

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO/PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO

Renata Christiana Vieira Maia

A EFETIVIDADE DO PROCESSO DE CONHECIMENTO MEDIANTE A
APLICAÇÃO DO PROCESSO ORAL

Belo Horizonte
2015

Renata Christiana Vieira Maia

A EFETIVIDADE DO PROCESSO DE CONHECIMENTO MEDIANTE A
APLICAÇÃO DO PROCESSO ORAL

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Direito.

Linha de Pesquisa: "Poder e Cidadania do Estado de Direito." Do Projeto Estruturante: "Efetividade do Processo e Atuação do Direito Material."

Orientador: Professor Doutor Fernando Gonzaga Jayme

Belo Horizonte

2015

Renata Christiana Vieira Maia

**A EFETIVIDADE DO PROCESSO DE CONHECIMENTO MEDIANTE A
APLICAÇÃO DO PROCESSO ORAL**

Tese apresentada para a banca junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Direito, sob a orientação do Professor Doutor Fernando Gonzaga Jayme. Aprovada pela Comissão Examinadora abaixo assinada.

Belo Horizonte, 24 de março de 2015

Prof. Doutor Fernando Gonzaga Jayme (Orientador) - UFMG

Prof. Doutor Humberto Theodoro Júnior – UFMG

Prof. Doutor Fredie Didier Júnior –UFBA

Prof. Doutor Júlio Aguiar de Oliveira – UFOP

Prof. Doutor João Alberto de Almeida – UFMG

Prof. Doutor Leonardo Silva Nunes –UFOP

M217e Maia, Renata Christiana Vieira
A efetividade do processo de conhecimento mediante a aplicação
do processo oral / Renata Christiana Vieira Maia. – 2015.

Orientador: Fernando Gonzaga Jayme
Tese (doutorado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade
de Direito.

Inclui bibliografia

1. Processo civil – Teses 2. Processo civil – Brasil 3. Processo
oral 4. Oralidade 5. Audiência - Processo civil 6. Devido processo
legal I. Título

CDU : 347.9(81)

“Quando escrevo só existe aquilo que escrevo.
O que senti diversamente daquilo que pude dizer
e que me escapou são ideias ou um verbo roubado
e que destruirei para substituir por outra coisa.” (RODEZ, 1946).

*A Deus, aos meus anjos Vidoca, Vovó Maria e Vovô Agostinho,
e à minha querida e doce mãe Maria Bernadeth, que estiveram ao meu lado,
cada um a seu modo, me inspirando, incentivando, protegendo e acalentando.*

Agradecimentos

Chegado o momento do agradecimento, inevitável não lembrar de tudo o que passei nesses últimos quatro anos. Muitas incertezas, angústias, dores, acompanhadas de muita compreensão, amor e estudos. Palavras fogem e aquilo que gostaria de dizer nesta folha de agradecimento escapam os sentidos. Como demonstrado no decorrer desta tese, é mais fácil falar do que escrever. Não se escreve como se fala. E embora as palavras me fujam o sentido, não posso me furtar de agradecer a todos que encontrei no meu caminho.

A começar pelo meu amigo, no qual encontrei um mestre, meu orientador Fernando Jayme, que me guiou nos labirintos que paulatinamente foram sendo descortinados no decorrer da elaboração deste trabalho.

Ao meu amigo Gláucio Maciel, que de amigo, tornou-se meu defensor.

À minha mãe, aos meus irmãos, Sandro, Alexey e Carlos Alberto, vocês sabem o quanto me sustentaram em meus momentos difíceis, e jamais permitiram que eu desanimasse. Aos meus sobrinhos Gabriela, Carolina, Carlinhos e Sofia, roubei-me de vocês e estou de volta para aprontarmos nossas peraltices. À minha cunhada Maria Cristina, agradeço a força, o incentivo e as doces palavras. Ao meu pai, que ausente, se fez presente quando necessário. À minha afilhada Tetê, que soube compreender a minha distância.

À Vivianne Pêgo, que esteve ao meu lado todo o tempo, que soube entender as minhas ausências, os meus arroubos e conflitos.

Às minhas madrinhas Socorro e Tia Juju, e às minhas tias Leninha, Dodó, Kiki, Lalinha e Tia É, do qual também me sinto cria. A vocês, mulheres de Tutico e Maria, incluindo minha doce mãe, sou grata por terem me mostrado, com docilidade, a força da mulher. À minha família muito obrigada!

Ao meu tio Afonso, por me mostrar pelo exemplo, que o caminho para atingir nossos objetivos pode ser difícil, mas não impossível.

Ao meu amigo Alex Lamy que, após um longo dia e aulas intermináveis, compartilhou comigo as delícias desta jornada. A todos os meus amigos, que souberam entender o meu sumiço nestes últimos anos, para a dedicação integral ao que me propus.

Aos meus colegas, amigos de escritório e amigos Flávia, Leila, Laurentino e Rosaura, que trabalharam por dois neste meu caminhar. Sem vocês, este caminho não teria sido possível.

E, para finalizar, não poderia deixar de agradecer os meus alunos, que foram a razão de galgar mais esta etapa.

Ao Igor Alcântara, pela revisão e considerações sempre pontuais.

Resumo

A presente tese busca resgatar o processo oral nos moldes idealizados pelo Movimento Reformador que, embora idealizasse o rompimento das barreiras diabólicas de provas tarifadas, proporcionou a humanização do processo ao permitir o diálogo entre o juiz e as partes, conferindo um contraditório dinâmico entre os três integrantes principais do processo. Ao garantir o direito de as partes serem ouvidas pelo juiz, o processo oral se encontra em consonância com o Devido Processo Legal, apresentando recursos para potencializar acessibilidade a esse contraditório. Nesse contexto, verificou-se a efetividade e a eficácia do processo oral que, se adotado no Brasil, apesar de barreiras estruturais, terá o condão de minimizar o conflito - evitando interposições infundáveis de recurso - como acontece nos países que adotam esse modelo. Nele, estão contidos alguns princípios que auxiliam na imediação e concentração dos atos processuais, respeitando os limites da identidade física do juiz, da publicidade e da livre valoração das provas, presentes também no ordenamento jurídico nacional quanto ao processo do trabalho. Desse modo, dentre suas inúmeras vantagens, o processo oral proporciona o contato imediato das partes entre si com o juiz; possibilita mais facilmente a conciliação, antes da exacerbação dos ânimos por meio de longas alegações escritas intercaladas ao longo do tempo; provoca o interesse do magistrado pela causa, aproximando-o dos jurisdicionados, humanizando o processo. Portanto, ele se adequa aos tempos de cultura de paz em detrimento da cultura de sentença, revelando-se atual, enriquecido pelas pujantes mudanças da modernidade, motivo pelo qual se faz refletir sobre sua adoção no Brasil.

Palavras-chave: Processo Oral - Devido Processo Legal - Humanização do Processo - Direito de ser ouvido - Efetividade.

RIASSUNTO

La presente tesi intende riscattare il processo orale nelle forme idealizzate dal Movimento Riformatore che, malgrado idealizzasse la rottura delle barriere diaboliche delle prove tariffate, ha permesso l'umanizzazione del processo concedendo il dialogo tra il giudice e le parti, concedendo un contraddittorio dinamico fra i tre integranti principali del processo. Nel garantire alle parti il diritto di essere ascoltate dal giudice, il processo orale si trova in consonanza con il Dovuto Processo Legale, presentando ricorsi per potenzializzare l'accessibilità a tale contraddittorio. In tale contesto, si è verificata l'effettività e l'efficacia del processo orale che, se venisse adottato in Brasile, malgrado le barriere strutturali, avrà la capacità di minimizzare il conflitto - evitando infinite presentazioni di ricorsi - come avviene nei paesi che adottano tale modello, che contiene alcuni principi che aiutano nella immediatezza e concentrazione degli atti processuali, rispettando i limiti dell'identità fisica del giudice, della pubblicità e della libera valorizzazione delle prove, presenti anche nell'ordinamento giuridico nazionale quanto al processo del lavoro. In questo modo, tra i suoi innumerevoli vantaggi, il processo orale permette il contatto immediato delle parti tra le stesse e con il giudice; rende più facile la conciliazione, poiché avviene prima dell'esacerbazione degli animi causata da lunghe allegazioni per scritto intercalate nel tempo; provoca l'interesse del magistrato per la causa, avvicinandolo alle persone sotto la sua giurisdizione, umanizzando il processo. Pertanto, si adatta ai tempi di cultura della pace in detrimento alla cultura della sentenza, rivelandosi attuale, arricchito dai possenti cambiamenti della modernità, motivo per cui si tenta di riflettere sulla sua adozione in Brasile.

Parole chiave: Processo Orale. Dovuto Processo Legale - Umanizzazione del Processo – Diritto di Essere Ascoltate - Effettività.

Abstract

This thesis aims to revive the oral proceedings in the manner envisioned by the Reform Movement that although have idealized the breaking of devil bounds of billed evidence, provided the humanization of the process affording dialogue between judge, accused and defendant, thus creating a dynamic connection between the three key members of the process. In order to guarantee the right to be heard by the judge, the oral process is in line with the due process of law, with resources available to enhance accessibility to this process. In this context, this study tries to reveal the effectiveness and efficiency of the oral process that, despite structural limits, will have the power to minimize the conflict if applied in Brazil by avoiding the endless interposition appeal, as seen in countries that adopt this process model. It is presented some principles that aid in the immediacy and concentration of procedural acts within the limits of the physical identity of the judge, advertising and free assessment of the evidence; also, in national law regarding the work process. Thus, among its many benefits, the oral process provides immediate contact between the participants themselves with the judge; it is easier to enable the reconciliation before the exacerbation of mood written by long claims interleaved over time; focusing the interest of the magistrate on the cause, approaching it from the jurisdictional, humanizing the process. So, it privileges peace's culture over judgment's culture, showing its relevancy, and enriched by vigorous modern changes. These are some of the main reasons why Brazil should seriously consider its adoption.

Keywords: Oral Process - Due Process of Law – Humanization Process – Having the right to be heard - Effectiveness.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	15
2. BREVE ESCORÇO HISTÓRICO	20
2.1 Justificativa	20
2.2 Do Processo Romano (oral)	23
2.2.1 Declínio da oralidade no processo Romano	25
2.2.1.1 Da eliminação da livre valoração das provas	29
2.2.1.2 O possível motivo para eliminar a imediação - o juiz desonesto	31
2.3 Do Processo Comum (escrito)	33
2.3.1 O procedimento simplificado – <i>Clementina Saepe</i> – Ano 1306	37
2.4 O processo escrito no Brasil	38
2.5 Do Movimento reformador em prol da oralidade	43
2.5.1 O Código de Processo Civil Austríaco como marco do movimento reformador	43
2.5.2 Giuseppe Chiovenda como representante legítimo em prol do processo oral.....	45
2.5.3 Propostas encampadas pelo movimento reformador	46
2.6 Brevíssima síntese, a título histórico, do processo oral no Brasil	47
2.6.1 Primeiro Código Unificado de Processo Civil	48
2.6.1.1 Evolução científica do processo com o advento do CPC de 1939	49
2.6.1.2 Do processo oral no Código de Processo Civil de 1939	51
2.6.1.3 Do declínio do processo oral no CPC de 1939	52
2.6.2 Do processo oral no Código de Processo Civil de 1973.....	54
2.6.2.1 Quanto ao mérito científico do Código de Processo Civil de 1973	55
2.6.2.2 O processo oral no CPC de 1973	56
2.6.2.2.1 Da Audiência Preliminar	60
2.6.2.2.2 Procedimento sumário – como processo oral no CPC de 1973	62
2.6.2.3 Da necessidade de reforma do CPC de 1973	64
3. DO PROCESSO ORAL	68
3.1 “Processo” oral ou apenas “oralidade”?.....	68
3.1.1 Da oralidade ou princípio da oralidade	68
3.1.2 Do processo oral	72

3.1.2.1	Formalização dos atos orais	74
3.1.2.1.1	Influência da prova no processo oral	76
3.1.2.1.2	Da função da documentação dos atos orais no processo – poder de influenciar na decisão	79
3.2	Princípios do processo oral	81
3.2.1	Da identidade física do juiz	81
3.2.2	Da imediação	85
3.2.3	Da concentração dos atos	90
3.2.4	Do Livre Convencimento	94
3.2.5	Da publicidade	97
3.2.6	Da irrecorribilidade em separado da decisão interlocutória	100
3.3	Dos sujeitos no processo oral	102
3.3.1	Das partes	103
3.3.1.1	Do direito de ser ouvido	108
3.3.2	Dos procuradores	112
3.3.3	Do juiz no processo oral	115
3.3.3.1	Possíveis causas para fracasso da figura o juiz ativo no Brasil ..	118
3.3.3.2	Papel ativo do juiz frente aos princípios dispositivo, inquisitivo ou cooperativo	121
3.3.3.3	Quanto à delegação da função judicante disfarçada	129
3.4	Do processo escrito	131
3.5	Da humanização da resolução dos conflitos	135
4.	PROCESSO ORAL NOS ORDENAMENTOS ESTRANGEIROS.....	144
4.1	Processo Civil Austríaco - <i>Zivilprozessordnung</i> - ZPO de 1895	145
4.1.1	Reforma do <i>Zivilprozessordnung</i>	147
4.1.2	Do processo oral no ZPO – <i>Zivilprozessordnung</i> austríaco	151
4.2	Processo Civil Alemão – <i>Zivilprozessordnung</i> – ZPO de 1867	153
4.2.1	Do Processo Oral no <i>Zivilprozessordnung</i> – ZPO Alemão	158
4.3	Processo Civil Espanhol - Nova <i>Ley de Enjuiciamiento Civil</i> de 2000	165
4.3.1	Do Processo Oral na nova <i>Ley de Enjuiciamiento Civil</i> – LEC Espanhola	167
4.3.1.1	Das audiências nos procedimentos da <i>Ley de Enjuiciamiento Civil</i> – LEC	169
4.3.1.1.1	Das audiências do <i>Juicio Ordinario</i>	169
4.3.1.1.1.1	Dos atos a serem realizados na audiência prévia	170
4.3.1.1.1.2	Dos atos a serem realizados na audiência <i>del</i>	

<i>juicio</i>	171
4.3.1.1.2Da audiência única no procedimento do <i>juicio verbal</i>	173
4.3.1.2Quanto a forma de documentação oral das audiências	174
4.3.1.3Da imediação e da identidade física do juiz no processo oral espanhol	176
4.3.1.4Da concentração dos atos na <i>Ley de Enjuiciamiento Civil</i>	179
4.3.1.5Do papel do juiz no processo oral espanhol	180
4.3.1.5.1 Do livre convencimento “sana critica”	181
4.3.2 O processo oral espanhol no dia a dia	182
4.4Processo Civil Italiano – <i>Codice di Procedura Civile</i> - c.p.c de 1942 .	183
4.4.1Do processo oral italiano – A oralidade como princípio cardinal	190
4.4.1.1 Da resistência em adotar o interrogatório livre das partes	192
4.4.2 Do atual processo oral no <i>Codice di Procedura Civile</i>	194
4.4.2.1 Do procedimento realizado frente ao Juiz de Paz	195
4.4.2.2 Do procedimento frente ao juízo monocrático	197
4.4.2.3 Do órgão judicante (juiz de paz, juiz monocrático e o juiz instrutor) no processo oral italiano	203
5. DO TEMPO E DA EFICIÊNCIA DO PROCESSO	205
5.1Do tempo do Processo	205
5.1.1Do tempo do processo civil Brasileiro	210
5.1.1.1Da diferença do tempo do processo entres os ritos ordinário e sumário	212
5.1.1.2 Dos tempos mortos – o cartório judicial como vilão do tempo do processo	214
5.1.2A quem interessa a demora do processo	214
5.1.3 Da culpa pela demora na prestação jurisdicional	218
5.1.4Da razoável duração do processo	223
5.2Da eficiência e eficácia do Processo Oral	228
5.2.1Critérios que definem a eficiência do processo	228
5.2.1.1 Quanto a retidão da decisão do processo oral	230
5.2.1.2Quanto à celeridade do processo oral	232
5.2.1.3Quanto aos custos do processo oral	234
5.2.1.4Quanto a ausência de obstáculos supérfluos (dilações indevidas)	235
5.2.2Da Eficiência do processo oral	236
5.3Vantagens e desvantagens do processo oral	235

6. DO PROCESSO ORAL NO CÓDIGO DE PROCESSO MODELO IBERO-AMERICANO, NO PROCESSO DO TRABALHO E NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	240
6.1 O Processo Oral no Código Modelo Iberoamericano de Processo Civil	240
6.1.1 O Processo oral como processo tipo ou modelo Ibero-americano de processo civil	243
6.1.2.1 Da audiência preliminar no Procedimento Ordinário do Código de Processo Civil Modelo	245
6.2 Processo Oral na Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT	249
6.2.1 Da celeridade do processo trabalhista	254
6.2.2 Contraposição do processo trabalhista <i>versus</i> o processo civil	255
6.3 Processo oral no Novo Código de Processo Civil	257
6.3.1 Cinco razões que demonstram o por quê não foi adotado o processo oral no Novo CPC	258
6.4 O processo oral e a mediação	274
7. CONCLUSÃO	277
REFERÊNCIAS	280

1. INTRODUÇÃO

É lugar comum dizer que o Judiciário está em crise, que advém de séculos atrás. Se fosse possível remontar o quebra-cabeça da história com requintes de detalhes, constatar-se-ia que o problema da morosidade é multissecular¹. Como notícia histórica, vale lembrar que *Clementina Saepe*, de 1306, constituiu o embrião do processo sumário, simplificado e oral, que surge como alternativa para atenuar a morosidade do processo.

Os homens sempre se preocuparam com o tempo, e nem pode ser diferente. Há tempo para tudo, no tempo do homem existe apenas uma certeza, a morte. Desse modo, como o homem nunca conseguiu dominá-lo, por nunca ter a certeza de sua morte, procura fazê-lo com as coisas que estão ao seu alcance. O tempo, fugidio como só ele sabe ser, também se entranhou nas coisas do homem e veio se entrelaçar no processo judicial, encontrando cômoda guarida. O homem desde então não consegue controlar o tempo de sua vida, e nem o tempo do processo, o que lhe causa angústia. No entanto, ao contrário do tempo da vida, o tempo do processo é ainda mais incerto, podendo ultrapassar o tempo da vida do homem.

E todas as vezes em que os homens voltam o seu olhar para o tempo do processo, procurando dominar o tempo que lhes é escorregadio, lembram-se eles de uma fórmula que lhes parece simples. Mas, por ser simples, encontra todo o tipo de obstáculo. É como se o homem tivesse medo do próprio homem, embora nele deposite todas as suas angústias e frustrações. E, por muito tempo, com medo de se contaminar, o homem investido do poder de jurisdição se escondeu sob um manto de proteção, cometendo todos os tipos de atrocidades, tal como os ordálios e juízos de Deus, por serem incapazes de julgar o próprio homem.

Surge, assim, o processo eminentemente escrito e sigiloso, cujas provas não eram colhidas pelo próprio julgador, que lhe cabia tão somente, como numa operação matemática, sopesá-las. Os julgamentos ocorriam a portas cerradas, nem mesmo os

¹ Neste sentido: MOREIRA, José Carlos Barbosa. O problema da duração dos processos: premissas para uma discussão séria. In *Seleções Jurídicas ADV*, maio de 2006. In *Temas de Direito Processual*, nona série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 369.

procuradores e as partes tinham conhecimento dos fundamentos e provas utilizados pelo julgador para proferir a decisão.

Com o chegar da nova era, em plena metade do século XVIII, embebedos na mais pura fonte da igualdade, fraternidade e igualdade, levantam-se vozes contra a forma autoritária, sigilosa e nada lógica de julgamento, que perdurou por décadas. E, desde então, o movimento reformador em prol da oralidade lutou, incansavelmente, para que os processos deixassem de ser sigilosos e passassem a ser públicos, com julgamentos pautados em provas sensatas, em detrimento de provas diabólicas. Esse movimento reformador, denominado oralidade, almejou romper barreiras nunca penetradas e, assim, foi surgindo novas formas de ver o processo, sob uma ótica mais humanizada, considerada a época.

O movimento reformador em prol do retorno a um processo pautado por certa lógica, com provas colhidas pelo próprio julgador, que poderia exercer a sua livre valoração, propugnou o retorno às origens do processo, predominantemente oral, devido a menor influenciada escrita. Nesse embalo, surgem figuras como Bentham, Mittermayer, Franz Klein, Mario Pagano e Giuseppe Chiovenda, que apresentavam, naquele tempo, as vantagens da adoção do processo oral.

Esse processo oral revela-se simplificado, tendo em vista sua realização por meio de audiências. Tanto as partes e testemunhas, quanto os peritos terão a oportunidade de conhecer o julgador da causa, através de um processo célere por natureza, que exige a devida concentração de atos, sob pena de se perder ao vento as provas colhidas de forma oral.

Incansavelmente batalhou Chiovenda para a Itália aderisse aos propósitos do processo oral, no entanto, mesmo sem obter êxito, teve sua luta difundida para todos os países latinos, que cansados da morosidade do Judiciário, depositaram nesse a solução dos seus males. Cabe ressaltar que não foi diferente no Brasil, o primeiro Código Unificado de 1939 estava impregnado de princípios que orientavam o processo oral, mas, por sua extensão territorial e a grande dificuldade encontrada na observância da identidade física do juiz e sua conseqüente mitigação, que causou a sua falência no território brasileiro.

Em 1973, Alfredo Buzaid, embora reconhecesse a supremacia do processo oral, afirma que esse teria sido adotado no país de forma mitigada, pois por sua extensão territorial continental, seria impossível adotar princípios que orientassem esse modelo de processo. Mas, como será percebido no decorrer da presente tese, tal argumento de que o CPC de 1973 encampou o processo oral cai por terra, uma vez que, ou se adota o processo oral com os princípios que o sustenta, ou não se adota. Pois, não é possível mitigar os princípios base do processo oral.

O objetivo deste trabalho é contribuir com o ramo do Direito Processual, partindo-se do problema se hoje encontram-se afastados os óbices apontados por Alfredo Buzaid, para que finalmente possa o ordenamento pátrio adotar o processo oral como forma de propiciar a devida efetividade e celeridade ao processo de conhecimento brasileiro. Nesse sentido, a pesquisa mostrou ser atual, uma vez que foi realizada quando estava em tramitação no Congresso o projeto de lei para reforma integral do Código de Processo Civil de 1973, e que foi aprovado no dia 16 e 17 de dezembro de 2014, coincidentemente, quando o relatório final da pesquisa foi encerrado.

Como ponto de partida para comprovação da hipótese, analisou-se a evolução histórica e origem do processo oral, com espeque nas lições de Giuseppe Chiovenda² e Mauro Cappelletti³ que iniciaram seus estudos pelo processo romano, que era oral, e sua evolução e adoção por alguns ordenamentos que foram revisitados nesta pesquisa. Desse modo, optou-se por iniciar o estudo do processo, tendo como referência o processo romano, uma vez que esse serviu de base para o surgimento do processo oral. Passando-se, em seguida, para análise do processo oral propriamente dito, com os princípios que o orientam.

O tema da presente pesquisa é atual e pujante, considerando que a oralidade e, conseqüentemente, o processo oral nunca caiu em desuso, sendo objeto de debate pela comunidade acadêmica, que sempre devotou no processo oral o remédio,

²CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil, vol I. Tradução MENEGALE, J. Guimarães. São Paulo : Saraiva, 1965

³CAPPELLETTI, Mauro. Processo, Ideologias e Sociedade. Vol I, Trad. E notas Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris Ed., 2008

senão para aplacar, ao menos para minimizar ou mesmo atenuar as causas da morosidade do processo. Tal como o que ocorre com Código Modelo de Processo Civil para os Estados Ibero-americanos, cujo modelo é fruto de mais de três décadas de incansável estudo, tendo esse reconhecido que o processo oral, com os princípios que o orientam, é que deveria ser o modelo ideal a ser seguido pelos Estados Ibero-americanos.

Procurou-se, assim, fazer uma pesquisa na vertente jurídico-teórica, tendo como base os conteúdos doutrinários internacional e nacional, análise das legislações dos países pioneiros na implantação do processo oral, tais como Áustria e Alemanha, passando pela Espanha que revogou em sua totalidade o seu código secular, para adotar o processo oral com todos os seus princípios e ainda para visitar a ordenamento processual italiano.

Procurou, ainda, analisar os Códigos de Processo Civil de 1939 e de 1973 para verificar se o processo oral realmente fora, em algum momento, encampado no ordenamento pátrio, procurando fazer uma análise entre eles; como ainda analisar o processo da justiça especializada do trabalho, que é regulamentado na Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT; como também do Código de Processo Civil recém-aprovado e o Código Modelo de Processo Civil para os Estados Ibero-americanos.

Diante de todos os dados coletados, foi feito o devido ajuste quanto aos princípios tão caros para o processo civil como a devida duração do processo e a sua efetividade, procurando verificar e testar a possibilidade da adoção do processo oral pelo ordenamento pátrio, e se sua aplicação seria o remédio para aplacar a morosidade do judiciário. Verificou-se que o processo oral além de permitir uma razoável duração, proporciona maior aproximação do juiz e jurisdicionados, potencializa o contraditório e humaniza o processo.

Em sede de conclusão, procurou responder ao questionamento proposto quando iniciada a presente pesquisa, se seria possível transpor para o processo civil brasileiro o processo oral, tal como atualmente existe no processo judicial do

trabalho e em tantas outras legislações estrangeiras, como forma de se conseguir a tão pretendida efetividade.

2. BREVE ESCORÇO HISTÓRICO

2.1 Justificativa

O direito processual tem como ponto de partida os estudos de Oscar Von Büllow, que alçou o processo civil como ramo autônomo da ciência jurídica. Alcalá-Zamora ressalta, todavia, que o direito processual existe antes, muitíssimo antes de Büllow. Tanto é que, se fosse possível remontar o período cristão de Adão e Eva e o arrancar da história, poderia a marcha do processo ser determinada de acordo com os sistemas mais conhecidos, na seguinte ordem: “a) Roma; b) Bolonha, no direito comum e sua recepção; c) a Revolução Francesa e a codificação Napoleônica, e d) Büllow (na doutrina) e Klein (na legislação).”⁴

Essas fases ou etapas são momentos entrelaçados entre si, de tal maneira que, por exemplo, na Alemanha, antes de Büllow teve a doutrina do Wetzell e a sempre lembrada polêmica entre Windscheid e Muther acerca da ação.

Nos primórdios, imperou a autodefesa, que em vista de seus estragos, a família, a tribo ou o clã tiveram que intervir primeiro para impor regras e depois, em sentido mais forte, para excluir a violência privada e buscar soluções autocompositivas. Acredita-se ser esse o embrião da arbitragem e até mesmo da mediação.

E tal como afirma Alcalá-Zamora, sendo certo ou não, tem-se que esta trajetória do processo que remonta à época da autodefesa desenfreada e depois refreada que não seria impossível traçar com linhas de credibilidade o período anterior, por total ausência de literatura, de dados e de fontes. E tanto o é que:

[N]ão existe ou se desconhece, que os investigadores iminentes, como Von Kries, Chiovenda ou Manzini, iniciam seus capítulos sobre a evolução doutrinária de nossa disciplina por volta da idade média, ou seja, muitos séculos depois de generalizado e regulamentado na Europa o processo e de haver florescido o direito romano, do qual deriva a maioria das instituições processuais vigentes nos países denominado sistema jurídico continental europeu (em contraste com o anglosaxão).⁵

⁴CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. *Estudios de Teoria General e Historia del Proceso* (1945-1972). Tomo II. UNAM - Universidad Nacional Autónoma de México : México, 1974, p. 293

⁵CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. *op.cit.*, p. 294

Uma coisa é certa, há carência de estudos sobre a história das épocas remotas. O que se justifica pela dificuldade de coletar dados que ofereçam fidedignidade ao estudo pela fragilidade das fontes⁶. A história, e não só do processo, é estudada a partir dos primeiros fragmentos que resistiram ao tempo e esses, como bem observa John Gilissen⁷, não oferecem aos historiadores a segurança necessária para tirar conclusões prudentes de seus estudos.

Mauro Cappelletti, no entanto, não obstante esta fragilidade das fontes justifica o porquê de não se ocupar de eras mais antigas do direito processual, reconhecendo que seu interesse é voltado “apenas àqueles que ainda exercem alguma influência, para o bem ou para o mal, no velho mundo.”⁸

E assim, como fizeram Giuseppe Chiovenda⁹ e Vittorio Scialoja¹⁰, o estudo do processo tem por base o Processo Romano, que tanto era adotado pelas cortes eclesiásticas como também pelas cortes imperiais e, posteriormente, definido e aperfeiçoado pelos doutores da escola de Bolonha. O que faz certo sentido, sobretudo porque, como observaram Mario G. Losano¹¹ e René David¹², as legislações modernas europeias surgiram do Direito Romano, e não só pela dominação romana, mas por que os romanos foram grandes juristas da antiguidade¹³. Pode-se ainda destacar que, nas universidades¹⁴, até o Século XVIII, estudava-se apenas o Direito Romano e o Direito Canônico, o que teria contribuído

⁶CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil, vol I. Tradução MENEGALE, J. Guimarães, acompanhada de notas de LIEBMAN, Enrico Tullio. São Paulo : Saraiva, 1965, p. 105; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Breve estudo sobre a oralidade no Processo Civil Romano. Uberaba: Revista Jurídica UNIJUS, V.9, n. 10, Mai. 2006, p.77; PRATA, Edson. História do processo civil e sua projeção no direito moderno. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p.15.

⁷GILISSEN, John. Introdução histórica ao direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, p. 31-32

⁸CAPPELLETTI, Mauro. Processo, Ideologias e Sociedade. Vol I, Trad. E notas Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris Ed., 2008, p. 312

⁹CHIOVENDA, Giuseppe. L'Idéia Romana nel Processo Civile Moderno. Rivista di Diritto Processuale Civile, vol. 9, I, janeiro 1932, p. 316-332

¹⁰SCIALOJA, Vittorio. Procedimento Civil Romano – Ejercicio y defensa de los Derechos. Tradução de MELENDO, Santiago Sentis y REDIN, Marino Ayerra. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1954

¹¹LOSANO, Mario G. Los grandes sistemas jurídicos. Madrid : Unigraf Ed., 1993, p.53

¹²DAVI, René. Os grandes sistemas de direito contemporâneo. Tradução de CARVALHO. Hermínio A. São Paulo : Martins Fontes, 1996, p. 27

¹³GILISSEN, John. *op. cit.*, p. 18. Reconhece o autor que a “contribuição do direito germânico para a formação dos direitos modernos foi relativamente reduzida.” (p. 18)

¹⁴Muito embora o direito processual então estudado nas universidades fosse considerando apenas como um modelo de organização social. Por não se voltar para o contencioso nem para os julgamentos, vez que: “processo, provas, execução são negligenciados, abandonados à regulamentação administrativa e ao estilo dos práticos.” (DAVI, René. Os grandes sistemas de direito contemporâneo, p. 33)

para o estudo sistemático do processo civil¹⁵.E que teria influenciado, ainda que em parte¹⁶, até mesmo o processo dos ordenamentos do *common law*, como o Inglês.

O certo, porém, é que, por prudência, nenhum dos doutrinadores mencionados descreve como foi o processo à época mais remota, fornecendo, tão somente, aportes fragmentados ou incidentes, mais ou menos valiosos, como por exemplo, o Julgamento de Sócrates, sobretudo, pelas profundas lições filosóficas que emergiram no processo.¹⁷

O processo civil só adquiriu o fervor investigatório a partir dos estudos que floresceram na Alemanha¹⁸, na segunda metade do século XIX, irradiando para a Itália pela obra de Giuseppe Chiovenda¹⁹ que tanto influenciou os processualistas latino-americanos, em decorrência do exílio forçado dos doutrinadores, que expulsos de suas pátrias pelo terror fascista, encontraram refúgio na América Latina, tal como ocorreu no Brasil com a estada de Enrico Tullio Liebman.

E, assim, à custa de muito esforço é que o Direito Processual adquiriu os foros de uma ciência jurídica, com princípios e conceitos próprios²⁰, advindo de uma longa história influenciada pelo direito romano e germânico²¹. Até mesmo por força de 22 (vinte e dois) séculos de Império Romano (do século VII a.C até o século VI d.C), foi o processo romano quem deu foros ao surgimento do atual processo.

Ainda que sejam frágeis as fontes para remontar a origem e para compreender como era o processo na época das culturas milenares, não há, por seu turno,

¹⁵PRATA, Edson. Historia do processo civil e sua projeção no direito moderno, p. 52

¹⁶Em parte, por que, como observa Losano “na Inglaterra se desenvolve um sistema jurídico distinto, em parte conectado e em parte contraposto ao Direito romano.”(LOSANO.Mario G. Los grandes sistemas jurídicos, p.166)

¹⁷CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. Estudios de Teoria General e Historia del Proceso (1945-1972), p. 296

¹⁸CHIOVENDA, Giuseppe. Romanismo y Germanismo em el Proceso Civil. Revista de la Facultad de Derecho de México, n 238 - Sección de 60 Años de la Revista de la Facultad, 2002, p. 226

¹⁹CALAMANDREI, Piero. Proceso y Democracia. Tradução de Héctor Fix-Zamudio. Lima: Ara Editores, 2006, p. 21 e MARQUES, José Frederico. Manual de direito processual civil, vol I. Campinas: Ed. Bookseller, 1997, p. 82

²⁰Observa Barbosa Moreira que “o direito processual conta mais de um século como disciplina jurídica de autonomia científica. Custou-lhe muito esforço edificar um sistema próprio de conceitos e princípios. Era natural que, ao longo de semelhante processo de amadurecimento, os maiores cuidados se dirigissem à construção de estruturas dogmáticas firmes.” (Temas de Direito Processual: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 2)

²¹CHIOVENDA, Giuseppe. *op. cit*, p. 225

qualquer divergência entre doutrinadores quando os olhares se voltam para o tema da oralidade, cuja importância “dentro do mundo ou da cena processual é, sem dúvida, muito grande”²². O processo surge da oralidade, até por que eram poucos os que dominavam a escrita. E como bem observado por Alcalá-Zamora tem-se que:

Desde pelo menos o Areópago de Atenas, a defesa em juízo aparece estreitamente unida a palavra falada, e lá como em Roma, nas listas de que hoje chamamos advogados, encontramos nomes dos maiores oradores da antiguidade clássica e também de quantos já tenham existido na humanidade em qualquer época: Ésquines, Demóstenes e Cícero bastam para provar.²³

Concordam com essa posição, Galeno Lacerda²⁴ e Edson Prata²⁵ que consideram o processo não só nos tribunais atenienses, mas também no antigo Egito, Babilônia e a China, eram oral e concentrado, em que a “economia processual realizou-se, nos sistemas orais antigos, de uma forma prática e espontânea.”²⁶ Até porque, para os povos primitivos, não havia um procedimento, no sentido do termo hoje usado, o que importava para eles era a decisão, e não o modo como se chegava a ela.²⁷

2.2 Do Processo Romano (oral)

Inicia-se este estudo pelo Processo Romano, embora a origem do mesmo seja confusa com a própria história do processo judicial. Sobretudo na sociedade grega, a “palavra e, portanto, a oralidade, ocupa um lugar fundamental: o debate fazia parte integrante da vida da cidade,”²⁸ motivo pelo qual grande parte dos povos antigos apenas dominava a oralidade primária.

