

O Período Arcaico do Direito Processual Civil

Vitor Fonsêca *

Sumário: 1 Introdução. 2 O período arcaico. 2.1 Da autotutela à heterotutela. 2.2 A confusão entre “direito” e “processo” arcaico. 2.3 O ritualismo mágico do procedimento. 2.4 A ausência de estudos processuais. 3 Conclusões. Referências.

Resumo: O trabalho cuida do período arcaico do direito processual civil. Demonstra como esse período pré-romano não pode ser resumido à “vingança privada”. O estudo também analisa o motivo de se estudar esse período pelo processo civil. Depois, conclui que esse período é cheio de referências para os próximos passos históricos do desenvolvimento processual. Ao final, o trabalho sugere linhas de pesquisa para esse período e indica que o período arcaico não pode ser negligenciado pelos estudos processuais.

Palavras-chave: História. Processo. Período arcaico. Direito processual civil.

1 Introdução

O presente estudo refere-se a um período histórico pouco difundido no âmbito do Direito Processual Civil: o chamado “período arcaico”. É comum aos processualistas tratarem do período romano, do período comum e do período moderno do processo civil. No entanto, quase não se ouve falar do “período arcaico”.

Como limite de pesquisa, denominou-se “período arcaico” o espaço de tempo conhecido por alguns autores como “período primitivo”, em que as sociedades tribais e primitivas ainda existiam. Trata-se de período anterior ao período de Roma e mesmo ao período da Grécia.

* Mestre e Pós-Graduado *lato sensu* em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Promotor de Justiça/AM.

Verificou-se que a grande maioria dos processualistas inicia sua exposição histórica – seja sobre o Direito Processual Civil, seja sobre o “processo” – pelo período do processo civil romano¹. Daí surgem valorosas e longas lições sobre as fases e as características do processo civil romano. É como se o espírito romano fosse a gênese do Direito Processual Civil.

Não há nada errado em se investigar as instituições jurídico-processuais de Roma. Pelo contrário. O Brasil ainda segue a tradição romana em muitos dos artigos do Código atual. A importância do estudo do Direito Romano, aplicado ao Direito Processual Civil, é inegável para se entender as categorias jurídico-processuais hoje em vigor².

Entretanto, não parece razoável excluir, *a priori*, o período historicamente anterior a Roma, como se nada relevante tivesse acontecido para o Direito Processual Civil. Daí surgiram as duas hipóteses científicas do presente estudo. São elas que norteiam a pesquisa, de modo a não se desprezar esse período anterior ao processo civil romano:

1) a primeira delas é de base histórica: mesmo nesse período anterior a Roma, já existiam fundamentos histórico-jurídicos para se entender como o Direito Processual Civil foi-se formatando ao longo dos tempos. O processo civil não foi inventado em Roma e não se pode atribuir exclusivamente aos romanos o fato de se atribuir a um “terceiro” a decisão sobre eventual controvérsia;

2) a segunda delas é de ordem técnico-dogmática: rigorosamente, não houve estudos processuais autônomos e específicos no período romano. Nos tempos de Justiniano, o processo civil ainda não era enxergado como uma realidade científica necessariamente complexa para ser objeto de estudos independentes do direito civil. Por isso, estuda-se o período romano, não porque houve “um” Direito Processual Civil

¹ James Goldschmidt, *Derecho procesal civil*, p. 10-14; Enrico Tullio Liebman, *Manuale di diritto processuale civile: principi*, p. 39-42.

² José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo, *Lições de história do processo civil romano*, p. 24-25.

(estudo sistemático), mas porque o “processo” (o objeto a ser estudado) estava ali presente, em formas ainda rudimentares. Ora, no período anterior a Roma, já havia noções embrionárias de “processo” e de outros modos de solução de conflitos que, inclusive, foram responsáveis pela geração das instituições romanas. Assim sendo, se o período romano é investigado em razão do objeto (e não em razão dos estudos em torno do objeto), então o período anterior a Roma também deve ser relevante para o Direito Processual Civil, a despeito da ausência de “escolas processuais”.

O que se pretende é demonstrar a relevância do “período arcaico” para os estudos de Direito Processual Civil. A dúvida científica – que permeou o estudo – surgiu da constatação de escassa literatura jurídico-processual sobre o tema, abordando-o quase nunca de maneira sistematizada. Não obstante a produção de trabalhos científicos localizados e focados em temas transversais (em geral, sobre os juízes e os tribunais arcaicos ou baseados em reprodução meramente automática das fontes escritas arcaicas), a literatura processual quase nunca aborda o período com autonomia. Na verdade, como ponto de partida, sabia-se de antemão que, quando a doutrina raramente cuida do “período arcaico” do Direito Processual Civil, em geral lhe atribui a origem do instituto da “autotutela”. O perigo desse tipo de desenvolvimento doutrinário reside em entender como sinônimos o “período arcaico” e a “autotutela”, como se nesse período apenas a “vingança privada” existisse.

