem jamais se distanciar profundamente da configuração conquistada naquele momento e sentindo muito pouco a influência de fatores externos. Em particular, o direito francês, de importância preponderante na formação dos direitos europeus modernos, não estendeu sua influência ao direito brasileiro, que permaneceu, por isso, mais ligado à sua origem distante e pôde conservar, mais ou menos intactos, numerosos institutos do direito comum que não são na Europa hoje mais do que reminiscências históricas (recordo, a título de exemplo, a ausência do princípio de que, para os bens móveis, *possession vaut titre* [a posse vale como título]).<sup>10</sup>

O Código de Processo Civil em vigor,<sup>11</sup> que introduziu o processo oral e concentrado, tomando por modelos o código português<sup>12</sup> e os projetos italianos de Chiovenda, Carnelutti e Solmi, apresenta, com efeito, essas características. Dentro de um procedimento informado por esses novos princípios, sobrevivem numerosos institutos tradicionais. Novo, ao revés, e de alto importe prático, é o despacho saneador, tomado da mais recente experiência da jurisprudência portuguesa: provimento em que o juiz (único) de primeira instância decide as questões *litis ingressum impeditentes* [que impedem o desenvolvimento da lide] e sana o processo de eventuais nulidades, abrindo assim caminho para a instrução da causa e a decisão do mérito.<sup>13</sup>

É diversa, mas, em certo sentido, paralela, a formação histórica do direito dos outros Estados da América Latina, que têm origem diretamente espanhola. Em muitos deles, o processo ainda é regulado por códigos que remontam aos meados do século passado e que herdaram do direito espanhol alguns dos aspectos menos bons do processo comum (que, a seu turno, o legislador português havia sabido evitar): processo escrito e secreto, rigorosamente articulado em fases separadas com termos preclusivos, fase instrutória toda baseada nas *positiones*, com meios de prova cuja eficácia legal é fixada em frações aritméticas destinadas a ser somadas etc.

Um panorama parcial servirá para ilustrar com exemplos a exposição que precede.

## § 3º. Panorama

### 7. As ações provocatórias

As ações provocatórias<sup>14</sup>, elaboradas pela doutrina medieval italiana, por meio da adaptação e ampliação daquilo que determinavam dois textos das fontes romanas (*l. si contendat, D. 46, 1, 28*, e *l. diffamari, C. 7, 14, 5*), para servir a necessidades e escopos declaratórios,<sup>15</sup> foram rapidamente acolhidas na prática espanhola e portuguesa, ainda que tenham seguido caminhos distintos. Na Espanha, a terceira Partida, Tít. II, 46, acenou expressamente, como exceção ao princípio de que ninguém pode ser obrigado a agir, a essa específica *provocatio ad agendum* [provocação para agir], com eventual condenação ao silêncio perpétuo, e os escritores retomaram e desenvolveram amplamente o argumento em estreita conexão com a doutrina italiana da época.<sup>16</sup> Em Portugal, as coisas se passaram diversamente: os escritores da época contam que o foro estava a tal ponto inundado por esses juízos provocatórios, que o legislador foi forçado a intervir para restringir seu uso. Dispõe nesse sentido uma lei de 30 de agosto de 1564, cuja substância foi depois incorporada nas Ord. Fil. (Lib. III, Tít. 11, § 4), determinando que, se alguém difamava uma pessoa relativamente a seu estado, “como se dissesse, que era seu captivo, liberto, infame, spurio, incestuoso, Frade, Clerigo, ou casado”, o difamado podia fazer citar o responsável em seu domicílio, concedendo-lhe um prazo para propor a demanda e provar o defeito de estado. Acrescentava-se ainda que, em nenhuma outra causa civil, seria possível obrigar alguém a agir ou impor a alguém o





silêncio perpétuo, abreviando assim o tempo que o direito concede para se agir em juízo.<sup>17</sup> Nos casos admitidos, a ação é sumária: o difamado pode propô-la diante do juiz de seu domicílio, requerendo provar os fatos que tem por difamatórios, e, se a prova é bem-sucedida, o juiz determina a citação do suposto difamador, instando-o a propor a ação dentro de um prazo de oito dias. Se não a propunha no prazo fixado, era pronunciada a sentença que lhe impunha perpétuo silêncio.<sup>18</sup>

As distintas sortes das ações provocatórias na Espanha e em Portugal se refletem na disparidade da acolhida que lhes foi reservada em solo americano. Nos países de língua espanhola, elas foram contempladas e admitidas pela legislação: o Código de Processo Civil da capital federal argentina as regula expressamente no artigo 425 e seguintes.<sup>19</sup> No Brasil, ao contrário, os escritores do século XIX informam que essas ações tiveram aplicação escassa e acabaram por cair em desuso, até que uma resolução imperial de 1876 as vedou, por repugnarem ao direito público do país. Rapidamente se pensou em substituí-las pela ação declarativa ou declaratória. O primeiro a acenar para ela foi Rui Barbosa, em 1906, seguido por outros escritores. Algumas leis de determinados Estados federados as disciplinaram minudentemente.<sup>20</sup> Finalmente, o código vigente admitiu a ação declaratória com uma previsão geral (art. 2º).

## 8. Propositura da demanda

No processo comum, a demanda<sup>21</sup> se propunha apresentando ao juiz o libelo introdutório, com requerimento de que se ordenasse a citação do réu.<sup>22</sup> Essa forma estava em harmonia com uma das características do processo comum, a necessidade de que todo ato do processo fosse autorizado ou determinado pelo juiz.

O direito hoje vigente no Brasil tem determinação análoga. A petição inicial é dirigida ao juiz, e nela devem ser feitas a exposição dos fatos, a indicação das provas e a formulação das conclusões, devendo-se, enfim, pedir ao juiz que determine a citação do réu (art. 158 do Código de Processo Civil). Com a demanda, devem-se exhibir os documentos.

Aquilo que mais chama atenção é o fato de que o juiz deve “indeferir” de ofício a petição inicial, isto é, recusar de lhe dar seguimento e de citar o réu, sempre que constatar que uma das partes é incapaz ou que a demanda é “manifestamente inepta” (art. 160): é isso o que resta da antiga *exceptio inepti libelli* [exceção de libelo inepto], que o juiz deve hoje levar em consideração *in limine* e por sua própria iniciativa. Considera-se “inepta” a demanda quando ela for obscura ou a exposição dos fatos for gravemente defeituosa ou ainda quando, dos fatos expostos, não se possa deduzir logicamente a conclusão formulada.<sup>23</sup>

Na Itália, o sistema da citação direta do réu, por simples iniciativa do autor, vem da França, onde se afirmou a organização autônoma dos oficiais judiciários, que cumprem suas atividades quando requeridos pelo interessado, sem depender de uma ordem do juiz.<sup>24</sup> É o caso de recordar que, por ocasião da recente reforma, a mais abalizada doutrina propugnou em vão pelo retorno à citação “indireta”, que de resto ainda existe nos códigos alemão e austríaco.<sup>25</sup>

## 9. As “exceções dilatórias”

Uma das características do processo comum era dada por sua estrutura “rígida”: ele era, com efeito, dividido em momentos e períodos fixos, fechados em prazos preclusivos, dentro dos quais as várias atividades se deveriam cumprir. Um desses prazos preestabelecidos era o das exceções preliminares, ou “dilatórias”, que o réu podia propor em peça separada, todas conjuntamente, antes de apresentar sua resposta ao libelo do autor.<sup>26</sup> Sobre o argumento, a doutrina se perdeu em distinções e classificações infinitas e complicadíssimas.