Por vezes, a oralidade, embora estivesse presente nos processos primitivos²⁹, frente a própria ignorância e a falta de conhecimento da escrita, foi desenvolvida, com grau de astúcia, no Processo Romano. A partir dos conceitos de Chiovenda³⁰ é que se

²²CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. Estudios de Teoría General e Historia del Proceso (1945-1972), p. 15

²³CASTILLO, *op. cit.*, p. 9

²⁴LACERDA, Galeno. Despacho saneador. Porto Alegre : Ed. La Salle, 1953, p. 15-16

²⁵PRATA, Edson. História do processo civil e sua projeção no direito moderno, p. 23

²⁶LACERDA, *op. cit.*, p. 15

²⁷LOSANO. Mario G. Los grandes sistemas jurídicos, p. 136

²⁸TRAVIER, Bernard. Procédures Orales. Paris : Dalloz, 2002, p. 2

²⁹Dá-se o nome de primitivos aos sistemas dos povos antigos, sem escrita. Reconhecendo, no entanto, com Gilissen que a melhor expressão neste caso seria “direitos dos povos sem escrita” (GILISSEN, John. Introdução histórica ao direito, p. 33).

³⁰CHIOVENDA, Giuseppe. L’Oralità e la Prova, p. 18

pode afirmar a existência de duas oralidades, uma no período primitivo e outra desenvolvida com intuito de convencer o magistrado sobre os fatos que poderiam livremente valorar.

Chiovenda justificou sua escolha por iniciar seus estudos pelo Processo Romano, por reconhecer que ele é fruto de uma civilização avançada e desenvolvida, que certamente sofreu influências profundas de seu tempo, notadamente através das inúmeras gerações de brilhantes juristas, que por meio de aguçado senso prático, acompanhou e adaptou o processo “às mais delicadas exigências daquela comunhão social.”³¹

O alvo do processo para os romanos era a atuação da vontade concreta da lei, a um determinado bem da vida tutelado (*res in iudicium deducta*). Entendendo essa vontade “como a vontade do Estado, quer dizer, como um *commune praeceptum*”. Surge, daí, a equidistância do magistrado no seu dever de dizer o direito, em que esse “está entre o povo e a lei com a missão de formular para a norma de um a vontade de outra, em relação a *res iudicium deducta*.”, competindo-lhe, ao interpretar as leis, elaborar um profundo trabalho, procurando descobrir e reconstruir suas vontades. O “magistrado é a própria lei que fala”³², eternizado por Montesquieu “la bouche qui prononce les paroles de la loi”.

Para Attilio Nicora³³, é na fase ‘*iudicio*’ do processo *formulario* que mais se sente a presença do processo oral, não só por que este era um processo público e se desenvolvia na presença do juiz e das partes, mas por que havia a concentração dos atos e a imediação do juiz numa mesma audiência, na qual assumia a realização da prova sem que fosse preciso a intervenção de um órgão intermediário, cabendo a ele exercer plenamente o livre convencimento diante do material probatório realizado.

O certo é que a oralidade sempre foi uma constante no Processo Romano, seja na fase da *iudicio*, como da *legis actiones*, quanto do *formulario* e até mesmo quando

³¹CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil, vol I, p. 118

³²CHIOVENDA, Giuseppe. *op.cit.* I, p. 119

³³NICORA, Attilio. Il principio di oralità nel diritto processuale civile italiano e nel diritto processuale canonico. Roma: Università Gregoriana Editrice, 1977, p. 2

da *cognitio extraordinária*.³⁴ O Processo Romano, seja nas duas fases da *ordo iudicarium privatorum*, como na *cognitio extra ordinem*; como nas três fases que se seguiram, tanto quando da *legis actiones*, *formulae* e *cognitio*, não deixa de ser oral, mesmo depois de terem passado a exigir a documentação de alguns atos processuais, tal como o se sucedeu durante o período *formulae* e, na *extraordinária cognitio*.³⁵

O processo, no entanto, que desde os seus primórdios era oral, acaba se tornando escrito por força dos resíduos do espírito formalístico, que decorreu do processo misto, também conhecido por comum, em virtude da utilização do processo germânico, em detrimento do processo romano-canônico, razão pela qual reconheceu Chiovenda³⁶ que foram esses resíduos do formalismo germânico que acabou por contribuir para que o processo comum se tornasse excessivamente longo, difícil e complicado, e que pouco a pouco fosse levado a um processo eminentemente escrito.

Ocorrendo, assim, o declínio dos princípios que orientavam o processo oral, que sempre foram inerentes ao processo romano, tais como a imediação e a publicidade. Subvertendo-se, “naturalmente, da mesma forma, o princípio da *concentração* e da *identidade do juiz*.”³⁷

2.2.1 – Declínio da oralidade no Processo Romano

No século V, os guerreiros bárbaros viviam a leste do Reno e a norte dos Alpes. Nessa época, eles eram tidos por arcaicos por adotar um direito tribal³⁸. Nesse contexto, invadiram a parte Ocidental do Império Romano que, conseqüentemente, desaparece, estabelecendo-se, assim, os reinos germânicos³⁹. A queda do Império

³⁴THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro : Forense, vol I, 2003, pp. 10-11 e GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Breve estudo sobre a oralidade no Processo Civil Romano, p. 82-85 e o próprio CHIOVENDA, Giuseppe. L'Oralità e la Prova, p. 5-32

³⁵GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *op. cit.*, p.81

³⁶CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil, vol I, p. 106

³⁷CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil. Tradução de Paolo Capitanio e anotações de Enrico Tullio Liebman. Campinas: Bookseller, 4ª ed., 2009, p. 190

³⁸GILISSEN, John. Introdução histórica ao direito, p. 17

³⁹GILISSEN, John. Introdução histórica ao direito, p. 127. Inclusive, tal como reconhece o autor, as monarquias germânicas encontram sua legitimação “graças à aplicação do princípio da personalidade do direito.” (p.18)

Romano, no entanto, não implicou de imediato na queda do Direito Romano, que continuou a ser aplicado aos seus povos entre os séculos V e VIII, assegurando, segundo John Gilissen⁴⁰, a sobrevivência do Direito Romano no Ocidente.

O direito dos invasores, tido como tribal, era consuetudinário, “era semelhante à de qualquer outro povo arcaico.”⁴¹, e dele não existe qualquer documento escrito, “nem livros, nem inscrições.”⁴² A interferência do sistema de direito dos invasores ao direito romano ocorreu paulatinamente, demonstrando que a “miscigenação entre os diversos grupos étnicos foi-se gradualmente verificando, e os costumes territoriais, com a feudalidade nascente, voltaram a vigorar.”⁴³

Ressaltou Chiovenda⁴⁴, no entanto, que não houve domínio completo do processo germânico (longobardo-franco) na Itália, o que é confirmado por René David⁴⁵ e Mario Losano⁴⁶. Para Chiovenda, “onde o processo romano se tornou de aplicação geral; aplicações isoladas também se fizeram e, sobretudo, concorreu mantê-lo o direito da igreja.”⁴⁷

A fusão entre os sistemas romano e germânico ocorre na época Carolíngia (séculos X a XII), dando-se origem “a um sistema jurídico de tipo feudal.”⁴⁸ Nesse sistema, o costume é a única fonte do direito, desaparecendo, assim, alguns vestígios do Direito Romano. Todavia, permaneceu direito canônico “cujo papel é cada vez mais considerável entre os séculos IV e XII,”⁴⁹ por ser o único escrito⁵⁰ na época. A justiça era feita “a maior parte das vezes, apelando para Deus, com a ajuda de ordálios ou

⁴⁰GILISSEN, John. Introdução histórica ao direito, p. 167-168. Mesmo com a invasão bárbara, prevaleceu a personalidade do direito aos povos romanos, e tal se deveu por que a “diferença entre o nível de evolução do direito romano e do direito dos povos germânicos era de tal modo grande que os invasores germanos não puderam impor o seu sistema jurídico.”

⁴¹GILISSEN, John. Introdução histórica ao direito, p. 162

⁴²GILISSEN, John. *loc.cit.*

⁴³DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo, p. 29

⁴⁴CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil, vol I, p. 104.

⁴⁵DAVID, René. Os grandes sistemas de direito contemporâneo, p. 29.

⁴⁶LOSANO, Mario G. Los grandes sistemas jurídicos, p. 136

⁴⁷CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil, vol I, p. 104.

⁴⁸GILISSEN, John. *op. cit.*, p. 17

⁴⁹GILISSEN, John. *op. cit.*, p. 167

⁵⁰GILISSEN, John. *op. cit.*, p. 190-191

de duelos judiciais.”⁵¹ O sistema germânico dos ordálios foi difundido por todo o continente, tornando-se “o mais comum ‘*sistema probatório*’.”⁵²

O processo germânico, que também era oral⁵³, diferenciava-se do romano por ocorrer frente a uma assembleia de homens livres servindo o juiz como mero condutor dos debates, à medida que a decisão era proferida pela assembleia, seguida de uma proposta pelo juiz permanente. E sendo a proposta aceita por ela, é que então se proferia a sentença. “O procedimento era público-oral e se observava o princípio da controvérsia, era muito formalista, como sucede em todo o procedimento em que o direito material é incerto e o poder do juiz, escasso.”⁵⁴

Embora o processo germânico antigo também tivesse em sua forma traços da oralidade e da imediatidade, e até mesmo um traço, ainda que mínimo, de livre valoração da prova, o que se viu é que, por influência do Direito Canônico, com o Decreto Papal de Inocêncio III do ano de 1216, tanto a oralidade, quanto a imediatidade, também presente no processo Justiniano⁵⁵ e pós Justiniano, acabam definitivamente sepultadas. Constava do referido Decreto Papal que qualquer ato processual, até mesmo aquele realizado diante do juiz ou mesmo por ele próprio, tinha que ser redigido por meio de atas e protocolos, exigindo que todos os atos passassem a ser escritos.

A forte influência do Direito Canônico tem origem, sobretudo, no universalismo cristão na Idade Média e também pelo seu caráter escrito (o Direito Canônico era até então o único escrito nos fins do séc. IX e do séc. XIII). Embora existissem naquela época, concomitantemente, os tribunais eclesiásticos e os tribunais laicos, que geravam alguns conflitos de competência, o que se observa é que os tribunais

⁵¹ GILISSEN, John. *op. cit.*, p. 190-191

⁵² TARUFFO, Michele. Uma simples verdade – O juiz e a construção dos fatos. RAMOS, Vitor de Paula (tradutor). São Paulo: Ed. Marcial Pons, 2012, p. 19

⁵³ LACERDA, Galeno. Despacho saneador, p. 20

⁵⁴ GOLDSCHMIDT, James. Derecho Procesal Civil, p. 15

⁵⁵ A compilação de Justiniano que se constituíam do Digesto, Código e Instituições, e também na Novela que era a atualização do que passou a ser, após o seu descobrimento de *corpus iuris civilis*. No império Bizantino a codificação de Justiniano, se mostra superada, seja pela natural evolução do direito, como ainda pelos problemas religiosos (contraste entre a Igreja Romana e a de Constantinopla), e também por problemas linguísticos, vez que o latim era usado para atos solenes e oficiais, mas o povo usava o grego. (LOSANO. Mario G. Los grandes sistemas jurídicos, p. 60)

eclesiásticos só perderam, em definitivo, o seu campo de atuação, nos séculos XIX e XX.⁵⁶

Com o Decreto Papal de Inocêncio III, diante da exigência de que todos os atos do processo passassem a ser escritos (exigência essa que passa a ser dominante não só no processo italiano-canônico, como também, no processo comum), o que se percebeu é que todas as declarações das partes e as provas, ainda que realizadas de forma oral, deviam ser documentadas nas atas. Essas provas ficavam a cargo dos notários, ou mesmo de uma chancelaria. E, desse modo, só o que resultasse escrito é que poderia ser usado como fundamento da sentença, sob pena de nulidade insanável.⁵⁷

É possível perceber⁵⁸ que, com o aparecimento do Decreto Papal, o processo sofreu forte domínio da escritura, culminando com o desaparecimento da imediação e também com a perda do poder-dever do juiz de interrogar as partes, que tanta importância teve no processo antes de ele se tornar eminentemente escrito. E tal se dá pela possibilidade da interposição da apelação na Roma imperial, uma vez que o exame “pela instância de apelação se realizava unicamente sobre o que continha nos autos.”⁵⁹

E deste modo, em decorrência da acumulação das audiências e da exigência da documentação quando da recepção das provas, é que surge a figura da pessoa do notário designado para documentar todos os atos do processo. Surgindo nesta época o “princípio de que somente o que se encontrava documentado formava os fundamentos da sentença, é dizer, muito perto da escrita (*quod non est in actis, non est in mundo*).”⁶⁰

Chiovenda⁶¹, Rosenberg⁶² e Cappelletti⁶³ reconheceram, cada um ao seu tempo, que tanto o processo primitivo, quanto o romano, o germânico e até mesmo o canônico a

⁵⁶GILISSEN, John. Introdução histórica ao direito, p. 17 e p. 141-142

⁵⁷CAPPELLETTI, Mauro. La testimonianza della parte nel sistema dell’oralità – contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel Processo Civile, vol 2, p. 559-562.

⁵⁸CAPPELLETTI, Mauro. *op. cit* 2, p. 563.

⁵⁹ROSEMBERG, Leo. Tratado de Derecho Procesal Civil, p. 396

⁶⁰ROSEMBERG, Leo. *loc.cit.*

⁶¹CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil, vol I, p. 125.

oralidade sempre esteve presente⁶⁴, mas seu declínio advém com o Decreto Papal de 1216, com o surgimento do recurso de apelo das decisões.

Decorrendo, portanto, deste período o velho e atual brocardo até hoje utilizado do que não está nos autos não está no mundo (*quod non est in actis, non est in mundo*).

Com o passar dos anos e com o que se atribuiu o nome de processo “romano-canônico” o que se viu, portanto, foi o completo distanciamento dos princípios e das características anteriores. O processo deixa de ser oral, e passa a ser eminentemente escrito, regulado por princípios opostos ao da imediação, concentração, identidade do juiz e da publicidade, aparecendo, inclusive, a possibilidade de se apelar até mesmo das interlocutórias^{65,66}. “uma vez que não apeladas, passam em julgado: *interlocutória sententia a qua appellatum non este transit in rem iudicatum sicut deffinitiva*.”⁶⁷ O que, inevitavelmente, tornou o processo excessivamente moroso.

2.2.1.1 Da eliminação da livre valoração das provas

O Decreto Papal de 1216, além de exigir a documentação de todos os atos do processo, tendo causado profunda transformação do processo oral para o eminentemente escrito, foi também o que mudou a forma de julgar. A partir desse decreto, com a eliminação do contato direto do julgador com as partes e testemunhos, alterou-se o procedimento anterior de oral em escrito, entrando em

⁶²ROSEMBERG, *loc. cit.*

⁶³ CAPPELLETTI, Mauro. *op. cit.*, p. 559-563

⁶⁴ Aliás, tal como bem observou Chiovenda, em crítica aos doutrinadores alemães, o princípio da oralidade, como o da publicidade, não eram privativos nem do processo germânico e nem mesmo do romano. E até mesmo o processo canônico se orientava pela oralidade, o qual abandonou em 1216. (CHIOVENDA, Giuseppe, *Romanismo y Germanismo em el Processo Civil*, p. 257-258)

⁶⁵CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol I, p. 124

⁶⁶Entendo por preclusão, de acordo com Giuseppe Chiovenda como: “a perda, ou extinção, ou consumação de uma faculdade processual que sofre pelo fato: a) ou de não se haver observado a ordem prescrita em lei ao uso de seu exercício, como os prazos peremptórios, ou a sucessão legal das atividades e das exceções; b) ou de se haver realizado uma atividade incompatível com o exercício da faculdade, como a propositura de uma exceção incompatível com outra, ou a realização de um ato incompatível com a intenção de impugnar uma sentença; c) ou de já se haver validamente exercido a faculdade (consumação propriamente dita).” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. III, p. 156).

⁶⁷CHIOVENDA, Giuseppe. *op.cit*, p. 127-128

declínio o princípio da livre valoração da prova. E, a partir de então, cabia ao juiz assistir passivamente a experiência probatória uma vez que sua função havia sido reduzida à mera aplicação, de forma mecânica, dos resultados probatórios realizados.

Antes do processo comum, inclusive na época da *legis actio sacramento* e no processo formulário⁶⁸, o juiz tinha a plena liberdade de valorar as provas e, por consequência, ao exercício da livre convicção. Tal situação, entretanto, é alterada com o procedimento *extra ordinem* que, diante do caráter publicístico do processo, acaba por contrastar com o caráter arbitral do antigo processo. Gian Antônio Michele apresenta as consequências em função dessa mudança, que foram:

[A] necessidade de dar ao juiz os instrumentos para decidir do melhor modo, segundo a lei e a equidade. A esta categoria de prescrições jurídicas, dirigidas a delimitar o arbítrio do órgão julgador, pertencem as disposições sobre a prova. (...) Assim, a valoração das provas, de livre converteu-se em vinculada, de maneira que determinados meios de prova foram considerados como melhores que outros, ou melhor a alguns deles reconheceu-se uma eficácia não livremente apreciável pelo magistrado.⁶⁹

Desse modo, pode-se dizer que é pela prova⁷⁰ que se percebe a característica do processo oral. Não obstante, ao mencionar o processo oral, deve-se pensar em outros princípios dele derivados, tais como, o da imediatidade, da concentração, da identidade física do juiz, que dele não pode se dissociar, pois quando a prova é colhida por um juiz, que não o prolator da sentença, estar-se-á diante de uma falsa oralidade⁷¹, pois além de estar intrinsecamente vinculada a valoração da prova, também reclama a imediatidade, que é justamente a relação entre o juiz, as partes e as provas. Como adverte Cappelletti, “apenas por força da imediatidade é possível a atuação do livre convencimento do juiz em oposição ao sistema da prova legal.”⁷²

⁶⁸MICHELI, Gian Antônio. *La Carga de La Prueba*. Tradução Santiago Santis Melendo. Buenos Aires: EJE, 1961, pp. 16-17

⁶⁹MICHELI, Gian Antônio. *La Carga de La Prueba*, pp. 19-20. Tradução livre do original: “La necesidad de dar al juez los instrumentos para decidir en todo caso del mejor modo, según la ley y la equidad. A esta categoría de prescripciones jurídicas, dirigidas a delimitar el arbitrio del órgano juzgador, pertenecen las disposiciones sobre la prueba. (...) Así, la valoración de las pruebas, de libre se convirtió en vinculada, de manera que determinados medio de prueba fueran considerado como mejores que otros, o bien a algunos de ellos se le reconoció una eficacia no libremente apreciable por el magistrado.”

⁷⁰Pois, “assim como foi oral o processo romano, no qual a prova deveria servir para formar a livre convicção do juiz, assim também, pela razão inversa, foi escrito o processo comum.” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, p. 188)

⁷¹CHIOVENDA, Giuseppe. *L’Oralità e la Prova*, p. 5-32

⁷²CAPPELLETTI, Mauro. *La testimonianza della parte nel sistema dell’oralità – contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile*, vol 1, pp. 108-109

2.2.1.2 – O possível motivo para eliminar a imediação - o juiz desonesto

Acreditava-se que, com a supressão do contato do juiz com as provas, seriam eliminadas⁷³ as possíveis arbitrariedades judiciais no processo oral. Evitando-se assim que o magistrado se contaminasse pela possível influência que pudessem as partes e as testemunhas exercerem sobre a sua decisão, ceifando-se, por completo, o contato entre as partes, provas, testemunhas e o julgador.

Naquela época os magistrados⁷⁴ eram os pretores, os governadores de província que nada se equiparam aos julgadores atuais. Desse modo, não eram poucas as críticas e arbítrios a eles endereçadas, o que fez triunfar a forma escrita para o processo, em cumprimento ao Decreto Papal do Papa Inocêncio III, considerando a escritura como base de todo ato processual, “princípio destinado a proteger as partes contra as iniquidades e as falsidades, em suma, do juiz desonesto.”⁷⁵

Para Chiovenda⁷⁶, embora existissem diversas explicações quanto a manter em segredo os testemunhos, a verdade seria apenas uma, qual seja, a de que o contato do juiz do juiz com os testemunhos evitariam os inconvenientes, e os perigos de contaminação. Acreditando-se com isto que eliminada estaria a parcialidade do julgador.

Desse modo, com o Decreto Papal extirpou-se em definitivo a formação da convicção por meio da livre valoração das provas, pois, se o juiz estava impedido de entrar em contato direto com as partes, e se as provas eram colhidas por pessoas diversas da do julgador, cabia a esse apenas realizar uma operação quase matemática.

⁷³PRATA, Edson. Historia do processo civil e sua projeção no direito moderno, p. 119

⁷⁴Sob a dominação romana, os processos eram encarregados aos magistrados, que eram conhecidos como os pretores, *edis curuis*, governadores de províncias, que quando de sua entrada na função deveriam “proclamar a forma pela qual contavam exercer essas funções, nomeadamente em que casos organizariam um processo, atribuindo uma ação ao queixoso. Primitivamente orais (*e-dicere, edictum*), estas proclamações tornaram-se escritas; elas repetiram-se de uma magistratura à outra e tornaram-se assim, regras permanentes do direito, que os juízes faziam respeitar.” (GILISSEN, John. Introdução histórica ao direito, p. 89-90)

⁷⁵CAPPELLETTI, Mauro. El Proceso Civil en el Derecho Comparado, p. 60

⁷⁶CHIOVENDA, Giuseppe. L’Oralità e la Prova, p. 25.

Assim, a possibilidade de existirem juízes vis é que legitimou também o Decreto Papal, permitindo-se um controle social dos atos do juiz. Não obstante, tal exigência acabou oferecendo algumas vantagens, tais como as elencadas por Jorge W. Peyrano⁷⁷, de conservação dos testemunhos prestados da possibilidade de se defender diante de um falso testemunho e de permitir a apreciação da prova em caso de apelo. Destacando, dentre as desvantagens, a influência do escrivão quando da redação das atas ao modificar o sentido ou outro do que mencionado pela testemunha, seja por não empregar a linguagem utilizada ou mesmo alterar o sentido que queriam passar as partes e as testemunhas quando da realização dos atos orais.

Desse modo, em decorrência da desconfiança do juiz, os autos do processo passam a ser eminentemente escrito, pautado por fases estanques, em que o juiz que não colheu as provas, deverá basear a sua sentença não mais na livre valoração das provas, mas com base nas atas, protocolos e escritos. Tirando, por vezes, o seu direito de pensar, raciocinar e valorar de acordo com o seu prudente arbítrio as provas trazidas para os autos.

Nesse contexto, o processo romano-germânico, que até então era oral, torna-se escrito. O juiz deveria apreciar os depoimentos já não mais com certa liberdade e discricionariedade, uma vez que estava vinculado às regras legais que eram preestabelecidas, cabendo-lhe apenas analisar de forma cuidadosa se foram observadas, por exemplo, as condições, o sexo, a fama, a fortuna, a boa ou má-fé, se inimigo ou amigo, etc. Ao juiz não cabia mais se dedicar ao exame direto das partes e testemunhas. Portanto, “falecia ao juiz a faculdade e a necessidade de servir-se dum instrumento mais refinado e seguro de indagação: a observação.”⁷⁸

2.3 Do Processo Comum (escrito)

Foi em decorrência da junção do processo italiano, alemão e canônico, que o processo passa a ser escrito, conhecido como “processo comum”.

⁷⁷PEYRANO, Jorge W. La prueba entre la oralidad y la escritura. vol. I, València : Universitat de Valencia, 2008, 167-168.

⁷⁸CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil, vol I, p. 136

A Igreja, por força do Decreto Papal de Inocêncio III, é que passa a exigir a escrita dos processos, cujo princípio se destinava a proteger as partes de possíveis iniquidades e falsidades, ou seja, do juiz desonesto⁷⁹. Cujo pano de fundo, adveio com a desconfiança na imparcialidade dos juizes, por acreditarem que eram, na sua maioria, vis⁸⁰, e que seriam facilmente corrompidos pelas partes.

Coincidência ou não, o que se observa é que a necessidade da escrita, prevista no Decreto Papal de 1216, advém apenas um ano após o Quarto Concílio de Lateranense, que é tido como marco para a criação do Tribunal de Inquisição⁸¹, criado para combater a heresia. Aqueles que não professavam a fé cristã e eram tidos por heréticos, além de condenados à pena capital pelo Santo Ofício, tinham os seus bens confiscados. Era comum o uso da tortura⁸² e das provas legais ou tarifárias. Os julgadores eram parciais, além de serem considerados sanguinolentos, perdulários e ambiciosos, como, por exemplo, o legado histórico deixado na figura do Tomás de Torquemada na Espanha, considerado o grande inquisidor espanhol.⁸³

O processo inquisitorial, se é que pode ser chamado de processo, iniciava-se com o recebimento da denúncia baseada na simples suspeita⁸⁴ e os seus procedimentos ocorriam em completo segredo, diante de um tribunal composto por membros designados⁸⁵ a exercerem o terrificante *múnus*, nas quais as provas ali produzidas

⁷⁹CAPPELLETTI, Mauro. El Proceso Civil en el Derecho Comparado., p. 60.

⁸⁰PEYRANO, Jorge W. La prueba entre la oralidad y la escritura, 167-168.

⁸¹RICHARDS, Jeffrey. Sexo, desvio e danação – as minorias na idade média. Rio de Janeiro : Jorge Zahar Ed., 1993, p. 20 e HERCULANO, Alexandre. A Historia da origem e estabelecimento da inquisição em Portugal. Lisboa: Fonte digital: Biblioteca Nacional Digital <http://bnd.bn.pt/> ou <http://purl.pt/2009>, p. 27.

⁸²No Tribunal Inquisitorial é que surgem “os modernos procedimentos judiciários calcados no segredo do processo, na institucionalização da tortura como meio de arrancar confissões, no anonimato das testemunhas, e outros mecanismos exaustivamente detalhados nos manuais de Bernardo Gui, *Practica Inquisitionis*, e de Nicolau Eymerich, *Directorum Inquisitorum*, ambos datados do século XIV.” (VAINFAS, Ronaldo. Trópico dos Pecados, Moral, Sexualidade e Inquisição no Brasil. Rio de Janeiro : Civilização Brasileira, 2010, p. 247).

⁸³GONZAGA, João Bernardino. A inquisição em seu mundo. São Paulo: Saraiva, 4ª edição. 1993, 28-30

⁸⁴O processo inquisitorial, não raras vezes, tinha sua origem em acusações secretas, ocultando-se, inclusive, a identidade dos delatores. Em que todos os atos judiciais subsequentes à delação ou denuncia “eram mantidos também em segredo, de tal sorte que o réu não só ignorava a origem e o conteúdo da acusação que lhe faziam, mas desconhecia igualmente as provas produzidas.” (GONZAGA, João Bernardino. A inquisição em seu mundo, p. 28).

⁸⁵Os membros do Tribunal Inquisitorial ficavam a cargo, de acordo com sob os cuidados dos “frades brancos” também conhecidos como os “pregadores, os dominicanos, e dos “frades menores”, os humildes seguidores de Francisco de Assis. João Bernardino, manifestando a sua indignação observa ser “impossível é imaginar a cena

se realizavam por testemunhos secretos, que poderiam ser prestados pelo inimigo do acusado ou pelo próprio acusador, ao contrário do processo que se desenvolvia perante os tribunais seculares e eclesiásticos. Ou seja, não havia defesa, contraditório e sequer o mínimo critério para a colheita das provas. O acusado era julgado sem ter sido citado ou sem saber o que lhe estava sendo imputado, e ainda que morto, poderiam os seus herdeiros sofrer as consequências da punição imposta⁸⁶ ao acusado.

Havia uma distância muito grande entre o processo desenvolvido no tribunal da inquisição e os que eram desenvolvidos perante os tribunais imperiais e eclesiásticos. E, embora o processo inquisitorial tenha absorvido de muitos procedimentos adotados pelo processo comum e eclesiástico, em muito se afastou - desde a sua formação até sua execução.

Depois de Concílio Lateranense, reconheceu René David que o processo comum, imitando o Direito Canônico, passa a ser um “novo processo mais racional, mas também mais complexo, escrito e já não oral.”⁸⁷

O marco para que o processo comum passe de oral para escrito, advém, portanto, da necessidade imposta pelo clero, diante da possível vileza dos julgadores, dos quais a intenção primordial foi adotar provas mais racionais na busca da verdade do processo⁸⁸. Desde então, essas exigências foram admitidas nos países do continente europeu, e este foi o tipo de processo adotado tanto pelas cortes eclesiásticas e imperiais e, posteriormente, passa a ser definido e aperfeiçoado

de um frade franciscano, supostamente pleno de amor, alegria e compreensão, a torturar ferozmente algum infeliz; e, não obstante, isso aconteceu.” (GONZAGA, João Bernardino. A inquisição em seu mundo, p. 19)

⁸⁶ Observa Herculano o citado autor que “os nomes das testemunhas devem ser ocultos aos réus, salvo se, declarando estes que têm inimigos e dizendo os nomes deles, se achar que são as mesmas testemunhas. Quaisquer pessoas criminosas e infames, por serem participantes no crime de heresia, devem ser admitidas por acusadores e testemunhas, à exceção dos inimigos mortais do réu. Os que fugirem serão julgados como se estivessem presentes e, se quiserem voltar, mandá-los-ão prender ou darão fiança, a bel-prazer dos inquisidores. Os que recusarem converter-se fá-los-ão confessar-se como hereges em público, para depois se relaxarem à justiça secular. A morte não absolve ninguém de perseguição: os hereges falecidos serão condenados, citando-se os seus herdeiros para a defesa. As penitências não cumpridas, em todo ou em parte, pelos reconciliados durante a vida devem ser remidas pelos seus bens depois de mortos.” (HERCULANO, Alexandre. A História da origem e estabelecimento da inquisição em Portugal, 2009, p. 30-40)

⁸⁷ DAVI, René. Os grandes sistemas de direito contemporâneo, p. 40

⁸⁸ O IV Concílio Lateranense ocorrido um ano antes ao Decreto Papal que exigiu que o processo fosse escrito, também proibiu os clérigos de participarem dos ordálios. Cabendo a estes consagrarem os instrumentos que serviam para a sua realização. (TARUFFO, Michele. Uma simples verdade – O juiz e a construção dos fatos, p. 18)

pelos “doutores da Escola de Bolonha, e por outras escolas que, na Itália e noutros lugares, seguiram o modelo bolonhês, influenciado pelos desenvolvimentos estatutários da livre cidade-estado, pelos principados e reinos.”⁸⁹

Prevalecia nesta época, como primeira característica deste processo, o absoluto predomínio de que o que não estivesse nos autos, não estava no mundo (*quod non est in actis non est in mundo*). As atividades processuais que não estivessem consignadas em atas e palavras escritas eram tidas juridicamente inexistentes⁹⁰. Surge não só a figura dos funcionários da justiça, como também a figura dos advogados, conhecedores do Direito⁹¹.

A segunda característica é a inexistência de contato entre as partes, o juiz e entre este e as provas. A colheita das provas testemunhais era de competência dos escrivães, eliminando, assim, um dos princípios do processo oral que era predominante no processo romano, qual seja, o da imediatidade entre o juiz e os depoimentos e a livre valoração das provas. Com a adoção desse processo comum, outros princípios fundamentais do processo oral, tais como, a forma oral de realização dos atos, a imediação, a concentração e a publicidade, inerentes ao processo romano, também deixaram de existir. E, por consequência, alijada estava a identidade do juiz e o livre convencimento, uma vez que não mais podia e nem devia tomar conhecimento direto das provas. E, em função da prova (que permite estreita conexão com a forma do processo), edo momento em que o juiz passa a ser mero certificador da realização dessa, é que se passou a exigir que o processo se tornasse escrito. E, desse modo, o livre convencimento quanto às provas realizadas não pertencia ao processo comum, “porque só o processo oral permite ao juiz formar uma convicção com a observação pessoal e direta do material da causa.”⁹²

Depois que as provas passaram a ficar a cargo dos escrivães, o juiz se limitou “a assistir passivamente à experiência probatória e a certificar-se mecanicamente dos

⁸⁹CAPPELLETTI, Mauro. Processo, Ideologias e Sociedade. Vol I, p. 312

⁹⁰CAPPELLETTI, Mauro. *loc. cit.*

⁹¹GOLDSCHMIDT, James. Derecho Procesal Civil. Tradutor CASTRO, Prieto Leonardo. Barcelona : Ed. Labor S.A, 1936, p. 18

⁹²CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil, vol I, p. 125

resultados.”⁹³. O juiz e a Corte só decidiam de acordo com o conteúdo documentado nos autos, nos papéis juntados do início ao fim do procedimento. E por consequência havia “um verdadeiro e próprio muro erigido entre o juiz e as outras pessoas coenvoltas no processo. Com esse muro, tornava-se inevitável o isolamento do juiz (...) em relação aos fatos e à realidade social”⁹⁴, porque acreditava-se que a escritura representava “um escudo do juiz contra as tentações e os perigos da parcialidade.”⁹⁵

Diante da necessidade da escrita, surge a terceira característica deste processo, qual seja, a tarifação das provas, as provas legais. O juiz torna-se mero espectador passivo do desenrolar do processo, competindo-lhe tão somente, por meio de operação abstrata e matemática, a valoração das provas. Cabendo-lhe apenas “contar a prova, mais propriamente pesá-la”.⁹⁶

Por consequência, a quarta característica deste processo, era a sua completa fragmentação, o procedimento torna-se descontínuo e era desenvolvido em fases, por vezes, estanque. E por não serem os atos realizados na presença do juiz, as partes e os seus procuradores eram os senhores incontrolláveis do desenrolar do procedimento. Os “abusos e táticas dilatórias eram o normal resultado. Na tentativa de fazer frente a tais abusos, a própria lei impunha a sua ordem, prescrevendo o curso do processo, etapas, termos fixos e peremptórios.”⁹⁷

A quinta e última característica deste processo, resultado da interação com as anteriores era a morosidade, em que processos prolongados, demorados e excessivamente morosos não eram raridade.