Procedeu-se a uma investigação, sob o prisma jurídico-processual, do que se poderia entender por “período arcaico” do Direito Processual Civil, identificando-o em seus caracteres principais. Para tanto, foram utilizadas referências de matizes históricos, sociológicos, antropológicos, jusfilosóficos e processuais.

Não se tratou, porém, de uma “pré-história” do Direito Processual Civil. Algumas fontes históricas “escritas” foram

diretamente referenciadas no texto. O período objeto de estudo foi, então, chamado deliberadamente de “arcaico” (e não de “pré-histórico” ou de “primitivo”) tendo como base teórica a lição de que a expressão permite cobrir sistemas sociais e jurídicos de níveis muito diferentes na evolução geral do direito³.

Em primeiro lugar, desenvolveu-se um padrão do que poderia ser considerado como “período arcaico”, entendendo-o a partir das características comuns das manifestações jurídicas ao longo daqueles tempos. Procedeu-se à contextualização da “autotutela” como um dos fenômenos inerentes (mas não exclusivo) ao período arcaico, diferenciando-a da lei de talião e da composição. Adiante, explicam-se como os primeiros “terceiros” foram-se instituindo como “juízes” dos conflitos, em nítida demonstração de concentração de poder e em passagem gradual à formação dos primeiros tribunais.

Depois, foram escolhidas três características aparentemente gerais do “período arcaico”: a) a confusão entre “direito” e “processo” arcaico; b) o ritualismo do procedimento; e c) a ausência de estudos processuais. Sua escolha deu-se pelo fato de que, aparentemente, parecem ser vestígios históricos inegáveis do período arcaico em outros subsequentes, como o período romano e o período praxista.

2 O período arcaico

2.1 Da autotutela à heterotutela

As sociedades deste período foram estruturadas pelo chamado “princípio do parentesco”. As relações sociais eram organizadas em famílias, em clãs e em tribos. O apego às crenças e às tradições familiares dominava as normas jurídicas daqueles tempos. Por isso, os conflitos eram resolvidos pelos próprios indivíduos. Não se poderia aceitar que uma decisão jurídica

³ John Gilissen, *Introdução histórica ao direito*, p. 31-37.

fosse emanada de “terceiro” sem consanguinidade ou sem o conhecimento das práticas de convívio da comunidade⁴.

Esse “terceiro” não era nem poderia ser um órgão suprafamiliar, porque esse tipo de instância social ainda não existia nesses tempos como hoje conhecemos. Não havia, de início, um “foro” ou mesmo uma “entidade” própria para decidir conflitos e para punir eventuais “tabus” desobedecidos⁵.

Nas sociedades arcaicas, o indivíduo, por si mesmo ou pelo grupo (família ou tribo), utilizava-se da força necessária para punir ou condenar alguém pelo ilícito. Nesse tempo, o Estado (ou uma vaga ideia de centralidade de poder) inexistia como hoje ou era insuficiente para dar resposta adequada aos conflitos surgidos. Impunha-se a sanção sobre quem merecia o “castigo”, removendo eventual resistência com o uso da força. Os indivíduos, então, protegiam-se, sem a intervenção de um poder centralizado. A titularidade da “tutela” era do indivíduo, a quem, por mão-própria, cabia colocar fim a seus próprios problemas. Daí o nome de “autotutela” (autoproteção).

O instituto da “autotutela” repercutiu, por certo, em períodos históricos posteriores. Basta lembrar a Lei das XII Tábuas que, no período romano, permitiu ao credor, em algumas hipóteses, arrecadar extrajudicialmente (mesmo sem o magistrado) bens do devedor em mora para constrangê-lo a adimplir sua prestação⁶. Por outro lado, a permanência da “autotutela”, como instituto ainda atual e presente no Estado de Direito, é discutível, principalmente levando-se em conta sua origem histórica⁷.

É comum associar-se a autotutela à Lei do Talião (“olho por olho, dente por dente”)⁸. No entanto, essa ideia merece ser revista. Essa lei é um avanço – moral e histórico – em relação

4 Niklas Luhmann, *Sociologia do direito I*, p. 182-200.

5 Guilherme Arruda Aranha, *Anotações sobre o pensamento jurídico-filosófico na história*, *Revista de Direito e Política*, p. 80-81.

6 César Fiuza, *Algumas linhas de processo civil romano*, *Direito processual na história*, p. 18; José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo, *Lições de história do processo civil romano*, p. 70-71.