As Ordenações Filipinas acolheram esse instituto, buscando tornar suas regras mais simples (Lib. III, Tit. 20, n. 9):



“E antes de o reo vir com contrariedade, nem responder ao libello cousa alguma, virá à segunda audiência com todas as exceções dilatorias que tiver, juntamente, sendo certo que desde huma vez for pronunciado sobre a tal exceção, ou exceções dilatorias, com que vier, não poderá jamais vir com outras, nem lhe será para isso dado lugar.”

Em outro passo (tit. 49), enumeram-se como exceções dilatórias a incapacidade da parte ou do procurador, a suspeição ou incompetência do juiz e a suspensão ou a decadência do crédito acionado. A elas, a doutrina adicionava outras, como a litispendência, a *exceptio inepti libelli*, o benefício de excussão etc.<sup>27</sup>

O Código brasileiro vigente limitou taxativamente a quatro as exceções que se devem propor preliminarmente, no prazo e na forma para tanto determinados: suspeição e incompetência do juiz, litispendência e coisa julgada (art. 182 e seguintes). O réu, regularmente citado, tem dez dias para apresentar sua resposta, mas, dentro dos primeiros três dias, poderá opor conjuntamente as exceções referidas, que devem ser julgadas imediatamente. Qualquer outra questão, mesmo processual, considera-se “matéria de defesa” e deverá ser tratada na resposta. No entanto, a incompetência *ratione materiae* poderá ser oposta também sucessivamente, a qualquer momento, com eventual responsabilidade agravada pelas despesas causadas pela demora. Também a exceção de coisa julgada, qualificada “mista”, poderá ser arguida na resposta, uma vez que se admite seu reconhecimento de ofício.<sup>28</sup>

A decisão separada sobre as exceções e, em um momento sucessivo, o “despacho saneador” (cf., supra, n. 6, in fine) servem conjuntamente a desembaraçar o terreno de questões incidentais e a preparar a audiência em que será tratado o mérito.

Para fazer desaparecer na Europa o processamento preliminar separado das exceções dilatórias, contribuíram, de um lado, o direito francês, com a sua tendência a retirar ao processo toda a rigidez, permitindo à parte levantar as várias questões relativas ao processo ou ao mérito no momento que lhes aprouvesse, com a consequência de tornar o processo mais elástico, mas também mais confuso e desordenado, e, de outro lado, von Bülow, com a sua vigorosa crítica ao próprio conceito de *Prozesseinreden* [pressupostos processuais].<sup>29</sup> Uma função em parte análoga tem, aliás, a audiência preliminar (ou “primeira audiência”) do direito austríaco, em que se devem propor as eventuais exceções que impedem o tratamento do mérito, a fim de que o juiz possa realizar o seu exame da maneira mais oportuna. São menos rigorosas as normas do nosso código (arts. 183-187), que deixam às partes e ao juiz maior liberdade de movimento.

## 10.A apelação de terceiro

30

Muitos textos nas fontes romanas concediam ao terceiro a faculdade de apelar contra uma sentença, quando um interesse seu fosse prejudicado: D. 49, 1, 4 § 2 e 3; eod. 5 etc.

O direito canônico e a doutrina generalizaram essa possibilidade, extraíndo dela o princípio da legitimação do terceiro a apelar sempre que tivesse interesse.<sup>31</sup> A apelação do terceiro deveria ser proposta no mesmo prazo concedido às partes.

Na França, a apelação de terceiro desaparece, surgindo, em seu lugar, a oposição do terceiro, não sujeita a prazo prescricional. Foi no século XVII que surgiu na praxe judiciária esse novo remédio, como verdadeira impugnação contra a sentença,<sup>32</sup> e foi a *Ordonnance civile* de 1667 que o regulou de modo completo (tit. 35, art. 2º).

Em Portugal, por sua vez, foi admitida a apelação do terceiro. Determinavam as *Ord. Fil. Lib. III*, tit. 81 pr.:

“Posto que a sentença não aproveite nem empece mais que às pessoas entre que é



dada, poderá, porem, dela apelas não somente cada um dos litigantes, que dela se sentir agravado, mas ainda qualquer outro, a que o feito possa tocar e lhe da sentença vir algum prejuízo.”

O princípio foi acolhido integralmente pelo direito brasileiro, dispondo em tal sentido o art. 738 do Regulamento 737 e hoje o art. 815 do Código de Processo Civil. O prazo é o mesmo concedido às partes (15 dias da leitura da sentença em audiência ou da intimação), mas, se o terceiro não tem residência ou domicílio no local em que a sentença foi pronunciada, o prazo é ampliado para três meses.

Na doutrina, no entanto, não é pacífica a extensão da legitimação do terceiro. Rui Barbosa, escrevendo em 1915 e invocando o ensinamento dos velhos doctores que exigiam do terceiro a prova de um qualequale praejudicium [algum prejuízo], sustentou que bastaria, para legitimar o terceiro a apelar, qualquer prejuízo, grave ou leve, econômico ou mesmo simplesmente moral.<sup>33</sup> Aderiram a essa opinião Odilon de Andrade e Seabra Fagundes, ainda que o último exclua o caso do prejuízo meramente econômico sofrido pelo credor em consequência de uma sentença proferida contra seu devedor.<sup>34</sup> Muito mais restritiva, ao revés, é a opinião de Santos Estanislau,<sup>35</sup> que limita a legitimação do terceiro aos casos em que a sentença poderia ser executada contra ele ou viria a prejudicar reflexamente um direito seu.

A apelação de terceiro é de rara aplicação prática, provavelmente em razão da exiguidade do prazo, dentro do qual é difícil que o terceiro venha a tomar conhecimento da existência da sentença que o prejudica. A oposição do terceiro dos direitos francês e italiano se distingue desse remédio seja pela ausência de prazo prescricional, seja pela configuração mais precisa dos casos em que é admissível, seja, enfim, porque pode ser proposta também contra a decisão que julga a apelação. Na Alemanha, não existe nem um nem outro desses remédios.