O processo comum, portanto, destacou-se por ter sido um retrocesso frente ao processo oral romano, uma vez que o juiz impedido de estar cara a cara com as partes e com seus testemunhos baseava suas decisões em escritos e nas provas tarifadas, impedido de exercer a livre valoração das provas.

⁹³CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil, vol I, p. 129

⁹⁴CAPPELLETTI, Mauro. Processo, Ideologias e Sociedade. Vol I, p. 313

⁹⁵CAPPELLETTI, Mauro. El Proceso Civil en el Derecho Comparado, p. 57

⁹⁶CAPPELLETTI, Mauro. Processo, Ideologias e Sociedade. Vol I, p. 315

⁹⁷CAPPELLETTI, Mauro. *op. cit.*, p. 315-316

2.3.1 Do procedimento simplificado – *Clementina Saepe* – Ano 1306

A partir das características apontadas, é que se explicaria o porquê ao lado do processo ordinário (*Solemnis ordo iudiciarius*), tenha-se formado o processo simplificado, que se dá por meio das mãos do Papa Clemente V, em 1306, através da *Clementina saepe*, que veio regulamentar um modo de proceder *simpliciter et plano ac sin strepitu et figura iudicii*, um modo diferenciado, aplicado em determinados casos, que tinha em mira a concentração dos atos e de todas as alegações das partes em uma só audiência. E, por consequência, foi necessário reforçar o poder do juiz na condução do processo, aumentando-se, assim, o contato entre o juiz e as partes.⁹⁸

Reconheceram Chiovenda⁹⁹ e Goldschmidt¹⁰⁰ que foi a bula papal *Clementina Saepe* que estabeleceu a abertura para o que viria a ser conhecido como o procedimento sumário. Acreditando ambos os doutrinadores que teria sido essa bula a pedra angular e fundamental para simplificação dos procedimentos, sobretudo, naquelas causas de menor complexidade. Podendo-se afirmar que, ainda neste período, surge o primeiro movimento em prol da eliminação da lentidão processual, justamente por que o processo até então adotado era por demais formalista, moroso e sedimentado em fases, favorecendo o surgimento dos procedimentos sumários, pautados pelos princípios que orientam o processo oral.

2.4 O processo escrito no Brasil

O processo comum que vigorou entre os séculos XI e XVIII deixou vestígios que podem ser sentidos até os dias de hoje, mas que, ainda assim, foi este processo que era eminentemente escrito, lento e excessivamente complicado que serviu de base para a construção da teoria do processo como ramo autônomo da ciência jurídica, tendo influenciado, ainda que de forma indireta, até mesmo a legislação processual portuguesa e, conseqüentemente, a brasileira.

⁹⁸CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil, 2009, p. 157

⁹⁹CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil, 2009, p. 157

¹⁰⁰GOLDSCHMIDT, James. Derecho Procesal Civil, p. 20.

Por ocasião do descobrimento do Brasil, vigiam no território explorado as Ordenações Portuguesas. Iniciando pelas Ordenações Afonsinas, de 1446, que consistia na consolidação da legislação portuguesa de Afonso II até Afonso V, que vigorou no Brasil até 1521. Do ano de 1521 até 1603 vigorou no Brasil as Ordenações Manuelinas. E, a partir de 1603, as Ordenações Filipinas.

As ordenações Portuguesas advieram dos “costumes dos povos primitivos da Lusitânia, de elementos trazidos pela invasão germânica, pelo direito canônico e pelo direito romano.”¹⁰¹ Dessa fusão resultou o sistema processual português, tendo os germânicos contribuído pelo modo simples de julgar as causas, sem qualquer solenidade, procedimento este que foi observado até princípios do Século XIII, quando então Afonso II, teria criado a *Ordo Judicialis*, um procedimento mais solene, cuja influência do direito romano-canônico viria complicar.

O processo civil brasileiro não bebeu diretamente na fonte do processo comum, uma vez que o Brasil por força da dominação portuguesa foi obrigado a adotar as Ordenações Filipinas, Manuelinas e as demais fontes legais portuguesas. Contudo, há de se reconhecer que havia certa identificação das ordenações Filipinas com o processo comum, pois ambos aplicavam o processo escrito, sigiloso e separado por rígidas fases, e também “com rigorosa aplicação do princípio dispositivo, do impulso das partes, do princípio da eventualidade e do formalismo na obtenção das provas.”¹⁰²

Liebman, comentando a obra de Giuseppe Chiovenda observou ser relevante, sob o ponto de vista histórico, que no Brasil, ainda que longinquamente, o direito processual teve como base o processo comum. E tal se deve porque o processo ibérico era uma variedade do processo europeu e que tinha “grande semelhança fundamental com o italiano, francês, germânico, mas, todavia, conservava sua feição própria, que o distinguia nitidamente dos demais.”¹⁰³

¹⁰¹COSTA. Alfredo Araújo Lopes da. Direito Processual Civil Brasileiro. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 17

¹⁰²PICARDI, Nicola e NUNES, Dierle. Il processo civile brasiliano dalle ordinazioni Filippine al Codice del 1973. Milão: Ed. CEDAM. Rivista di Diritto Processuale, Anno LXVI, N. 4, Luglio-Agosto 2011, p. 926 e 928

¹⁰³CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil, 2009, p. 197

Lopes da Costa¹⁰⁴ observou que, embora o processo, tal como previsto nas Ordenações Filipinas, fosse o escrito, assim como foi o processo comum, havia na ordenação portuguesa a previsão do processo oral e simplificado para as causas que não excedessem a quatrocentos réis¹⁰⁵, a exemplo do processo simplificado adotado na *Clementina Saepe*.

Para constatar o quanto, ainda que de forma indireta, o direito brasileiro sorveu da base do processo comum, basta a simples leitura de alguns parágrafos¹⁰⁶ da Exposição de Motivos do CPC de 1939, para constatar a inferência do processo comum no processo civil pátrio.

E, inevitavelmente, a morosidade do processo era uma constante. Carus Guedes observou que desde as primeiras décadas do século passado os maiores defeitos do processo quanto à sua morosidade “era imputada ao atraso da legislação local e à ausência da oralidade e seus consectários e, ainda, à concepção tradicional do processo.”¹⁰⁷ Os longos prazos e sua prorrogação e a necessidade de suavizar as rigorosas fases processuais sempre atormentaram os operadores do Direito, uma vez que tais prazos e sua prorrogação, “impediam a celeridade dos movimentos dos feitos, determinando, muitas vezes, *não um pró-cesso, mas um retro-cesso na marcha regular das causas.*”¹⁰⁸

Tudo isso fez com que em 1603, por meio da fusão das Leis de Dom João III (as de 5 de julho de 1526 e 18 de novembro 1577), fosse formado o Livro III das Ordenações Filipinas, que durante um bom tempo foi o Código de Processo Civil

¹⁰⁴COSTA. Alfredo Araújo Lopes da. Direito Processual Civil Brasileiro. Vol. I., p. 219

¹⁰⁵Art. 65, I, § 7º - “Os juizes ouvirão as partes verbalmente, recebendo-lhes as provas se necessário for, sem fazer processo algum (escrito). Somente no protocolo, o tabelião fará assento de como os juizes condenaram e absolveram.” (COSTA, Alfredo Araújo Lopes da. *op. cit.*, p. 220)

¹⁰⁶Consta da exposição de motivos do CPC de 1939 que: “O processo consolidado nas Ordenações Filipinas de 1613, que inspiraram o Regulamento 737, de 25 de novembro de 1850, e todas as reformas e tentativas de reformas processuais que se fizeram posteriormente entre nós têm sua base na glosa e no direito canônico, principalmente na novela 45 do Imperador Leão, do século nono, e no canon de Inocêncio III, de 1216. Os termos e atos do processo, inclusive a sentença, que se desenvolviam perante testemunhas estranhas ao pleito, deixaram de ser orais e passaram a ser escritos por uma pessoa com fé pública. Mais tarde, com a vulgarização da escrita, é que as partes e o juiz passaram a escrever os atos por eles praticados.”

¹⁰⁷GUEDES, Jefferson Carús. O princípio da oralidade – procedimento por audiências no Direito Processual Civil Brasileiro. São Paulo : Ed. RT, 2003, p. 43

¹⁰⁸COSTA. Alfredo Araújo Lopes da. *op. cit.*, p. 18

tanto em Portugal como no Brasil. E que, se comparadas às leis daquela época, tinha uma estrutura bastante moderna.¹⁰⁹

Entretanto, assim como sucedia com o processo comum, o processo escrito tinha o seu desenvolvimento fragmentário e descontínuo, demasiadamente rígido, estanque, com fases bem divididas, que consistiam em postulatória, contestação, probatória, decisória. E, em consequência dessa estrutura, as interlocutórias produziam a *res judicata*. Assim, era comum naquela época a excessiva demora do processo. Esse, portanto, era o procedimento que prevalecia no Brasil, mesmo depois da proclamação de sua independência em 1822. Por força da Lei de 20 de outubro de 1823, ficou determinado que se aplicasse no Brasil, até que se organizasse um novo código, as leis portuguesas vigentes em 1821.

Enquanto no Brasil ainda eram aplicadas as Ordenações Portuguesas, no continente europeu já se sentiam os rumores dos estudiosos do processo, que por meio do movimento reformador, pretendiam exterminar os arcaicos arcabouços do processo comum, cujo objetivo primevo foi o de reagir, de romper contra todas as características do velho processo.

Tal movimento reformador extrapolou os limites continentais, vindo ao Brasil ecoar os seus objetivos. Tanto o é que a Constituição do Império de 1824 já previa no seu artigo 161 que: “sem se fazer constar, que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará processo algum.” Um dos postulados do movimento de reforma surgido no continente europeu foi a revalorização do elemento oral no processo, tendo como primeiro ideal a imediação, o contato do juiz com as partes e das partes com o juiz, procurando, ainda, numa fase pré-processual, que primeiro deveriam as partes buscarem a conciliação, e só quando essa restasse frustrada, é que se iniciava o processo judicial.

Mas, mesmo com expressa previsão na Constituição do Império de 1824 de que o processo se iniciaria primeiro pelo meio de tentativa de conciliação entre as partes, as leis processuais brasileiras pouco evoluíram. O que veio ocorrer só depois de

¹⁰⁹THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Forense, vol I, 2003, p. 16

1850, passados já 28 (vinte e oito) anos da proclamação da Independência, por meio do Código Comercial e do Regulamento do Processo Comercial (Regulamento de n.º 737), com surgimento do primeiro regulamento processual voltado para a matéria comercial que, de acordo com Lopes da Costa¹¹⁰, teria marcado uma fase de progresso no ordenamento processual brasileiro, seja “pela concisão e precisão da linguagem técnica, pela ausência de antinomias e de geminações, pela simplificação dos atos processuais, pela redução dos prazos, por uma melhor organização dos recursos.”

Entretanto, as causas de natureza cíveis continuaram, sem justificativa, sob o regime das velhas Ordenações, fato que perdurou até um ano depois de proclamada a República (15 de novembro de 1889), quando o Governo Provisório mandou, por meio do Decreto 763, de 19 de setembro de 1890, aplicar o Regulamento 737/1850 às causas cíveis.

A Primeira Constituição Republicana de 1891, além de criar a dualidade da Justiça em Justiça da União e dos Estados, também criou a dualidade dos processos em federal e local, competindo a cada Estado legislar acerca do seu próprio Código de Processo Civil. O primeiro Código de Processo Estadual foi o do Estado da Bahia em 1915, seguido por Minas Gerais em 1916, Estado do Rio em 1919, Pernambuco em 1924 e o de São Paulo apenas em 1930.

Com a Constituição de 1934 (art. 5º, inc. XIX, alínea ‘a’) foi que a União teve reconhecida sua competência para legislar sobre o direito processual, tendo em vista que a unificação de lei processual era uma necessidade de ordem política e jurídica.

Há quem afirme, como Watanabe e Ada Pellegrini¹¹¹, que o desenvolvimento do processo, como ciência e com o seu foro científico, só ocorreu com a chegada de Enrico Tullio Liebman no Brasil, durante a 2ª Guerra Mundial. E, só a partir de então,

¹¹⁰COSTA. Alfredo Araújo Lopes da. Direito Processual Civil Brasileiro. Vol. I, p. 22

¹¹¹GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo. Recepção e Transmissão de Institutos Processuais Cíveis. Revista de Processo. vol. 140. São Paulo: RT, outubro de 2006, pp. 146-147

teriam os processualistas brasileiros, finalmente, absorvido “as modernas conquistas do direito processual civil da Itália e da Alemanha.”¹¹²

Entretanto, não há como concordar com os referidos autores, uma vez que, no concernente ao processo oral, já na década de 30¹¹³ do século passado, os doutrinadores brasileiros já tinham exato conhecimento de autores da envergadura de Büllow, Klein e Chiovenda. Fato este que não passou despercebido de Eduardo Couture¹¹⁴ que, enfatizando a cultura então existente no Brasil em prol do processo oral, reconheceu o quanto os doutrinadores brasileiros estavam avançados, podendo-se, até mesmo, afirmar que a cultura oralista no Brasil, na década de 30, foi melhor recebida do que na própria Itália, terra de Chiovenda. Tamanha foi a adesão à onda reformista em prol da oralidade, que vários dos princípios deste consectário foram, inclusive, positivados no Código de Processo Civil de 1939 e, posteriormente mantidos, ainda que mitigados no Código de Processo Civil de 1973¹¹⁵.

2.5 Do Movimento reformador em prol da oralidade

O movimento reformador, assim chamado por ter como objetivo a reforma do processo civil, tentou eliminar os princípios retrógrados que informavam o processo comum, para o retorno do processo oral. Esse movimento surge em meados do século XVIII, e teve como precursores Bentham na Inglaterra, Mittermayer na Alemanha, Mario Pagano na Itália e Klein na Áustria.

¹¹²GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo. Recepção e Transmissão de Institutos Processuais Civis. Revista de Processo. vol. 140. São Paulo: RT, outubro de 2006, pp. 146-147

¹¹³ Importante observar que concomitantemente a campanha empreendida na Itália por Giuseppe Chiovenda, no Brasil já desde 1901, já se ouviam os defensores do processo oral, que propugnavam pela remodelação do processo, por meio da adoção dos princípios da concentração, da oralidade e da imediação. Dentre os precursores no Brasil pela adoção do processo oral de acordo com Luis Machado Guimarães (GUIMARÃES. Luis Machado. O processo oral e o processo escrito, p. 30-37), destacavam-se João Carneiro de Souza Bandeira e Ruy Barbosa, em que este último, já em 1910, defendia a adoção imediata do processo oral.

¹¹⁴COUTURE, Eduardo J. Oralidade e regra moral no processo civil, p. 29-37

¹¹⁵ Alfredo Buzaid na exposição de motivos do Código de Processo Civil de 1973 advertiu que o tipo ideal para o processo civil brasileiro seria a aplicação do princípio da oralidade “em toda a sua pureza.” Mas que em virtude da extensão territorial do país, não foi possível adotar todos os consectários do processo oral ao processo civil brasileiro.

Um dos pontos defendidos pelos precursores reformistas foi a questão da abolição, em definitivo, das provas legais¹¹⁶ e sua tarifação, um dos traços do processo comum. Permitindo-se, assim, o retorno da imediação do órgão julgador com as partes, a concentração dos atos¹¹⁷ e a livre valoração das provas. Desse modo, o movimento reformador buscou muito mais do que mera “reação contra o predomínio da escritura do procedimento *ius commune* e nos procedimentos deste derivados. Queria reagir contra – ou romper com – todas as outras características do velho processo”¹¹⁸, por meio de uma revalorização do elemento oral, propiciando o maior contato do juiz, por meio da imediação, com as partes e as provas, eliminando o sigilo, e possibilitando a participação mais ativa do juiz no processo, permitindo que ele pudesse, livre das amarras das provas legais, valorar livremente as provas, culminando, assim, na concentração dos atos processuais em uma ou poucas audiências próximas.

2.5.1 O Código de Processo Civil Austríaco como marco do movimento reformador

De acordo com Marcel Storme¹¹⁹ foi a obra *Arbeitsgemeinschaft Zivilprozess'* (Cooperação no Processo Civil) de Klein quem deu o ponto de partida para a onda reformista em prol do processo oral. Ela teria sido a base para o processo civil moderno, que se caracteriza por ser um procedimento “oral, direto, público e concentrado, em que ambas as partes teriam garantidos os direitos suficientes de audiência.” Obra essa que acabou por dar origem ao Processo Civil Austríaco (*ZPO – Zivilprozessordnung*).

O grande êxito¹²⁰ de Klein se deve a sua brilhante intuição ao descobrir as causas determinantes da lentidão processual que seriam de três ordens: os incidentes

¹¹⁶TARUFFO, Michele. Oralidade y escritura como factores de eficiencia en el proceso civil, p. 212 e AROCA, Juan Montero. Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, p. 614

¹¹⁷AROCA, Juan Montero. Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, p. 614-615

¹¹⁸CAPPELLETTI, Mauro. Processo, Ideologias e Sociedade. Vol I p. 321

¹¹⁹STORME, Marcel. Más voz y menos letra: En defensa de la oralidad en los Procesos Judiciales, València : Universitat de Valencia, 2008, p. 51

¹²⁰CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. Processo oral y abogacia, p. 22-24

processuais, os recursos e as etapas mortas¹²¹. Franz Klein, intencionando eliminar os males do processo civil austríaco, sugeriu a criação da audiência preliminar, na qual seriam as partes estimuladas a uma possível conciliação e, não sendo essa atingida, fossem analisados os incidentes que perturbavam e retardavam o processo. Quanto à segunda causa, foram criados meios para obstaculizar os recursos, estabelecendo-se restrições e condições que impediam a sua interposição. E, para o problema das etapas mortas, a saída encontrada foi o aumento do impulso oficial, dando os poderes de direção do processo ao juiz, e não as partes, como ainda o de concentrar o processo em uma ou em poucas audiências consecutivas ou próximas.

A grande inovação trazida pelo Código de Processo Civil Austríaco foi o aumento da função ativa do juiz, visto como a função que deu total poder de ver ao juiz, para que fosse assegurada a ordem e a rapidez do procedimento, cujos claros objetivos foram “promover a finalidade social da efetiva igualdade das partes, no processo”, como também a de proporcionar o “contato direto, pessoal, oral do juiz com as partes, assistidas, mas não substituídas pelos seus defensores.”¹²²

O Código Processual Austríaco foi o marco do movimento reformador, por ter eliminado os arcaicos princípios que orientavam o processo escrito, no qual o juiz sem ter contato direto com as partes e com as provas proferia suas decisões com base em provas tarifadas.

2.5.2 Giuseppe Chiovenda como o representante legítimo em prol do processo oral

Embora Piero Calamandrei reconheça a supremacia¹²³ da obra de Klein, para ele coube a Chiovenda o fato de “ter formulado na Itália o primeiro modelo de um procedimento civil verdadeiramente inspirado na oralidade.”¹²⁴ Posição com a qual

¹²¹ Denominadas por Alcalá-Zamora como aquelas etapas “durante las cuales, el proceso, cual se se tratasse de persona necesitada de reposo, dormita y se emplova en las estanterías de las dependencias judiciales.” (CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. *Proceso oral y abogacia*, 1992, p. 22)

¹²² CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, Ideologias e Sociedade*. Vol I, p. 322.

¹²³ CALAMANDREI, Piero. *Oralità nel processo*, p. 451

¹²⁴ CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de Derecho Procesal Civil - segun el nuevo Codigo*. Tradução de SENTIS MELENDO, Santiago e Prólogo ALSINA, Hugo. Buenos Aires: EJE, 1962, p. 90-91

concorda Montero Aroca, que também reconhece Klein como genial autor. Mas, no entanto, para este último autor, o mito da oralidade no processo, que ocorreu ao longo do século XX, se deve a ninguém menos que a Chiovenda, que com a edição do seu livro dos *Saggi di Diritto Processuale Civile* e com sua propaganda em prol da oralidade e do seu verdadeiro apostolado “elevaram a oralidade.”¹²⁵

O próprio Chiovenda, no entanto, reconheceu que foi por obra dos processualistas alemães e austríacos que, em meados do século XIX, o movimento em prol da oralidade ganhou contornos e guarida no processo civil. Não obstante, como o próprio Chiovenda¹²⁶ também reconheceu, por apresentar certo caráter de oralidade, o processo civil francês como precursor do movimento reformador. Esse, à época, só não foi considerado o típico processo oral, porque ressentia dos princípios da imediatidade e da concentração. De todo modo, é possível dizer que ele tenha servido de inspiração, influenciando as legislações dos países europeus surgidas posteriormente¹²⁷.

Sem dúvida, um dos expoentes em prol do movimento reformador pelo retorno do processo oral e dos mais aguerridos defensores reconhecido por todos¹²⁸ foi Chiovenda, cuja prodigiosa monografia em defesa da sobreposição do elemento oral sobre o escrito dizia que a experiência vivida nos países como Áustria, Hungria, Alemanha¹²⁹, Inglaterra e, sobretudo, a França (*Code Procedure Civile* 1806), permitia concluir que o processo oral seria o melhor e o que mais se adaptaria às exigências da vida moderna.¹³⁰

¹²⁵ AROCA, Juan Montero. Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, p. 603-604 e p. 606-610

¹²⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. Procedimento Oral, p. 41-76

¹²⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil, 2009, p. 195.

¹²⁸ Apenas para citar alguns: COUTURE, Eduardo J. Oralidade e regra moral no processo civil, p. 29-37; CALAMANDREI, Piero. Instituciones de Derecho Procesal Civil - según el nuevo Código, pp. 90-91 e DENTI, Vittorio. Problemi di riforma – L’oralità nelle riforme del Processo Civile. Rivista di Diritto Processuale, vol. 25, n. 3. Padova: Ed. CEDAM, julho 1970, p. 434-443

¹²⁹ No Processo Civil Alemão predominam os cinco princípios básicos que o diferenciariam dos outros sistemas, que seriam: 1) a oralidade, a discussão oral da causa no Tribunal; 2) a imediatidade, contato direto do juiz ou Tribunal com os sujeitos do processo; 3) a publicidade, na qual qualquer pessoa tem acesso a sala de audiência, podendo assisti-la, como ainda a publicação das sentenças finais; 4) a iniciativa das partes e 5) liberdade das partes quanto à matéria do caso objeto do pleito.

¹³⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. Procedimento Oral, p. 41-76.

Com esta convicção, Chiovenda propõe reforma radical do processo italiano, pois no seu sentir “não seria possível melhorar sensivelmente a nossa *coisa* judiciária senão mudando-se as próprias bases do ‘procedimento’ e ajustando-o aos princípios fundamentais da oralidade e da concentração.”¹³¹ Para sua insatisfação, aliás, a contrário da Alemanha e Áustria não assimilou os resultados positivos do processo oral. E, por isso, o mesmo foi um grande defensor para reforma do *Codice di Procedura Civile* da Itália depois da Primeira Guerra Mundial¹³². Apesar da energia despendida e da sua intensa luta, a reforma do código de processo civil italiano só ocorreu em 1940, e as ideias de Chiovenda não foram encampadas pelo legislador reformista. Tudo se deu por conta dos que se colocaram contra aos princípios Chiovendianos¹³³.

Chiovenda foi o representante legítimo e grande defensor do processo oral, seus esforços ecoaram em várias legislações porque, como ele próprio reconheceu, houve convergência de ideias e ideais¹³⁴ entre os doutrinadores reformistas, que defendiam a abolição do arcaico processo comum.

Ainda que Chiovenda não tenha visto o resultado dos seus esforços¹³⁵, esses não foram em vão, até os dias de hoje os seus estudos orientam várias reformas do ordenamento processual civil, obtendo em alguns casos o resultado almejado, qual seja, a redução da insuportável duração do processo. Como observou Cappelletti, “os desenvolvimentos recentes na Europa demonstram, clarissimamente, que o movimento pela ‘oralidade’ resultou altamente eficaz na aceleração do processo.”¹³⁶

2.5.3 – Propostas encampadas pelo movimento reformador

¹³¹CHIOVENDA, Giuseppe. Procedimento Oral, p. 45

¹³²CHIOVENDA, Giuseppe. Procedimento Oral, p. 41-76

¹³³Neste sentido: DENTI, Vittorio. Problemi di riforma – L’oralità nelle riforme del Processo Civile, p. 435 e MANDRIOLI, Crisanto. Corso di Diritto Processuale Civile. Tomo I. Torino : Ed. Giappichelli, 2009, p. 274.

¹³⁴MÁRIO PAGANO (1748-1799) na Itália, e BENTHAM (1748-1832), na Inglaterra.. Podendo também citar dentre ele NICOLA NICOLINI (1772-1857) também na Itália. (CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil, p. 999)

¹³⁵Giuseppe Chiovenda morreu em 1937, três anos antes da reforma do CPC Italiano de 1940.

¹³⁶CAPPELLETTI, Mauro. Processo, Ideologias e Sociedade, p. 327

Por oralidade, propugnavam os seus precursores¹³⁷, a realização de um vasto programa de reformas, notadamente:

a) A abolição de todos os traços arcaicos do sistema de prova legal. E, em contrapartida, a sua substituição por um sistema baseado na evidência crítica do juiz, com base em evidências de processos simples e flexíveis, nas quais o juiz poderia basear o seu convencimento de acordo com a aparência pessoal das partes perante o tribunal. Isto é, cabe ao juiz, sem ajuda de intermediário, examinar e questionar *per si* os testemunhos orais de forma espontânea e informal na audiência, sem que seja preciso os questionamentos prévios e escritos;

b) E, em consequência, a necessidade do contato imediato e direto pelo juiz que irá proferir a decisão e as provas, faz com que esse possa exercer a sua livre convicção, cabendo a ele, o contato direto com as partes, as testemunhas, os peritos, os lugares e as coisas;

c) O debate deveria ser realizado em uma única audiência ou em audiências próximas, com o fim de evitar a perda dos benefícios da conexão imediata entre o juiz e as provas - o que acontece se o julgamento é muito diluído ao longo do tempo.

2.6 Brevíssima síntese, a título histórico, do processo oral no Brasil

Os ensinamentos de Chiovenda foram sentidos no Brasil muito antes da chegada de Liebman, que trazia em sua bagagem vasto conhecimento de seu mestre. Quando os juristas brasileiros debatiam sobre a unificação do código de processo civil, vários foram os ensaios publicados na Revista Forense de 1938 e 1939, que reforçavam a adoção do processo oral tão bem defendido por Chiovenda, na Itália, e Klein, na Áustria. Os itens a seguir tratam da forma como foram percebidos pela legislação pátria os ecos reformistas.

2.6.1 Primeiro Código Unificado de Processo Civil

¹³⁷CAPPELLETTI, Mauro. Procédure orale et procédure écrite, p. 90-91

No Brasil, como visto anteriormente, até o código de processo civil unificado de 1939, a competência legislativa era estadual. Cada Estado tinha o seu próprio Código de Processo Civil que, a grosso modo, acabavam por ser meras adaptações do procedimento adotado pela Justiça Federal¹³⁸. E, diante do esfacelamento e ausência de rigor científico¹³⁹ neles contidos, a Constituição de 1934 (art. 5º, inciso XIX, alínea 'a') e, depois, a Constituição de 1937 (art. 15, inciso XVI), dá à União a competência para, exclusiva e privativamente, legislar sobre o processo civil.

O texto do Código de Processo Civil de 1939 é sancionado, em pleno regime de exceção, entrando em vigor em 1º de março de 1940. De acordo com Lopes da Costa não raro era obscuro, por não “guardar muito rigor na terminologia”¹⁴⁰, ou como ressalta Humberto Theodoro Júnior, dizia-se até que “dois espíritos coabitavam o Código”¹⁴¹, pois, enquanto a parte geral era moderna, inspirada nas legislações mais modernas, a parte especial, era anacrônica.

O projeto, tal como consta¹⁴² na exposição de motivos do CPC de 1939 (Decreto-Lei 1.608, de 18 de setembro de 1939) teve o propósito de consagrar o princípio da oralidade, seguindo o exemplo do Código de Processo Civil Austríaco, significando, assim, um grande passo na ciência do Processo Civil Brasileiro.

¹³⁸THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. v 1, p. 14

¹³⁹Lê-se ainda no primeiro parágrafo de exposição de motivos do Ministro Francisco Campos que “a nova ordem política reclamava um instrumento mais popular e mais eficiente para distribuição da justiça; de outro, a própria ciência do processo, modernizada em inúmeros países pela legislação e pela doutrina, exigia que se atualizasse o confuso e obsoleto corpo de normas que, variando de Estado para Estado, regia a aplicação da lei entre nós.”

¹⁴⁰COSTA. Alfredo Araújo Lopes da. Direito Processual Civil Brasileiro. Vol. I, p 29

¹⁴¹THEODORO JÚNIOR, Humberto. *loc. cit*

¹⁴² Extrai-se da referida exposição de motivos, que a opção foi a de dar ao processo civil brasileiro os contornos do processo oral, senão confira-se: “Si a questão era de remodelar o processo no sentido de torná-lo adequado aos seus fins, de infundir na máquina da justiça um novo espírito, que é, precisamente, o espírito público, tão ausente da concepção tradicional do processo; si o problema era, em suma, de racionalizar o processo, adaptando-o às formas mais precisas adquiridas pelo espírito humano para o exame e a investigação das questões, a opção não poderia decidir-se a não ser pelo processo oral, em uso em toda a Europa, à exceção da Itália, onde, porém, a reforma está iminente. O processo oral atende a todas as exigências acima mencionadas: confere ao processo o caráter de instrumento público: substitue a concepção duelística pela concepção autoritária ou pública do processo; simplifica a sua marcha, racionaliza a sua estrutura e, sobretudo, organiza o processo no sentido de tornar mais adequada e eficiente a formação da prova, colocando o juiz em relação a esta na mesma situação em que deve colocar-se qualquer observador que tenha por objeto conhecer os fatos e formular sobre eles apreciações adequadas ou justas. (...) O processo oral coloca à disposição do processo judiciário, exatamente o método que torna possível ao espírito humano a aquisição de certezas mais ou menos satisfatórias nos domínios até então entregues ao jogo e às preferências da opinião. (Exposição de Motivos ao CPC de 1939)

O Código de Processo Civil de 1939, a começar por sua exposição de motivos, abraçou os postulados de Chiovenda quanto ao processo oral. Mas, manteve o processo de execução ligado ao sistema de conhecimento, o que gerou, desde a sua entrada em vigor, pesadas e rigorosas críticas.

2.6.1.1 Evolução científica do processo com o advento do CPC de 1939

Liebman reconheceu que foi com o Código de Processo Civil de 1939, sancionado em 18 de setembro de 1939, que finalmente o processo civil pátrio penetrou nas “correntes mais vivas e atuais da técnica processual, acomodando-as, todavia, prudentemente, às tradições do direito anterior.”¹⁴³ Entretanto, segundo Dinamarco¹⁴⁴, chegando Liebman no Brasil ano de 1939, teria ele estranhado a cultura processualística até então vigente. Teve ele “a impressão de estar-se encontrando a uma janela e assistir, surpreso e interessado, ao desenrolar em plena vida de institutos e relações das quais tínhamos tido apenas então um conhecimento indireto a partir dos empoeirados volumes de Durante e de Bártolo.”¹⁴⁵

Portanto, só com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 1939 é que, finalmente, de acordo com Lopes da Costa, iniciou-se a fase de progresso científico no ordenamento processual brasileiro, por diversos motivos, tais como, “pela concisão e precisão da linguagem técnica, pela ausência de antinomias e de geminações, pela simplificação dos atos processuais, pela redução dos prazos, por uma melhor organização dos recursos.”¹⁴⁶ Entretanto, Dinamarco¹⁴⁷ discorda de Lopes da Costa, por reconhecer que na verdade o Código de Processo Civil de 1939, além de ser portador de inúmeras imprecisões terminológicas, ficou aquém das conquistas científicas de seu próprio tempo.

¹⁴³CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil, p. 197-198, nota 86

¹⁴⁴DINAMARCO. Candido Rangel. Liebman e a cultura processual brasileira. Estudos em homenagem à professora da Pellegrini Grinover. São Paulo: DPJ Editora, 2005, pp. 487-488

¹⁴⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. *apud* DINAMARCO. Candido Rangel. Liebman e a cultura processual brasileira, p. 487

¹⁴⁶COSTA. Alfredo Araújo Lopes da. Direito Processual Civil Brasileiro. Vol. I, p. 22

¹⁴⁷ DINAMARCO. Candido Rangel. Liebman e a cultura processual brasileira, p. 489

Não obstante, Dinamarco admite que, embora o Código de Processo Civil de 1939 não pudesse ser classificado como um código moderno, o mesmo teve a valia de se adequar às grandes conquistas mundiais do processo civil, tais como, as novas tendências de publicização do processo, reforçando os poderes inquisitoriais do juiz, apoiado no sistema do processo oral.¹⁴⁸

O que não se pode perder de vista é que o Brasil, com o Código de Processo Civil unificado de 1939, procurou entrar de vez na cientificidade do processo civil. E, se não esteve à frente, ao menos procurou estar na linha da história da processualística civil. Não há dúvida de que esse Código deu uma nova dimensão científica para o estudo do processo. Portanto, quando Liebman aqui chegou, o cenário era outro, uma vez que os novos ares da processualística civil brasileira só começaram a ser sentidos com a entrada em vigor do CPC de 1939.