7 Rosemíro Pereira Leal, *Teoria geral do processo: primeiros estudos*, p. 22-23.

8 Humberto Dalla Bernardina de Pinho, *Teoria geral do processo civil contemporâneo*, p. 02-03.

à autotutela. A autotutela não pressupunha, necessariamente, a equivalência entre o dano e a sua reparação. A “lei do mais forte” da autotutela quer dizer “o mais forte decide”, seja qual for a decisão (mesmo que um “dente” valha um “olho”). A Lei do Talião, por outro lado, baseava-se no valor moral do “revide”, porém vinculada a certa proporcionalidade da “reação”. É o exemplo clássico do Código de Hammurabi em seu §196: “Se alguém arranca o olho a um outro, se lhe deverá arrancar o olho”. Também o Antigo Testamento, no Êxodo 21:24, impõe o mesmo fundamento moral: “vida por vida, olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé, queimadura por queimadura, ferimento por ferimento, contusão por contusão”.

Mesmo sendo enxergada como mecanismo de “vingança privada”, a autotutela funcionou, nas primeiras fases do período arcaico, como legítimo instituto “jurídico”. Não se tratou, pois, de fenômeno meramente antropológico ou sociológico; a autotutela foi a solução organizada e, por isso também, jurídica encontrada na época. Segundo a crença de outrora, o morto não poderia vingar-se de quem o ofendeu. Por isso, caberia ao grupo (a família ou o clã) vingar-se em seu lugar. Daí a noção de sanção jurídica “transcendente”⁹.

No período arcaico tardio, os excessos da autotutela – mesmo sob a forma taliônica – foram sucedidos por um instituto mais brando: a “composição”. Em períodos mais avançados, passou-se a estabelecer “ressarcimentos” pelo dano sofrido, ao invés da vingança. Essa composição do dano era realizada por um árbitro ou predeterminada segundo um sistema de tarifas. O Código de Manu, por exemplo, estipulava multas, semelhantes às atuais indenizações cíveis¹⁰. As Leis de Eshnunna estipulavam que os juízes poderiam aplicar a “composição” (ou compensação) até o valor de 01 (uma) mina de prata; acima desse valor, apenas o Rei¹¹. Há alguns autores, todavia, que defendem que

⁹ Hans Kelsen, Teoria pura do direito, p. 30-32.

¹⁰ Enrique R. Aftalión *et al*, Introducción al derecho, p. 189-194.

¹¹ Luis Ivani de Amorim Araújo, Os sistemas processuais na antiguidade, Revista Forense, p. 465.

a “composição” possa ter sido ainda mais primitiva que a lei de talião¹².

Com fundamento nos institutos da autotutela e da composição, pode-se dizer que já existia um “modo” para a imposição das sanções no período arcaico. Talvez seja possível até afirmar que um “procedimento” era utilizado para a condenação, pois já havia mecanismos jurídicos aceitos para se “fazer justiça”¹³. A solução adotada pelos povos arcaicos poderia até ser qualificada como “maniqueísta” (bem *versus* mal, pecado *versus* sagrado etc.), mas não há dúvida de sua natureza eminentemente “jurídica”¹⁴.

A evolução desse período arcaico ocorreu quando houve um distanciamento do “juiz” em relação às “partes”¹⁵. A proximidade entre o “juiz” e as “partes” passa a ser mais rara ou deixa de ser considerada nas culturas mais avançadas, nas quais foi possível o surgimento de mecanismos de moeda e o mercado de produtos entre não parentes. Com o surgimento das cidades (as *pólis*) e dos novos centros de decisão, os direitos e as obrigações passaram a ser criados de tal forma que pudessem ser abstraídos da condição do “parentesco”.

Trata-se de um fenômeno de “alteridade” do período arcaico. Em sua fase final, tal momento distancia-se do parentesco e de sua aplicação das sanções pelos próprios indivíduos. O monopólio do direito e a responsabilidade pela manutenção das normas legais são transferidos do indivíduo para os agentes do poder¹⁶. Essa nova manifestação jurídica pode ser exemplificada pela passagem do poder de punir por apedrejamento, que passa das mãos dos pais ao “tribunal” de anciãos quando um filho desobediente e rebelde, mesmo castigado, insiste em desobedecer ao pai e à mãe¹⁷.

12 Emanuel Bouzon, Origem e natureza das coleções do direito cuneiforme, *Justiça e História*.

13 Celso Anicet Lisboa, O processo como manifestação primigena do direito e as grandes codificações na antiguidade pré-romana: os grandes sistemas jurídicos contemporâneos: *common law* e *civil law*, *Revista de Processo*.