#### 11.A apelação, beneficium commune

36

Justiniano alargou os poderes do juiz de apelação, permitindo-lhe reformar a sentença impugnada também a favor do apelado (constituição *Ampliozem, C., de app., 7, 62, 39*). Com base nesse texto, a doutrina medieval construiu o conceito do *beneficium commune*: a interposição da apelação submete ao juiz de segundo grau a causa em sua integralidade, e ele pode decidi-la livremente, reformando a sentença seja a favor do apelante, seja contra ele (*reformatio in peius*). “*Ille contra quem appellatio est interposita potest appellatione uti, ut rescindatur sententia si in aliquo eum lesit*” (Bartolo) [Aquele contra quem a apelação é interposta pode usar a apelação, para que a sentença seja rescindida se ela o prejudica em algo]; “*appellatio est communis etiam alteri parti, quae non appellavit*” (Baldo) [a apelação também é comum à outra parte, que não apelou].<sup>37</sup>

O conceito foi acolhido integralmente nas *Ord. Fil., Lib. III, tit. 72* (“que quando os juizes da alçada acharem que o apelado é agravado, o desagravem, posto que não apele”) e explicado pelos escritores com estreita adesão ao ensinamento dos doctores italianos.<sup>38</sup> Vai no mesmo sentido a doutrina brasileira do século XIX.<sup>39</sup> No entanto, a jurisprudência mais recente, influenciada provavelmente pela doutrina europeia, atenuou o rigor do princípio, não admitindo a *reformatio in peius*, e é nesse sentido que segue a doutrina hoje dominante.<sup>40</sup>

Nesse caso, todavia, é enganadora e perigosa qualquer aproximação com o exemplo europeu. O caráter “comum” da apelação caiu em desuso no direito francês.<sup>41</sup> De fato, escrevia Rebuffe:<sup>42</sup>

“*Licet de iure appellatus possit se iuvare appellatione appellantis, quia appellatio est opus utramque partem appellare, alioquin appellatio nil proderit ei qui non appellavit,*



nec sententia quoad eum reformabitur et ita fuit conclusum saepius in curia Burdegalense, ut refert Boer. in suis decis. q. 37 saepe, n. 7”.

[Embora o apelado possa se servir da apelação do apelante, pois a apelação é obra de ambas as partes, a apelação não pode auxiliar aquele que não apelou, nem a sentença será reformada em favor dele, e assim se concluiu com maior frequência na Corte de Bordeaux, como relata Nicolas de Bohier, em suas Decisiones Burdegalenses, q. 37 saepe, n. 7.]

Em compensação, o Code de Procédure Civile introduziu a figura da apelação incidental, que o apelado pode propor mesmo depois de ter decorrido o prazo para a apelação principal. Evitava-se assim que, em caso de sucumbência parcial, tivesse de apelar a parte que estava disposta a aceitar a sentença, desde que o adversário não apelasse.

No entanto, essa nova solução dada pelo direito francês ao difícil problema não teve qualquer repercussão concreta no direito brasileiro.<sup>43</sup> Com efeito, o código vigente não resolve expressamente a questão e, ignorando a figura da apelação incidental, limita-se a determinar que “a apelação devolverá à superior instância o conhecimento integral das questões suscitadas e discutidas na ação” (art. 824). Mas, enquanto não se reconhece a apelação incidental, não se pode negar o caráter comum da apelação (isto é, no âmbito dos capítulos da sentença impugnados) sem romper de modo grave o equilíbrio no julgamento de segunda instância, tornando iniquamente gravosa a posição do apelado. Esses argumentos, expressos há não muitos anos, foram acolhidos em alguns julgados recentíssimos.

## 12.A querela nullitatis

O<sup>44</sup> remédio da apelação, surgido no procedimento extra ordinem, servia para reformar as sentenças injustas, não para invalidar as sentenças nulas, que eram ineficazes de pleno direito. A nulidade podia ser alegada como defesa contra a actio iudicati ou como réplica à exceptio rei iudicatae [exceção de coisa julgada] ou em qualquer outra ocasião, e era consequência não apenas da inobservância das regras e garantias fundamentais do processo, mas também da violação expressa do direito aplicável ao caso controverso: si expressim sententia contra iuris rigorem data fuerit, valere non debet [se a sentença for proferida expressamente contra o rigor do direito, ela não deve ter validade] (Modestino, D. 49, 1, 19); cum contra sacras constitutiones iudicatur, appellationis necessitas remittitur [quando se julga contra as sagradas constituições, a necessidade da apelação é deixada de lado] (Macro, D. 48, 8, 2). Era, então, nula a sentença que julgava violando o teor das leis em abstrato, enquanto era apenas injusta e, portanto, sujeita à apelação a sentença que julgava contra o ius litigatoris, isto é, aplicando erroneamente o direito ao caso concreto.<sup>45</sup>

O direito medieval aceitou a distinção entre sentenças injustas e nulas e nela baseou o seu sistema de recursos. Contra as primeiras, podia-se interpor a apelação; contra as segundas, podia-se alegar a nulidade. Porém, com o fim de tornar as sentenças mais estáveis e as relações jurídicas mais seguras, o direito canônico, a legislação estatutária e a doutrina quiseram que essa nulidade, em vez de permanecer indefinidamente oponível, sem limitação de tempo, fosse arguível por meio de um remédio específico, que foi chamado de querela nullitatis,<sup>46</sup> que não era definido nem como um recurso (impugnazione) nem como uma ação, mas como invocação do officium iudicis, e a ela se atribuiu um prazo prescricional mais ou menos breve e usualmente igual ao da apelação. Assim se preparava o cúmulo dos dois remédios, cuja conveniência prática é evidente e que se realizava com a seguinte fórmula: Dico sententiam nullam, et si qua est appello [Eu declaro a sentença nula, e se alguma assim for, apelo] (Glossa Non obtinebit a Cod. 7, 64, 1). E acabou por se admitir que, mesmo sem expressa propositura da querela, o juiz de apelação podia também conhecer de eventuais nulidades.<sup>47</sup> Assim se ia operando de fato a fusão dos dois remédios em uma única forma de recurso, isto é, a absorção da querela nullitatis pela apelação.



Isso para as nulidades sanáveis. As mais graves, insanáveis, sobreviviam à formação da coisa julgada e podiam ser alegadas com a propositura da querela nullitatis insanabilis, que, por analogia com uma verdadeira ação, era sujeita à prescrição ordinária.<sup>48</sup>

A fusão – quanto às nulidades sanáveis – dos dois remédios em um só, já preparada pela prática italiana, seria consumada depois na França, onde prevaleceu o princípio de que voies de nullité n'ont pas lieu en France [“remédios de nulidade não têm lugar na França”],<sup>49</sup> e a querela desapareceu: todas as nulidades devem agora ser arguidas com o recurso: com a apelação ou, depois de ela ser julgada ou ter precluído, com dois novos recursos que lentamente adquiriram sua forma definitiva: a requête civile e a demande en cassation.