Com o Código de Processo Civil de 1939, inaugurou-se uma nova era para o processo civil brasileiro, foi como se esse tivesse percorrido em tão pouco tempo, o caminho de uma só vez, com vistas a alcançar “as legislações europeias mais avançadas, num nível a que se alçaram através de longa evolução e numerosas experiências sucessivas.”¹⁴⁹O que para Moniz de Aragão não foi de todo mal, muito embora, no Brasil tenha ocorrido o contrário do que geralmente ocorre em outros países, alterou-se a legislação tendo por base os grandes avanços da lei de países europeus de vanguarda e, mesmo que “ainda não se tinha ido ao novo, que brilhava nos centros italianos e alemães, o legislador trouxe-o até cá, com a mesma lendária argúcia, de Maomé, que foi à montanha, já que esta não vinha a ele”¹⁵⁰.

2.6.1.2 Do processo oral no Código de Processo Civil de 1939

A ideia central no Código de Processo Civil de 1939 era de consagrar o processo oral. Estando previstos não só a realização de atos orais (art. 245, CPC/1939); como a concentração dos atos (art. 112, CPC/1939); a identidade física do juiz (art. 120,

¹⁴⁸DINAMARCO, Candido Rangel. A reforma do Código de Processo Civil. São Paulo: Malheiros, 3ª ed., 1996, p. 23.

¹⁴⁹CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil. p. 197-198, nota 86

¹⁵⁰ARAGÃO, E. D. Moniz de. Sobre a Reforma Processual. Doutrinas Essenciais de Processo Civil, vol. 1. São Paulo: Ed. RT, Outubro de 2011, p. 504

CPC/1939); a irrecorribilidade em separado das interlocutórias, o cabimento do agravo era permitido apenas nas hipóteses exaustivamente previstas (art. 842, CPC/1939); a imediação (art. 246, 267, 268 e art. 270, CPC/1939) com exceção na colheita da prova fora de sua jurisdição (art. 213, CPC/1939); a livre valoração das provas (art. 118 e parágrafo único, CPC/1939); o princípio da instrumentalidade das formas (art. 273, CPC/1939); o princípio da publicidade, sobretudo, quanto às audiências (art. 263, CPC/1939), em que o juiz se colocava em relação imediata com as partes e testemunhas (arts. 267, 268 e 246, CPC/1939); e quanto aos demais atos judiciais (art. 5º, CPC/1939). Adotou-se ainda o princípio inquisitivo na busca da verdade real e não meramente formal (art. 117, CPC/1939).

Dentre esses princípios que em maior ou menor grau orientam o processo oral, indubitavelmente foi o princípio da identidade física do juiz que maior peso exerceu para preservá-lo. Tamanha era a sua exigência que, por ironia, foi este princípio que acabou se tornando o vilão do processo oral no CPC de 1939, cujo rigor acabaria sendo atenuado pela jurisprudência e depois afastado pelo Código de Processo Civil de 1973, que criou vias alternativas com a possibilidade de repetição de provas.¹⁵¹

Outro princípio em destaque, é a iniciativa ativa do juiz, sobretudo, na busca da verdade real. Esse não poderia conformar, como mero espectador, com a verdade apenas formal trazida para os autos. Ressaltou Liebman¹⁵² que, no direito brasileiro, assim como ocorreu na Itália, foi salutar manter equilíbrio necessário entre princípio dispositivo e o princípio inquisitivo. Não obstante, é preciso mencionar que o Código de Processo Civil de 1939, ao permitir que o juiz decidisse com base na livre convicção das provas, já dele exigia o dever de fundamentação (parágrafos únicos dos artigos 118¹⁵³ e 685¹⁵⁴ do CPC de 1939).

¹⁵¹GUEDES, Jefferson Carús. O princípio da oralidade – procedimento por audiências no Direito Processual Civil Brasileiro, p. 44

¹⁵²CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil, p. 897-898, nota 508. Isto por que, o processo civil não tolera o juiz como mero expectador do processo. “Não é ele, pois, um observador passivo do duelo judiciário convocado a exprimir simplesmente um juízo final sobre o resultado alcançado pelas partes no esforço de se superarem uma a outra.”

¹⁵³“Art. 118. (...) Parágrafo único. O juiz indicará na sentença ou despacho os fatos e circunstâncias que motivaram o seu convencimento.”

¹⁵⁴“Art. 685 (...) Parágrafo único. A faculdade de livre convencimento não exime o juiz do dever de motivar a decisão, indicando as provas e as razões em que se fundar.”

Liebman¹⁵⁵ e, posteriormente, Barbosa Moreira¹⁵⁶, reconheceram que o Código de Processo Civil de 1939 estava impregnado das inspirações Chiovendianas, por terem adotado a oralidade, a concentração, a imediação e a identidade física do juiz, que representou, no dizer de Barbosa Moreira¹⁵⁷, uma fórmula milagrosa, que talvez fosse capaz de curar o reumatismo do velho processo, solucionando um velho problema da morosidade e excessiva duração dos processos¹⁵⁸. O que, no entanto, não mostrou ser verdade.

Contudo, para Dinamarco, o Código de Processo Civil de 1939 continha sim “uma verdadeira profissão de fé aos postulados da oralidade, do publicismo processual e do consequente reforço da autoridade do juiz no processo.”¹⁵⁹ O que não quer dizer que o código tivesse aderido integralmente o sistema do processo oral.

2.6.1.3 Do declínio do processo oral no CPC de 1939

O Código de Processo Civil de 1939 adotou o processo oral tal como o propugnava Chiovenda. No entanto, se houve, na prática¹⁶⁰, no dia a dia forense, a observância do processo oral, daí já não se pode dizer o mesmo. Seu declínio, tal como narra Lopes da Costa¹⁶¹ deveu-se já desde o início, ao enfeixamento da causa da identidade física do juiz, diante da dificuldade encontrada quando o juiz era promovido para comarcas distantes e de difícil comunicação. E a solução encontrada para este problema foi atenuar o rigor deste princípio, o que se deu por meio das leis de Organização Judiciária e pela jurisprudência¹⁶².

¹⁵⁵CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil, p. 1008-1009, nota 574

¹⁵⁶MOREIRA, José Carlos Barbosa. Temas de Direito Processual: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 57

¹⁵⁷Reconhece Barbosa Moreira que tanto o CPC brasileiro de 1939 como o português de 1939, coincidentemente, “foram leis profundamente inovadoras, que objetivaram implantar um modelo de processo dominado pelos princípios da oralidade, da concentração, da imediação, da participação ativa do juiz, e nessa medida exibiam a marca de ideias nutridas e trabalhadas em países de língua alemã.” (MOREIRA. José Carlos Barbosa, Comentários ao Código de Processo Civil, vol. V, 6ª ed. 2ª tir, rev. e atual., Rio de Janeiro : Forense, 1994, p. 181)

¹⁵⁸MOREIRA, José Carlos Barbosa. Temas de Direito Processual: terceira série, p. 57

¹⁵⁹DINAMARCO, Candido Rangel. A reforma do Código de Processo Civil, p. 23

¹⁶⁰ARAGÃO, E. D. Moniz de. Sobre a Reforma Processual, p. 506

¹⁶¹COSTA. Alfredo Araújo Lopes da. Direito Processual Civil Brasileiro. Vol. I, p. 223

¹⁶²Uma delas, segundo narra Lopes da Costa, adveio do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, reconhecendo que “uma vez no exercício do novo cargo, o juiz não está obrigado a voltar ao lugar da procedência.” (COSTA, Alfredo Araújo Lopes da. Direito Processual Civil Brasileiro, p. 223)

Outro motivo para o declínio do processo oral, é que na prática o novo processo se mostrou tão moroso como o velho processo, o que fez multiplicar as lamentações pela lentidão. Por mais paradoxal, talteria decorrido devido o grande apego ao processo oral, porque, ainda que não houvesse controvérsia quanto a matéria de fato, ainda assim, havia necessidade da realização da audiência. Desse modo, a audiência se converteu numa “formalidade vazia”¹⁶³.

Outro motivo que pode ser apontado para o fracasso do processo oral, nos moldes previstos em 1939, foi a consagração de um modelo processual extremamente formalista, “quer nas exigências de estrito cumprimento dos trâmites procedimentais e dos requisitos de cada ato, quer na disciplina rígida das nulidades, o que constituía um estímulo ao culto irracional das formas.”¹⁶⁴

O processo oral que parecia até então a panaceia para todos os males do processo, mostrou-se na verdade um remédio amargo e difícil de digerir, uma vez que tendo sido aplicado indiscriminadamente a todos os casos, acabou por miná-lo e deixá-lo tão moroso como antes. Foi devotada esperança quase irracional ao processo oral, que foi ele mal compreendido, emperrando-se ainda mais a máquina judiciária. Barbosa Moreira reconhece que os operadores desta se esqueceram de que o processo oral não era e nem pode ser um fim em si mesmo, mas um meio que visa proporcionar “as partes e ao órgão judicial a possibilidade de uma colaboração mais simples, mais segura – e, portanto, mais frutífero – na tarefa de esclarecer os fatos que irão integrar a motivação da sentença.”¹⁶⁵

Com razão, afirma Dinamarco¹⁶⁶ que, apesar do alarde feito na exposição de motivos do CPC de 1939, a prática mostrou o quão não foi adotado o que ali se pretendeu, o que levou ao descontentamento, lamúrias e lamentações contra o

¹⁶³MOREIRA, José Carlos Barbosa. Temas de Direito Processual: terceira série, p. 57

¹⁶⁴DINAMARCO. Candido Rangel. Liebman e a cultura processual brasileira, p. 489

¹⁶⁵MOREIRA, José Carlos Barbosa. Temas de Direito Processual: terceira série., p. 58 (Tradução livre do original: “a las partes y al órgano judicial la posibilidad de una colaboración más sencilla, más segura – y por ende más fructuosa – en la tarea de clarificar los hechos que han de integrar la motivación de la sentencia.”

¹⁶⁶DINAMARCO. Candido Rangel. Liebman e a cultura processual brasileira, p. 487-488

processo oral, que acabou sendo renunciado no CPC de 1973¹⁶⁷. O que se justificou pela desconfiança e enorme resistência¹⁶⁸ dos processualistas pela adoção desse processo tal como preconizado no Código de Processo Civil de 1939.

2.6.2 Do processo oral no Código de Processo Civil de 1973

O Código de Processo Civil de 1939 teve os seus méritos, sobretudo, por procurar superar as mazelas da tradição lusitana, muito embora se reconheça que essa tentativa não tenha sido bem sucedida. Assim, não tardou para que o referido Código fosse paulatinamente modificado por leis esparsas, até que depois de quase uma década de estudos e debates surge em 1973, um novo (hoje, já quase velho) Código de Processo Civil, fruto do anteprojeto de Alfredo Buzaid, ex-aluno de Liebman.

Ocorre que Buzaid, embora tenha reconhecido a superioridade do processo oral, ao afirmar que “o ideal seria atingir a oralidade em sua pureza.”¹⁶⁹No entanto, foi cauteloso ao advertir que tal processo deveria ter sua aplicação mitigada no Brasil, principalmente em decorrência de sua extensão territorial, em vista, inclusive das experiências anteriores. Para ele, seria impossível manter no Brasil o processo oral¹⁷⁰, embora fosse o tipo ideal de processo, tal como propugnava Giuseppe Chiovenda, e tal como constava nos processos civis europeus, notadamente os códigos de processo austríaco e o alemão. Dizia ele que o processo oral deve ser

¹⁶⁷GUEDES, Jefferson Carús. O princípio da oralidade – procedimento por audiências no Direito Processual Civil Brasileiro, p. 32

¹⁶⁸O receio era tamanho, que Moniz Aragão noticia que Buzaid teria demonstrado a sua preocupação por eliminar todos os males que atravancaram o processo civil vigente até então, destacando-se dentre eles todos aqueles princípios vinculados ao processo oral, tais como a : “a inflexibilidade da regra da identidade da pessoa física do juiz, com a irrecorribilidade dos interlocutórios, com a imprescindibilidade da audiência de instrução e julgamento e o debate oral, que lhe deveria ser o clímax, e tantos outros casos em que o insucesso da experiência ou a penosa situação por ela criada estavam a exigir uma revisão da revisão que se fizera nos institutos tradicionais.” (ARAGÃO, E. D. Moniz de. Sobre a Reforma Processual. Doutrinas Essenciais de Processo Civil, p. 505)

¹⁶⁹BUZOID, Alfredo. Estudos e pareceres de Direito Processual Civil. Notas de Ada Pellegrini Grinover e Flávio Luiz Yarshell. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002, p. 35

¹⁷⁰Disponível em:

<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/177828/CodProcCivil%201974.pdf?sequence=4>, p. 18-19

limitado “não só no que toca ao princípio da identidade da pessoa física do juiz, como também quanto à irrecorribilidade das decisões interlocutórias.”¹⁷¹

Mantendo-se, de acordo com o que consta na exposição de motivos do CPC de 1973, princípios que confirmariam a eficácia e o valor científico, que segundo Buzaid realmente importariam para a adoção do processo oral, que seriam a realização de atos orais e a concentração, que deveriam ser observados rigorosamente como regras.¹⁷²

Contudo, pode-se afirmar que o Código de Processo Civil de 1973 não adotou o processo oral¹⁷³, com exceção do procedimento sumário que, se fosse, na prática aplicado, com sua extensão para todas as outras matérias que não as previstas no artigo 275, inciso II do CPC de 1973 (procedimento sumário), seria um bom exemplo de processo oral a ser seguido pelo novo Código Processo Civil, recém aprovado no Congresso no fim do ano de 2014.

2.6.2.1 Quanto ao mérito científico do Código de Processo Civil de 1973

Não se discute que o Código de Processo Civil de 1973, assim como o de 1939, tem o seu mérito por ter adotado alguns institutos novos, tal como o julgamento antecipado da lide (art. 330 CPC/73), que foi inclusive uma das críticas feitas ao anterior código. Pelo anterior código de 1939, ainda que não tivessem outras provas que não aquelas já constantes nos autos, ainda assim, o juiz deveria designar uma audiência de instrução e julgamento (artigos 263 e seguintes do CPC de 1939), não podendo eliminar essa fase e proferir, de pronto, a decisão. O que não importaria, de acordo com Barbosa Moreira, renúncia a oralidade, senão apenas uma “limitação ao

¹⁷¹<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/177828/CodProcCivil%201974.pdf?sequence=4>, <acesso em 11 de setembro de 2014> p. 18-20

¹⁷²Disponível em:

<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/177828/CodProcCivil%201974.pdf?sequence=4>, p. 19

¹⁷³Com o qual concorda Bedaque, reconhecendo-o também que a possível causa do abrandamento pela não recepção do processo oral, possa ter decorrido da “experiência negativa do Código de 1939, em que a oralidade vigorava com mais intensidade, com resultados não muito animadores.” Destacando-o ainda que vários seriam os fatores que contribuiriam para a não adoção do processo oral pelo CPC de 1973, dentre elas seria, em especial, ao número de juízes e funcionários, diante da deficiência da infraestrutura do Poder Judiciário. (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. O Código Modelo na América Latina e na Europa – Relatório Brasileiro. Revista de Processo-RePro, vol. 113. São Paulo: Ed. RT, janeiro 2004, p. 172-173)

âmbito de seu domínio que é verdadeiramente essencial, ou seja, aquele que é imprescindível assegurar a imediação.”¹⁷⁴

No entanto, se considerado em suas linhas gerais, não houve inovação revolucionária comparando o Código de Processo Civil de 1939 e o de 1973. Segundo Dinamarco, o Código de Processo Civil de 1973 teria consagrado um “*modelo processual* equivalente ao que tínhamos antes, embora revestindo de melhor aspecto estético alguns institutos, aperfeiçoando outros e, sem dúvida alguma, introduzindo alguns progressos substanciais.”¹⁷⁵

2.6.2.2 O processo oral no CPC de 1973

Embora não tenha o Código de Processo Civil de 1973 adotado¹⁷⁶ o processo oral, como bem advertido pelo seu idealizador, não há como negar que foi ele instituído como regra. O CPC de 1973 determinou quemuitos atos deveriam ser realizados pela forma oral, tais como o depoimento pessoal (art. 344 e art. 346, CPC/1973); a confissão judicial, espontânea ou provocada (art. 349, CPC/1973); o depoimento das testemunhas (art. 410, CPC/1973); a inspeção judicial (art. 440, 442, parágrafo único, e art. 443, CPC/1973); as alegações orais, de preferência, em audiência (art. 454, CPC/1973); a prolação da sentença, preferencialmente, em audiência, assim que encerrados os debates (art. 456, CPC/1973).

Esses atos, de acordo com o Código de Processo Civil de 1973, deverão ser realizados por forma oral (exceto as alegações orais finais e a sentença que podem ser substituídas pela escrita), privilegiando-se, assim, a palavra falada em

¹⁷⁴BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Temas de Direito Processual: terceira série, p. 58. Tradução livre do original: “limitación de su dominio al ámbito que le es verdaderamente esencial, es decir aquél donde ella se hace imprescindible para asegurar la intermediación.”

¹⁷⁵DINAMARCO, Candido Rangel. A reforma do Código de Processo Civil, p. 24-25. Ada Pellegrini concorda com o entendimento de Dinamarco, reforçando que as alterações trazidas pelo Código CPC de 1973, conquanto significativas, preservaram as linhas mestras do Código anterior, o de 1939, tal como, por exemplo, “a preocupação com os postulados essenciais do processo oral (imediação, concentração, identidade física do juiz)”. (GRINOVER, Ada Pellegrini. Deformalização do Processo e Deformalização das Controvérsias. Revista de Processo. vol. 46 São Paulo: RT, Abril 1987, p. 61)

¹⁷⁶O processo civil brasileiro de 1973 não adotou o processo oral, pois não há meio termo quando se trata de adotar os princípios que sustentam o processo oral. Tendo em vista que o processo oral é construído sob alguns pilares que são dele indissociáveis, como será analisado a seguir. Além disso, o Brasil, ao mitigar o princípio da identidade física do juiz, acabou fulminando outro princípio basilar do processo, a imediação e, conseqüentemente, a concentração dos atos.

detrimento da escrita. Posteriormente, também o agravo retido das decisões interlocutórias proferidas em audiência passa a ser oral, devendo o juiz de pronto ouvir o agravado e tomar sua decisão ainda em audiência, tal como vem demonstrando a prática (art. 523, parágrafo 3º, CPC/1973 com redação dada pela Lei 11.187, 19 de outubro de 2005).

Quanto à concentração, não obstante o Código de Processo Civil de 1973 em seus artigos 189 e 456 determine que o juiz profira sentença, desde logo, no prazo de 10 (dez) dias, a contar da conclusão do processo ou finda a sua instrução, é sabido que tal prazo não é observado. No entanto, em pesquisa¹⁷⁷ realizada com o apoio institucional do Centro de Estudos e Pesquisas Judiciais (CEBEPEJ) e da Fundação Getúlio Vargas, constatou-se que Alcalá-Zamora denomina de “tempos mortos” ou como chamaram os pesquisadores de “tempo de cartório”¹⁷⁸ do processo é uma realidade. Os autos aguardam meses e às vezes anos à espera de uma decisão¹⁷⁹.

Quanto à imediação, princípio inerente e vinculado à concentração dos atos e estritamente ligado a identidade física do juiz, acabou sendo mitigada pelo Código de Processo Civil de 1973. Uma vez que embora o juiz que concluir a audiência, é quem deve julgar o processo, há exceção a esta regra quando for ele promovido, convocado, licenciado ou aposentado, caso em que os autos irão para seu sucessor que poderá ou não mandar repetir as provas já realizadas e colhidas (art. 132, parágrafo único do CPC de 1973). Desse modo, a imediação que implica na identidade física do juiz, foi sepultada pela lei (parágrafo único do artigo 132), pois a via alternativa criada com a possibilidade de repetição de provas pelo juiz que vier a proferir a sentença que não aquele que colheu as provas, acabou por fulminar uma das bases do processo oral, como são a imediatidade¹⁸⁰ e a livre valoração das

¹⁷⁷SILVA, Paulo Eduardo Alves (coord.) et. all. Pesquisa “Análise da Gestão e Funcionamento dos Cartórios Judiciais”, Ministério da Justiça - Secretaria de Reforma do Judiciário, Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, Apoio Institucional: Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais – CEBEPEJ e Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas – DIREITO GV, Junho de 2007, p. 23

¹⁷⁸SILVA, Paulo Eduardo Alves (coord.) et. all. Pesquisa “Análise da Gestão e Funcionamento dos Cartórios Judiciais”, p. 27

¹⁷⁹ Insta observar que embora a reforma constitucional do Judiciário realizada através da Emenda Constitucional de número 45, de 08 de dezembro de 2005 preveja a não promoção para o juiz que retenha para além do prazo legal o processo (artigo, 93, inciso II, alínea e da Constituição), nada mudou no cenário nacional. E a culpa pelo retardamento é sempre a mesma, o excesso de demandas.

¹⁸⁰ Neste sentido, reconhece José Carlos Barbosa Moreira que “o cerne irredutível da oralidade é a imediação na colheita das chamadas ‘provas orais’: esse aspecto, longe de representar mero corolário, constitui a

provas. O juiz ao se basear nos escritos presentes nos autos, não será livre¹⁸¹ para exercer o seu convencimento.

Como não se observa a concentração e a identidade física do juiz no processo, conseqüentemente, não é raro encontrar no Brasil sentenças proferidas por quem não instruiu o processo. É comum que assessores dos juízes profiram decisões, denominadas de despacho em preto¹⁸², sem sequer terem presenciado a colheita das provas, e sem sequer terem eles, os juízes, lido essas decisões, o que se torna mais alarmante.

Se não há, de acordo com a lei processual brasileira (artigo 132, parágrafo único, CPC/1973), prejuízo com relação às provas orais colhidas por um juiz e cuja decisão vier a ser proferida por outro juiz ou até mesmo por assessores, não há como assegurar que o princípio do livre convencimento (art. 118, e parágrafo único, CPC/1973) venha ser devidamente exercido.

O livre convencimento não é exercido pelo juiz que não participou da audiência. Caberá a ele fundamentar a sua decisão por meio de atas e documentos, ou seja, com base apenas em provas das quais não teve oportunidade de colher as impressões, os modos, os gestos e as tensões. Logo, a decisão será pautada nas

verdadeira base do princípio.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Temas de direito processual : quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 134).

¹⁸¹Pois, como bem observa Petrônio Calmon “se há imediação e se o juiz que colhe a prova oral deve ser o mesmo que prolata a sentença, então por que exige do juiz que tenha memória dos fatos que presenciou e, para que isso realmente ocorra, os atos hão de realizar-se numa só oportunidade. (...) Não se concentrando os atos, o que antes foi realizado oralmente transforma-se em papel e o julgamento já não será humanizado, mas sim fundado na letra fria dos relatos transcritos.” (CALMON, Petrônio. O modelo oral de processo no século XXI, p. 57)

¹⁸² “A chamada ‘preparação de decisões’ ou ‘despacho em preto’ consiste na apreciação, geralmente pelo diretor, escrevente-chefe ou escrevente, dos requerimentos mais simples formulados pelas partes e na elaboração de uma minuta de decisão, que é submetida ao juiz e, se aprovada, por ele assinada. Esse fenômeno foi constatado em todos os cartórios analisados, variando apenas o nível de utilização e o tipo de decisão preparada. Em alguns, ele é bastante utilizado para todo tipo de decisão (inclusive liminares e sentenças). Em outros, é utilizado apenas nas decisões mais “corriqueiras” ou “simples”, como afirmam os funcionários. Como não se trata de uma prática oficialmente reconhecida – embora bastante difundida – não se verificou haver padrão ou critérios na elaboração das minutas ou na conferência feita pelo juiz. Em um dos cartórios estudados, por exemplo, o juiz permanece uma hora por dia na mesa do diretor conferindo e assinando cerca de 80 minutas – o que leva a crer que a conferência não é rigorosa. Em outro cartório, o diretor confirmou que, após o juiz assinar as decisões, ele, o diretor, as confere para saber se a decisão está mesmo correta.” (SILVA, Paulo Eduardo Alves (coord.) et. all. Pesquisa “Análise da Gestão e Funcionamento dos Cartórios Judiciais”, p. 29)

provas escritas dos autos, que não falam, não gesticulam, não tencionam, não expressam reações, medos, receios e que, portanto, não dialogam.

Barbosa Moreira constatou que esse problema residiria também no rodízio contínuo dos juízes. O juiz, por vezes, sabendo de sua brevidade perante certa comarca, pouco importaria com as partes e o processo. Assim, aquele que recebe os autos, para enfim dar cabo do processo iniciado e instruído por outro juiz, também não se sente nem um pouco responsável pelo que ocorreu, ficando assim “tentado a concluir de qualquer maneira uma obra predominantemente alheia, para não dizer anônima.”¹⁸³

Por todas essas considerações, realizar certos atos de forma oral, concentrada, com observância da imediação e até mesmo a identidade física do juiz de forma mitigada, implica em conflitar a prática e a teoria. Nesse contexto, o processo civil brasileiro continua tão moroso e ineficaz como outrora, não tendo, em definitivo, adotado o processo oral, sobretudo, porque, tal como reconhece Ada Pellegrini Grinover há um grande descompasso entre a doutrina e a legislação de um lado e prática de outro. Descompasso atribuído a várias e variadas causas, que vão desde a mais conhecida, a sobrecarga dos tribunais brasileiros, como ainda a morosidade, a burocratização, o custo, a cultura de litigiosidade brasileira, a mentalidade do juiz, as deficiências dos advogados, e até mesmo falta de vontade que levaria “à insuperável obstrução das vias de acesso à justiça, e ao distanciamento cada vez maior entre o Judiciário e seus usuários.”¹⁸⁴

2.6.2.2.1 Da Audiência Preliminar

Na redação original do CPC de 1973 não havia previsão da realização de uma audiência preliminar (art. 331), uma vez que a tentativa de conciliação pela redação originária do CPC de 1973 só ocorreria quando da audiência de instrução e julgamento, tanto no procedimento sumário¹⁸⁵, quanto no ordinário.¹⁸⁶ A audiência

¹⁸³MOREIRA, José Carlos Barbosa. Temas de direito processual : quarta série, p. 61

¹⁸⁴GRINOVER, Ada Pellegrini. Deformalização do Processo e Deformalização das Controvérsias, p. 62

¹⁸⁵Disponha até então a redação do artigo 277, antes da redação da Lei n. 9.245/1995 que “Art. 277. O juiz designará a audiência de instrução e julgamento, deferindo as provas que nela houverem de produzir-se.” Alterando-o com a seguinte redação: “Art. 277. O juiz designará a audiência de conciliação a ser realizada no

preliminar, também conhecida como de conciliação, viria a ser prevista no código de processo civil de 1973 inicialmente pela Lei n.º 8.952, de 13 de dezembro de 1994, e depois pela Lei n.º 10.444, de 7 de maio de 2002. Tal audiência surge de uma proposta de 1985, quando o Ministro da Justiça constituiu Comissão com vistas a reformar o Código de Processo Civil. Contudo, por opção e estratégia, a comissão naquela época acabou encaminhando, a conta gotas, treze sugestões de reformas pontuais. Dentre elas, destaca-se a proposta de antecipação da tentativa de conciliação para momento anterior à audiência de instrução, no procedimento ordinário¹⁸⁷.

A alteração procurou fazer com que em determinados procedimentos, quando existisse a possibilidade de conciliação, com a recuperação das controvérsias pelas partes, fossem elas chamadas para a audiência preliminar, que não pode ser equivocadamente chamada de conciliação, porque há realização de vários atos, que não só a própria tentativa de conciliação (§1º, art. 331, CPC de 1973). Na audiência preliminar, não tendo a conciliação, o juiz, juntamente com as partes, fixará os pontos controvertidos que serão objeto de provas, decidindo ainda as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando-se, de imediato a audiência de instrução e julgamento (§ 2º, art. 331, CPC de 1973).

prazo de trinta dias, citando-se o réu com a antecedência mínima de dez dias e sob advertência prevista no § 2º deste artigo, determinando o comparecimento das partes. Sendo ré a Fazenda Pública, os prazos contar-se-ão em dobro.”

¹⁸⁶Dizia a redação originária do artigo 331 do CPC que: “Art. 331. Se não se verificar nenhuma das hipóteses previstas nas seções precedentes, o juiz, ao declarar saneado o processo:II - designará a audiência de instrução e julgamento, determinando o comparecimento das partes, perito, assistentes técnicos e testemunhas.”Que posteriormente foi o inciso II, alterado ainda em 1973, pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973, com a seguinte redação: “II - designará a audiência de instrução e julgamento, deferindo as provas que nela não de produzir-se.” Mais uma vez, por força da Lei nº 8.952, de 13.12.1994, o artigo 331 passou a ter a seguinte redação: “Se não se verificar qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes e a causa versar sobre direitos disponíveis, o juiz designará audiência de conciliação, a realizar-se no prazo máximo de 30 (trinta) dias, à qual deverão comparecer as partes ou seus procuradores, habilitados a transigir.”E, por fim, em virtude de alguns direitos indisponíveis, e até mesmo por inúmeras críticas à época, a redação do referido artigo foi alterada, estando hoje com a seguinte redação: “Art. 331. Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir. § 1º Obtida a conciliação, será reduzida a termo e homologada por sentença. § 2º Se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário. § 3º Se o direito em litígio não admitir transação, ou se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável sua obtenção, o juiz poderá, desde logo, sanear o processo e ordenar a produção da prova, nos termos do § 2º. (Incluído pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)”

¹⁸⁷GRINOVER, Ada Pellegrini. Deformalização do Processo e Deformalização das Controvérsias. Revista de Processo. vol. 46 São Paulo: RT, Abril 1987, p. 66

Esta audiência é salutar para o processo, que visa ser oral, sobretudo, porque não há melhores conhecedores de suas razões que não as próprias partes. Além disso, ela permite que o juiz incentive as partes a conciliarem, informando-as sobre os próprios direitos e sua orientação jurídica, como fixar os pontos controvertidos da demanda, caso não haja acordo, saneando o feito, com eliminação de possíveis vícios processuais, deixando-o apto para a instrução.

A função primordial buscada pelos reformadores do CPC de 1973 ao introduzirem esse novo ato ao procedimento era o de propiciar a conciliação, que é também uma forma de obter a pacificação social que, definitivamente, não é atingida quando vem de uma decisão adjudicada¹⁸⁸, imposta. Enquanto houver construção da decisão pelas próprias partes, por meio de um acordo por elas construído e com a sua participação ativa e por elas anuído, haverá sempre maior chance das decisões serem voluntariamente cumpridas. Não se pode esquecer que no Brasil Império havia a necessidade de uma conciliação prévia, intermediada por juiz de paz, cuja função era de estimular as partes a conciliarem, uma vez que elas só podiam buscar o Judiciário, depois de demonstrado a tentativa de conciliação.

Ocorre que, como tão bem observado por Watanabe¹⁸⁹, no Brasil há uma cultura de sentença e, enquanto tal cultura não for alterada por estímulos, a começar pelos bancos escolares, será difícil implantar a *forceps* - uma cultura de pacificação. Em razão da cultura de sentença, a audiência preliminar prevista no artigo 331 do CPC de 1973 fracassou, porque “a tentativa de conciliação, para a fixação oral pelo juiz, após ouvirem as partes os pontos controvertidos da causa, é cumprido como mera formalidade por muitos magistrados.”¹⁹⁰

Ada Pellegrini demonstra que se houver a colaboração do juiz, em antecipar a audiência, antes mesmo da citação, haverá mais possibilidade de, antes que os

¹⁸⁸E, como bem observa Ada Pellegrini Grinover a pacificação “não é alcançada pela sentença, que se limita a ditar autoritativamente a regra para o caso concreto; que, na grande maioria dos casos, não é aceita de bom grado pelo vencido, o qual contra ela costuma insurgir-se com todos os meios na execução; e que, de qualquer modo, se limita a solucionar a parcela de lide levada a juízo, sem possibilidade de pacificar a lide sociológica, em geral mais ampla, da qual aquela emergiu, como simples ponta do iceberg.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Deformalização do Processo e Deformalização das Controvérsias*, Abril 1987, p. 72)

¹⁸⁹WATANABE, Kazuo. *Cultura de sentença e cultura de pacificação*. São Paulo: DPJ Editora, 2005

¹⁹⁰WATANABE, Kazuo. *Cultura de sentença e cultura de pacificação*., p. 687

ânimos se alterem pelo decurso de tempo, chegar efetivamente a uma resolução conciliada. Quando as partes chegam à audiência já depois de estarem com o “espírito exacerbado pelas atividades postulatorias”, mais improvável se torna o alcance de uma composição.

Resta inconteste, portanto, que para que essa audiência preliminar pudesse ter atingido os anseios do legislador reformista, teria que ter sido também estimulada a participação mais ativa do magistrado. Como salienta Barbosa Moreira¹⁹¹, a ter uma audiência preliminar sem a efetiva participação e estímulo do juiz, e sem a participação das partes, mas tão somente de seus advogados, é melhor nem tê-la.

2.6.2.2 Procedimento sumário – como processo oral no CPC de 1973

Pode-se afirmar que o processo eminentemente oral brasileiro seria o procedimento sumário (sumaríssimo pela redação originária), previsto nos artigos 275 a 281 do CPC de 1973, caso fosse adotado. O procedimento sumário é aplicado em razão da matéria e determinadas causas (275, inciso II, alíneas, CPC de 1973) ou em razão do valor, até 60 (sessenta) vezes o salário mínimo (art. 275, inciso I, CPC de 1973). No entanto, é possível perceber que o rito sumário vem sendo relegado ao limbo, seja pelo abarrotamento do judiciário, seja por que, embora as partes não possam renunciar o procedimento, o juiz pode determinar que causas pelo rito sumário se processem pelo ordinário (parágrafo 4º do art. 277, CPC de 1973).

O procedimento sumário é tipicamente um processo oral, porque, deferida a petição inicial com observância dos requisitos dos artigos 282 e 276 do CPC de 1973, o juiz ordenará a citação do réu para comparecer à audiência de conciliação, designada para um curto prazo de tempo. Primeiro, o réu deverá comparecer à audiência designada para possível conciliação, não havendo êxito, fará ele sua contestação e também o pedido reconvenicional em audiência, que podem ser feitas oralmente.