14 Guilherme Arruda Aranha, *op.cit.*, p. 80-81.

15 Niklas Luhmann, *op.cit.*, p. 182-200.

16 E. Adamson Hoebel, *The law of primitive man: a study in comparative legal dynamics*, p. 329.

17 Hans Jochen Boecker, *Law and administration of justice in Old Testament and Ancient East*, p. 29-30.

Passa-se, na verdade, de uma fase de “autotutela” para um estado de “heterotutela”. O titular do direito de exercitar a sanção não é mais o mesmo titular do direito violado. Quanto maior a resistência desses novos agentes de poder, torna-se menor a participação do “indivíduo” na solução dos conflitos. Isso assegura – principalmente nas fases posteriores – duas exigências éticas primordiais para o desenvolvimento do processo: a) a proporção entre o dano e a reparação; e b) a igualdade de tratamento às partes¹⁸.

O desenvolvimento de regras sobre o procedimento decisório é talvez a mudança mais significativa na evolução do período arcaico. A distância do ato a ser julgado pelo órgão “*supra partes*” permite o início da regulação das disputas jurídicas. Passaram a ser criados mecanismos para que os direitos pudessem ser executados ou decididos. O processo decisório passa a ser, então, lentamente regulado e “organizado”¹⁹. É o começo da “procedimentalização”²⁰.

No início, essas decisões sobre as disputas levadas aos agentes de poder não tinham caráter propriamente decisório (como instância imperativa). Tratava-se mais de uma exposição do conflito ou um controle de imposição de sanções. É natural que, logo de início, tenham sido procurados os “sacerdotes” para resolverem a “composição” do dano. Afinal, o clero era o grupo mais poderoso da época, seja pelo conhecimento “jurídico” que tinha, seja pelo *status* social ostentado²¹. No entanto, o processo decisório não permaneceu como atividade exclusiva do sacerdócio. Tribos semíticas arcaicas, por exemplo, não tinham “juízes” para proferir “sentenças”. Em toda tribo, havia líderes de famílias que gozavam de certos privilégios, em retribuição ao cumprimento de deveres, tais como receber hóspedes e proteger viúvas e órfãos. Esses líderes poderiam ser chamados para

18 Norberto Bobbio, Teoria da norma jurídica, p. 162.

19 Otto Brusiin, O pensamento jurídico, p. 23-28.

20 Shmuel Noah Eisenstadt, The political system of empires, p. 97-98; Tercio Sampaio Ferraz Júnior, Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação, p. 52-55.

21 Josef Kohler, Philosophy of law, p. 250-251.

resolver diferenças entre os membros das tribos. Prova disso é o texto da Bíblia Sagrada (1Livro dos Reis 21:8), que mostra que os poderes “judiciais” ficavam nas mãos da aristocracia e dos mais velhos. Um recurso poderia até ser interposto para o Rei (como ocorreu no famoso “juízo salomônico” do 1Livro dos Reis 3: 16-28), mas isso era hipótese sempre excepcional. Os líderes tribais, porém, não tinham poderes propriamente “judiciais”, pois não poderiam forçar obediência a suas decisões. Sua arma era mais a persuasão do que a coerção²².

Em todo caso, mesmo ainda distante da figura de um “juiz” estatal, já aqui teve início um “sistema de interação processual”, em que terceiros (com algum poder em sentido amplo) intervinham nas disputas de interesses entre as partes²³. Dá-se início a uma transformação do modo de aplicação da sanção jurídica. As principais características da autotutela foram sendo abandonadas aos poucos. A imposição da sanção não era mais condicionada por uma das partes à outra. Além do mais, havia um “juiz” distinto das partes²⁴.

Foi exatamente essa diferenciação de papéis – sugerida no período arcaico – que permitiu a institucionalização do “processo” em períodos posteriores. O surgimento de estruturas jurídicas especializadas – juízes e tribunais – baseou-se nesse fenômeno que já vinha ocorrendo há algum tempo.

Acredita-se, por um lado, que a formação dessas novas instâncias decisórias tenha servido também como mecanismo de contenção da “vingança privada”, ou seja, para reduzir, dominar ou sufocar a “justiça popular”²⁵. Para outros estudos, todavia, o “direito”, em si, somente apareceria com o surgimento desse poder político diferenciado, restando aos demais sistemas anteriores apenas a “pré-história” do direito²⁶.

22 Stanley A. Cook, *Ancient semitic procedure, Primitive and ancient legal institutions*, p. 654-659.

23 Niklas Luhmann, *op.cit.*, p. 182-200.

24 Antônio Carlos de Araújo Cintra *et al*, *Teoria geral do processo*, p. 27.

25 Michel Foucault, *Microfísica do poder*, p. 39-45.

26 John Gilissen, *op.cit.*, p. 31-37.

2.2 A confusão entre “direito” e “processo” arcaico

Embora os autores clássicos refiram-se ao direito arcaico como um direito exclusivamente “criminal”²⁷, estudos respeitadores desfizeram essa versão, afirmando que o fenômeno correspondente da época ao “direito civil” foi extremamente bem desenvolvido, envolvendo toda a organização social. Tanto é assim que as regras não penais foram mantidas por forças sociais. Isso incluía procedimentos de obediência civil a regras básicas como a proibição do incesto²⁸.