O direito português regulou a matéria de acordo com os princípios do direito comum, mas com uma terminologia mais próxima à romana que à medieval. Em regra, as nulidades podem ser examinadas pelo juiz da apelação, que deve buscar saná-las, evitando, tanto quanto possível, a pronúncia de nulidade do processo. Depois de a sentença transitar em julgado, não se podem alegar por meio algum (Ord. Fil. Lib. III, tit. 63). Há, no entanto, algumas nulidades mais graves, em razão das quais a sentença “é per direito nenhuma” e “nunca em tempo algum passa em coisa julgada”, de modo que não é necessário apelar contra ela (Lib. III, tit. 75), podendo a nulidade ser alegada mesmo quando se quiser executar a sentença (tit. 87, § 1). Os motivos de nulidade são os habituais: falta de citação do réu, contradição com outra sentença transitada em julgado, suborno ou incompetência do juiz, falsidade da prova e, enfim, contrariedade a “direito expresso”, que ocorre sempre que o juiz julga de modo diretamente contrário ao que dispõem as Ordenações, e não quando ela for contrária ao “direito da parte” (tit. 75, cit., com evidente reminiscência do que afirmava Macro no passo lembrado acima, reproduzindo também os mesmos exemplos). A doutrina, de pleno acordo também com a do direito comum, considera a expressão “direito expresso” como equivalente à de “direito em tese”, a se contrapor ao “direito em hipótese”, distinção que corresponde substancialmente àquela entre questão jurídica abstrata e concreta.<sup>50</sup>

O rigor das expressões usadas para qualificar a nulidade poderia levar a pensar que se tratava de nulidade absoluta, mas o ensinamento unânime era o de que a pronúncia da nulidade se deveria pedir pelo meio habitual da querela nullitatis, sujeita apenas ao prazo prescricional de trinta anos.<sup>51</sup> Assim se entende que Pereira e Sousa pudesse afirmar que “a Sentença tem o efeito de coisa julgada em quanto se não annulla”.<sup>52</sup> Fazia eco, no Brasil, Pimenta Bueno, escrevendo: “as próprias sentenças viciadas de nulidade absoluta não perecem ipso jure no rigor da expressão, e pelo contrário produzem seus efeitos até que sejam declaradas taes”.<sup>53</sup> Com efeito, a lei portuguesa de 19 de dezembro de 1843, art. 317, fala de “ações de nulidade e de rescisão da sentença”. No Brasil, o art. 681 do Regulamento 737 determina que “a sentença póde ser annullada [...] § 4º por meio da acção rescisoria”. A evolução pode ser considerada completa quando o Código Civil (LGL\2002\400) brasileiro reduziu o termo de prescrição dessa ação a cinco anos (art. 78, § 10, VIII), e o vigente Código de Processo Civil exclui que a nulidade se possa alegar nos embargos à execução. A antiga nulidade absoluta tornou-se, assim, uma simples anulabilidade, que pode ser proposta por meio de um remédio excepcional, limitado no tempo e destinado a impugnar a coisa julgada.

Assim, a querela nullitatis sobrevive, com o nome de ação rescisória, e pode ser proposta dentro de cinco anos diante do tribunal de segunda instância, nos seguintes casos: sentença pronunciada por juiz subornado, impedido ou incompetente ratione materiae, ofensiva à coisa julgada ou a disposição literal de lei ou ainda quando fundada em prova cuja falsidade tenha sido apurada no juízo criminal (art. 798 do Código de Processo Civil).<sup>54</sup> O caso mais frequente e mais delicado é o de contrariedade a disposição literal de lei: tendo presente a outra norma, que estabelece que “a injustiça da sentença e a má apreciação da prova [...] não autorizam o exercício da ação rescisória” (art. 800), vê-se essencialmente reproduzida a distinção clássica entre direito “em tese” e “em hipótese”, entre “direito expresso” e “direito da parte”. Com efeito,



escreve Pontes de Miranda:

"A sentença é nula quando ofende o direito objetivo, e não quando fere o direito dos litigantes. Uma coisa é a sentença injusta, lesiva do direito subjetivo invocado pela parte, outra coisa é a sentença nula, que ofende o direito objetivo. O direito subjetivo é protegido somente pelos recursos. Das sentenças que não fazem injúria à lei, mas apenas aos direitos dos litigantes, poder-se-á dizer que são iníquas, não que ofendem o direito constituído."<sup>55</sup>

Trata-se, no entanto, de uma ação anulatória *sui generis*, que tem em si muito de um verdadeiro recurso, porque, se a sentença é anulada, o próprio tribunal decide a causa novamente (e a doutrina qualifica esse fato como cúmulo do *iudicium rescindens* com o *rescissorium*).<sup>56</sup>

A jurisprudência não admite a ação rescisória por violação da lei processual, mas apenas da lei material,<sup>57</sup> e decide unanimemente que ela é admissível quando a sentença ofende diretamente um texto expresso da lei, mas não quando ofende uma regra que resulte de deduções mais ou menos fundamentadas<sup>58</sup> nem quando apenas interprete mal uma norma da lei.<sup>59</sup> Pode-se dizer, assim, que, ao tribunal chamado a conhecer de uma ação rescisória, é deixada grande latitude de apreciação para decidir se o erro in *iudicando* tem, no caso concreto, caráter de violação do *ius in thesi*. O Supremo Tribunal Federal, em uma decisão citada muitas vezes,<sup>60</sup> afirmou que o intérprete e o juiz não devem tanto se preocupar do modo direto ou indireto, declarado ou implícito da ofensa ao teor da lei, quanto considerar a extensão e a gravidade dessa ofensa e admitir o motivo da ofensa a direito expresso apenas quando essa ofensa é grave, flagrante, não suscetível de dúvidas ou incertezas.

Esse conceito deitou raízes tão profundas na tradição jurídica brasileira, que ele encontra aplicação até no recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal, que, todavia, é de criação muito mais recente e se presta a funções em parte análogas à da nossa Corte de Cassação (e propriamente funções de unificação da jurisprudência dos tribunais de cada Estado federado, na defesa do direito federal). Depois do que ficou dito, descabe prosseguir para pôr em relevo como esse conceito se distingue daquele, muito mais amplo, de "violação ou falsa aplicação de uma norma de direito", que abre as portas para o nosso recurso de cassação.

### 13.O *processus executivus*

É <sup>61</sup> muito difundida a história da eficácia executiva reconhecida pelos estatutos e doutrina medievais aos documentos *guarantigiati* ou *confessionati*.<sup>62</sup> Embora, em princípio, fosse reconhecida aos instrumentos a *executio parata*, a prática criou para eles um verdadeiro *processus summarius executivus*, misto de execução e de cognição, no qual, sem as solenidades do processo ordinário e, assim, sem libelo nem contestação da lide e (em muitos lugares) prévia penhora dos bens do devedor, o juiz examinava as contestações do devedor e as julgava sumariamente, com reserva de um juízo ordinário separado.<sup>63</sup>

O direito francês eliminou depois esse processo sumário misto, equiparando rigorosamente a eficácia dos instrumentos à das sentenças e regulando por estas e por aqueles a execução direta, pura e simples.<sup>64</sup> Daí derivou a nossa figura dos títulos executivos extrajudiciais, acolhida também no direito alemão e austríaco vigentes.

Não foi assim que as coisas se passaram nos países em que continuaram a ser seguidas as doutrinas do direito comum, onde sobreviveu o *processus executivus*: na Alemanha, até a promulgação da ZPO,<sup>65</sup> assim como nos países de língua espanhola e portuguesa.