¹⁹¹ Isto por que, se houver a utilização inadequada da técnica oral ocorrerá “maiores perigos do que todo o conjunto de aspectos negativos da técnica escrita. Em última análise, a uma audiência mal realizada é preferível nenhuma. Aqui como alhures, *corruptio optimi pessima*.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Temas de direito processual : quarta série, p. 137)

Recebida a defesa, oral ou escrita, deverá o juiz nessa audiência (§4º, do art.277, CPC de 1973) resolver, de plano, as questões preliminares arguidas, o que só ocorrerá depois de frustrada a conciliação. Sendo eliminados deste procedimento alguns incidentes processuais e intervenções de terceiros (art. 280, CPC de 1973). Não se tratando de converter o rito sumário em ordinário, dependendo da preliminar arguida, o juiz, de imediato, em audiência, designará, caso haja necessidade de provas orais a serem colhidas, a próxima audiência, que deve ocorrer em breve espaço de tempo, 30 (trinta) dias a contar dessa, salvo se houver perícia a ser realizada (art. 278, CPC de 1973), caso em que, não sendo necessária outra audiência, pode o juiz, finda a primeira audiência de conciliação (em virtude de não mais ter outras provas orais e/ou pericial) proferir sentença. Designada a segunda audiência, e após a colheita das provas e findo os debates orais, pode e deve o juiz proferir sentença oral, ou, se for o caso, colocar os autos em conclusão e proferir sentença em 10 (dez) dias (art. 281, CPC de 1973).

Só perde um pouco a característica do processo oral ao procedimento sumário quando o §3º do artigo 277 do CPC de 1973 (com redação da Lei 9.245, de 26 de dezembro de 1995) admite que, na audiência, as partes possam ser representadas por preposto ou procurador com poderes para transigir. Isto por que, as partes no processo oral, assim como o juiz e os advogados, exercem uma função primordial. Ao se permitir que as partes se façam representar por seus procuradores, acaba por fulminar o papel fundamental a ser exercido nas referidas audiências, qual seja, a possibilidade do contato direto e imediato das partes e do juiz em audiência.

O objetivo da audiência de conciliação é de evitar que, depois de exacerbados os ânimos, venha o juiz depois de tanto tempo reconciliar ou conciliar as partes. O ideal para o processo oral é que se inicie por uma tentativa de conciliação, pois, caso ocorra a conciliação após longo período de tempo ao qual a demanda foi proposta, as chances de acordo são mínimas, pois as partes já estarão exaltadas e indispostas a suportarem o decurso do tempo processual.

Não obstante este desacerto, é inquestionável que o procedimento sumário, mais do que procedimento ordinário é, no Direito Brasileiro, o processo para o qual pode ser apontado como um verdadeiro processo oral, por observar os princípios que lhe são

basilares, como a concentração dos atos, a imediação, a irrecorribilidade em separado das decisões interlocutórias, a identidade física do juiz, o livre convencimento e a participação mais ativa do juiz e das partes no processo.

Nesse sentido, Barbosa Moreira esclarece que o processo civil brasileiro não é um processo essencialmente oral, no sentido clássico da expressão, salvo no procedimento sumário que preservou o “cerne essencial da oralidade, que consiste em contato (em princípio) direto entre o órgão judicial, de um lado, e de outro as pessoas suscetíveis de constituir fontes de informações.”¹⁹² Preservando-se a concentração e a imediação.

Tal como estatisticamente já reconhecido¹⁹³, esse procedimento é bem mais célere que o ordinário. O tempo do processo no rito sumário é inferior a 70,5% (setenta vírgula cinco por cento) do rito ordinário. Demonstrando-se, assim, que a “menor duração dos feitos de rito sumário, previsível a partir do desenho legal dos procedimentos, pode estar atrelada à concentração de atos processuais estabelecida neste rito.”¹⁹⁴

2.6.2.3 Da necessidade de reforma do CPC de 1973

Tal como ocorreu ao Código de Processo Civil de 1939, o de 1973 (Lei n.º 5.869, de 10 de janeiro de 1973) não tardou muito a ser paulatinamente alterado por leis esparsas, sendo que uma delas foi publicada no mesmo ano de entrada em vigor do Código, como ocorreu com a Lei de n.º 5.925, de 05 de outubro de 1973.

Hoje, o Código de Processo Civil, depois de muitas intervenções legislativas, e depois da Constituição de 1988 - especificamente a Emenda Constitucional de n.º 45 de 2004 - ainda não atende aos reclamos da efetividade, da celeridade, enfim, do processo justo, tal como se vê pelos próprios dados do Conselho Nacional de

¹⁹²MOREIRA, José Carlos Barbosa, Comentários ao Código de Processo Civil, vol. V, p. 4

¹⁹³SILVA, Paulo Eduardo Alves (coord.) et. all. Pesquisa: Análise da Gestão e Funcionamento dos Cartórios Judiciais, p. 27

¹⁹⁴SILVA, Paulo Eduardo Alves (coord.) et. all. *op. cit.*, p. 28

Justiça¹⁹⁵, mostrando-se excessivamente formal e incapaz de cumprir as garantias asseguradas constitucionalmente, tal como a efetividade e a duração razoável do processo.

Mais recentemente, nas últimas duas décadas, a contar do ano de 1990¹⁹⁶, o ordenamento processual de 1973 sofreu várias minirreformas. E foi em busca da efetividade com os meios e procedimentos eficazes e ágeis que tanto mencionaram Bryan Garth e Mauro Cappelletti¹⁹⁷ que a Comissão, presidida pelo então Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, que também estava à frente da Escola Nacional da Magistratura, propôs mais de 13 (treze) anteprojetos de reformas ao Código de Processo Civil de 1973. Contudo, o remendo novo em um tecido já velho não teve o condão de eliminar a questão da morosidade do judiciário, tendo, por vezes, o condão de desnaturá-lo, dificultando a conclusão do processo em um tempo hábil desejado, embora esse não tenha sido, em hipótese alguma, o desejo da Comissão cujo objetivo era eliminar a insatisfação da prestação jurisdicional que se mostrava “ineficiente, morosa e ineficaz, sem a desejável efetividade.”¹⁹⁸

¹⁹⁵ Ver relatório Justiça em Números, disponível no site http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=7731:justica-em-umeros&catid=319:justica-em-numeros&Itemid=944

¹⁹⁶ Só para se ter uma idéia, vejam-se as leis que alteraram o CPC de 1973 a partir do ano de 1990: Lei 8.038, de 28.05.1990 - Lei 8.079, de 13.09.1990 - Lei 8.455, de 24.08.1992 - Lei 8.637, de 31.03.1993 - Lei 8.710, de 24.09.1993 - Lei 8.718, de 14.10.1993 - Lei 8.950, de 13.12.1994 - Lei 8.951, de 13.12.1994 - Lei 8.952, de 13.12.1994 - Lei 8.953, de 13.12.1994 - Lei 8.898, de 29.06.1994 - Lei 9.028, de 12.04.1995 - Lei 9.040, de 09.05.1995 - Lei 9.079, de 14.07.1995 - Lei 9.139, de 30.11.1995 - Lei 9.245, de 26.12.1995 - Lei 9.280, de 30.05.1996 - Lei 9.415, de 23.12.1996 - Lei 9.307, de 23.09.2006 - Lei 9.462, de 19.06.1997 - Lei 9.668, de 23.06.1998 - Lei 9.756, de 17.12.1998 - Lei 9.868, de 10.11.1999 - Lei 10.173, de 09.01.2001 - Lei 10.352, de 26.12.2001 - Lei 10.358, de 27.12.2001 - Lei 10.444, de 07.05.2002 - Lei 11.112, de 13.05.2005 - Lei 11.187, de 19.10.2005 - Lei 11.232, de 22.12.2005 - Lei 11.276, de 07.02.2006 - Lei 11.277, de 07.02.2006 - Lei 11.280, de 16.02.2006 - Lei 11.341, de 07.08.2006 - Lei 11.382, de 06.12.2006 - Lei 11.418, de 19.12.2006 - Lei 11.419, de 19.12.2006 - Lei 11.441, de 04.01.2007 - Lei 11.672, de 08.05.2008 - Lei 11.694, de 12.06.2008 - Lei 11.965, de 03.07.2009 - Lei 11.969, de 06.07.2009 - Lei 12.008, de 29.07.2009 - Lei 12.195, de 14.01.2010 - Lei 12.322, de 9.09.2010 - Lei 12.398, de 28.03.2011 - Lei 12.810, de 15.05.2013 - Lei 12.873, de 24.10.2013.

¹⁹⁷ Livro esse em que seus autores nomearam como primeira onda reformista o da assistência judiciária, a segunda, do acesso de grupos sociais à tutela jurisdicional e a terceira e última onda trata da efetividade dessa prestação, refletindo ideais da justiça e princípios fundamentais “tendo como idéias matizes o acesso a uma ordem jurídica justa e a celeridade na solução do litígio, ao fundamento de que somente procedimentos ágeis e eficazes realizam a verdadeira finalidade do processo” (TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A reforma processual no contexto de uma nova Justiça. <http://bdjur.stj.gov.br>. 2006, p. 3)

¹⁹⁸ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A reforma processual no contexto de uma nova Justiça, p. 6. Sálvio de Figueiredo Teixeira, em palestra proferida no II Congresso Nacional de Processo Civil, em 17 de agosto de 1993, ressaltou que foram adotadas as metodologias com objetivo de localizar os pontos de estrangulamento e sem que se adentrasse em discussões divergentes entre as doutrinas e que, por isso, foram apresentadas sugestões que visavam “somente de simplificação, agilização e efetividade”. E que, por opção, essas sugestões não foram

Apesar da boa intenção e dos méritos das minirreformas pelas quais passou o Código de Processo Civil de 1973, essas se mostraram, por vezes, anacrônicas, provocando dissídios doutrinários e jurisprudenciais (a exemplo do que ocorreu sobre a celeuma do *dies a quo* para o cumprimento da sentença condenatória), retardando mais e mais a prestação jurisdicional. Esses fatos, por si, foram suficientes para que o Presidente do Senado, por meio do Ato de n.º 379, de 30 de setembro de 2009 criasse uma nova Comissão¹⁹⁹ de reforma do Código de Processo Civil de 1973.

No dia 15 de dezembro de 2009, o presidente da Comissão, Luiz Fux, entregou ao Presidente do Senado, à época José Sarney, as proposições aprovadas, encerrando-se a primeira etapa dos trabalhos. Dentre as proposições aprovadas, destacam-se as propostas que levaram em consideração a redução do tempo do processo, com eliminação de alguns recursos, como os embargos infringentes; o agravo retido, concentrando a possibilidade de recorribilidade no primeiro grau de jurisdição à sentença final; como ainda na simplificação dos procedimentos com objetivo de privilegiar a conciliação e a mediação. Procurou-se, também, privilegiar a jurisprudência dos Tribunais superiores, com seu fortalecimento, por meio das súmulas e recursos representativos de controvérsia.²⁰⁰

No Senado, o projeto recebeu o número PLS 166/2010, e teve uma tramitação meteórica, sendo aprovado por meio do relatório substitutivo apresentado pelo Senador Valter Pereira, que manteve, quase que em sua integralidade as proposições contidas no anteprojeto. Mas, que, acabou eliminando o que o

encaminhadas de uma única vez, mas por meio de vários projetos, a fim de “viabilizar a aprovação no Congresso Nacional, considerando que um único pedido de vista poderia comprometer todo o trabalho.” (TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A efetividade do processo e a reforma processual. Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, v.6, n° 1, p.1-70, jan./jul. 1994, p. 17)

¹⁹⁹ A comissão foi composta por Luiz Fux (presidente), Teresa Arruda Alvim Wambier (Relatora), Adroaldo Furtado Fabrício, Benedito Cerezo Pereira Filho, Bruno Dantas, Elpídio Donizetti Nunes, Humberto Theodoro Júnior, Jansen Fialho de Almeida, José Miguel Garcia Medina, José Roberto dos Santos Bedaque, Marcus Vinicius Furtado Coelho, Paulo Cesar Pinheiro Carneiro. A formação da comissão era eclética, uma vez que integrada, tanto por juízes de carreira em atividade e que já se encontram aposentados, como membros de efetivo exercício da advocacia, de membro do Ministério Público, e professores, tendo por ideologia a celeridade e a eliminação de vários incidentes e até recursos que acabam por atrasar a prestação jurisdicional.

²⁰⁰ http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=95196&tmp.area_anterior=44&tmp.argumento_pesquisa=novo%20código%20de%20processo%20civil – acessado em 15 de dezembro de 2009.

anteprojeto tinha de melhor com relação ao processo oral. Naquele mesmo ano, foi encaminhado o projeto de lei do novo Código de Processo Civil para a Câmara, recebendo o número PL 8.046/2010. Contudo, na Câmara, assim como se esperava²⁰¹ e se almejava, não teve ele a tramitação tão meteórica. Sua aprovação, por meio do substitutivo apresentado pelo relator, Deputado Federal Paulo Teixeira, foi dada apenas em 26 de março de 2014. Como ele próprio gosta de enfatizar, tal aprovação na Câmara só foi possível pela participação efetiva da comissão revisora, com significativas propostas de alterações. Advertindo-o, no entanto, que o novo Código de Processo Civil foi fruto de uma democracia (não só por que iniciou o seu tramite num regime democrático, mas que nesse também findou), acrescenta, ainda, a ideia de que embora a democracia seja “o melhor dos regimes, (...) dá trabalho”²⁰², sobretudo, para conciliar os interesses de todos os partidos e interessados.

O novo processo civil brasileiro foi aprovado no fim do ano passado, e será objeto de análise quanto ao processo oral no momento oportuno.

²⁰¹José Sarney à época do encaminhamento do anteprojeto fez a seguinte observação, uma vez que este esperava que o Novo Código de Processo Civil tivesse uma tramitação célere: “Contamos que sua tramitação no Senado Federal, e, mais tarde, na Câmara dos Deputados, se dê em pouco tempo, para que esse trabalho possa chegar logo ao cotidiano da população brasileira.” (www.senado.gov.br/senado/novocpc/)

²⁰²Reportagem disponível no site <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI207204,31047-Deputado+Paulo+Teixeira+destaca+principais+reformas+do+novo+CPC>, acessado em 06 de setembro de 2014

3 DO PROCESSO ORAL

3.1 “Processo” oral ou apenas “oralidade”?

Inicialmente, cumpre justificar a escolha do termo²⁰³ que será utilizado no desenrolar do presente relatório de tese. Embora possam parecer idênticas, as expressões processo oral e oralidade não são sinônimas, o que pode levar a erros, e merecem maiores explicações.

Chiovenda, tido também como o precursor do processo oral na América Latina, ressaltava que era necessário esclarecer o que propriamente se entende por processo oral, para afastar os equívocos que esta expressão poderia causar. O “próprio nome ‘oralidade’, criado pela necessidade de exprimir com uma fórmula simples e representativa um complexo de ideias e caracteres” poderia levar alguns incautos a erros, se não analisados sob a ótica de outros princípios que estariam contidos nesta expressão. E que não obstante distintos, estariam “intimamente ligados”²⁰⁴ e que dariam ao processo oral o seu aspecto particular. Advertindo citado autor²⁰⁵ que esta distinção deveria ser bem compreendida por todos os estudiosos do processo, para que não mais houvesse divergência em torno destas expressões.

Não obstante tal advertência constatou Sergio Costa²⁰⁶ que, mesmo depois de 25 (vinte e cinco) anos do pedido feito por Chiovenda, ainda havia divergência sobre o que se pretendia dizer com as expressões “oralidade” e “processo oral”. Para ele, era “doloroso constatar como as palavras do Mestre sobre a oralidade no processo civil foram escritas sobre a água”²⁰⁷.

3.1.1 Da oralidade ou princípio da oralidade

²⁰³ Tal como observado por Jefferson Carús há uma certa dificuldade e imprecisão no uso destes termos. E esta imprecisão não é apenas privilégio da doutrina brasileira. (GUEDES, Jefferson Carús. O princípio da oralidade – procedimento por audiências no Direito Processual Civil Brasileiro, p. 52),

²⁰⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. Procedimento Oral, p. 55

²⁰⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. *loc. cit.*

²⁰⁶ COSTA, Sergio. L’Oralità ed il Processo Civil Odierno. Rivista di Diritto Processuale Civile, vol. 5, n.1. Padova: CEDAM, janeiro 1950, p.77

²⁰⁷ Tradução livre do original: “doloroso constatare come le parole del Maestro sull’oralità nel processo civile siano state scritte sull’acqua.” (COSTA, Sergio. *loc. cit.*)

Não há como falar de um conceito absoluto de oralidade²⁰⁸, sobretudo, quando é necessário analisar o seu âmbito de aplicação, o seu significado e suas implicações. Esta expressão pura e simplesmente não guarda relação um fim preciso como o é o processo oral. Não obstante, a oralidade representa um meio pelo qual a jurisdição pode ser exercida, e considerada como meio essencial para um determinado caso concreto.

A oralidade não é um princípio que se refira, indiscriminadamente, a todos os atos e fases do processo. A oralidade, em si, apresenta-se com mais ênfase na fase probatória, em que os atos referentes às provas testemunhais, ao depoimento pessoal e pericial, deveriam ser realizados de forma oral. E deste modo, também é equivocado afirmar que oral seja o processo por audiência²⁰⁹. Afinal, não é apenas por conta da realização de atos em audiências, que se poderia dizer que se está frente a um processo oral. Cometendo-se o mesmo erro para quem acredita que oral é o processo pela realização de atos pela forma oral por que realizados em audiência.²¹⁰

Calamandreientendia que a simples locução ‘oralidade’ seria, além de polêmica, “programática e plena de conteúdo”²¹¹. Tal se deve por que, a expressão oralidade, deve ser compreendida para além da forma oral, em contraposição à forma escrita. Por oralidade processual, compreende-se “a concentração do procedimento, a imediação das relações entre as partes e os juízes e, sobretudo, a restauração da

²⁰⁸ Neste sentido, observou Mauro Cappelletti que “non ha in sé nulla di veramente assoluto, di ‘eterno ed immutabile’ e sempre valido quindi per ogni tipo do organizzazione giudiziaria, né rappresenta, in sé e per sé, un preciso fine o valore che possa magari credersi essenziale al processo in genere o al processo civile in specie; ma rapresenta soltanto un mezzo, attraverso il quale il fine (di ‘tutela’ o di ‘attuazione’ o quale ch’esso sia) del processo anzi della giurisdizione può essere perseguito. (CAPPELLETTI, Mauro. La testimonianza della parte nel sistema dell’oralità – contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti, p. 29-30).

²⁰⁹ GUEDES, Jefferson Carús. O princípio da oralidade – procedimento por audiências no Direito Processual Civil Brasileiro, p. 91

²¹⁰ PEYRANO, Jorge W. Nuevos horizontes de la oralidad y de la escritura. Revista eletrônica Temas Atuais de Processo Civil, vol. 2. n. 5, maio 2012, p. 7. Até por que, como ser verá adiante, falar em processo oral implica não só na realização de atos pela forma oral, com a possibilidade intercâmbio de diálogos, como ainda a atuação do que chama de princípios e regras processuais fundamentais, tais como a imediação, publicidade, instrumentalidade, adequação das formas, paridade de armas.

²¹¹ CALAMANDREI, Piero. Instituciones de Derecho Procesal - segun el nuevo Codigo., p. 90-91

autoridade do juiz e a ampliação do seu poder de investigação.”²¹²Desse modo, o termo oralidade seria a síntese e o símbolo do movimento reformador.²¹³

Para Calamandrei, portanto, a oralidade no processo não deve ser vista apenas pela prevalência da palavra como meio de expressão moderada pelo uso da escritura de preparação e documentação, mas também pelo que ela proporciona que é a imediação a ligação entre o juiz e as pessoas cujas declarações irá avaliar; carecendo ainda da identidade das pessoas físicas que constituem o órgão julgante durante o trato da causa, que culmina na concentração dos atos processuais em uma única audiência ou se assim não o for em poucas audiências próximas. E, portanto, ao mencionar apenas a oralidade, poder-se-ia causar naqueles que ainda não compreendem esse princípio confusão com os demais princípios que dele são consectários, acreditando servir ele apenas como uma forma de realização de atos, o que não é.

Assim, embora o termo ‘oralidade’ possa ser programático, ele por si só poderia levar a conclusões equivocadas, tal como o de se admitir apenas oral o processo que ocorra todo ele de forma oral como, por exemplo, o Tribunal de Águas de Valência. Ou mesmo ser considerado oral um procedimento apenas pelo fato de se permitir a colheita de provas de forma oral em audiência.

Com o fito de evitar tal confusão é que Alcalá-Zamora chama a que no lugar da oralidade, ou mesmo do processo oral, o melhor seria utilizar a expressão “processo concentrado”²¹⁴, pois, desse modo, teriam desaparecido as resistências que estão apenas focadas na expressão “oralidade”²¹⁵.

Logo, falar em oralidade ou mesmo em princípio da oralidade por si só, poderia ensejar dúvidas, uma vez que tal princípio vem atrelado a vários outros princípios. Nesse sentido, advertia Chiovenda, que o princípio da oralidade não se contenta

²¹²CALAMANDREI, *loc. cit.*

²¹³CALAMANDREI, Piero. *Oralità nel processo. Opere Giuridiche*, vol I. Napoli: Morano Editore, 1965, p. 451

²¹⁴CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. *Proceso oral y abogacia*, p. 19

²¹⁵CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. *Proceso oral y abogacia*, p. 10. Tradução livre do original: “de manera rotunda que la oralidad por sí sola (recalamos que por sí sola, para evitar tergiversaciones de nuestro pensamiento), es decir, abstracción hecha de otros principios que suelen acompañarla, pero que no son inseparables de ella.”

apenas com uma discussão oral, afirmando que nada adiantaria uma instrução oral, se depois dessa discussão a sentença viesse a ser proferida longos meses e até anos depois. Isto por que: “a discussão oral deve corresponder à conclusão imediata de um debate oral”²¹⁶, na qual a sentença deve ser imediatamente proferida. Inerente ao processo oral, estão atrelados outros princípios, como os princípios da imediação, da concentração e irrecorribilidade das decisões em separado e o princípio da oralidade, todos esses não sobrevivem sozinhos, mas integra um todo, representado pelo processo oral.

Além disso, Nem mesmo poderia se coadunar apenas a expressão “procedimento” oral, pois de acordo com a teoria adotada, o processo é construído em contraditório com a participação dos interessados em simétrica paridade, caracterizado como uma “‘espécie’ do ‘gênero’ procedimento, pela participação na atividade de preparação do provimento, dos ‘interessados’, juntamente com o autor do próprio provimento.”²¹⁷

Ainda que assim não fosse, a oralidade não se conforma apenas com a exteriorização, nem mesmo de rito a ser empreendido²¹⁸. E embora a oralidade possa ser compreendida de forma mais ampla a agregar outros princípios, tais como o da imediação, concentração, publicidade e identidade física do juiz, esses princípios, em hipótese alguma, são inerentes ao procedimento, mas ao próprio processo²¹⁹. Pode, até mesmo, pelo uso da expressão procedimento oral, cair no mesmo erro quando se fala apenas em princípio da oralidade, como a confundi-lo com a forma de exteriorização dos seus atos que ocorreriam pelo meio oral, verbal.

²¹⁶CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil. Tradução de Paolo Capitanio e anotações de LIEBMAN, Enrico Tullio. Campinas: Bookseller, 4ª ed., 2009, p. 1003

²¹⁷GONÇALVES, Aroldo Plínio. Técnica processual e teoria do processo. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 96

²¹⁸CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. Processo oral y abogacia, p. 17

²¹⁹É o processo que se impregna dos princípios da oralidade, publicidade, paridade de armas, concentração, imediatidade e outros. E o *iter* procedimental vai variar de acordo com os vários ordenamentos existentes, permitindo, assim, que haja a participação cada vez mais dos interessados na elaboração e participação do provimento final.

Desse modo, não há como confundir a oralidade com a forma de realização de alguns atos ou mesmo como sua forma de exteriorização²²⁰. Pois, como afirmava Cappelletti²²¹ seria o mesmo que negar a oralidade a sua característica de princípio. Não é pelo predomínio da forma oral em detrimento da escrita que se pode dizer que o processo seria oral. Assim, não se pode conceber que a oralidade esteja presente em determinado processo apenas por que certos atos devam se realizar, em audiência, pois, não basta apenas que sejam realizados de forma oral, uma vez que para verificar se o processo é oral, torna-se necessário a presença de outros princípios²²² que seriam corolários eadjacentes a ele ou mesmo decorrentes dele.

Portanto, entende-se que para evitar equívocos, a melhor expressão a ser adotada é “processo oral”, a fim de evitar confusões em relação à nomenclatura, como fez Enrico Redenti, ferrenho crítico contra a adoção do princípio da oralidade no processo civil²²³, que em tom um tanto quanto jocoso interrogava: “que coisa é isto, como se chama? Oralidade, concentração, *mediatezza*²²⁴ ou imediação? Eu não sei, e ousarei dizer que por este momento não me interessa.”²²⁵

3.1.2 Do processo oral

Os princípios corolários do princípio da oralidade se desmembrados sob o aspecto objetivo e subjetivo, podem ser classificados por seu aspecto subjetivo (imediatez, identidade física do juiz e livre valoração das provas) e os demais pelo seu aspecto objetivo (concentração, irrecorribilidade em separado das

²²⁰Como equivocadamente fez Eduardo J. Couture, para quem a questão da oralidade, na realidade, seria “um problema de forma. A alternativa do legislador consiste em saber se essa expressão deve reger-se pela palavra falada ou pela palavra escrita.”COUTURE, Eduardo J. Oralidade e regra moral no processo civil, p. 29

²²¹CAPPELLETTI, Mauro. La testimonianza della parte nel sistema dell’oralità – contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile, vol 1, p. 145-146

²²² Neste sentido: WACH, Adolfo. Conferencias sobre la Ordenanza procesal Civil Alemana. Lima: Ara Editores, 2006, p. 19-20; FAVELA, José Ovalle. La introducción del material fáctico en el Proceso Civil. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva série, año XLIV, num. 131, mayo-agosto 2011, p. 671, e CALMON, Petrônio. O modelo oral de processo no século XXI. Revista do Processo – RePro nº 178. São Paulo: Ed. RT, 2009, p. 53.

²²³COSTA, Sergio. L’Oralità ed il Processo Civil Odierno, p. 77.

²²⁴No sentido de inspeção judicial. Vide: [http://www.treccani.it/enciclopedia/ispezione-giudiziale_\(Enciclopedia_Italiana\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/ispezione-giudiziale_(Enciclopedia_Italiana)/)

²²⁵REDENTI, Enrico. Sul nuovo progetto del codice di procedura civile. Il Foro Italiano, Vol. 59, Parte IV : Monografie e Varietà. Napoli:Societa Editrice, 1934, p. 189-190. Tradução livre do original: “che cosa è questo e come si chiama? Oralità, concentrazione, mediatezza o immediatezza? Non lo son, e oserei dire che per il momento non mi interessa.”

interlocutórias, paridade de armas, publicidade), embora haja forte influxo subjetivista também nesses últimos. Todos esses estão integrados no processo civil.

Para Giuseppe Chiovenda, assim como para Adolfo Wach²²⁶ o “processo oral” é definido como:

[P]rocesso no qual é o próprio juiz que deve proferir a decisão àquele que recolhe os elementos de sua convicção, quer dizer, o que interroga as partes, as testemunhas, os peritos, e examina por seus próprios olhos os objetos e lugares da controvérsia (princípio da imediação). A fim de que isso se torne possível, impõe-se que o juiz seja a mesma pessoa física do princípio ao fim do tratamento da causa (princípio da identidade do juiz); que as atividades processuais se concentrem em breve período de tempo e se desdobrem sem interrupção, resolvendo-se os incidentes em ato contínuo (princípio da concentração); que o contato entre as partes e o juiz seja imediato, que sirva de meio de comunicação, preferentemente, a viva voz (princípio da oralidade), e que todos os atos processuais se efetivem com a colaboração das partes (princípio da publicidade).²²⁷

Esclarece Chiovenda que a sua escolha pela expressão processo e não pelo princípio da oralidade, deve-se ao fato de que a expressão ‘oralidade’ embora pudesse representar uma fórmula simples e que representaria um complexo de ideias, poderia causar alguns equívocos²²⁸. E que a escolha pela nomenclatura “processo oral”²²⁹ eliminariam estes e outros equívocos, porque nesta expressão estariam contidos todos os demais princípios inerentes e vinculados a oralidade. E, definitivamente, não é pela realização ou pela previsão de alguns atos orais que se poderia dizer que este ou aquele ordenamento se enquadra nos moldes do processo oral.

A expressão processo oral²³⁰, mostra por si, que esse é um processo concentrado, desenvolvido por meio de audiência, para permitir o contato do juiz com as partes e provas, preservando-se, assim, a identidade física do juiz, a imediação e a livre valoração das provas. Portanto, a oralidade liga-se à forma de conceber o processo (seja pela proporcionalidade da participação oral e escrita em cada ordenamento), e à forma que se dá a relação entre o juiz e as partes²³¹.

²²⁶WACH, Adolfo. Conferencias sobre la Ordenanza procesal Civil Alemana, p. 17

²²⁷CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil, 2009, p. 177-178

²²⁸CHIOVENDA, Giuseppe. *op. cit.*, 2009, p. 1002.

²²⁹CHIOVENDA, Giuseppe. L’Oralità e la Prova. Rivista di Diritto Processuale Civile, vol. 1, I, janeiro 1924, p. 9

²³⁰CAPPELLETTI, Mauro. La testimonianza della parte nel sistema dell’oralità – contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile, p. 43

²³¹OTEIZA, Eduardo. Argentina – El fracaso de la oralidade en el proceso civil argentino. Vol.I, València: Universitat de Valencia, 2008, p. 414

3.1.2.1 Formalização dos atos orais

O processo oral, como o nome sugere, não trata da exclusão da escrita²³² no processo, que exerce função predominante para o seu trâmite, inclusive quanto à sua aplicação. Desse modo, tal como reconhecia Giuseppe Chiovenda, “oralidade e escrita são indispensáveis também no processo oral”²³³.

O processo oral necessita da escrita, que tem fator primordial para refrescar a memória do juiz quanto aos atos orais realizados. Nada impedindo, portanto, que esse esteja impregnado de atos processuais escritos. É irrelevante dizer sobre a existência de um processo misto²³⁴.

Portanto, não há como definir um processo em oral ou escrito apenas pela forma de realização de seus atos. O que diferencia um processo de outro é o conjunto de princípios que o orientam, assim, só é possível classificá-lo a partir da análise do todo.

Hoje, já não há como permitir que a formalização dos atos orais se dê apenas pela forma escrita. O Judiciário deve acompanhar o avanço das novas tecnologias, incentivando a formalização dos atos orais em gravações em áudio e vídeo, que melhor que a escrita conseguem conservar gestos, expressões, atitudes, e até mesmo o silêncio (que fala) dos depoimentos das partes, testemunhas e peritos. As novas tecnologias podem servir de auxílio para a conservação dos atos orais.

Barbosa Moreira há muito advertia que os juízes não podem satisfazer-se com as “caricaturas” por vezes até “grotescas, e na melhor da hipótese insípidas”²³⁵ que são fornecidas pelos os termos datilografados contidos nos autos, por acreditar que “a ninguém passará despercebido quão infieis eles costumam ser na reprodução das

²³² Neste sentido: CHIOVENDA, Giuseppe. *L’Oralità e la Prova.*, p. 24; CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de Derecho Procesal Civil - segun el nuevo Codigo*, p. 383-382 e CAPPELLETTI, Mauro. *El Proceso Civil en el Derecho Comparado*, p. 64-65

²³³ CHIOVENDA, Giuseppe. *L’Oralità e la Prova*, p. 24. Tradução livre do original: “verbali e scritte sono indispensabili anche nel processo orale.”

²³⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. *L’Oralità e la Prova*, p.22

²³⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual : quarta série*, p. 152.

declarações prestadas.”²³⁶ E que para evitar esta infidelidade dos termos, o uso da tecnologia, por meio das gravações em vídeo e áudio terá o condão de auxiliar, com mais fidedignidade do que a escrita, a memória das partes e do julgador.

Melhor do que a transcrição dos atos orais para a forma escrita, como são as atas, é a formalização dos atos orais pelas gravações em áudio e vídeo, por meio das tecnologias mais modernas. Barbosa Moreira nos idos de 1988 advertia que “ante a realidade econômica da hora presente, mesmo em países de maior desenvolvimento, é puro sonho pensar na gravação em vídeo tape dos depoimentos, como prática rotineira.”²³⁷ Mas que esta deveria ser a meta a ser perseguida.

O que poderia ser empecilho, até mesmo por razões econômicas, tal como constatado por Barbosa Moreira em 1988, já não se mostra um obstáculo intransponível. Hoje, o processo eletrônico é uma realidade, e para que ele ocorra, é necessário utilizar bons equipamentos, incluindo uma boa máquina com câmeras, muitas vezes, acopladas e cada vez menores, que possibilitam a gravação também em áudio e vídeo.

Há muito a Corte Interamericana de Direitos Humanos utiliza a gravação para documentar os atos orais realizados em processos de sua competência, cuja cópia da gravação é anexada aos autos²³⁸, com cópia para os interessados²³⁹. É

²³⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Temas de direito processual : quarta série, p. 152. Constata Barbosa Moreira que: “Essa infidelidade, não há como deixar de reconhecê-lo, deve-se com frequência, pelo menos em certa medida, aos juízes mesmos, que, ao ditarem o que acabaram de ouvir, cedem à tentação de ‘aprimorar’ os dizeres da parte ou da testemunha, substituindo-lhe o palavreado por outro tido como mais ‘próprio’, suprimindo de modo arbitrário pormenores nem sempre irrelevantes, eliminando ou atenuando contradições percebidas. Semelhante proceder confirma o vetusto adágio sobre o material de que está calçado o caminho para o inferno... Adotando-o, priva-se o juiz – e priva os órgãos a que competirá rever-lhe a decisão – de subsídios inestimáveis e insubstituíveis na valoração do depoimento assim desfigurado. Ainda quando não se incorra em semelhantes erros – aos quais o datilógrafo raramente se furta a ajuntar sua contribuição pessoal...- , a transcrição pura e simples das declarações nada revela do tom em que se expressou o depoente, da ênfase que pôs (ou deixou de pôr) nesta ou naquela afirmação, do tempo que gastou para responder, das alterações de voz e da fisionomia que assinalaram as respostas. Ora, tudo isso é igualmente precioso para a aferição do valor da prova.”