Parece também bastante claro aos estudiosos que, nesse período, a atividade de “decidir” não incluía a ideia de “aplicação do direito”. Faltava nesse período o próprio conceito de que o “direito” poderia ser invocado para cada caso concreto. Na verdade, quem pedia a imposição de uma “sanção” não pleiteava um direito processual, mas, sim, invocava o poder contido nas mãos de quem detinha a possibilidade de fazer valer sua vontade contra outrem²⁹.

Esse longo “período arcaico” – de tempos imemoriais – pode ser subdividido didaticamente em três grandes fases³⁰. Em todas elas, percebe-se que o fenômeno processual ainda se resumia a um papel coadjuvante em que o “direito” confundia-se com o próprio “processo”.

A primeira delas é a “fase do direito dos deuses”. Em razão do caráter sagrado dos preceitos morais, o julgamento dava-se de acordo com a vontade divina. Mesmo quando o julgamento era feito por reis, sua inspiração vinha de Deus. O julgamento não pressupunha a violação de uma lei. Por isso, as “sentenças” não se baseavam em regras prévias. Era, na verdade, a “sentença” que dizia o que era certo ou errado. O ilícito confundia-se,

27 Josef Kohler, *op.cit.*, p. 255.

28 Bronislaw Malinowski, *Crime and custom in savage society*, p. 71-74.

29 Max Weber, *Economy and society*, p. 653-654.

30 Henry Sumner Maine, *Ancient law: its connection with early history of society, and its relations to modern ideas*, *passim*.

porém, com a quebra da tradição e com o pecado³¹. No entanto, os que julgavam (o sacerdote, os anciãos, entre outros) tinham a tendência, voluntária ou involuntariamente, para aplicar aos litígios, as mesmas soluções dadas precedentemente a conflitos do mesmo tipo. Daí a importância dos precedentes nessa fase³².

Depois aparece a “fase do direito dos costumes”. Com o tempo, o direito tornou-se um conjunto de decisões, casuístico, mantido em segredo. O julgamento das causas produziu reiteradas decisões, de onde surgiram os primeiros costumes. Era a fase do “direito não-escrito”. As noções jurídicas eram transmitidas pela tradição oral. Durante algum tempo, esses costumes foram de conhecimento monopolizado por castas ou ordens sociais privilegiadas. O “processo” arcaico funcionou nessa fase como difusor dos costumes.

Por último, surge a “fase do direito das leis”. A compilação dos costumes permitiu o surgimento dos primeiros códigos. O Código de Hammurabi e as Leis de Manu são os maiores exemplos dessa fase. O direito passa a ser gravado em tábuas e a ser conhecido por todos. Há indícios históricos de que muitas regras do Código de Hammurabi foram extraídas da “jurisprudência” do rei, quando atuava como julgador de primeiro grau ou em sede de “apelação”. Tudo indica, aliás, que as primeiras leis foram repositórios de “sentenças” do soberano, acumuladas ao longo do tempo³³.

As três fases têm em comum o fato de se não diferenciar com clareza a “sentença” (que impõe a sanção jurídica) do “direito” em si. É bastante provável que o período arcaico tenha contribuído para o chamado “imanentismo” romano, a partir do qual o sistema jurídico de Roma era muito mais voltado para ações do que direitos. Na verdade, é possível que essa característica do período arcaico tenha perdurado até o século XIX, quando se

31 Antonio Carlos Wolkmer, *O direito nas sociedades primitivas, Fundamentos de história do direito*, p. 1-11.

32 John Gillissen, *op.cit.*, p. 37-38.

33 Dominique Charpin, *Lettres et procès paléo-babyloniens, Rendre la justice en Mésopotamie: archives judiciaires du Proche-Orient ancien*, p. 84-85.

passou a entender que os pressupostos do “direito processual” diferiam dos pressupostos do “direito material”³⁴.

2.3 O ritualismo mágico do procedimento

O período arcaico foi marcado pelo formalismo ritual de caráter mágico. Uma cuidadosa repetição de símbolos, gestos e palavras caracterizava o período arcaico. Essa característica é explicada pela referência tradicional e sagrada ao divino e ao religioso. As sociedades arcaicas entendiam que a ordem do mundo era estabelecida pelos deuses. Não havia alternativas para o homem. Tudo obedecia ao desejo divino. Uma colheita bem sucedida ou uma guerra vencida eram presentes dos deuses, ao passo que as doenças e as pestes eram maldições sobrenaturais enviadas aos membros da comunidade.