Na Espanha, o *processus executivus* foi acolhido pela primeira vez na lei promulgada em Sevilha pelo Rei Henrique II, em 1396,<sup>66</sup> e foi depois aperfeiçoado muitas vezes, até receber um regramento definitivo na *Nueva Recopilación*, de 1567, Lib. IV, tit. 21, l. 1 e 2.<sup>67</sup>



Em Portugal, as coisas se passaram de modo algo diverso. A lei (Ord. Fil., Lib. III, tit. 25) preferiu instituir, a favor dos créditos baseados em escritura pública ou reconhecida, um verdadeiro processo de cognição sumária, no qual a condenação era pronunciada com base em uma instrução sumária e podia ser executada provisoriamente, enquanto as exceções de alta indagação eram reservadas para um exame separado (muito semelhante, assim, ao processo cambiário com reserva do direito moderno italiano e alemão).<sup>68</sup> Ao lado dessa figura especial, no entanto, permaneceu o *processus executivus*, admitido para os créditos da Fazenda, para os foros enfitêuticos e para alguns outros créditos que a doutrina enumerou minuciosamente: a ação tem início com a penhora, a que se segue um prazo em que o devedor pode apresentar uma oposição a ela, com eficácia suspensiva, e o juiz decide, por meio de sentença, a respeito da existência do crédito e, assim, a respeito da regularidade da penhora e da continuidade da execução.<sup>69</sup>

O Código brasileiro vigente reunificou os dois institutos, na prática não muito distintos entre si, restabelecendo, com algumas modificações, a figura do *processus executivus*. Com efeito, por determinação do art. 298, a "ação executiva" pode ser proposta para os créditos de algumas categorias profissionais, para os créditos hipotecários, para aqueles fundados em escritura pública ou privada, cambial, cheque, assim como em alguns outros documentos. A ação tem início com a exortação para que o devedor pague em 24 horas, procedendo-se então à penhora. O devedor tem depois dez dias para contestar a demanda, e o juiz decide, por meio de sentença com excoatoriedade provisória. A limitação das exceções veio abaixo, e a cognição é, assim, plena e exauriente. De seu caráter sumário, permanece apenas o traço da excoatoriedade provisória. Ademais, o credor é plenamente garantido desde o início com a enérgica medida da penhora antecipada. Proferida a sentença, a execução prossegue imediatamente. A despeito das diferenças relativamente ao *processus executivus* da prática medieval, encontramos, assim, nessa ação executiva do processo brasileiro, aquele caráter misto de cognição e execução que é típico dessa forma de procedimento e do qual não há mais exemplo em nosso direito moderno.

A execução pura e simples, por sua vez, tem lugar no Brasil apenas com base em uma sentença condenatória, executável em regra apenas quando não mais sujeita à apelação.

---

1 [N. do T.] In: LIEBMAN, E. T. *Problemi del processo civile*. Napoli: Morano, 1962. p. 490-516. Anteriormente publicado em *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, 85, 1948. p. 154-81; AAVV, *Studi in onore di Enrico Redenti nel XL anno del suo insegnamento*. Milano: Giuffrè, 1951. v. I. p. 581-607. Além de traduzir texto italiano, traduzimos também as citações latinas, completamos as referências bibliográficas que estavam incompletas e indicamos outros escritos de Liebman em que as questões tratadas no texto também foram abordadas.

2 Cf. VON SAVIGNY, F. C. *Histoire du droit romain au Moyen Age: tome deuxième*. Trad. C. GUENOUX. Paris: Charles Hingray, 1839. p. 65; MINGUIJÓN, S. *Historia del derecho español*. 2. ed. Barcelona: Labor, 1933. p. 77-78 e 84 e seguintes.

3 MELLO FREIRE, P. J. de. *Historia iuris civilis lusitani* (primeira investigação da história do direito português, terminado em 1777, publicado em numerosas edições), § 57; COELHO DA ROCHA, M. A. *Ensaio sobre a história do governo e da legislação de Portugal*. 6. ed. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1887. § 95.

4 Para o estudo do desenvolvimento histórico das instituições jurídicas portuguesas anteriormente à compilação das "Ordenações", cf. as numerosas e acuradas monografias de vários autores recolhidas nas publicações intituladas *História e memórias da*



academia e memórias de literatura portuguesa e a monumental história de Portugal (1846-53), de Alexandre Herculano. Entre as coleções de fontes, especialmente *Portugaliae Monumenta Historica*, em grande parte sob os cuidados do mesmo Herculano.

5 MERÊA, M. P. *Resumo das lições de história do direito português*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1925. p. 123.

6 Cf. MERÊA, M. P. *Resumo*, cit., p. 135.

7 As Ordenações Afonsinas permaneceram manuscritas, e só em 1786 foi feita uma edição impressa aos cuidados da Universidade de Coimbra.

8 Por exemplo: PLANIOL, M. *Traité élémentaire de droit civil: Tome Premier*. 8. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1920. § 135. p. 51.

9 Cf. BESTA, E. *Fonti: legislazione e scienza giuridica dalla caduta dell'impero romano al secolo decimoquinto*. Milano: Ulrico Hoepli, 1923. p. 401 e seguintes (coleção *Storia del diritto italiano*, dirigida por P. del Giudice); e, sobretudo, CALASSO, F. *Storia e sistema delle fonti del diritto comune*. Milano: A. Giuffrè, 1938. v. I: *Le origini*. passim, e especialmente p. 39 e ss.; CALASSO, F. *Lezioni di storia del diritto italiano. Le fonti del diritto (secc. V-XV)*. Milano: A. Giuffrè, 1948. p. 189 e seguintes; CALASSO, F. *Diritto romano comune*. *Enciclopedia Italiana di Scienze, Lettere ed Arti*. Milano: Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 1936. v. XXIX. p. 693 e ss.

10 Para indicações relativas ao direito privado, cf. ASCARELLI, T. *Osservazioni di diritto comparato privato italo-brasiliano*. *Il foro italiano*, LXX (4), 1947, col. 97-109 [reproduzido em ASCARELLI, T. *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*. Milano: Giuffrè, 1952. p. 81-98].

11 Sobre ele, cf. os relatos em *Rivista di Diritto Processuale Civile*, I, 1941. p. 353 e ss., e I, 1942. p. 59 e seguintes.

12 Sobre a reforma do processo civil português, realizada por meio de numerosas leis parciais e depois retomada no novo Código que entrou em vigor em 1939, cf. a exposição que fez o seu inspirador: REIS, J. A. dos. *La riforma del processo civile portoghese*. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, VII (1), 1930. p. 158-65.

13 Sobre o interessante instituto, cf. REIS, J. A. dos. *Breve estudo sobre a reforma do processo civil e comercial*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1933. p. 133; LIEBMAN, E. T. *O despacho saneador e o julgamento do mérito*. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, 104, 1945. p. 216-226, reproduzido em LIEBMAN, E. T. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1947. p. 105-52.

14 [N. do T.] No original, Liebman se vale da expressão *azioni di giattanza*, em português "ações de jactância". Preferimos a expressão "ações provocatórias", por ser mais descritiva, empregada por BUZAID, A. *A ação declaratória no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 29 e seguintes).