²³⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Temas de direito processual : quarta série, p. 152-153)

²³⁸ Art. 55, 2 do Regulamento: “A Secretaria gravará as audiências e anexará uma cópia da gravação aos autos do processo.” (http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_por.pdf)

²³⁹ Art. 55, 3 do Regulamento: “3. Os Agentes, os Delegados, as vítimas ou as supostas vítimas, ou seus

inquestionável o quão importante são essas gravações para o convencimento do juiz, por ocasião do julgamento na Corte Interamericana. Os juízes da Corte, em seus relatórios de julgamento, em capítulo próprio da decisão que chamam de “valorização das provas”, põem em relevo os depoimentos que tiveram o condão de exercer o seu convencimento acerca do caso em análise, tomando o cuidado de colocar entre aspas as expressões e falas dos testemunhos, o que só é possível pela gravação dos atos realizados de forma oral.²⁴⁰

Os escritos e as gravações são meios utilizados para formalização dos atos orais, que tem o objetivo de auxiliar a refrescar a memória do juiz, servindo de base para a boa e fidedigna fundamentação da decisão. E esta formalização, além de exercer o seu papel preponderante de documentação, auxilia na recorribilidade da decisão, propicia maior publicidade dos atos do processo e consequente controle social dos atos do juiz.

3.1.2.1.1 Influência da prova no processo oral

Para Hans-Georg Gadamer²⁴¹, a escrita só terá vida e só servirá de apoio para a memória se ele for recente. Assim também o será para o processo. O escrito é muito importante para garantir o funcionamento do processo civil, que pretende garantir a fidelidade das provas e “em particular, protege dos perigos da infidelidade da memória do homem.”²⁴²

Na Grécia antiga, houve uma tensão²⁴³ entre a oralidade e a escrita. Platão, ao reportar os ensinamentos de Sócrates, ressaltou que o escrito não teria validade se os ensinamentos não tivessem sido assimilados, compreendidos e vivenciados anteriormente, entendendo que a escrita é pobre frente à palavra

representantes, receberão no menor prazo possível uma cópia da gravação da audiência pública.”

(http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_por.pdf)

²⁴⁰A título de exemplo vale citar o julgamento do Caso Garibaldi vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de septiembre de 2009. Serie C No. 203, vide parágrafos 53; 60-61 e 62 a 70 (http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_203_por.pdf) p

²⁴¹GADAMER, Hans-Georg. Arte y Verdad de la Palabra. Barcelona: Ed. Paidós Ibérica S/A, 1ª ed. 1998, p. 11. Diz citado autor que: “los apuntes privados, las notas, la escritura al dictado. En estos casos es claro que la anotación escrita sólo toma vida recurriendo a la memoria reciente.”

²⁴²CARNELUTTI, Francesco. Cómo se hace um processo, p. 27

²⁴³CASTELLO, Luis Ángel. La tension entre oralidad y escritura en Grecia y el testimonio de Alcídamente de Elea. Buenos Aires: Ed. Facultad de Filosofía y Letras, 2010, p. 328

falada.²⁴⁴ Ao reconhecer que a escrita é mera recordação do que se vivenciou. Pois “antes de começar a ver e ouvir, a sentir, de qualquer modo que seja, é preciso que tenhamos adquirido o conhecimento.”²⁴⁵

Giovanni Reale observa que tamanha era a importância que Platão dava a oralidade, que ele não confiava aos escritos e apenas ao discurso oral “as coisas de maior valor”. O raciocínio de Platão em defesa da oralidade se desdobra da seguinte maneira:

a) a escritura *não aumenta o saber* dos homens, mas aumenta a aparência do saber (ou seja opinião): além disso, *não fortalece a memória*, mas oferece apenas *meios para ‘trazer à memória’* coisas já sabidas.

b) O escrito é sem alma, não é capaz de falar ativamente; além disso, ele *é incapaz de ajudar-se e defender-se sozinho contra as críticas*, mas exige sempre a intervenção ativa do seu autor.

c) Muito melhor e muito mais poderoso do que o discurso confiado à escritura é o discurso vivo e animado, mantido na dimensão da oralidade e, por meio da ciência, gravado na alma de quem aprende; o discurso escrito é como *uma ‘imagem*, isto é, uma cópia, do discurso levado a cabo na dimensão da oralidade.

d) A escritura implica uma parte notável de *‘jogo’*, enquanto a oralidade implica uma grande *‘seriedade’*; e embora esse jogo possa ser muito bonito em certos escritos, muito mais belo é o empenho que a oralidade dialética exige em torno aos mesmos temas dos quais os escritos tratam, e muito mais válidos são os resultados que ela alcança.²⁴⁶

Platão e Sócrates compreendiam que o escrito é sem alma, por não ser capaz de falar ativamente, esse apenas serve de imagem para aquilo que já estava gravado na alma e não satisfaz a curiosidade, não responde as dúvidas, não proporciona uma oralidade dialética. O escrito, portanto, apenas auxilia a memória na lembrança das coisas já sabidas, conhecidas.

Mário Pagano em defesa da oralidade no processo, com base na lição de Sócrates e Platão entendia que:

A escrita, como bem diz Sócrates, segundo Platão, é coisa morta, e só nos fala por um lado, isto é, por meio daquelas plenamente a curiosidade, não responde às nossas dúvidas, não nos apresenta os infinitos aspectos possíveis da coisa mesma. Na viva voz fala também a fisionomia, os olhos, a cor, o movimento, o tom da voz, o modo de dizer, e tantas outras pequenas circunstâncias diversas, as quais modificam e desenvolvem o

²⁴⁴CASTELLO, Luis Ángel. La tension entre oralidad y escritura en Grecia y el testimonio de Alcides de Elea, p. 302

²⁴⁵PLATÃO. Fédon. <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv000031.pdf>, p.19

²⁴⁶REALE, Giovanni. Platão. História da Filosofia Grega e Romana, vol III. Tradução Henrique Cláudio de Lima Vas e Marcelo Perine. São Paulo : Edições Loyola, 2007, p. 15

sentido das expressões gerais e lhes subministram outros indícios a favor ou contra a afirmação da palavra. Essa linguagem muda, a eloquência do corpo, para valer-me da frase de TÚLIO, assim como é mais interessante, assim também é mais verídica do que as palavras, e consegue menos ocultar a verdade. Todos os sinais indicados se perdem na escrita muda, e faltam ao juiz os mais claros e seguros argumentos.²⁴⁷

Posição com qual concorda Chiovenda, para quem:

Na viva voz, fala também o rosto, os olhos, a cor, o movimento, o tom da voz, a maneira de dizer, e tantas outras e variadas pequenas circunstâncias que modificam e desenvolvem o sentido das palavras, e subministram tantos indícios a favor e contra as afirmações das palavras. A língua muda com a eloquência do corpo (...) todos os sinais percebidos se perdem com a escrita muda e faltam aos juízes os argumentos mais claros e certos.²⁴⁸

Bentham, endossando o raciocínio de Sócrates, também reconheceu que:

Não pode o juiz conhecer por suas próprias observações esses caracteres de verdade tão relevantes e tão naturais que se manifestam na fisionomia, no som da voz, na firmeza, na prontidão, nas emoções de medo, na simplicidade da inocência, no embaraço da má-fé; pode-se dizer que ele cerrou a si próprio o livro da natureza, e que ele se tornou cego e surdo em casos nos quais é necessário tudo ver e tudo ouvir. Há, sem dúvida, inúmeras causas em que serão dispensáveis os indícios que podem resultar do comportamento das pessoas, mas é impossível sabê-lo de antemão.²⁴⁹

Nesse contexto, é possível afirmar que os seres humanos se comunicam de modo e meio diversos, seja pelo olfato, paladar, tato, mas, sobretudo, por meio da visão e audição. E os escritos apenas tem o condão de refrescar a memória do leitor, no caso o juiz, se não decorrido tanto tempo entre a realização dos atos orais e a releitura das atas. Por que, na viva voz, como bem reconhece Walter J. Ong existem outros meios de comunicação “não verbais, como os gestos, são intensamente ricos, mas que fundamentadamente rico, todavia, é a língua, o som articulado.”²⁵⁰

E por mais que as atas, os escritos auxiliem na conservação dos atos orais, tem que se observar que a escrita é completamente artificial, pois “não existe maneira de escrever ‘naturalmente’”²⁵¹. O falar é muito mais natural para todos os seres humanos, independentemente da cultura. Portanto, por mais que queira, não se escreve como se fala, a escrita merece uma atenção melhor, a releitura das

²⁴⁷PAGANO, Mario. Considerazioni sul processo criminale. Napoli: Stamperia Dell’Aquila. 1833, p. 16-17

²⁴⁸CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil, vol I, p. 131-132.

²⁴⁹BENTHAM, Jérémie. Traité des Preuves Judiciaires. Tome I. Lexington: Elibron Classics, 2007, p. 301

²⁵⁰ONG, Walter J. Oralità e scrittura – Le tecnologia dela parola. Bologna: Mulino, 1986, p. 29

²⁵¹ONG, Walter J. *op. cit.*, p. 67

palavras, já a forma oral de expressar é espontânea e, por isso, a escrita é tida como criação artificial, que auxilia e conserva os atos realizados de forma oral. A escrita tem a função de refrescar a memória do julgador para que este possa relembrar o que vivenciou em sala de audiência.

Logo, não concebe na atual conjuntura que o único modo de documentação dos atos orais seja apenas a redução, por termo, das falas porque para além do simples falar, existe o silêncio²⁵², os gestos, as expressões do corpo e tantos outros detalhes que podem passar despercebidos numa simples trasladação do que foi falado que, por um átimo, ou mesmo pela forma como foi compreendida a palavra ou mesmo frase escrita pelo escrevente terá o condão de mudar todo o contexto.

3.1.2.1.2 Da função da documentação dos atos orais no processo – poder de influenciar na decisão

Carnelutti meditando sobre a função da escrita no processo, chegou a mesma constatação que Walter J. Ong²⁵³. Dizia ele que “a escrita se presta melhor para a meditação de quem escreve do que de quem lê; o discurso falado move mais fortemente o ânimo de quem fala e de quem escuta.”²⁵⁴ E que, por isso, o ideal e natural para Carnelutti²⁵⁵ é que o processo fosse integrado tanto por um como por outro método, de forma que a discussão não fosse unicamente escrita e nem unicamente oral. A realização dos atos orais no processo serve para auxiliar o juiz no convencimento das alegações feitas pelas partes, pelos peritos e pelas testemunhas acerca da matéria de fato, tendo cada um dos sujeitos do processo, a seu modo, o poder de influenciar²⁵⁶ na decisão a ser proferida, porque o processo é construído em simétrica paridade com a participação de todos os envolvidos.

²⁵²Barbosa Moreira analisando a postura do advogado na influencia do julgamento reconhece que até mesmo a ele é preciso saber o momento correto do calar e do falar. Para ele “tanto é dado influir falando quanto calando... (...), já que, bem ou mal, ele se inclui entre os suscetíveis de repercutir no julgamento.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual: sexta série*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 168)

²⁵³ONG, Walter J. *Oralidade e escritura – Le tecnologia dela parola*, p. 67

²⁵⁴CARNELUTTI, Francesco. *Cómo se hace un processo*, p. 43. Tradução livre do original: “la escritura se presta mejor a la meditación de quien escribe y de quien lee; el discurso hablado mueve más fuertemente el ánimo de quien habla y de quien escucha.”

²⁵⁵CARNELUTTI, Francesco. *op. cit.*, p. 42-44

²⁵⁶MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual: sexta série*. São Paulo: Saraiva, 1997. Que ressalta não só o poder da parte influenciar no julgamento, relembrando o julgamento da cortesã Frinéia, que fora despida pelo seu advogado Hipérides, que com seu brilhante arranca dos julgadores a sua absolvição.

Portanto, a gravação, melhor do que a escrita no processo oral, é um meio de documentação e auxilia na retenção da memória dos atos ocorridos de forma oral, que a seu tempo serão valorados pelo juiz na decisão.

Independente do meio utilizado para a conservação dos atos orais, haverá sempre a possibilidade das provas, pelo tempo decorrido, já não se prestarem a refrescar a memória do juiz quanto ao seu convencimento, uma vez que até mesmo as gravações dos atos orais podem deixar de reter gestos e expressões que não passaram despercebido pelo olhar arguto do juiz e das partes.

Nesse sentido, Bentham²⁵⁷ defendia que (embora estivesse falando apenas das atas escritas, o que também serve para as gravações) o juiz não devia deixar transcorrer tanto tempo, para, depois de ouvir vários e tantos outros testemunhos, tentar revolver a memória apenas com os escritos.

Assim, não se pode apenas confiar nos escritos ou mesmo nas gravações, porque o tempo decorrido entre a colheita da prova e a sua definitiva apreciação fatalmente provocará a perda da utilidade das provas, passando a ser prova morta, que já não mais dialoga com o seu interlocutor e nem mesmo permite reavivar a memória para trazê-la no tempo em que foi obtida. Sobretudo, porque as percepções colhidas na audiência não conseguem ser transcritas para a escrita e nem mesmo congeladas nos vídeos, embora não se negue o grande valor que os novos meios tecnológicos tem para conservação das provas, proporcionando a tão almejada segurança do depoimento prestado em juízo. Dizia Bentham que melhor manter essa “segurança contra os erros e prevaricações dos juízes”²⁵⁸.

A oralidade, no sentido imediato significa que o juiz deve conhecer todas as atividades processuais (as alegações escritas, a petição inicial, as defesas, as provas escritas e oral, os depoimentos pessoais, as perícias, etc.) não só com base em escritos, que são mortos, como também nas impressões absorvidas em sala de audiência, que são revigoradas pelos escritos ou pelas gravações e, por

²⁵⁷BENTHAM, Jeremias. Tratado de las Pruebas Judiciales, p. 107 e 108

²⁵⁸BENTHAM, Jeremias. Tratado de las Pruebas Judiciales, p. 108

consequência lógica, exige-se que a sentença seja proferida por quem participou dessas atividades realizadas pela forma oral.

Não sem razão, é que se exige que no processo oral se respeite não só a identidade física do juiz, como também a concentração dos atos, sob pena de se perderem todas as impressões recebidas em sala de audiência, transformando-se as atas escritas ou gravadas em meros documentos sem vida, sem cor, sem impressões, que nada falam, que não se manifestam e nem deixam exalar as impressões percebidas no calor das emoções, e nem mesmo os modos, os gestos e o silêncio (por vezes sepulcral) dos testemunhos e depoimentos das partes, que falam, mesmo quando não querem falar. E com isto, perde-se a influência das partes, dos testemunhos no livre convencimento do juiz.

3.2 Princípios do processo oral

Para que se possa afirmar se um processo é oral, faz necessária a presença não só da oralidade em si, mas que também sejam observados alguns outros princípios que serão analisados um a um a seguir. Com a observância e presença indissociável destes princípios, é que se pode afirmar estar ou não diante de um processo oral.

3.2.1 Da identidade física do juiz

Inicialmente, cumpre observar que todos os princípios que orientam o processo oral convivem em harmonia plena, estando interligados, numa interconexão necessária e dependente. O princípio da identidade física do juiz, mais do que qualquer outro princípio, está intimamente ligado ao princípio da imediatidade²⁵⁹. De nada adiantaria a identidade física do juiz sem a imediação ou vice-versa. Pode-se afirmar que há uma integração de total dependência entre esses princípios. Nesse sentido, dizia Chiovenda que:

²⁵⁹ De tão ligados que são referidos princípios (identidade do juiz e imediatidade) é que seria até mesmo equivocado estudá-los em separado, por serem ambos informadores a seu próprio tempo do sistema formal da oralidade. E deste modo, apenas para fins didáticos é que os referidos princípios serão analisados em separado. Não obstante, a identidade física do juiz seja absorvida pela imediação. Neste sentido: ALONSO, Carlos de Miguel y. El principio de la inmediación dentro del sistema formal de la oralidad. Boletín Mexicano de Derecho Comparado n. 24. México: Instituto Investigaciones Jurídicas – UNAM, 09-12/1975, p.793.

É claro, com efeito, que tanto a oralidade quanto a imediação são impraticáveis se os diversos atos processuais se desenvolvem perante pessoas físicas a cada trecho variadas; pois que a impressão recebida pelo juiz que assiste a uma ou mais atos não se pode transfundir no outro que tenha de julgar, mas somente se lhe poderia transmitir por meio da escrita, e, em tal hipótese, o processo, que seria oral em relação ao juiz instrutor, tornar-se-ia(*sic*) escrito relativamente ao julgador.(...) É como se o processo fosse um quadro, uma estátua, um edifício, que um artista pode esboçar e outro concluir, e não uma cadeia de raciocínios, que exige, quanto seja possível a unidade da pessoa, que o realiza.²⁶⁰

Por esse princípio, não é possível que seja iniciada a instrução por um juiz e que outro, que nada viu ou ouviu, profira a decisão. O processo não é, como afirmado por Chiovenda²⁶¹, um quadro, nem um edifício e muito menos uma obra qualquer que possa ser iniciada por um e concluída por outro. Não se permite no processo oral que o juiz que não participou da instrução probatória decida com base em impressões recebidas por outro juiz. Sob pena, do processo ser oral para o juiz instrutor e escrito para o juiz julgador, que baseará sua decisão nas atas. Transmutando-se a prova de oral para uma prova escrita, cujo convencimento do juiz já não será tão pleno e o poder de influência das partes e testemunhas seria reduzido a letra morta e fria, como é a escrita.

Calamandrei há muito advertiu que o juiz não pode apenas se limitar a ler e aplicar uma solução hipoteticamente prevista no código, porque a ele cabe “buscar em seu íntimo sentido de justiça uma solução ‘caso por caso’, fabricada, por assim dizer, não em série, mas sob medida.”²⁶² O papel do juiz não se reduz a mera aplicação de silogismos, porque se assim fosse, seria pobre, estéril. O papel do juiz é algo melhor, é a própria “criação que emana de uma consciência viva, sensível, vigilante, humana. É precisamente este calor vital, este sentido de contínua conquista, de vigilante responsabilidade que é necessário apreciar e incrementar o juiz.”²⁶³

O princípio da identidade física é imprescindível para a existência do processo oral, uma vez que a sentença só poderá ser proferida²⁶⁴ por quem tomou assento na

²⁶⁰CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil, 2009, p. 1006-1007

²⁶¹CHIOVENDA, Giuseppe. *loc. cit.*

²⁶²CALAMANDREI, Piero. *Proceso y Democracia*, p. 69. Tradução livre do original: “buscar en su intimo sentido de justicia una solución ‘caso por caso’, fabricada, por así decirlo, no en serie, sino en medida.”

²⁶³CALAMANDREI, Piero. *loc. cit.* Tradução livre do original: “creación que emana de una conciencia viva, sensible, vigilante, humana. Es precisamente este calor vital, este sentido de continua conquista, de vigilante responsabilidad que es necesario apreciar e incrementar en el juez.”

²⁶⁴WACH, Adolfo. *Conferencias sobre la Ordenanza procesal Alemana*, p. 23.

audiência, e que a viva voz viu e ouviu os testemunhos e as partes e que percebeu suas impressões, seus gestos e suas atitudes. O juiz no processo oral deve ser mais ativo, diligente, vigilante, interessado, enfim, mais humano, permanecendo mais que atual a advertência de Calamandrei que dizia que “justiça significa compreensão, porém o caminho mais direto para compreender os homens é aproximar deles com sentimento.”²⁶⁵

E só haverá sentimento se o juiz estiver em contato com as partes, participando ativamente da colheita das provas, instruindo verdadeiramente o processo, procurando identificar os pontos nevrálgicos do conflito, advertindo as partes sobre a condução e melhor forma de provas a serem realizadas. Tal só é possível se o juiz se põe verdadeiramente em contato com as partes e as testemunhas. De nada valerá que a instrução seja realizada por um juiz e finalizada por outro, porque, aí sim, terá perdido todo o sentido da identidade física do juiz e, conseqüentemente, da imediação.

Bentham há muito afirmou que cisão de duas funções (a de colher as provas e a de decidir) não apresenta qualquer utilidade, porque “o juiz que não ouviu as testemunhas, nunca poderá estar assegurado de que as peças escritas representem fielmente o testemunho oral, nem que este tenha refletido exatamente e completamente o que se deu na sua origem.”²⁶⁶ Tanto se faz necessária a presença do juiz nas audiências que havendo alteração entre o juiz que presenciou e que colheu as provas e o que virá a proferir a sentença, o melhor a fazer é repetir²⁶⁷ todo o debate diante do juiz que irá efetivamente julgar o processo. Sob pena da transmutação da prova oral em escrita.

²⁶⁵CALAMANDREI, Piero. *Proceso y Democracia*, p.97. Tradução livre do original: “justicia significa comprensión, pero el camino más directo para comprender a los hombres es el de aproximarse a ellos con el sentimiento.”

²⁶⁶BENTHAM, Jeremias. *Tratado de las Pruebas Judiciales*, p. 148-149. Tradução livre do original: “El juez que no ha oído a los testigos, nunca puede quedar asegurado de que las piezas escritas representen fielmente el testimonio oral, ni que este haya sido exacto y completo en su origen.”

²⁶⁷ Quanto ao tema em questão, reconhece Peyrano que razão assiste a Ortells quando este afirmar que no processo oral há a necessidade de “que sólo los jueces y magistrados que, integrando el órgano jurisdiccional, han presenciado y dirigido la práctica de los medios de prueba en los actos del juicio o de la vista, pueden dictar sentencia en el proceso correspondiente.” (PEYRANO, Jorge W. *Nuevos horizontes de la oralidad y de la escritura*. Revista eletrônica. *Temas Atuais de Processo Civil*, vol. 2. n. 5, maio 2012, p. 14)

A prova realizada frente aos olhos, ouvidos e percepção do próprio juiz que irá julgar a causa é que se mantém como prova oral, pois só o juiz que a colheu terá percebido as impressões que são impossíveis de serem transpostas para a escrita. Em audiência, sabe-se que não é só o falar que é levado em consideração, mas também o olhar, o comportamento, os gestos, o modo, a insegurança e até mesmo o silêncio e tergiversações. Enfim, na sala de audiência é observada a linguagem corporal que também é analisada e ponderada pelo juiz no momento em que irá proferir a sua decisão, o que o fará pelo livre convencimento.

Não haverá sentimento, e nem mesmo a livre convicção, se o juiz não se aproximou das partes, se delas próprias não ouviu e nem sentiu as suas alegações. Permitir, portanto, que seja cindida a colheita das provas e a prolação da sentença por juízes distintos é o mesmo que permitir o retorno ao processo comum. E, se assim ocorrer, haverá completa contradição aos princípios que orientam o processo oral, pois, se ao juiz do processo eminentemente escrito, como era o processo comum, falta aquilo que só apenas consegue perceber o juiz que instrui e que também profere sentença, resulta negativo a livre valoração da prova.

Não há como conceber a figura do juiz instrutor (que colhe as provas orais) dissociada do juiz prolator da sentença que existia no processo comum. Nesses casos, assim como o que ocorre no Brasil, pela existência dos assessores e constantes mudanças dos juízes das comarcas, não há qualquer vantagem ao livre convencimento. A separação das funções de recolher as provas e de decidir o processo é nefasto e inconveniente, uma vez que o juiz prolator da decisão que não esteve presente nas audiências e nem teve a oportunidade de entabular um diálogo com as partes e testemunhas, não terá condições de proferir uma decisão com base nas suas impressões imediatas.

Esta figura dissociada do juiz que julga e do juiz que instrui, significa também a renúncia da imediatidade na assunção da prova, fazendo com que a prova que era oral se torne uma prova escrita, a exemplo do que ocorria no processo comum, e que tanto lutaram os oralistas ou reformistas para eliminar. Se o processo é tido

como oral “é absolutamente imprescindível que a audiência seja presidida, ao longo de toda realização, pelo juiz.”²⁶⁸

É nisto que consiste a arte do processo, a arte de saber administrar as provas, de ouvir as partes, para, por meio delas, extrair o quanto possível a veracidade dos fatos alegados, estando o juiz livre para exercer o seu convencimento.

3.2.2 Da Imediação

Como visto acima, não se concebe o processo oral sem a imediação²⁶⁹. Por imediação, entende-se o princípio que está intimamente ligado ao princípio da identidade física do juiz. É por meio dele que se assegura ao juiz o conhecimento direto do objeto da demanda²⁷⁰. Ao juiz que caiba proferir a sentença, será ele o legitimamente autorizado para a colheita das provas, a estar em contato direto com as partes, pois do contrário, se se permitisse que um juiz instrísse o processo e outro proferisse a decisão, maculado estaria o processo oral. Como diz Alcalá-Zamora²⁷¹, estas sentenças baseadas em provas colhidas por outro juiz, é uma sentença fundada em um “conhecimento incompleto”.

Embora todos os demais princípios estejam intimamente relacionados no processo oral, é na imediação que se constitui a essência²⁷² do processo oral. Entendimento esse, com o qual coaduna Barbosa Moreira, que reforçando as boas razões de Sentis Melendo²⁷³, afirma ser antes um imediacionista que um oralista,

²⁶⁸MOREIRA, José Carlos Barbosa. Temas de direito processual : quarta série, p. 139

²⁶⁹HIRSCH, Günter. Oralidad e intermediación del proceso. Tensión entre los parámetros constitucionales y los aspectos de la economía procesal en el procedimiento judicial. Revista Mexicana de Justicia, nº. 14. México: Reforma Judicial, 2009,p. 192

²⁷⁰SIMÓN, Luis María. Uruguay - La prueba entre la oralidad y la escritura., València: Universitat de Valencia, 2008, p. 392

²⁷¹CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. Introducción al Estudio de la Prueba, p. 121

²⁷² Neste sentido: AROCA, Juan Montero. Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Texto base de la conferencia pronunciada en las XVII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, p. 607 e ROSEMBERG, Leo. Tratado de Derecho Procesal Civil., p. 395.

²⁷³ Dizia ele que “La trascendencia, o la gravitación, del principio de oralidad no puede compararse con la que tiene el principio de intermediación en la vida del proceso. Debo de decir una vez más soy imediacionista antes o más que oralista...”. (SENTÍS MELENDO, apud PÉREZ, Marta del Pozo. La quiebra de la intermediación en la segunda instancia del proceso civil, p.235)

porque“quando duas ou mais pessoas se encontram frente a frente, a forma de comunicação mais natural entre elas não é a troca de escritos, e sim falar.”²⁷⁴

O falar flui mais naturalmente do que o escrever e não se escreve como se fala. A escrita não consegue representar tudo o que se ouve, se fala, se manifesta. E, por isso, a imediação é um princípio inerente e essencial do processo oral, embora não seja o único. O que não passou despercebido de Chiovenda²⁷⁵ que também via no princípio da imediação a essência do processo oral, por considerar que só seria possível a plena eficácia do processo oral se houvesse a imediação, e se permitisse um diálogo entre os interessados e o juiz.

Só o juiz que teve contato direto e imediato com as provas é que poderá, portanto, perceber as reações, as vacilações, as pausas, as expressões, manifestações corporais essas impossíveis de serem transpostas para as atas das audiências. Haveria grande perda para o juiz que viesse a ter contato com as provas apenas por meio das atas. Sem dúvida, para a instrução e a valoração das provas, não há o mesmo valor se ela foi recebida por outro juiz, que não o que as imediou.

Portanto, por mais que os depoimentos orais sejam transpostos para o papel, ainda assim há perda considerável do ato oral realizado. Mário Pagano²⁷⁶, assim como Bentham²⁷⁷, há muito advertiam que basta uma palavra trocada ou mesmo uma vírgula inexistente para alterar todo o sentido do depoimento. Afinal, o juiz que não ouviu as testemunhas, que não participou das audiências, não estará seguro quanto ao que consta das atas, pois não há como inferir se essas efetivamente representam o que se deu na época da realização dos atos, ou mesmo se representam com fidelidade o testemunho oral.

²⁷⁴MOREIRA, José Carlos Barbosa. Temas de Direito Processual: terceira série., p. 58. Tradução livre do original:“cuando dos o más personas se encuentran cara a cara, la forma de comunicación más natural entre ellas no es el cambio de escritos, sin el habla.”

²⁷⁵CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil, 2009 p. 1006

²⁷⁶PAGANO, Mario Pagano. Considerazioni sul processo criminale, p. 75

²⁷⁷BENTHAM, Jeremias. Tratado de las Pruebas Judiciales, p. 148-149

Reconhece-se, assim, que a prova oral colhida por quem não venha a ser o prolator da sentença, nada mais é do que uma prova escrita^{278,279}. O escrito, como dizia Platão, é morto, nada fala, ouve, manifesta. Perde-se os atributos do processo oral quando não respeitada a imediação e, conseqüentemente, a identidade física do juiz.

Se assim não fosse, questiona-se como poderia o juiz que não o que colheu as provas proferir sua decisão com base nas impressões recebidas por outro. A resposta para isso, se dá no sentido de exigir que sejam respeitados não só a imediação como a identidade física do juiz, permitindo-se assim manter incólume as impressões²⁸⁰ recebidas via atos orais. Ao juiz caberá conduzir a audiência da melhor forma, porque só assim será possível que as provas nela colhidas sejam de uma qualidade bem superior a das provas obtidas por meio do processo escrito. Nesse sentido, reconhece Barbosa Moreira que é na audiência que o juiz terá:

[C]ontato mais intenso com a causa e com os respectivos protagonistas, cuyas reações se lhe abre a possibilidade de observar desde esse instante, mais cedo que de ordinário, o que presumivelmente lhe ministrará úteis elementos de avaliação. Claro está que semelhante vantagem se reduz bastante quando à audiência comparecem unicamente advogados, não as próprias partes, e se extingue de todo, se o juiz que a preside não se mantém na direção do processo até o julgamento.²⁸¹

Considerando que em audiência é o melhor meio²⁸² que o juiz tem para observar e verificar o conjunto probatório trazido pelas partes, ou mesmo aquelas por ele ordenada por iniciativa própria. É nela que o juiz poderá, portanto, ainda que não tenha conhecimentos profundos de psicologia, analisar o comportamento das partes.

²⁷⁸ Tavolari Oliveros reconhece que: “es, como sabemos, en la exposición oral de los relatos, en los que cobran toda su relevancia, el lenguaje no verbal o corporal, el de los gestos, de las expresiones, de los tonos de voz, el de los silencios, el de los balbuceos, que terminan constituyendo aspectos irreproducibles en actas y, casi, me atrevo a pensar, difícilmente advertibles en reproducciones de imágenes y sonido.” (OLIVEROS, Raúl Tavolari. Chile – La prueba entre la oralidad y la escritura. València: Universitat de Valencia, 2008, p. 408)

²⁷⁹ TARUFFO, Michele. Oralidade y escritura como factores de eficiência en el proceso civil. València : Universitat de Valencia, 2008, p. 213-214

²⁸⁰ Para Bentham “El juez no puede ya conocer la verdade por rasgos visibles, que dependen de la fisionomía, del tono de voz, de la firmeza, de la prontitud, de las emociones del temor, de la simplicidad de la inocencia, y de la turbación de la mala fé: puede decirse que el juez se cierra á si mismo el libro de la naturaleza, y que se hace ciego y sordo en el caso precisamente en que está obligado á ver y oír todo lo que pasa. Hay sin duda muchas causas en que no hay necesidad de prestar atención á los indicios que pueden resultar del comportamiento de las personas, pero es imposible juzgar asi con anticipación.” (BENTHAM, Jeremias. Tratado de las Pruebas Judiciales, p. 148).

²⁸¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Temas de direito processual : quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 136-137)

²⁸² SIMÓN, Luis María. Uruguay - La prueba entre la oralidad y la escritura. València: Universitat de Valencia, 2008, p. 393

É intuitivo, até mesmo para o juiz perceber pela expressão, pelo comportamento das partes e das testemunhas, o que só pode ocorrer por meio de uma observação direta²⁸³. Nesse sentido, reconhece Michele Taruffo que o juiz é dotado de uma psicologia amadora, segundo a qual quem “julga os fatos é capaz de determinar a credibilidade do testemunho por mera observação direta de sua conduta, e de sua *linguagem corporal*, de seus modos de falar, de contestar, de sua assertividade ou de sua timidez, entre outras questões.”²⁸⁴

A ausência da imediação além de impossibilitar a real e efetiva apreciação comportamental, faz com que o processo se desfragmente em vários atos escritos, culminando no aborto de outro princípio atrelado ao processo oral, qual seja, o da concentração. E, desse modo, sem a imediação, o processo será dominado pela escrita, pois “a imediação entre o juiz e as partes, o caráter público do processo, com concentração, acentuam a necessidade da forma oral.”²⁸⁵

O processo oral não existe apenas pela presença de um só destes princípios²⁸⁶. O princípio da identidade física do juiz se liga ao princípio da imediação, e esses, por seu turno, ligam-se numa corrente única ao princípio da concentração, que une ao do livre convencimento. Torna-se indispensável que também estejam presentes no processo oral os princípios da publicidade, da livre valoração das provas, do contraditório dinâmico com a participação ativa das partes e do juiz.

²⁸³ “La referida percepción directa judicial que permite la intermediación procesal mediante la actuación de la prueba frente a los ojos y oídos judiciales, posibilita que el magistrado presente perciba también, por ejemplo, el llamado lenguaje corporal o no verbal que integra la comunicación junto con el verbal. Es que toda comunicación personal utiliza dos medios, uno verbal y el otro gestual. Por eso se ha dicho que es casi tan necesario ver el interrogatorio como oírlo. En el punto es tradicional recordar la frase de Ayrault que advierte que “cuando la boca calla, los gestos hablan.” (PEYRANO, Jorge W. Nuevos horizontes de la oralidad y de la escritura. Revista eletrônica Temas Atuais de Processo Civil, vol. 2. n. 5, maio 2012, p. 17-18)

²⁸⁴TARUFFO, Michele. Oralidade y escritura como factores de eficiencia en el proceso civil, p. 213-214. Tradução do original: “juzga los hechos es capaz de determinar la credibilidad del testigo con una mera observación directa de su conducta, de su *lenguajecorporal*, de sus modos de hablar, de contestar, de su asertividad o de su timidez, entre otras cuestiones.”