A partir desse entendimento causal (causa e efeito) eminentemente mágico, as sociedades arcaicas foram frutíferas em estabelecer procedimentos jurídicos cheios em ritualismos. O “processo” arcaico assenta-se em palavras certas a serem ditas, em gestos próprios a serem feitos, em símbolos a serem observados e em juramentos a serem realizados. São partes de um grande ritual que não poderia ser desprezado. Todo esse formalismo deveria ser repetido, invariavelmente, porque se receava mudar o efeito mudando a forma³⁵. Só atingia-se o direito com a estrita observância do ritual³⁶.

Essa é a origem remota dos chamados “ordálios” (“juízos de Deus”). Os “ordálios” são conhecidos como apelos à imediata intervenção divina para acusar ou absolver³⁷. Foram fortemente utilizados e espalhados em períodos históricos posteriores como o período medieval, mas tiveram origem imediata no período arcaico. Prova disso é que o §2º. do Código de Hammurabi já

34 Oskar von Bülow, *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, p. 1-17.

35 Paulo Dourado de Gusmão, *Introdução à ciência do direito: introdução ao estudo do direito*, p. 313-317.

36 Niklas Luhmann, *op.cit.*, p. 182-200.

37 James P. Gilchrist, *A brief display of the origin and the history of ordeals, trials by battles, courts of chivalry or honour; and the decision of private quarrels by single combats*, p. 7.

dizia: “Se alguém avança uma imputação de sortilégio contra um outro e não a pode provar e aquele contra o qual a imputação de sortilégio foi feita, vai ao rio, salta no rio; se o rio o traga, aquele que acusou deverá receber em posse à sua casa. Mas, se o rio o demonstra inocente e ele fica ileso, aquele que avançou a imputação deverá ser morto, aquele que saltou no rio deverá receber em posse a casa do seu acusador”. O dispositivo do Código de Hammurabi demonstra que a “prova” era produzida pelo elemento divino e natural: quem falasse a verdade seria salvo da correnteza dos rios pelos deuses.

Esse elemento “mágico” e “ritual” do período arcaico ainda resistiu ao tempo. Durante o período romano, por exemplo, não se fazia justiça em dias em que a religião não indicasse como favoráveis. No período clássico de Atenas, a sessão do tribunal acontecia próximo a um altar e se iniciava com um sacrifício. Nos tempos de Homero, os juízes reuniam-se em torno de um “círculo sagrado”³⁸.

Ainda hoje, o caráter mágico do período resiste em “juramentos” a serem realizados pelas testemunhas antes de seu depoimento em juízo (exemplo: art. 43.b das *Federal Rules of Civil Procedure* dos Estados Unidos). Outros autores, por sua vez, ligam o pensamento mágico arcaico – e a invocação de seres sobrenaturais – à tradição ainda presente de simplificação de significados normativos em torno de palavras sem conteúdo semântico, mas que traduzem uma técnica de apresentação. É o caso da invocação da expressão “direito subjetivo” (“eu tenho direito!” seria uma frase “mágica”?)³⁹.

2.4 A ausência de estudos processuais

Não houve um pensamento ou uma ciência jurídica no período arcaico⁴⁰. Na verdade, uma exposição sistemática do

38 Fustel de Coulanges, La cité antique: étude sur le cultes, le droit, les institutions de la Grèce et de Rome, p. 192-193.

39 Alf Ross, Tô-tû, p. 28-35.

40 Enrique R. Aftalión et al, op.cit., p. 189-194.

Direito Processual Civil somente se consolidou na época dos glosadores de Bolonha no século XI. Juristas como Búlgaro, Oton de Pavia, Pillio, Piacentino, Tancredo e Guilherme Durand podem ter sido os primeiros “processualistas”. Essa conquista decorreu do fato de que o processo passou a ser estudado de maneira autônoma, dado o foco no conceito de “ação”⁴¹.

Além da falta de investigações sistemáticas de Direito Processual Civil, o período arcaico ressentia-se até mesmo de fontes escritas, existindo apenas fragmentos do que seria o “processo” arcaico. Exemplos recorrentes são o Código de Hammurabi, o Código de Manu e a Bíblia⁴².

3 Conclusões

O período arcaico definitivamente não se exaure no instituto da “autotutela”. É preciso ainda entender como funcionou a Lei de Talião e o instituto da composição, para se compreender o funcionamento da sociedade primitiva. Mesmo antes do período romano, já se iniciava embrionariamente a formação de “foros”, “juízes” e “tribunais”, dando origem à “heterotutela”. Assim sendo, não se pode compreender o período arcaico como sinônimo de “autotutela”, sob a pena de reducionismo indesejável.