15 Cf. CHIOVENDA, G. *Istituzioni di diritto processuale civile*. 2. ed. Napoli: Jovene, 1935. v. I: *i concetti fondamentali, la dottrina delle azioni*. § 60. p. 193-96.

16 Ocuparam-se especialmente Rodericus Suarez e Covarrubias. Cf. WEISMANN, J. *Die Feststellungsklage: zwei Abhandlungen*. Bonn: Adolph Marcus, 1879. p. 86 e 97. Mais amplamente: PRIETO CASTRO, L. *Acción declarativa*. Madrid: Reus, 1932. p. 32 e ss., 36 e seguintes.

17 Os juristas portugueses sabiam plenamente da origem medieval e não romana dessas





ações: MELLO FREIRE, P. J. de. *Institutiones iuris civilis lusitani cum publici tum privati*. 5. ed. Coimbra: Typis Academicis, 1860. Livro IV: de obligationibus et actionibus. Tit. VII. § 16. p. 108, escreve, com efeito: "Quae quidem Ordinatio originem suam debet non tam juri Romano, hoc est, legi Diffamari 5 C. de ingen. manumiss., cum ad solam status ingenuitatem pertineat, quam Glossatoribus, qui eam ad omnes diffamationes produxerunt" [Ordenação esta que, na verdade, deve sua origem tanto ao direito romano, isto é, à lei Diffamari 5 C. de ingen. manumiss., pois que ela pertence só à ingenuidade do status, quanto aos glosadores, que a estenderam a todas as difamações].

18 PEGAS, E. A. *Commentaria ad Ordinationes*. Tomus decimus tertius. Lisboa: Miguel Rodrigues, 1703. Lib. III, Tit. 11, par. 4º. p. 299-301.

19 Ela era admitida contra a pessoa capaz que, fora do juízo, atribuíra-se direitos sobre bens que pertencem a outros e pode ser proposta dentro de seus meses dos fatos denunciados. O juiz ordena ao réu – suposto difamador – que se manifeste sobre tais fatos, sob juramento; e se os admite ou responde ambigualmente, determina que proponha ação que lhe caberia, sob pena de decadência. A rica jurisprudência sobre o tema sustenta o caráter excepcional da ação; admite-a, em geral, também contra quem se diz credor; exclui que possa se basear em afirmações feitas nos juízos cível ou criminal (Cf. JOFRÉ, T. *Manual de procedimiento (civil y penal)*. 5. ed. Notas I. Halperin. Buenos Aires: La Ley, 1943. t. IV. p. 21 e seguintes; ALSINA, H. *Tratado teorico-practico de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Compañia Argentina de Editores, 1943. t. III. p. 380 e seguintes). No Uruguai, cujo código reproduziu substancialmente as disposições argentinas, a ação provocatória encontrou um ambiente hostil: ela é considerada contrária à liberdade de agir e não encontra aplicação prática: LAGARMILLA, E. *De las acciones en materia civil*. 2. ed. Montevideo: C. García, 1930. p. 15.

20 Cf. BUZAID, A. *A ação declaratória no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1943. p. 27 e seguintes.

21 [N. do T.] Liebman tratou desse tema, um pouco mais amplamente, nas notas relativas ao direito brasileiro às Instituições de Chiovenda: CHIOVENDA, G. *Instituições de direito processual civil*. Trad. J. G. Menegale. Notas E. T. Liebman. São Paulo: Saraiva, 1943. v. II: as relações processuais, a relação processual ordinária de cognição. p. 410, n. 9, p. 411-12, n. 10, p. 422-23, n. 15.

22 PILLIO. *De ordine iudic*. Lib. I, 3; DURANTE. *Speculum*. Lib. II. Part. I, de comp. iud. ad., § 3 "viso".

23 MARTINS, P. B. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1941. v. II: arts. 133 a 215. p. 139; PONTES DE MIRANDA, F. C. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1947. v. II: arts. 153 a 297. p. 33.

24 CHIOVENDA, G. *Istituzioni di diritto processuale civile*. 2. ed. Napoli: Jovene, 1936. v. II – Sezione I: i rapporti processuali, il rapporto processuale ordinario di cognizione. § 157. p. 72-73.

25 CHIOVENDA, G. *Relazione sul progetto di riforma del procedimento elaborato dalla Commissione per il dopo guerra*. In: CHIOVENDA, G. *Saggi di diritto processuale civile (1900-1930)*. Roma: Foro Italiano, 1931. volume secondo. p. 1-196, aqui § 65, p. 53; CARNELUTTI, F. *Intorno al progetto preliminare del codice di procedura civile*. Milano: Giuffrè, 1937. p. 113; ZANZUCCHI, M. *Osservazioni intorno al progetto preliminare del codice di procedura civile*. Milano: Vita e Pensiero, 1937. p. 31.

26 GRATIA. *De iudiciario ordine*, cit. 9, § 2; DURANTE. *Lib. II. Part. I, de excep.* § 1. n. 5 e seguintes.



27 MENDES DE CASTRO, E. *Practica lusitana*. Lisboa: José da Costa, 1767. Lib. III. Cap. 3; PEREIRA E SOUSA, J. J. C. *Primeiras linhas sobre o processo civil*. 3. ed. Lisboa: Typographia Rollandiana, 1825. Cap. 12. p. 83-105.

28 Supremo Tribunal Federal, 21 de outubro de 1941. *Revista Forense*, 91, 1942. p. 124.

29 Em seu famoso livro *Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen* (Giessen: Emil Roth, 1868), em que ele formulou, pela primeira vez, também o conceito de relação jurídica processual.

30 [N. do T.] Liebman tratou do tema em CHIOVENDA, G. *Instituições de direito processual civil*. Trad. J. G. Menegale. Notas E. T. Liebman. São Paulo: Saraiva, 1945. v. III: a relação processual ordinária de cognição (continuação). p. 387-88. n. 1. Cf. também LIEBMAN, E. T. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. Trad. A Buzaid; B. Aires. Rio de Janeiro: Forense, 1945. p. 109-11.

31 *Decretais, de sent. et re iud.*, cap. 17: “ab eadem sententia potest appellare reus victus, sed etiam tertius cuius interest; et potest sententia quoad reum nil de suo iure docentem confirmari, respectu vero tertii rationabiliter appellantis infirmari” [o réu vencido também pode apelar da mesma sentença, mas ainda o terceiro que tenha interesse; e, com a sentença, pode ser que nada seja confirmado a respeito do direito do réu, mas, com relação ao terceiro, infirmar-se racionalmente, relativamente ao direito do terceiro apelante]. SCACCIA. *De sententia et re iudicata*, gl. 14, 1u. 12, n. 121: “Quamvis sententia inter alios lata regulariter aliis non noceat, tamen potest aliquale preaeiudicium afferre ratione alicuius conexitatis vel dependentiae” [Embora a sentença regularmente proferida entre outros não prejudique aos outros, podem no entanto ser produzido algum prejuízo em razão de alguma conexão ou dependência].