²⁸⁵OTEIZA, Eduardo. Argentina – El fracaso de la oralidade en el proceso civil argentino. In - CARPI, Federico y RAMOS, Manuel Ortells (org.) Oralidad y Escritura en un Proceso Civil Eficiente – Ponencias generales e informes nacionales. Vol.I, València: Universitat de Valencia, 2008, p. 415-416. Tradução do original: “la intermediación entre el juez y las partes, el carácter público del proceso, con concentración, acentúan la necesidad de la forma oral.”

²⁸⁶RUIZ, Juan Cámara. Las facultades del juez en la actividad probatoria y la oralidad. In - CARPI, Federico y RAMOS, Manuel Ortells (org.) Oralidad y Escritura en un Proceso Civil Eficiente – comunicaciones. Vol.II, València: Universitat de Valencia, 2008, p. 165-166

Assim, reconhecem Joan Picó I. Junoy e Elisabet Cerrato Guri²⁸⁷ que a oralidade só atingirá a sua máxima eficácia, não só pela atuação do processo pela forma oral, como pela estrita observância de todos os princípios, sobretudo, a imediação e a identidade física do juiz, por permitirem às partes conhecerem o rosto do juiz, aproximando-se o juiz dos jurisdicionados.

A imediação permite não só essa aproximação, o conhecer a face do juiz e esse a face dos jurisdicionados, como também o de permitir ao juiz conhecer os fatos, para que sem filtros e intermediários, em contraditório, chegue o mais próximo possível da realidade. O que só poderá chegar se tiver acesso direto não só com as partes, mas também com os testemunhos, estando, desse modo, a exercer o seu juízo de valor, e, portanto, o seu livre convencimento²⁸⁸.

Além do mais, a imediação possibilita que a justiça se torne mais humana²⁸⁹, por aproximar o juiz dos jurisdicionados, para que ambos se conheçam, possam falar e serem ouvidos, e juntos encontrarem a melhor solução para o conflito, ou, se assim não for, o de poderem exercer a devida influencia no convencimento do juiz, e participarem em simétrica paridade da construção do provimento final.

3.2.3 Da Concentração dos atos

A concentração para o processo oral reside na circunstância de que tendo o juiz o contato imediato com as provas, e passando ele a ter a base suficiente para proferir sua decisão em suas íntimas convicções, torna-se necessário que essa seja proferida em curto espaço de tempo, evitando que o tempo corrompa e fulmine o convencimento do juiz frente as provas diante dele realizadas. Ora, uma vez estendida em demasia a decisão, haverá uma perda substancial das impressões por ele percebidas e que dificilmente são transpostas para a escrita.

²⁸⁷JUNOY, Joan Picó I. GURI, Elisabet Cerrato. El control de la valoración judicial de las pruebas personales en la segunda instancia civil. In - CARPI, Federico y RAMOS, Manuel Ortells (org.) Oralidad y Escritura en un Proceso Civil Eficiente – comunicaciones. Vol.II, València: Universitat de Valencia, 2008, p.225.

²⁸⁸RODRÍGUEZ, Nicolás Cabezu. Aproximación a la teoría general sobre el principio de inmediación procesal. De la comprensión de su trascendencia a la expansión del concepto. València: Universitat de Valencia, 2008, p. 319-32.

²⁸⁹GUILLÉN, Víctor Fairén. La Humanización del Proceso: Lenguaje, Formas, Contacto entre los Jueces y las Partes desde Finlandia hasta Grecia. Revista de Processo, vol. 14. São Paulo: RT, Abril 1979, p. 142-143.

Com razão, o princípio da concentração é também um dos princípios inerentes ao processo oral, uma vez que as emoções, as observações, o modo, o comportamento, as expressões e a fala são elementos que por mais que o juiz queira, não há como transcrevê-las para a escrita ou mesmo congelá-las nas gravações. Quanto mais tempo passar entre a colheita das provas e a decisão do juiz, haverá maior probabilidade de que estas situações vivenciadas em sala de audiência se percam, podendo, com o decurso do tempo ser até mesmo apagadas da memória do juiz. Sem contar a sempre possível alternância de magistrados, seja por morte, doença, promoção e remoção. Tal ocorrendo, o prejuízo será maior para o jurisdicionado, posto que as provas colhidas por um juiz serão analisadas por outro juiz que vier em substituição àquele, perdendo-se por completo a natureza das provas orais, que passam a ser escritas.

Para Montero Aroca²⁹⁰ poder-se-ia dizer que a concentração constituiria na principal característica do processo oral, de modo a evitar “o perigo de que as impressões recolhidas na memória do juiz se apaguem, como os incidentes, os quais devem ser resolvidos em audiência.” A concentração é vista assim como uma condição²⁹¹ *sine qua non* para o processo oral. Não obstante, a concentração em si mesma, nada mais é que um aspecto temporal da imediação, cuja função é de evitar a perniciosa consequência prática pelo decurso do tempo.

Para Alcalá-Zamora²⁹² tamanha é a importância da concentração para o processo oral que, para ele, o nome deste deveria ser “processo concentrado”. Chiovenda assim também reconhecia. Entendia ele que a concentração seria a principal característica *exterior* do processo oral, sendo ainda o princípio que mais teria condições de influir no tempo e na consequente abreviação do processo. Afirmava que a concentração deveria predominar no processo oral, em que depois de finda a audiência ou o debate, a sentença deveria ser imediatamente proferida, só sendo

²⁹⁰AROCA, Juan Montero. Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil., p. 607-608. Tradução livre do original: “el peligro de que las impresiones recogidas en la memoria del juez se borren, como a los incidentes, los cuales deben ser resueltos en la audiencia misma.”

²⁹¹CAPPELLETTI, Mauro. La testimonianza della parte nel sistema dell’oralità – contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile, vol 1, p. 128

²⁹²CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. Estudios de Teoria General e Historia del Proceso (1945-1972), p. 19

concedido prazo para que fosse ulteriormente proferida “nos casos mais graves”, mas desde que fosse ela “formulada e publicada em brevíssimo prazo ulterior.”²⁹³

Tal se deve por que o rendimento da oralidade será tanto melhor, se os atos ocorrerem de forma concentrada, mostrando-se a concentração um dos pilares²⁹⁴, ao lado da imediação e identidade física do juiz, de sustentação do processo oral. Quando se pensa em um processo que respeite o princípio fundamental da duração razoável do processo, é que os doutrinadores²⁹⁵ apontam o processo oral como opção para aplacar a morosidade da justiça, e justamente por conta da concentração dos atos que é imprescindível no processo oral.

Do contrário, caso não haja respeito à concentração dos atos, de nada adianta ter um processo oral. De nada vale observar os demais princípios do processo oral, se a decisão vier depois de longos dias, meses e até mesmo anos do encerramento da fase probatória.

Nesse sentido, o princípio da concentração tem como objetivo evitar que, entre o tempo da realização da audiência e a prolação da sentença, as impressões obtidas quando da colheita das provas orais se percam e elas sejam eliminadas por dispersão do tempo, evitando-se, portanto, que o caos se instaure pela demora entre um e outro ato processual. Para exemplificar, tem-se a experiência do milenar Tribunal de Águas de *Vega Valencia*, mostrando que os seus bons resultados só são atingidos por conta da concentração dos atos, em que as demandas efetivamente são encerradas no prazo razoável.²⁹⁶

Além do tribunal espanhol, também pode ser dado como exemplo o que vem ocorrendo no âmbito do Tribunal Regional Federal da 1ª Região por meio dos Juizados Especiais Itinerantes, instituídos com objetivo de levar à população mais

²⁹³CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil, 2009, p. 1007

²⁹⁴CAPPELLETTI, Mauro. La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità – contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile, p. 130. Para quem o processo oral, há necessária e estreita relação entre a imediatidade, a oralidade, o livre convencimento e a concentração, numa interdependência recíproca.

²⁹⁵Neste sentido: MOREIRA, José Carlos Barbosa. La Significación Social de las Reformas Procesales. Revista de Processo, vol. 131. São Paulo: RT, janeiro 2006, p. 157-159.

²⁹⁶GUILLÉN. Victor Fairén. El proceso oral y eficaz ante el milenar Tribunal de las Aguas de Valencia, p. 34-35

carente e moradores de locais inacessíveis o acesso à justiça por meio da interiorização da justiça federal que, pela distância e carência não conseguiriam tê-lo facilmente. Os juizados especiais itinerantes se realizam em três fases, iniciando-se pela divulgação à comunidade, passando em seguida para a atermção e finalmente e última e terceira fase da audiência. Observando-se pelos dados²⁹⁷ disponibilizados que, até por força do tempo em que os juizados ficam nessas regiões, que os processos são julgados em curto espaço de tempo, em respeito não só à concentração dos atos, como a imediação e a identidade física do juiz. E, por consequência, as decisões são proferidas, se não na própria audiência, o são em pouco tempo, isso quando o acordo não foi o fim do processo. Os acordos firmados em sua maioria ultrapassa a casa dos 50% (cinquenta por cento).

Um dos piores inimigos do processo oral, se não o pior, é a sobrecarga²⁹⁸ de trabalho do juiz que, por excesso de processos no gabinete, não encontra condições de agendar e cumprir os prazos determinados no Código de Processo Civil. No Brasil, os dados do Conselho Nacional de Justiça²⁹⁹ mostram que, em média, cada juiz brasileiro de primeiro grau tem em torno de 5.869 (cinco mil oitocentos e sessenta e nove) processos em seu gabinete para julgar. Sendo, portanto, impossível de ser observado este princípio, a não ser que, cumpram os juízes o prazo tal como previsto no artigo 189, inciso II do CPC/1973, assim como o fazem os juízes trabalhistas, e profiram a decisão em audiência ou no máximo em 10 (dez)³⁰⁰ dias. A permanecer da forma como está, em que depois de colhida a prova, a sentença venha meses e anos depois, de nada valerá a exigência da concentração dos atos, se não tiver sanção ao juiz que o descumprir³⁰¹. Até por que, utilizando

²⁹⁷ Disponível no site <<https://portal.trf1.jus.br/portaltrf1/juizado-especial-federal/jef/juizado-especial-federal/jef-itinerante/>> acesso em 13 de janeiro de 2015.

²⁹⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Temas de direito processual : quarta série, p. 137. Para quem o que mais prejudica à técnica oral, é, sem dúvida, “a sobrecarga de trabalho do juiz, uma vez que prejudica que a audiência seja marcada para datas distantes, por escassez de datas livres em sua agenda, onde em se assim sendo, acaba por prevalecer o processo escrito.”

²⁹⁹ Dados este que são de 2011 do relatório Justiça em Números (www.cnj.jus.br) demonstram que, enquanto um juiz da primeira instância tem em média 5.860 processos para julgar por ano, um desembargador tem em média 3.026 ações, em média. (<http://www.conjur.com.br/2013-out-14/cnj-problema-judiciario-excesso-aco-es-instancia>)

³⁰⁰ No Novo Código de Processo Civil, este prazo é de 30 (trinta) dias (art. 224, inciso III) O que é um prazo extremamente longo, se considerado que os prazos serão contados em dias úteis (art. 217)

³⁰¹ HADDAD, Carlos Henrique Borlido. Fatores de produtividade: proposta de avaliação do desempenho do magistrado federal. Administração da Justiça Federal : concurso de monografias, 2004/ Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários. Brasília : CJF, 2005, p. 37

inadequadamente a técnica oral, e só depois de longo tempo vier o juiz a proferir a sua decisão é melhor que não tivesse nenhuma.³⁰²

A concentração é indispensável para preservar os atos orais realizados. Quando não há a concentração dos atos, e se decorrido muito tempo entre a colheita da prova e a decisão, certamente o juiz, quando, finalmente, vier proferir a sentença, não mais se valerá de uma prova oral para fundamentar o seu convencimento. Restando-lhe, apenas, como única fonte, os escritos, e sobre eles devendo julgar os fatos³⁰³, transmudando-se a prova oral para escrita. E, conseqüentemente, transmudando-se por completo a prova que deveria ser de livre valoração como são as provas orais, passando a ser essa uma prova legal, como são as provas escritas³⁰⁴.

Um processo fracionado e diluído no tempo não poderia eficazmente e eficientemente sobreviver com os princípios que orientam o processo oral, porque esse processo fragmentado se adapta muito bem ao processo escrito, mas não ao processo oral. Porque o tempo que decorre entre a audiência e a sentença, por si, pode causar sérios danos ao processo oral. Ainda que existam as atas das audiências, apenas servem para refrescar a memória do juiz. Mas, que memória existirá se decorrido muitos dias, meses e anos entre a audiência e a sentença? Logo, a celeridade decorrente da concentração dos atos no processo oral é imprescindível.

3.2.4. Do Livre Convencimento

O movimento reformador, e que se denominou por oralidade, também teve dentre os seus pleitos, o de abolir a tarifação das provas legais³⁰⁵, permitindo que o

³⁰² Neste sentido, diz José Carlos Barbosa Moreira, que “a utilização inadequada da técnica oral pode oferecer maiores perigos do que todo o conjunto de aspectos negativos da técnica escrita. Em última análise, a uma audiência mal realizada é preferível nenhuma. Aqui como alhures, *corruptio optimi péssima.*” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Temas de direito processual : quarta série, p. 137)

³⁰³ TARUFFO, Michele. Oralidade y escritura como factores de eficiencia en el proceso civil., p. 216. Reconhe Taruffo que se o juiz proferir a decisão depois de passado tanto tempo da audiência da colheita da prova oral, não tem dúvida de que estará diante de uma “auténtica fuente de la decisión será un acta escrita, y no una prueba oral.”

³⁰⁴ TARUFFO, Michele. Oralidade y escritura como factores de eficiencia en el proceso civil, p. 212-213.

³⁰⁵ A livre apreciação das provas, não seria o arbítrio, ou mesmo o capricho do juiz por ocasião da apreciação das provas, por livre apreciação significa que o “juiz não está adstrito a critérios legais fixos e pré-

magistrado não só colhesse as provas, como também estivesse em contato direto e imediato com as provas, e pudesse exercer a livre valoração das provas, manifestando livremente o seu convencimento fundamentado³⁰⁶.

A fundamentação é direito das partes, o juiz pode e deve livremente valorar as provas. No entanto, tem a parte o direito de saber qual ou quais foram os argumentos, as provas, e as alegações que o convenceram a proferir a decisão. Como bem observa Barbosa Moreira³⁰⁷, nos dias atuais, já não dá mais para contentar “com simples referências genéricas e vagas às ‘provas nos autos’”. Decisões com este teor sequer perpassam pela observância do dever de motivação, cabendo ao juiz, em suas decisões, explicitar os motivos e justificativas por qual razão teria se convencido com os testemunhos de ‘a’ ou de ‘b’ ou por que não considerou ao testemunho de ‘c’ ou ‘d’. Assim, estará devidamente fundamentando a sua decisão, que embora livre, não deve ser arbitrária, e nem vir de seu puro capricho.

Implicando, portanto, dizer que por livre valoração, o juiz pode utilizar-se das impressões colhidas em audiência, sem que necessariamente elas estejam transpostas para a ata. Sendo assim, mitigado no rigor máximo o princípio inerente ao processo escrito de que “o que não está nos autos não está no mundo.”

O princípio do livre convencimento também é um dos postulados da oralidade, assim como o ar é necessário para se respirar³⁰⁸. Afinal, como pode um juiz que não participou da colheita das provas³⁰⁹, sem que tenha visto e sentido as partes e as testemunhas, exercer a sua livre convicção? A simples leitura do que foi transcrito em ata, que é bastante limitada, por que as expressões, as impressões, o modo, o jeito, a fala e o comportamento não se transpõem para a letra fria do papel, não

determinados, a normas absolutas, abstratas e severas, impostas pela lei.” (VEIGA, Vasco Soares. Da Oralidade - Estudo a propósito da revisão do Código de Processo Civil. Coimbra: Coimbra Editores, 1961, p. 19)

³⁰⁶A exigência da fundamentação de todas as decisões judiciais (interlocutória e sentença) é previsto não só na Constituição (art. 93, inciso IX), como no artigo 11 do novo Código de Processo Civil do qual “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.”

³⁰⁷MOREIRA, José Carlos Barbosa. Temas de direito processual: quarta série, p. 159

³⁰⁸CHIOVENDA, Giuseppe. L’Oralità e la Prova, p. 17

³⁰⁹GUEDES, Jefferson Carús. O princípio da oralidade – procedimento por audiências no Direito Processual Civil Brasileiro, p. 83

permite ao juiz, que só com base nos escritos exerça, com firmeza, o livre convencimento.

O processo oral exige, para o exercício da livre convicção, que o juiz, com relação à prova realizada e aos fatos alegados, o emprego “dos instrumentos e das proposições verificadas do que se disse, sem a qual o convencimento seria abandonado ao arbítrio e ao capricho, e até mesmo não poderia se formar.”³¹⁰

Somente o juiz que intermedeia a colheita das provas pode fazer uma análise psicológica e perceptiva do comportamento das partes e das testemunhas, quanto à espontaneidade, à congruência, à firmeza da resposta, ou seja, só ele guardou todas as percepções possíveis do que ocorreu em sala de audiência. A prova testemunhal não é mais do que uma percepção judicial do fato e do contra fato a que se buscam provar as partes, e, tanto mais será melhor essa percepção se for baseada no que foi colhido em audiência, sob pena de aumentar os equívocos e os erros, embora não esteja o juiz imune³¹¹ a eles, mas que podem ser progressivamente aumentados, se a prova se tornar apenas escrita³¹².

Embora o mesmo juiz que tenha colhido a prova não esteja exime de erros e equívocos quando do convencimento quanto ao valor das declarações que lhes forem transmitidas, pois o mesmo não é dotado, e tal não lhe é exigido em concurso, de conhecimentos na área da psicologia e até mesmo outras áreas afins que analisam o comportamento humano. Mas, ainda assim, mesmo não imunizado dos riscos, tem ele o poder-dever de exercer a livre convicção motivada dos fatos que o levaram a tomar esta ou aquela decisão.

A importância da oralidade para o livre convencimento no processo proporciona que o mesmo juiz que irá pronunciar a sentença, ouça, sinta e perceba o objeto de

³¹⁰FAZZALARI, Elio. Instituições de Direito Processual Civil, p. 461

³¹¹CAPPELLETTI, Mauro. La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità, p. 141

³¹²GARÇON, Maurice. Sull'Oratoria Forense. Milão: Giuffrè, 1957, 43. Para assim como os demais autores, dizia que palavra, os gestos, os movimentos, o comportamento são valorados num debate oral, e que “perdem a sua maior força, e até mesmo sua atração, quando escritos.”

prova³¹³, seja examinando ele próprio o lugar objeto da controvérsia, ou entrando em contato imediato com as fontes de seu próprio convencimento.

Só poderá exercer o livre convencimento, o juiz que tenha, por si, e não por meio de outrem, tido o contato imediato com as partes, as testemunhas e os peritos. Sendo deveras muito difícil a sua valoração também quando passado tanto tempo depois de ocorrida a audiência, o que justifica quanto ao princípio do livre convencimento, a necessidade da presença de todos os demais princípios acima estudados, notadamente o da concentração, caso contrário, a prova oral, ao ser documentada por meio de simples ata torna-se uma fonte escrita. O que, segundo José Carlos Barbosa Moreira³¹⁴ agravaria ainda mais o exercício do livre convencimento, se passado certo decurso de tempo entre a realização da audiência e a prolação da decisão, sem contar quando a prova é colhida por outro juiz, como ocorre no caso de carta precatória.

Deficiências e inconvenientes que podem até ser minorados e eliminados se o uso da tecnologia se tornasse o meio para documentação dos atos orais. Nesse sentido, há muito antecipou e previu Barbosa Moreira, antes mesmo dos últimos avanços tecnológicos hoje disponíveis³¹⁵, o quanto o uso da tecnologia seria um avanço para o processo oral, permitindo-se, assim, manter incólume os princípios da imediação e a livre valoração das provas. Depositando ele, no uso dos meios tecnológicos mais modernos, a esperança de melhora do judiciário, ao afirmar que “enquanto não for possível contar com eles no cotidiano forense, permanecerão modestas as perspectivas de autêntico progresso.”³¹⁶

3.2.5 Da Publicidade

³¹³ GUEDES, Jefferson Carús. O princípio da oralidade – procedimento por audiências no Direito Processual Civil Brasileiro, p. 83

³¹⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Temas de direito processual : quarta série, p. 157-158.

³¹⁵ A título de exemplo, a Justiça Federal há muito já vem adotando a gravação dos atos orais, sem que seja preciso reduzir por termo os atos realizados em audiência. Já estando previsto, inclusive, o uso da videoconferência. Neste sentido, conferir informação disponibilizada no site:

http://www.trf1.jus.br/dspace/bitstream/handle/123/23731/PORT_412_2011_PRESI_CENAG.pdf?sequence=1

³¹⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Temas de direito processual : quarta série, p. 157-158

A publicidade³¹⁷ é hoje um princípio tão caro ao processo, e é reconhecido como direito fundamental, sendo inerente ao devido processo legal. Afirma Ada Pellegrini³¹⁸ que a publicidade, assim como outros princípios compõem atualmente a unidade do processo, revelada por seus princípios básicos e fundamentais, tais como são os princípios do juiz natural, da igualdade, do contraditório, da publicidade.

O princípio da publicidade também foi uma das bandeiras pelas quais tanto lutaram os reformistas em prol da oralidade do processo. Isso porque, naquela época, não eram raros e sendo até mesmo comum que os processos fossem julgados sob absoluto sigilo, sem que as partes tomassem conhecimento nem mesmo da colheita das provas e a forma como elas ocorriam, e nem mesmo qual o argumento utilizado pelo juiz para decidir deste ou daquele modo.

Bentham³¹⁹, em meados do século VXIII, constatou que o princípio da publicidade era a “alma da justiça”. Ao considerá-lo sobre todos os demais, não obstante também serem os outros imprescindíveis ao processo, seria o mais eficaz para salvaguardar os testemunhos e, conseqüentemente, as decisões neles baseados, e que deveria ser estendido a todas as causas, as partes e os procedimentos. Essa ideia reafirma que os juízes são quem mais necessitam da publicidade, servindo esse princípio como estímulo para “o desempenho dos penosos deveres de sua carreira”³²⁰, da qual a publicidade deve servir de “freios no exercício de seu poder que facilmente podem abusar.”³²¹

³¹⁷ Atualmente a Constituição brasileira, determina como direito fundamental a devida publicidade dos atos processuais, só restringindo a sua publicidade em casos determinados tal como previsto no artigo 5º, inciso LX que “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”. E mais, com a reforma do Judiciário, por meio da Emenda Constitucional de nº 45, de 2004, foi alterada a redação do inciso X, do artigo 93 da Constituição, em que restou positivado que: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;”.

³¹⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Processo Trabalhista e Processo Comum*. Revista de Direito do Trabalho, vol. 15. São Paulo: RT. Setembro de 1978, p. 86

³¹⁹ BENTHAM, Jeremias. *Tratado de las Pruebas Judiciales*, p. 112

³²⁰ BENTHAM, Jeremias. *Tratado de las Pruebas Judiciales*, p.112. Tradução livre do original: “Los jueces necesitan de la publicidad, como de un estimulante para desempeñar los penosos deberes de su carrera.”

³²¹ BENTHAM, Jeremias. *loc. cit.* . Tradução livre do original: “Tambien necesitan e la publicidad para que les sirva de freno en el ejercicio de un poder de que tan facilmente pueden abusar.”

Assim como a humanidade, entendia Bentham naquela época, que os juízes também padeciam de vícios e defeitos que nascem como caráter, e que a publicidade os alteraria. Só teriam a perder os jurisdicionados caso o processo se mantivesse em sigilo. A publicidade no processo tem o condão de alterar o caráter vicioso e defeituoso do juiz, porque sabendo ele que está sendo julgado pela opinião pública, evitaria ser mal humorado, despótico, parcial e intimidador. Com a publicidade, o juiz se “apresentaria a vista do público com dignidade, sem elevação, e por meio de um sistema de igualdade sem baixeza.”³²² Assim, o efeito da publicidade poderia ser sentido, sobretudo na “retidão de suas decisões, existindo permanente possibilidade da apelação para o tribunal ao da opinião pública.”³²³

Desse modo, o princípio da publicidade³²⁴, também é tido como um dos princípios consecutórios do processo oral. Observou Montero Aroca que a publicidade para as partes no processo, refere-se na realidade, “ao princípio do contraditório ou audiência, pois se um ato processual for secreto para as partes não se estará fazendo referência a forma do processo, do procedimento, mas sim colocar aquelas numa situação de desamparo.”³²⁵

Montero Aroca³²⁶ afirma que sem oralidade não haverá publicidade dos atos processuais, por não vislumbrar, na prática, que esse princípio se faça presente no processo escrito. Posição com a qual concorda Günter Hirsch, que reconhece que o controle público dos atos do juiz ocorre quando é permitido que qualquer pessoa

³²²BENTHAM, Jeremias. *loc. cit.*. Tradução livre do original: ““Los jueces adolecen igualmente de vicios y defectos. Los defectos nacen del carácter, y la publicidad no los cambia; pero no se atreverán tanto á entregarse delante de una audiencia numerosa, á su mal humor, á su manera despótica que intimida á los abogados y á los testigos, ó á estas deferencias parciales, favorables para los unos, y humillantes para los otros; por el contrario se presentará á la vista del público con dignidad, sin altaneira, y con um sistema de igualdad sin bajeza.”

³²³BENTHAM, Jeremias. *loc. cit.* Tradução livre do original: “Pero sea el que se quiera el efecto de la publicidad en el exterior del juez, siempre es útil y saludable para la rectitud de sus decisiones, existiendo permanente el grito de apelacion de un tribunal al de la opinion pública.”

³²⁴Chiovenda afirmava que para que o processo oral atinja o seu objetivo todos os demais princípios deveriam estar interconectados, por serem os pilares de sustentação deste processo. Advertindo-o, no entanto dentro destes princípios, destacar-se-ia o princípio da publicidade. Para que todos os atos processuais se efetivem com a colaboração das partes, torna-se imprescindível a observância da publicidade. (CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil, p. 177-178)

³²⁵AROCA, Juan Montero. Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, p. 624-625. Tradução livre do original: “al principio de contradicción o audiencia, pues si un acto procesal fuera secreto para las partes no se estaría haciendo referencia a la forma del proceso, al procedimiento, sino que se estaría colocando a aquéllas en situación de indefensión.”

³²⁶AROCA, Juan Montero. Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, p. 624-625

adentre na sala de audiência. Ocasão em que terá condições de conhecer não só os juizes, como a forma em que esses decidem, “é dizer, os fatos, as declarações, as provas e os argumentos, porque somente neste caso se poderá compreender e julgar o significado da falha judicial.”³²⁷ E só assim a oralidade e a imediação presentes no procedimento judicial seriam, ao mesmo tempo, condição e consequência³²⁸ do princípio da publicidade que deve ser a tônica no Estado de direito.

Desse modo, a oralidade contribui para a publicidade do processo, pela transparência de suas audiências. Portanto, o procedimento público só terá sentido se a audiência ocorrer de forma oral, posto que, somente “a oralidade da audiência pública permite que a comunidade entenda a administração da justiça pelos tribunais.”³²⁹ É o público que exerce controle dos atos do juiz. Assim, é pressuposto funcional do princípio da oralidade o de que qualquer pessoa possa estar presente nas salas de audiência e nas sessões de julgamento, com exceção dos atos que devam ocorrer em segredo de justiça³³⁰.

No processo eminentemente escrito, formado e desenvolvido na secretaria e no gabinete do juiz, o público não está presente e nem pode se fazer presente, a não ser pelas publicações das intimações no jornal oficial. Não havendo público, torna-se difícil fiscalizar os atos realizados pelo juiz em seu gabinete e saber se ele próprio quem proferiu a decisão. Portanto, o princípio da publicidade só terá sentido se permitida a realização de atos orais e acompanhado do princípio da imediação.

O princípio da publicidade é aquele que serve de instrumento também para a pacificação e harmonia social, porque permite que o público, não só as partes, conheçam e fiscalizem os atos jurisdicionais realizados pelo juiz. Devendo, portanto,

³²⁷HIRSCH, Günter. Oralidad e intermediación del proceso. Tensión entre los parámetros constitucionales y los aspectos de la economía procesal en el procedimiento judicial. *Revista Mexicana de Justicia*, nº. 14. México: Reforma Judicial, 2009, p. 190. Tradução livre do original: “es decir, los hechos, las declaraciones, las pruebas y los argumentos, porque solamente en ese caso se puede comprender y juzgar el sentido del fallo judicial.”

³²⁸HIRSCH, Günter. *loc.cit.*

³²⁹HIRSCH, Günter. *op. cit.*, p. 193. Tradução livre do original: “la oralidad de la audiencia pública la que permite a la comunidad entender la impartición de justicia por los tribunales.”

³³⁰No Brasil, de acordo com o artigo 155 do CPC de 1973, tem-se que: “Os atos processuais são públicos. Correm, todavia, em segredo de justiça os processos: I - em que o exigir o interesse público; II - que dizem respeito a casamento, filiação, separação dos cônjuges, conversão desta em divórcio, alimentos e guarda de menores.”

serem realizados à vista do público. Exige-se que a justiça e os atos processuais não sejam secretos e que nem mesmo as decisões sejam arbitrárias, devendo serem elas motivadas de acordo com as provas produzidas mediante o livre e prudente convencimento do juiz, sob pena de nulidade.

3.2.6 Da irrecorribilidade em separado da decisão interlocutória

Para Chiovenda³³¹ também faz necessário que no processo oral inexista a possibilidade de se recorrer das decisões interlocutórias em separado. Para se por em prática não só o princípio da concentração, como da imediação e da identidade física do juiz, é preciso que a “decisão do incidente não seja recorrível à parte da questão principal.” A irrecorribilidade das interlocutórias deveria ser uma regra, só permitindo a interposição de recursos em separado apenas para afastar algumas exceções *litis ingressum impediante*.

Para que o processo oral possa ser célere, expedito e imediato, também é necessário, por consequência lógica, que a decisão seja proferida assim que encerrada a instrução, impossibilitando o recurso das interlocutórias. Isso porque, se o processo fosse efetivamente concentrado, e as decisões fossem proferidas em audiência ou em curto espaço de tempo, em que não fosse necessária a decisão interlocutória, tal como a que ocorre com as decisões de antecipação de tutela, nos termos do artigo 273 do CPC de 1973, não haveria necessidade sequer de adentrar na irrecorribilidade em separado das interlocutórias, por não serem elas necessárias.

Nesse sentido, reconhece Barbosa Moreira³³² que quando se está verdadeiramente diante de um processo concentrado, como é o oral, é natural que a interposição contra as decisões do juiz de primeiro grau sejam restringidas, permitido apenas um único recurso, contra a sentença, por meio do qual a parte inconformada levará para conhecimento do tribunal a matéria, devolvendo toda a discussão da matéria.

³³¹CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil, 2009, p. 1008

³³²MOREIRA. José Carlos Barbosa, Comentários ao Código de Processo Civil, vol. V, p. 434

Tanto é que na justiça especializada do trabalho não há recorribilidade em separado das decisões, e justamente por conta da total observância dos princípios que orientam o processo oral, sobretudo, a concentração dos atos. Mesmo quando o juiz profere qualquer decisão interlocutória, o sistema do protesto, vem funcionando perfeitamente. E só quando da interposição do recurso único, contra a sentença, é que a matéria, objeto do protesto, será analisado, se assim o desejar o recorrente.

Em pesquisa realizada sob a coordenação geral de Miracy Gustin³³³ para avaliar o impacto das modificações no regime de recurso de agravo sob os influxos das últimas reformas de simplificação recursal no CPC de 1973, concluíram os pesquisadores que de nada adiantou o sistema de simplificação do agravo. Em análise comparativa entre o sistema de irrecorribilidade do processo trabalhista e o sistema recursal do agravo no processo civil, concluíram eles que:

A análise comparativa entre as jurisdições comum e trabalhista, realizada na presente pesquisa, permitiram observar, ainda, que um sistema processual que privilegie a concentração dos atos processuais, valorizando de forma bastante acentuada o princípio da oralidade, pode prescindir, com maior ganho de efetividade, da previsão de recursos contra as decisões interlocutórias.

Isso porque a própria estrutura do sistema garante uma grande proximidade entre o momento em que são apreciadas as questões incidentais e o mérito da causa.³³⁴

Na citada pesquisa ficou devidamente comprovado o que dizia Chiovenda e, depois, reforçado por Barbosa Moreira, no sentido de que não há necessidade do agravo contra decisão interlocutória quando o processo se mostre concentrado e cuja sentença seja proferida com grande proximidade da instrução do processo.

Embora se reconheça que este princípio, de todos até aqui analisados, é o que pouco ou nada interfere diretamente no processo oral, uma vez que ainda que possa haver recurso em separado da decisão interlocutória e sobrevivendo a decisão de mérito em curto espaço de tempo, haverá grande probabilidade de perda do objeto do agravo³³⁵. Mas, ainda que assim não o seja, o fato de permitir a sua

³³³GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. (Coord. Geral) Avaliação do impacto das modificações no regime do recurso de agravo e proposta de simplificação do sistema recursal do CPC. Secretaria de Reforma do Judiciário. Brasília : Ministério da Justiça, 2013.

³³⁴GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. *op. cit.*, p. 79

³³⁵ Neste sentido, vale conferir o artigo de WAMBIER, Teresa Arruda Alvim Wambier, intitulado "O destino do agravo após a sentença", (in Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação

recorribilidade perpassa pela política legislativa.³³⁶ Para evitar a morosidade do processo, tal como concluíram os pesquisadores da Universidade Federal de Minas Gerais e da Universidade Federal da Bahia, “é preciso manter o agravo retido” ou então “elaborar um procedimento concentrado, homenageando-se a oralidade”³³⁷ a exemplo do processo trabalhista que não se ressentia por não existir um recurso em separado para as interlocutórias.