Por outro lado, as origens históricas da “autotutela” no período arcaico recomendam um maior cuidado em se aplicar a mesma expressão linguística para fenômenos jurídicos atuais. A manifestação jurídica da “vingança privada”, tal como evidenciada no período, não parece coadunar-se aos exemplos fornecidos pela doutrina atual como de “autotutela” nos dias correntes. É interessante notar que os processualistas têm a cautela de utilizar o adjetivo “inquisitivo” para denotar situações muito próximas ao do legado do Tribunal de Inquisição espanhol (apenas para exemplificar), mas não conservam o mesmo

41 Giuseppe Chiovenda, *La acción en el sistema de los derechos*, p. 01-03.

42 Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Estudios de teoría general e historia del proceso: 1945-1972*, p. 293-309.

cuidado histórico com a nomenclatura “autotutela”. Como não se pode conferir a dois fenômenos jurídicos distintos (ou melhor, fenômenos com efeitos jurídicos distintos) o mesmo *nomen juris*, sugere-se que se sirva da contextualização histórica do período arcaico para se admitir ou não a “autotutela” como instituto jurídico ainda presente em nossos dias.

Nessa mesma linha de pesquisa – de se verificar a “atualidade” de institutos ou características do período arcaico –, talvez seja útil utilizar-se do pensamento mítico ou mágico das sociedades daqueles tempos como grupo de dados comparativos para investigar o quê de arcaico ainda persiste no atual Direito Processual Civil, principalmente no formalismo de nossos ritos.

Os estudos do período arcaico também insinuem certa negligência na ordenação dos períodos históricos do Direito Processual Civil. Pode-se dizer que o período arcaico talvez não tenha presenciado estudos sistematizados (como ocorreu em Bolonha no século XI). Também é possível afirmar que o período não conheceu codificações autônomas (tais como o *Code de Procédure Civile* francês do século XIX). Não se pode ignorar, contudo, sua contribuição para o início da construção dos institutos processuais.

A ausência de estudos processuais no período arcaico, porém, - longe de significarem apenas um obstáculo - deve servir de combustível para novas pesquisas, baseadas nos “estilhaços” históricos deixados. As fontes escritas do período arcaico, até hoje descobertas, precisam ser mais bem interpretadas pelos processualistas, mesmo que seja para desvendar o sincretismo existente entre o direito material e o direito processual de outrora. Não é possível contentar-se com referências episódicas às tábuas de leis, sem a mínima ambientação histórico-processual.

Diante de tudo quanto foi exposto, especialmente quando se debruçarem sobre a História do Direito Processual Civil, é

recomendável que os estudos processuais fundamentem quais os limites observados na pesquisa e quais as razões para excluir o período arcaico de considerações históricas. A ausência de fontes escritas, por exemplo, talvez seja um motivo plausível para esse corte epistemológico. A contribuição histórica do período arcaico, porém, impede que, cientificamente, as instituições processuais daqueles tempos sejam simplesmente ignoradas.

The Archaic Period of the Civil Procedural Law

Abstract: The paper draws the attention to the archaic period on civil procedure law. It shows how this pre-roman period should not be taken as only “private revenge”. This paper also analyzes why the period must be studied by civil procedure law. Further, it concludes this period is full of references for the next historic stages of procedure law development. At the end, the paper suggests lines of investigation and implies the archaic period must not be neglected by procedure law studies.

Keywords: History. Procedure. Archaic period. Civil procedure law.

Referências

- AFTALIÓN, Enrique R. et al. *Introducción al derecho*. 3.ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999.
- ARANHA, Guilherme Arruda. Anotações sobre o pensamento jurídico-filosófico na história. *Revista de Direito e Política*, v.3, n. 10, São Paulo, Instituto Brasileiro de Advocacia Pública, p. 79-95, 2006.
- ARAÚJO, Luis Ivani de Amorim. Os sistemas processuais na antiguidade. *Revista Forense*, v. 92, n. 33, Rio de Janeiro, Forense, p. 465-469, 1996.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. 2. ed. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: Edipro, 2003.
- BOUZON, Emanuel. Origem e natureza das coleções do direito cuneiforme. *Justiça e História*, v.2, n.3, Porto Alegre, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul/Centro de Memória do Judiciário, p. 17-54, 2002.