32 TISSIER, A. *Théorie et pratique de la tierce opposition*. Paris: Arthur Rousseau, 1890. p. 22 e seguintes; MENDELSSOHN-BARTHOLDY, A. *Grenzen der Rechtskraft*. Leipzig: Duncker & Humblot, 1900. p. 56 e ss.

33 BARBOSA, R. *Apelação de terceiro prejudicado – Crítica ao art. 689 da ‘Consolidação’ aprovada pelo dec. 3.084 de 1898*. *Revista Forense*, 25, 1916. p. 163-90.

34 ANDRADE, O. de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1946. V. IX: arts. 782 a 881. § 112. p. 146-47; SEABRA FAGUNDES, M. *Recursos ordinários em matéria civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1946. p. 50 e ss.

35 *Revista de Direito*, v. 17. p. 481. [N. do T.: não logramos conferir esta referência]

36 [N. do T.] Liebman versou sobre esse tema, ainda que brevemente, comentando um acórdão do TJSP, na *Revista dos Tribunais*, 146, 1943. p. 257-62, texto que foi republicado em LIEBMAN, E. T. *Agravo no auto do processo e apelação da parte contrária*. In: LIEBMAN, E. T. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1947. p. 197-205. Cf., lateralmente, as notas de Liebman em CHIOVENDA, G. *Instituições de direito processual civil*. Volume III, cit., p. 338-39, n. 3, e, ao ponto, p. 356-59, n. 18.

37 Para um amplo exame das opiniões dos doctores, cf. DELITALA, G. *Il divieto della reformatio in peius nel processo penale*. Milano: Vita e Pensiero, 1927. p. 173 e seguintes.

38 LEITAM, M. H. *De gravaminibus. De iure lusitano*. Coimbra: Francisco de Oliveira, 1736. Tomus primus. qu. 3, n. 45, p. 39-40, e qu. 5, n. 57, p. 74.



39 PAULA BATISTA, F. de. Compendio de theoria e pratica do processo civil para uso das faculdades de direito do Imperio. Recife: Typographia Universal, 1850, § 211. p. 190-191, n. 2; RAMALHO, J. I. Praxe brasileira. São Paulo: Typographia do Ypiranga, 1869, § 340. p. 566-68.

40 GUSMÃO, S. de. Recursos civeis e criminaes. Rio de Janeiro: Jornal do Commercio/Rodrigues & Cia., 1936, p. 43; L. M. GUIMARÃES. Do efeito devolutivo da apelação. Direito: doutrina, legislação, jurisprudência, I, 1940, p. 184-96; O. de ANDRADE, Comentários, cit., p. 169; M. SEABRA FAGUNDES, Recursos ordinários, cit., p. 175.

41 É característica a obstinação com que os escritores alemães querem encontram no antigo direito germânico a origem do novo princípio, sem lograr êxito, no entanto.

42 REBUFFE, P. De appellationibus. Commentaria in Constitutiones seu Ordinationes regias. Lyon: Guillaume Roville, 1613. t. III. n. 25 e 26.

43 [N. do T.] Essa figura, com a denominação de recurso adesivo, foi introduzida apenas no CPC/1973 (art. 500, reproduzindo o art. 548 do Anteprojeto Buzaid). Tratar-se ia, para José Afonso da Silva, da "novidade mais original do sistema de recursos" do CPC/1973, embora, segundo o autor, a denominação seja inapropriada: "Melhor teria sido pegar o nome usado em Portugal: recurso subordinado, porque a denominação de impugnação incidental do sistema italiano ou recurso incidente à imitação francesa também não exprimiria bem a figura recursal em exame, embora ainda fosse mais adequada, porque o dito recurso adesivo se revela também como um procedimento incidental ou incidente no procedimento dos recursos" (SILVA, J. A. da. Do recurso adesivo no processo civil brasileiro. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1977. p. 101-02.) Ao longo da vigência mesma do CPC/1939, a ideia da reformatio in peius baseada no beneficium commune da apelação não foi unânime, e a posição dominante, contrária àquela aqui expressa por Liebman, era a de que a reformatio in peius não cabia, como indica J. C. Barbosa Moreira, anotando a posição minoritária de Liebman neste texto (Reformatio in peius (processo civil). In: BARBOSA MOREIRA, J. C. Direito processual civil (ensaios e pareceres). Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. p. 147-70, aqui p. 156, n. 22).

44 [N. do T.] Tema também versado por Liebman em parecer originalmente publicado na Revista dos Tribunais, 152, 1944. p. 443-446, e reproduzido em LIEBMAN, E. T. Nulidade da sentença proferida sem citação do réu. In: LIEBMAN, E. T. Estudos sobre o processo civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1947. p. 181-86. Cf. a longuíssima nota em CHIOVENDA, G. Instituições de direito processual civil, cit., p. 277-81, n. 4.

45 Cf. CALAMANDREI, P. La cassazione civile. Volume I: storia e legislazione. Torino: Fratelli Bocca, 1920. p. 46.

46 Como se os referidos motivos práticos não bastassem sozinhos para explicar tal solução, a doutrina alemã quis ver aí a consequência de um suposto princípio da validade formal da sentença, que teria sido próprio ao direito germânico primitivo. Trata-se de uma simples hipótese, desprovida de demonstração.

47 SCACCIA, S. Tractatus de appellationibus. Köln: Wilhelm Metternich, 1717, qu. 11, n. 114. p. 121; ALTIMARIUS, B. Tractatus de nullitatibus sententiarum. Köln: Wilhelm Metternich, 1720, rub. I, qu. 3, n. 25. p. 10.

48 ALTIMARIUS, B. ALTIMARIUS, Tractatus, cit., rub. I, qu. 3, n. 2, p. 8; rub. VIII, qu. 147, n. 3, p. 396.

49 REBUFFE, P. De appellationibus, cit., art. 11, g. II, n. 19.

50 Para a doutrina italiana análoga, cf. CALAMANDREI, P. La cassazione civile, cit., p.



160 e seguintes.

51 SILVA, E. G. da. *Commentaria ad Ordinationes Regni Portugaliae. Tomus tertius.* Lisboa: Antonio Pedrozo Galram, 1733, lib. III, tit. 75, § 2 e seguintes. p. 142 e seguintes; MELO FREIRE, P. J. de. *Iuris civilis lusitani*, cit., lib. IV, tit. 23, § 20. p. 255-56.

52 PEREIRA E SOUSA, J. J. C. *Primeiras linhas*, cit., p. 272-74, nota 578.

53 PIMENTA BUENO, J. A. *Apontamentos sobre as formalidades do processo civil.* Rio de Janeiro: J. Villeneuve e Cia., 1850. p. 93.

54 [N. do T.] Apesar de publicado em 1948 pela primeira vez, o texto demonstra estar fundamentado na redação do CPC/1939 anterior à Lei 70/1947, que alterou o art. 798, II, passando a prever o cabimento da ação rescisória contra sentença cujo "principal fundamento for prova declarada falsa em Juízo criminal, ou de falsidade inequivocamente apurada na própria ação rescisória".