- BOECKER, Hans Jochen. *Law and administration of justice in Old Testament and Ancient East*. Tradução de Jeremy Moiser. Mineápolis: Augsburg Publishing House, 1980.
- BRUSIIN, Otto. *O pensamento jurídico*. Tradução de Hebe A. M. Caletti Marenco. Campinas: Edicamp, 2001.
- BÜLOW, Oskar von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Tradução de Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: EJE, 1964.
- CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. *Estudios de teoría general e historia del proceso: 1945-1972*. t.2. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1992.
- CHARPIN, Dominique. *Lettres et procès paléo-babyloniens. Rendre la justice en Mésopotamie: archives judiciaires du Proche-Orient ancien*. Coordenação de Francis Joannès. Paris: Presses Universitaires de Vincennes, 2000.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *La acción en el sistema de los derechos*. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Bogotá: Temis, 1986.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo et al. *Teoria geral do processo*. 22.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- COOK, Stanley A.. *Ancient semitic procedure. Primitive and ancient legal institutions*. Coordenação de Albert Kocourek e John H. Wigmore. Boston: Little, Brown and Company, 1915.
- COULANGES, Fustel de. *La cité antique: étude sur le cultes, le droit, les institutions de la Grèce et de Rome*. 3.ed. Paris: Librairie de L. Hachette, 1870.
- EISENSTADT, Shmuel Noah. *The political system of empires*. New Brunswick: Transaction Publishers, 1993.
- FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- FIUZA, César. *Algumas linhas de processo civil romano. Direito processual na história*. Coordenação de César Fiuza. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1979.
- GILCHRIST, James P. *A brief display of the origin and the history of ordeals, trials by battles, courts of chivalry or honour; and the decision of*

private quarrels by single combats. Londres: W. Bulmer and W. Nichol, Cleveland-row, St. Jame's, 1821.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 4.ed. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Tradução de Leonardo Prieto Castro. Barcelona: Labor, 1936.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução à ciência do direito: introdução ao estudo do direito*. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

HOEBEL, E. Adamson. *The law of primitive man: a study in comparative legal dynamics*. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KOHLER, Josef. *Philosophy of law*. Tradução de Adalbert Albrecht. Nova Iorque: The Macmillan Company, 1921.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile: principi*. 6.ed. Atualização de Vittorio Colesanti *et al.* Milão: Giuffrè, 2002.

LISBOA, Celso Anicet. O processo como manifestação primígena do direito e as grandes codificações na antiguidade pré-romana: os grandes sistemas jurídicos contemporâneos: common law e civil law. *Revista de Processo*, v. 86, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 269-284, 1997.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MAINE, Henry Sumner. *Ancient law: its connection with early history of society, and its relations to modern ideas*. Nova Iorque: Charles Scribner & Co, 1871.

MALINOWSKI, Bronislaw. *Crime and custom in savage society*. Nova Iorque: Harcourt, Brace and Company, 1926.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de Pinho. *Teoria geral do processo civil contemporâneo*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ROSS, Alf. *Tû-tû*. Tradução de Edson L. M. Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

- TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- WEBER, Max. *Economy and society*. Tradução de Ephraim Fischhoff. Berkeley: University of California Press, 1978.
- WOLKMER, Antonio Carlos. O direito nas sociedades primitivas. 4. ed. *Fundamentos de história do direito*. Coordenação de Antonio Carlos Wolkmer. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

O princípio do acesso à justiça e outros princípios constitucionais do processo civil

*Edna Lima de Souza**

Sumário: 1 Introdução. 2 Acesso à justiça: direito fundamental. 2.1 Dimensão constitucional. 2.2 Conceitos. 3 Principais princípios constitucionais do processo civil. 3.1 Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. 3.2 Princípio do devido processo legal. 3.3 Princípio do contraditório e da ampla defesa. 3.4 Princípio da isonomia (ou da igualdade). 4 Novos princípios e a Emenda Constitucional nº 45/2004. 4.1 Princípio da duração razoável do processo. 4.2 Princípio da celeridade processual. 5 O princípio do acesso à justiça. 5.1 Conceito de Justiça. 6 Principais obstáculos ao acesso à justiça. 6.1 Desconhecimento do Direito. 6.2 Condição de pobre ou necessitado. 6.3. Morosidade no julgamento do processo. 7 Novos mecanismos de efetividade do acesso à justiça 7.1 Alterações na legislação. 7.2 Flexibilização do conceito de necessitado. 8 Caso concreto. 9 Conclusões. Referências.

Resumo: Este artigo registra um estudo do princípio do acesso à justiça encontrado na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LXXIV, que estabeleceu ao Estado o dever de prestar “a assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”, com o objetivo de demonstrar que daquele princípio decorrem outros princípios constitucionais do processo civil, com destaque para o da legalidade do processo, ampla defesa, contraditório, igualdade de tratamento, tempo razoável do processo e celeridade processual. Estes princípios são necessários para o exercício dos direitos do cidadão, porém, se não houver antes a garantia do acesso à tutela jurisdicional, de nada servirão as demais garantias processuais para o necessitado, que precisa enfrentar alguns obstáculos ao acesso

* Promotora de Justiça do Estado do Amazonas. Titular da 44ª Promotoria da Fazenda Pública Municipal. Pós-Graduada em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Cândido Mendes - RJ (UCAM) e Direito Ambiental pela Universidade Federal do Amazonas (UFAM). Mestranda em Direito pelo Centro de Formação, Estudos e Pesquisas - FORUM e Universidade Autónoma de Lisboa-UAL.