55 [N. do T.] Liebman indica como referência para essa citação PONTES DE MIRANDA, F. C. *A acção rescisoria contra as sentenças.* Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1934. p. 166), referindo-se, lateralmente, também, a ANDRADE, O. de. *Comentários*, cit., p. 80 e 87. No entanto, um trecho equivalente não se encontra na página citada do trabalho de Pontes de Miranda. Liebman parece ter construído a citação a partir dos seguintes excertos da obra: "[S]ão rescindíveis as sentenças contra a lei, contra o uso firmado, os costumes e os estatutos; não assim as que não façam injúria às leis, e só o façam ao direito dos litigantes. De sentença em tal condição poder-se-á dizer que seja iníqua, não que ofenda direito constituído. Não serão rescindíveis as decisões que não lesem o direito objectivo" (PONTES DE MIRANDA, F. C. *A acção rescisoria*, cit., p. 169.); "O direito objectivo, o direito in thesi, é o que é o que se não deve violar, sob pena de rescindibilidade. Uma coisa é a sentença injusta em seu conjunto, ou em seus pormenores, contra o direito subjectivo invocado pela parte, já protegido pelos recursos, e outra a sentença que fere o direito objectivo, cuja realização é a finalidade do processo promover e assegurar. Daí a diferença entre sententia lata contra ius litigatoris, que viola o direito in hypothesi, não susceptível de rescisão, e a sentença contra leges expressas, ou, melhor, contra ius in thesi, contra o direito na totalidade da sua existência social, do seu ser normativo." (PONTES de MIRANDA, *A acção rescisoria*, cit., p. 202.)

56 PONTES de MIRANDA, F. C., *A acção rescisoria*, cit., p. 138.

57 TJSP, 23.08.1946. *Revista Forense*, 111, 1947. p. 157-58; TJMG, 29.01.1945. *Revista Forense*, 101, 1945. p. 329-31.

58 Supremo Tribunal Federal, 22.11.1944. *Revista Forense*, 105, 1946. p. 67; TJSP, 26.03.1943. *Revista Forense*, 95, 1943. p. 592-93.

59 TJSP, 14.07.1944. *Revista Forense*, 100, 1944. p. 78; TJDF, 18.02.1943, *Revista Forense*, 97, 1944. p. 400.

60 STF, 25.11.1941, *Archivo Judiciario*, 61, 1942. p. 294.

61 [N. do T.] Liebman tratou de modo aprofundado do processus executivus no direito brasileiro, em artigo publicado na *Revista Forense*, v. 94, 1943. p. 214-27, levando, já então, à conclusão que é a premissa deste artigo: "a ação executiva é com efeito um dos exemplos que mostram com maior clareza como ele derivou diretamente do processo comum europeu, tal como o processo francês germânico, italiano etc. Mas, enquanto estes últimos – sob a influência sobretudo do processo francês dos séculos XVII e XVIII – eliminavam no seu próprio desenvolvimento muitos elementos característicos da época



medieval, o processo permaneceu, ao contrário, estranho a esta evolução e se conservou muito mais fiel à própria origem histórica. Encontramos, assim, no direito vigente, incorporados a um ordenamento jurídico que segue os princípios da mais moderna técnica jurídica, institutos há muito desaparecidos das leis dos países em que nasceram e se formaram em séculos longínquos” (LIEBMAN, E. T. Execução e ação executiva. In: LIEBMAN, E. T. Estudos sobre o processo civil brasileiro, cit., p. 27-83, aqui p. 83.) Há também extensa nota sobre o tema em CHIOVENDA, G. Instituições de direito processual civil. Trad. J. G. Menegale. Notas E. T. Liebman. São Paulo: Saraiva, 1942. v. I: os conceitos fundamentais, a doutrina das ações. p. 345-46, n. 4.

62 BRIEGLEB, H. K.. Geschichte des Executiv-Prozesses. 2. ed. Stuttgart: Liesching, 1845; CHIOVENDA, G. Istituzioni di diritto processuale civile. Volume I, cit., § 31, p. 98 e § 74. p. 220-28.

63 CHIOVENDA, G. Azioni sommarie. Sentenza di condanna con riserva. In: CHIOVENDA, G. Saggi di diritto processuale civile (1900-1930). Roma: Foro Italiano, 1930. volume primo. p. 121-48, aqui § 5. p. 130 e ss.; LIEBMAN, E. T. Le opposizioni di merito nel processo di esecuzione. 2. ed. Roma: Foro Italiano, 1936. p. 69 e ss.

64 LIEBMAN, E. T. Le opposizioni, cit., p. 81 e ss.

65 MITTERMAIER, J. A. Die summarischen Verfahrensarten des gemeinen deutschen Prozesses. Bonn: Adolph Marcus, 1826, § 2. p. 40 e ss.; LINDE, J. T. B. Lehrbuch des gemeinen Civilprocesses. 2. ed. Bonn: Adolph Marcus, 1828, § 327, p. 480 e § 360, p. 528-31.

66 Cf. BRIEGLEB, H. K., Geschichte, cit., p. 157.

67 É assim que, também nos países americanos de língua espanhola, encontramos o “juicio ejecutivo”, distinto da simples execução forçada da sentença, e admissível para créditos baseados em instrumentos públicos, escrituras privadas reconhecidas, cambiais etc.; procedimento misto de cognição e execução, no qual se decide a respeito das exceções do devedor pela via sumária, com ressalva de um sucessivo juízo ordinário. Nesse sentido dispõem, por exemplo, os arts. 464 e seguintes do Código de Processo Civil da capital federal argentina e 873 e seguintes do Código de Processo Civil do Uruguai. Cf. COUTURE, E., Fundamentos del derecho procesal civil. Buenos Aires: Aniceto Lopes, 1942. p. 279 e 291; ALSINA, H., Tractado... v. III, cit., p. 136 e ss.; LIEBMAN, E. T. Sobre el juicio ejecutivo. In: CASTRO, M. (Ed.). Estudios de derecho procesal en honor de Hugo Alsina. Buenos Aires: Ediar, 1946. p. 385-407.

68 A prática estendeu essa ação privilegiada também às cambiais: MORAIS, S. G. de. Tractatus de executionibus instrumentorum et sententiarum. 2. ed., Coimbra: Luís Secco Ferreyra, 1729. tomus primus. lib. I, cap. 4 § III, n. 69. p. 120; PEGAS, E. A. Commentaria... Tomus decimusquintus, cit., p. 115 e seguintes, no comentário ao título indicado das Ordenações. O primeiro dos autores citados, ao comentar esse dispositivo, elogia o legislador português por ter adotado uma via intermediária entre aquela demasiado longa do processo de cognição ordinário, própria do direito romano, e aquela demasiado brusca da penhora imediata, própria das leis da Espanha e da França e dos estatutos italianos (op. cit., lib. I, cap. 1, n. 16).

69 MORAES, S. G. de. Tractatus, cit., lib. I, cap. 4, n. 1 e seguintes. p. 30 e ss.; SOUSA, M. de A. e; DE LOBÃO. Tratado pratico do processo executivo summario. Lisboa: Imprensa Nacional, 1868, § 1. p. 5 e ss., § 82. p. 79 e ss.