Ainda que Chiovenda³³⁸ propugnasse no século anterior que a inapelabilidade da interlocutória seria um instituto amigo da oralidade para contribuir com a abreviação do processo³³⁹, certo é que, esse veio com o passar dos anos perdendo o seu apoio, não se encontrando nos doutrinadores revisitados quem ainda o defendia como consectário do processo oral.

E embora não se coadune com o fundamento³⁴⁰ dado por Carús Guedes, não há como não concordar com ele quando afirma que, de todos os subprincípios relacionados ao princípio da oralidade, o que tem menos importância e efetividade seria o da não recorribilidade em separado das decisões interlocutórias.

3.3 Dos Sujeitos no processo oral

No processo oral todos os sujeitos do processo têm o seu papel fundamental, reconhece-se a importância de todos para que a engrenagem processual funcione de forma regular. No entanto, por opção metodológica, serão analisados neste trabalho, apenas as partes, seus procuradores, os juízes e seus assessores.

3.3.1 Das partes

às decisões judiciais, vol. 7. Nelson Nery Jr. E Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2003, p. 690).

³³⁶MOREIRA, José Carlos Barbosa. Temas de Direito Processual: quinta série, p. 434-435.

³³⁷GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. (Coord. Geral) Avaliação do impacto das modificações no regime do recurso de agravo e proposta de simplificação do sistema recursal do CPC, p. 81

³³⁸CHIOVENDA, Giuseppe. L'Oralità e la Prova, p. 135

³³⁹CHIOVENDA, Giuseppe. *op. cit.*, p. 9.

³⁴⁰GUEDES, Jefferson Carús. O princípio da oralidade – procedimento por audiências no Direito Processual Civil Brasileiro, p. 72 e 74.

Não há melhor conhecedor dos próprios fatos que não as próprias partes. É lugar comum afirmar que não há melhor juiz para a própria demanda que não as próprias partes envolvidas, embora, claro, seja a parte um juiz parcial.

Por serem elas quem mais conhecem dos fatos, do conflito do qual estão envolvidas, devem comparecer pessoalmente em juízo para estar de frente ao juiz para serem ouvidas, devidamente acompanhadas de seus procuradores, uma vez que só assim poderão ser prevenidos e eliminados os possíveis equívocos do processo.

Reconhecia Cappelletti que se de um lado é a parte que melhor está informada e que é até mesmo a única fonte possível de prova, de outro, não havia como não reconhecer ser ela a fonte menos confiável³⁴¹. Mas que mal maior é quando são elas aliadas do processo. No processo oral, as partes devem ter maior participação, sobretudo, quanto a influenciar no livre convencimento do juiz.

No entanto, mesmo sendo elas as que mais conhecem sobre os fatos que foram levados para o processo, são elas dele aliadas, sobretudo, na fase postulatória e instrutória do procedimento. Falando no processo por meio de seus procuradores e por meio de alegações escritas. Nem mesmo em audiência procuram os magistrados, por receio de quebrarem o princípio da imparcialidade, as ouvirem. Tornou-se prática comum ouvir as partes apenas quando foi requerido o seu depoimento pessoal. Embora o Código de Processo Civil de 1973 (art. 342³⁴²) cuja redação se manteve, ainda que um pouco alterada, no artigo 382³⁴³ do Novo CPC, que o juiz pode, ainda que não requerida pela parte contrária, ordenar o comparecimento das partes para interrogá-las sobre os fatos da demanda.

No Código de Processo Civil brasileiro de 1973, o juiz sempre pôde convocar as partes para prestarem esclarecimentos, porque a ele cabe apreciar livremente as

³⁴¹CAPPELLETTI, Mauro. La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità – contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile, p. 4

³⁴² “Art. 342. O juiz pode, de ofício, em qualquer estado do processo, determinar o comparecimento pessoal das partes, a fim de interrogá-las sobre os fatos da causa.”

³⁴³No recém aprovado novo Código, manteve-se a possibilidade do Juiz, de ofício, chamar as partes para serem ouvidas. Confira-se: “Art. 382 - Cabe à parte requerer o depoimento pessoal da outra, a fim de ser interrogada na audiência de instrução e julgamento, *sem prejuízo do poder do juiz de ordená-lo de ofício.*”

provas, até mesmo sobre fatos não alegados pelas partes, mas desde que indique na sentença os motivos pelos quais formou o seu convencimento, limitando-se, por óbvio, ao objeto da demanda. No entanto, o que sempre se viu é que o juiz brasileiro é temeroso. Só ouve as partes quando existe pedido expresso de depoimento pessoal. Fora isso, o juiz não lança mão do seu poder-dever de determinar, ainda que de ofício “o comparecimento pessoal das partes, a fim de interrogá-las sobre os fatos da causa” (art. 342 do CPC/1973). E, por isso, reconhece Barbosa Moreira³⁴⁴ que no Brasil não há que responsabilizar o código pela escassez das iniciativas instrutórias, pois no Brasil o juiz tem todas as prerrogativas, ainda que de ofício, para buscar o convencimento da matéria de fato alegada em juízo.

Certamente, a não observância pelos magistrados dos poderes instrutórios, sobretudo na fase probatória, poder-se-ia explicar pelas condições desfavoráveis em que são exercidas as funções judicantes no Brasil, tornando-o acomodado e sem iniciativa. Por apego ao princípio dispositivo, não tem uma postura mais ativa na condução do processo. O que do contrário ocorre não ocorre com o juiz do processo alemão.

Na Alemanha, o juiz tem o dever de escutar as partes, e não só faculdade, como ocorre aqui no Brasil. De acordo com o §139,1 do ZPO alemão, que trata da condução material do processo, o juiz ou tribunal deve debater com as partes, na medida do necessário, tanto a situação material e litigiosa, quanto o aspecto fático e de mérito, através de perguntas às partes, permitindo que elas pronunciem de forma oportuna e completa sobre todos os fatos relevantes e, em particular, para que complementem os dados incompletos.

A Alemanha adota o princípio da participação³⁴⁵, pelo qual o contraditório é visto sob uma nova ótica³⁴⁶, cujo redimensionamento inclui o juiz no rol dos sujeitos do diálogo processual³⁴⁷. Logo, não só as partes, e seus procuradores, como também o

³⁴⁴MOREIRA, José Carlos Barbosa. Temas de Direito Processual: terceira série, p. 38

³⁴⁵THEODORO JR, Humberto. Processo justo e contraditório dinâmico. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito – RECHTD. Ed. Unisinos. janeiro-junho 2010; p. 65

³⁴⁶THEODORO JR, Humberto. *op. cit.*, pp. 65-66

³⁴⁷DIDIER JÚNIOR, Fredie. Os Três Modelos de Direito Processual: Inquisitivo, Dispositivo e Cooperativo. Revista de Processo, vol. 198. São Paulo: Revista dos Tribunais. Ago / 2011, p. 218

juiz participam, em simetria, na construção do provimento, possibilitando-se o diálogo aberto, e que bem conduzido leva, inevitavelmente, se não a um acordo, a pelo menos ao acolhimento racional³⁴⁸ da decisão proferida, com inequívoca diminuição de recursos, sobretudo, por evitar o elemento surpresa da decisão.

No Brasil, embora não seja ainda um dever, mas uma faculdade dada ao juiz (que não só é atributo do processo civil, mas também previsto no processo do trabalho - art. 820da CLT - e do processo penal - art. 196, CPP), observa-se que essa faculdade é pouco exercida na prática. O que de acordo com Barbosa Moreira também pode ser depositada na sobrecarga de trabalho dos magistrados e, ainda, nas condições desfavoráveis no exercício da magistratura, como a escassez de recursos materiais e outras dificuldades a essas análogas. No extremo oposto, não se pode olvidar de que é preciso reconhecer que magistratura não está isenta de certas misérias humanas “como a desídia e a preguiça, por isso alguns magistrados quedam sempre inertes, mesmo quando o ato não lhe custar mais que o esforço necessário para lavar as mãos.”³⁴⁹

Ora, se o processo é construído em contraditório com a participação dos interessados em “simétrica paridade” para a formação do provimento final, torna-se, portanto, indispensável que as partes, os principais protagonistas do processo, possam dele participar, seja por meio do interrogatório livre ou juramentado. No entanto, o que não se pode permitir é que as partes não sejam ouvidas, uma vez que é para elas e em virtude delas que será proferida a decisão final. As partes podem e devem participar do processo, se não de todas, mas ao menos de algumas ou mais fases do processo, pois só assim se terá absorvido a essência do ‘processo’ que é: “exatamente, um procedimento ao qual, além do autor do ato final, participam, em contraditório entre si, os ‘interessados’, isto é, os destinatários dos efeitos de tal ato”³⁵⁰, como o reconheceu Fazzalari.

³⁴⁸HIRSCH, Günter. Oralidad e intermediación del proceso. Tensión entre los parámetros constitucionales y los aspectos de la economía procesal en el procedimiento judicial, p. 195

³⁴⁹MOREIRA, José Carlos Barbosa. Temas de Direito Processual: terceira série, p. 82. Tradução livre do original: “como la desidia y la pereza, por lo cual algunos magistrados se quedarán siempre inertes, aún cuando el actuar no les costara más que el esfuerzo necesario para frotarse las manos.”

³⁵⁰FAZZALARI, Elio. Instituições de Direito Processual Civil, p. 32-33

E se é essência do processo a participação ativa dos interessados, essa tão melhor será se precipuamente implicar no pessoal contato do juiz com as partes, que não pode perder o seu significado pessoal. Não há uma eficácia precisa sob o plano da instrução probatória, há certamente um insucesso, sem contar que as partes exercem influência³⁵¹ direta no convencimento do juiz quanto ao conteúdo das decisões. Esse poder de influência é elementar no processo civil, em que deve ser permitida a comparticipação ou cooperação, como o reconhece Álvaro de Oliveira³⁵². Hoje, não mais há como permitir que as partes fiquem alheias ao processo. Sob a perspectiva do observador, o juiz, este diálogo, construído pelo método dialético, só trará vantagens, atenuando-se “o perigo de opiniões preconcebidas e favorece a formação de um juízo mais aberto e ponderado.”³⁵³ E, tendo as partes o direito de falar, de se pronunciar, de intervir de modo ativo no processo, fará com que sejam tratadas não mais como mero “objeto’ de pronunciamento judicial, garantindo o seu direito de atuar de modo crítico e construtivo sobre o andamento do processo e seu resultado, desenvolvendo antes da decisão a defesa das suas razões.”³⁵⁴

O diálogo no processo deve ser estimulado, e não há campo melhor para desenvolvê-lo que não no processo oral, em que cada sujeito, cioso de seu dever e do papel que desempenha, terá o poder de “influenciar na formação da decisão” mas, para tanto, será necessário garantir a realização de “debates e, ao mesmo tempo, processos mais rápidos.”³⁵⁵

Reconhecia Mauro Cappelletti que a oitiva das partes, ainda que por meio de um interrogatório livre, não formal, tal como é o *Parteibefragung* ou o *Parteivernehmung* do processo alemão e austríaco e agora já previsto no direito processual italiano, constitui um meio eficaz para se chegar a uma sentença mais justa, por ser “um instrumento sobre o qual se manifesta de grande importância para

³⁵¹O poder de influência como bem observado por Humberto Theodoro Júnior advém do “delineamento dessa moderna concepção insonômica do contraditório.” (THEODORO JR, Humberto. Processo justo e contraditório dinâmico, p. 70)

³⁵²OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. "Garantia do Contraditório". In Garantias Constitucionais do Processo Civil. São Paulo: RT, 1999, p. 3

³⁵³Loc. cit.

³⁵⁴Loc. cit.

³⁵⁵THEODORO JR, Humberto. *op. cit.*, p. 70

a busca da verdade no processo civil”³⁵⁶, além de auxiliar na formação do livre convencimento do juiz sobre a verdade dos fatos.

Para Barbosa Moreira, este depoimento, ainda que não formal das partes seria “aspiração à maior efetividade da tutela jurisdicional”³⁵⁷, porque ainda que intuitivamente a oitiva das partes ainda é a melhor forma para averiguar os fatos. Sobretudo porque “a justiça da decisão se condiciona ao esclarecimento, tão completo quanto possa ser, da situação fática subjacente ao litígio.”³⁵⁸ Assim, para que a verdade chegue à tona, torna-se indispensável a participação dos interessados, pois não existe interessado maior do processo e conseqüentemente do seu provimento final, que não às próprias partes, sobretudo, quando maior parte dos litígios envolvem questões de fato. E, por isso, quanto aos elementos de prova, nada substitui o contato direto com as fontes, devendo ser respeitado, sobretudo, o princípio da imediação.

Desse modo, a participação das partes é de suma importância e de extrema relevância para que o juiz, analisando o comportamento dessas “de escolhas, de reações, de controles, e deva sofrer os controles e as reações dos outros”, ao final, venha “prestar contas dos resultados.”³⁵⁹

Portanto, deve ser assegurada às partes o pleno gozo do que o ordenamento lhes proporciona para influir na convicção do juiz, como ainda a tornar possível “uma colaboração prestada no trabalho de esclarecimento dos fatos e na formação do material probatório a cuja luz tratará o juiz de reconstruí-los.”³⁶⁰

Não se pode, entretanto, perder de vista que um processo que se propõe a ser voltado para a oralidade, também é condição *sine qua nonde* que as partes exerçam o seu papel de influenciar na decisão do juiz, permitindo-lhes intervir, de falarem e

³⁵⁶CAPPELLETTI, Mauro. La testimonianza della parte nel sistema dell’oralità – contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile, 62, p. 18

³⁵⁷MOREIRA, José Carlos Barbosa. Temas de Direito Processual: terceira série, p. 3

³⁵⁸*Loc. cit.*

³⁵⁹FAZZALARI, Elio. Instituições de Direito Processual Civil., p. 119-120

³⁶⁰MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Op. cit.*, p. 65

também de serem ouvidas em juízo e não só, como ainda acontece, de alegarem suas razões de fato por meio da escrita³⁶¹.

3.3.1.1 Do direito de ser ouvido

Reconheceu Fazzalari³⁶², o que há muito já afirmava Chiovenda³⁶³, que o processo é construído “com a participação ativa de todos os interessados.”³⁶⁴ Ressalta-se que o juiz, de ofício, pode e deve, para o seu convencimento, chamar as partes em juízo, para em contraditório, ouvi-las.

O sentido etimológico da palavra ouvir não é o mesmo que manifestar-se por escrito³⁶⁵. Ouvir é escutar os sons pelo sentido do ouvido. E, portanto, quando se diz que as partes têm o direito de serem ouvidas, deve ser tido como oportunidade de falar, para que o juiz possa, por meio da palavra, escutá-las, e só se fala e se ouve, em audiência.

As convenções internacionais não dizem que as partes têm direito de se manifestar, o verbo conjugado tanto na cláusula 8.1³⁶⁶ da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, quanto a do artigo 10³⁶⁷ da Declaração Universal dos Direitos Humanos

³⁶¹ Afinal, como bem reconhece Humberto Theodoro “não se pode mais, na atualidade, acreditar que o contraditório se circunscreva ao dizer e ao contradizer formal entre as partes, sem que isso gere uma efetiva ressonância (contribuição) para a fundamentação do provimento, ou seja, afastando a ideia de que a participação das partes no processo possa ser meramente fictícia, ou apenas aparente, e mesmo desnecessária no plano substancial.” (THEODORO JR, Humberto. *Processo justo e contraditório dinâmico*, p. 65)

³⁶² FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual Civil*. Tradução Elaine Nassif. 8ª ed. Campinas: Bookseller, 2006, p. 32-33

³⁶³ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Tradução de Paolo Capitanio e anotações de LIEBMAN, Enrico Tullio. Campinas: Bookseller, 4ª ed., 2009, p. 93

³⁶⁴ *Loc. cit.*

³⁶⁵ Neste sentido reconhece Javier Mayoral Murillo que “no puede ser oído publicamente quien es leído a través de escritos que entrega al juez de conocimiento en desarrollo del proceso judicial, salvo que estos sean leídos públicamente por el tribunal, en cuyo caso se necesita realizar una audiencia pública para leerlos.” (MURILLO, Javier Mayoral. *La oralidade en los procesos civiles*. Baja California: PJBC, 2012, p. 12).

³⁶⁶ “Artículo 8. Garantías Judiciales:

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.”

³⁶⁷ “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.”

e ainda do artigo 14.1³⁶⁸ do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, bem como ao do artigo 6.1³⁶⁹ do Convênio Europeu para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais é que toda pessoa tem o direito de “ser ouvida”, Esse direito deve ser observado não só por conta da Convenção Americana de Direitos do Homem, como também por força da expressa previsão constitucional prevista no artigo 5º, inciso LXXVIII, §2º³⁷⁰ da Constituição.

Essas cláusulas contêm alguns argumentos essenciais que estão implícitos em sua locução (“direito de ser ouvido”), destacando, dentre eles, a garantido princípio da imediação no processo (requisito essencial do processo oral) e o reconhecimento do direito das partes a participarem de pelo menos uma audiência, como parte do devido processo legal.

Reconhece-se, portanto, que a parte tem o direito de falar, não só de manifestar por escrito, pois lhe é assegurada o direito de ser ouvida, devendo, assim como reconhecem Humberto Theodoro Júnior e Dierle Nunes³⁷¹, assumirem suas

³⁶⁸ “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.”

³⁶⁹ “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella.

La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.”

³⁷⁰“Art. 5º (...)

LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

³⁷¹THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. Revista de Processo n. 168. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, fevereiro 2009, p. 116

responsabilidades no processo, sobretudo, por ocasião das audiências, “preparando-se para tal e não encarando o procedimento como uma série de formalidades desnecessárias e descabidas de sentido.”³⁷² E, competindo ao juiz o de assumir, assim como as partes, as “respectivas faculdades, poderes e ônus que ocorrerá a obtenção de resultados práticos, céleres e constitucionalmente adequados.”³⁷³

No entanto, em sentido diametralmente oposto, Ada Pellegrini³⁷⁴ entende que esta exigência de que todos devem ser ouvidos perante o Tribunal é uma falácia, considerando a crise da administração da justiça, na qual esta promessa constitucional não pode e nem deve ser levada até a sua última consequência. Falácia, no entanto, é permitir que um processo se desenvolva sem que as partes possam ser ouvidas.

A nova leitura do princípio do contraditório, inerente ao devido processo legal, reconhece o seu caráter dialógico. O conhecimento dos fatos pode ser obtido através da oralidade, do ouvir e do escutar, que se dá em audiência. Günter Hirsch³⁷⁵ entende, a partir do ponto de vista de política jurídica, que apoia a máxima da oralidade o conhecimento dentro do processo, que deve ser tipicamente dialético, se “desenvolve a partir dos antagonismos que surgem no processo”³⁷⁶, como melhor meio de averiguação da verdade, sobretudo, porque é por meio das tensões e das relações entre os participantes, do ataque e contra-ataque, que é possível o juiz chegar ao convencimento da matéria fática posta sob sua apreciação.

O direito é também um diálogo. E, para tanto, é necessário assegurar aos personagens envolvidos no processo o direito de falar, ouvir e dialogar. Nesse sentido, dizia Carnelutti:

[S]omente no plano do processo o diálogo emerge em plena luz: diálogo entre as partes e o juiz como das partes entre si (...) tanto para a gestão como para o conhecimento do

³⁷²THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. *Loc. cit.*

³⁷³THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. *Loc. cit.*

³⁷⁴GRINOVER, Ada Pellegrini. *Deformalização do Processo e Deformalização das Controvérsias*, p. 75

³⁷⁵HIRSCH, Günter. *Oralidad e inmediateción del proceso*, p. 194.

³⁷⁶HIRSCH, Günter. *Loc. cit.* Tradução livre do original: “se desarrolla a partir de los antagonismos que surgen en los procesos.”

processo (...).O que hoje se chama de política do processo não é senão o fim de facilitar, mais ainda de garantir o diálogo que realiza entre *actus trium personarum*.³⁷⁷

A política judiciária deve exigir que esse diálogo entre as partes e o juiz se realize, devendo exigir do juiz que mantenha assegurada tal garantia, pois um dos papéis a serem exercidos por ele, além de ter que garantir a efetivação dos direitos fundamentais, é de ser o “diretor técnico do processo”³⁷⁸que implica, “dialogar com as partes para encontrar a melhor aplicação (normativa) da tutela mediante o debate processual e, não, através de um exercício solitário do poder.”³⁷⁹

O verdadeiro diálogo ocorre em contraditório. O diálogo é a saída para maior humanização do processo, no sentido de que a humanização do processo perpassa pela humanização³⁸⁰ dos sujeitos que fazem parte dele, permitindo-lhe maior participação ativa e interventiva.

A humanização do processo nada mais é que permitir a intervenção direta e pessoal das partes para que elas possam relatar, por si, por meio de uma audiência, os fatos tais como teriam ocorrido, permitindo que elas confrontem, de acordo com o seu ponto de vista, e que possam superar até mesmo as dissidências, possibilitando, sob o auxílio do juiz, encontrar possíveis soluções para certos aspectos do conflito.

Só será dialético o processo quando as partes puderem falar e também serem verdadeiramente ouvidas sem que, para tanto, seja preciso apenas falar por meio de um interlocutor, como é o caso do procurador e só por meio de alegações escritas. A participação dos interessados na construção do provimento final, depois de um profícuo e civilizado debate oral, contribui para a pacificação dos interessados³⁸¹, ou,

³⁷⁷CARNELUTTI, Francesco. Derecho y proceso, p. 37. Tradução livre do original: “[S]ólo en el plan del proceso el diálogo emerge a plena luz: diálogo entre las partes y el juez como de las partes entre ellas (...) tanto para la gestión como para el conocimiento del proceso (...). Lo que hoy suele llamarse la política del proceso no tiene sino el fin de facilitar, más aún de garantizar el diálogo en el que se resuelve el *actus trium personarum*.”

³⁷⁸THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual, p. 140

³⁷⁹THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. *Loc. cit.*

³⁸⁰BIDART, Adolfo Gelsi. La Humanización del Proceso. Revista de Processo, vol. 9. São Paulo: RT, Jan / 1978, p. 117

³⁸¹ Para Couture a “presença pessoal do litigante perante o juiz” favorece não só “o controle sobre sua conduta; como o fato do juiz escutar a testemunha e poder interrogá-la pessoalmente permite-lhe conhecer, em toda a medida do possível, a veracidade de suas declarações.” E que não haveria melhor alternativa que

se não, ao menos contribui para a diminuição do tempo do processo³⁸² e de recursos³⁸³.

3.3.2 Dos procuradores

Todos os interessados no provimento final participam ativamente do processo oral, e o contrário não poderia ocorrer com relação aos procuradores das partes. Tanto o é que Adolfo Wach³⁸⁴ já dizia que todo o procedimento descansa sobre os ombros dos procuradores, tendo eles um papel de suma importância³⁸⁵, sobretudo, no processo oral.

No processo oral, até mais do que no processo escrito, maior será o comprometimento do procurador das partes, e será mais exigido, notadamente quanto à sua habilidade e ao respeito do tempo. Não só quando redige as petições, mas também quando da realização das audiências, que devem ser construídas de modo claro e efetivo. Em vista disso, exige-se que os procuradores estejam mais bem preparados, já conhecedores de toda a matéria fática, evitando serem surpreendidos. Assim, devem ter presença de espírito e a devida sagacidade para, imediatamente, atacar e, se preciso, contra atacar os fatos apenas conhecido adversário³⁸⁶, em defesa do seu cliente.

Exige-se dele não só competência e habilidade como também o conhecimento profundo da causa, para prestar, com clareza, os devidos esclarecimentos dos fatos. Espera-se que o discurso do advogado no processo oral seja “claro, preciso e útil. (...). A clareza deste é a qualidade mestra e a tudo domina.”³⁸⁷ Por isso, o advogado, mais do que qualquer em outro processo deve se acerrar de conhecer todos os

não a oralidade. Pois, “entre uma justiça proferida frente a frente e uma justiça escrita com embuço, às vezes tirando a pedra e escondendo a mão”, oralidade se mostra muito mais superior. (COUTURE, Eduardo J. Oralidade e regra moral no processo civil, p. 35)

³⁸²THEODORO JR, Humberto. Processo justo e contraditório dinâmico, p. 65

³⁸³ NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Por um novo paradigma processual. Pouso Alegre: Revista Faculdade de Direito do Sul da Minas, vol 26. Jan/Jun 2008, p. 95 e THEODORO JR, Humberto. Processo justo e contraditório dinâmico, p. 65

³⁸⁴WACH, Adolfo. Conferencias sobre la Ordenanza procesal Civil Alemana. Tradução Ernesto Krotoschin. Lima: Ara Editores, 2006, p. 99

³⁸⁵CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil, 2009, p. 1010

³⁸⁶WACH, Adolfo.*op. cit.*, p. 98

³⁸⁷GARÇON, Maurice. Sull’Oratoria Forense. Milão: Giuffrè, 1957, p. 65

pontos da demanda, o que aumenta e muito sua exigência, sobretudo, quanto ao ponto objeto de discussão oral, uma vez que o processo oral abomina advogados displicentes.

Como bem reconhece Barbosa Moreira³⁸⁸, advogados diligentes propiciam a participação mais efetiva do juiz. E, se é pelos advogados que as partes estão representadas em juízo, é por meio deles que haverá a maior participação e cooperação na busca pelo melhor convencimento do juiz acerca da matéria deduzida em juízo. Acredita o citado doutrinador que se houvesse a participação mais ativa de todos os interessados no provimento final, construído em contraditório, estaria “fadado a resolver, em acorde harmonioso, a tradicional contraposição entre o modelo ‘dispositivo’ e o modelo ‘inquisitivo’ do processo civil.”³⁸⁹

E sobre a participação no processo oral em específico, reconhece Barbosa Moreira que:

Igualmente importante é a atuação dos advogados e, no sistema oral a das partes. A presença pessoal destas pode ter relevância capital para o êxito de lances como a tentativa de conciliação, e alguma utilidade por outros aspectos, posto que não seja desprezível a hipótese de que, sob determinadas circunstâncias, constitua antes fato de perturbação. Quanto aos advogados, muito certamente depende de sua competência, aplicação, habilidade e, sobretudo, disposição sincera de concorrer para que o ato específico (ou a série de atos específicos) tenha o melhor rendimento possível – nada omitindo do que se subordine à iniciativa particular e alertando o órgão judicial, se for o caso, para os pontos que, embora passíveis de conhecimento *ex officio*, corram o risco, por esta ou aquela razão, de passar despercebidos.³⁹⁰

Os procuradores devem estar cientes de que o processo oral requer deles maior engajamento e conhecimento da matéria objeto do processo, devendo ser um colaborador para que o processo chegue ao seu final com proveito para ambos os envolvidos, ajudando e auxiliando as partes e o juiz. Deve também o advogado reconhecer a precípua participação das partes em juízo, reconhecendo ele o momento certo em que deve ter um papel secundário, para permitir que a parte por ele representada possa se manifestar em juízo.

³⁸⁸MOREIRA, José Carlos Barbosa. Temas de direito processual : quarta série, p.66

³⁸⁹MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Loc. cit.*

³⁹⁰MOREIRA, José Carlos Barbosa. *op. cit.*, p. 141

E não se nega que os procuradores, assim como as partes, têm o poder de influenciar na decisão do juiz, exigindo-se deles a devida habilidade e competência para falar ou mesmo calar-se no momento certo. É preciso que estejam atentos sobre seus atos, seja falando quanto calando³⁹¹, pois repercutem no julgamento, sobretudo, no âmbito do julgamento dos recursos nos tribunais, quando as partes já não podem falar por si.

Não se questiona o exímio papel a ser exercido pelos procuradores, sobretudo, no processo oral, exigindo que eles deixem de lado a insegurança e a desconfiança³⁹² no juiz e na parte contrária, para que, por meio da confiança mútua, possam bem desincumbir-se do papel, auxiliando sempre na busca da verdade, deixando de lado a postura adversarial.

Esse papel passa também pela mudança no ensino jurídico que deve, seguindo a orientação do Conselho Nacional de Justiça³⁹³ e do Novo Código de Processo Civil³⁹⁴, incentivar sempre a conciliação como forma pacífica de resolução dos conflitos, pelo uso dos meios alternativos de resolução de conflitos, como a negociação, a conciliação, a mediação e a arbitragem.

Urge aos procuradores reconhecerem que o processo nem sempre resolve o conflito, ele, pelo contrário, estimula e o pereniza. O que agrava mais e mais a situação das partes no processo, que poderiam por meio de um diálogo franco e aberto, ver resolvido o seu problema de forma mais cidadã, por meio de uma decisão (acordo) construída pelos próprios protagonistas na resolução do conflito. Quem gosta do processo é a parte que, pelo seu poder econômico e pela ciência de que não tem razão, joga com o tempo para minimizar os seus riscos.

3.3.3 Dojuiz no processo oral

³⁹¹MOREIRA, José Carlos Barbosa. Temas de direito processual : sexta série, p. 168

³⁹²CALAMANDREI, Piero. Proceso y Democracia. Tradução de Héctor Fix-Zamudio. Lima: Ara Editores, 2006, p. 146.

³⁹³Resolução do CNJ numero 125 de 29 de novembro de 2010. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12243-resolucao-no-125-de-29-de-novembro-de-2010>

³⁹⁴ Que em seu artigo 3º, §3º, dispõe que: "A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial."

Intimamente relacionada com o modo do processo oral é a forma como é exercido o papel do juiz. Compete ao juiz não só a direção do processo, dando-lhe, pelo impulso oficial o devido andamento, como ainda a de estimular as partes a trazerem para o processo as provas que agucem a sua curiosidade, para que possa compará-las e decidir de acordo com as provas que mais lhe mostravam convincentes com relação aos fatos alegados. Competindo-lhe ainda manter contato com as partes, ouvindo-as, com objetivo de auxiliá-las, se preciso, quanto aos pontos lacunosos de suas alegações, eliminando-se possíveis dúvidas ou mesmo contradições. Afinal, como já advertia Bentham³⁹⁵, a arte do processo consiste na boa produção das provas conduzidas pelo juiz.

O papel do juiz no processo oral é salutar, além de partícipe, é um colaborador das partes para auxiliá-las quanto ao material que será objeto de seu convencimento, devendo, portanto, manter-se, desde o início, em contato com as partes e as provas, sendo-lhe permitido um ativismo no sentido de elucidar as dúvidas, indicando as partes sobre as falhas de sua defesa e também de suas provas. Dizia Chiovenda que cabe ao juiz no processo oral:

[C]olaborar na formação do material de cognição, pondo-o em contato imediato e contínuo com as partes desde o momento da constituição do processo, de sorte que lhe seja fácil predispor o encaminhamento da causa, dilucidando as dúvidas, provocando das partes as indicações de fatos mais importantes, assinalando-lhes simples e economicamente as lacunas de sua defesa e de suas provas.³⁹⁶

Considerando a arte do juiz como a apreciação das provas, mais ela se mostra visível no processo oral, que exige dele uma participação mais ativa. Tanto o é que Montero Aroca³⁹⁷, Cappelletti³⁹⁸ e Fazzalari³⁹⁹ firmes na lição de Chiovenda, reconhecem que fruto do processo oral mais significativo é a participação ativa do juiz, que acaba por culminar na livre valoração da prova. Mas, para que tal ocorra, é imprescindível que os demais princípios corolários ou conseqüentários do processo oral também estejam presentes, tais como o da identidade física do juiz, da imediação e

³⁹⁵BENTHAM, Jeremias. Tratado de las Pruebas Judiciales, p. 14-15

³⁹⁶CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil, p. 1016

³⁹⁷AROCA, Juan Montero. Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, p. 608-609

³⁹⁸CAPPELLETTI, Mauro. Processo, Ideologias e Sociedade. Vol I, p. 362

³⁹⁹FAZZALARI, Elio. Instituições de Direito Processual Civil, p. 171-172. Que defendendo o papel mais ativo do juiz no processo oral, dizia que ele devia colaborar “com as partes para identificar a hipótese de trabalho, isto é o esquema de relação jurídica substancial em relação ao qual as partes podem alegar fatos e prová-los.”

concentração, sem os quais, haveria grande perda para o princípio da livre valoração das provas.

O que menos se espera do juiz é que ele seja um autômato, um burocrata ou mesmo uma espécie de máquina, que diante de certo e determinado caso, apenas busque a solução do caso por simples aplicação de casos análogos, por meio de palavras chaves para saber se este ou aquele caso se aplica ao caso analisado. Isso, em definitivo, não é fazer justiça. Nesse sentido, alertava Calamandrei que:

[O] juiz de um ordenamento democrático não pode equiparar-se a uma máquina calculadora, em que basta apertar um botão para obter o talão com a soma exata, deve ter uma consciência humana, totalmente dedicada a difícil missão de fazer justiça, disposto a aceitar sobre si toda a responsabilidade da decisão, que não é produto de uma operação aritmética, se não o resultado de uma escolha moral.⁴⁰⁰

O juiz, portanto, não é uma máquina e nem mero árbitro da causa, como se o processo fosse um jogo. O que se espera do juiz é que ele possa convocar as partes e as testemunhas e interrogá-las pessoalmente, ou mesmo auxiliá-las, como ocorre no processo civil austríaco e alemão, sem que com isso esteja lesando o princípio dispositivo, e sem que seja considerado inquisitivo o processo em virtude do poder dado ao juiz na instrução do processo, porque “não se pode definir como inquisitivo um sistema só pelo fato de serem concedidos amplos poderes de direção e investigação ao órgão judicial.”⁴⁰¹ Até por que, como bem observa Fredie Didier⁴⁰², não há sistema totalmente inquisitivo ou dispositivo.

Desde os primórdios do processo, o que se espera do juiz é que ele seja “seriamente consciente de seus deveres, e se mostre a altura de sua missão, mediante uma direção hábil do processo e da retenção consciente das alegações das partes”⁴⁰³, uma vez que “o juiz sem interesse pela demanda’ – dizia Eduardo J. Couture - é

⁴⁰⁰CALAMANDREI, Piero. *Proceso y Democracia*, p. 75. Tradução livre do original: “[E]l juez de un ordenamiento democrático no puede equipararse a una máquina calculadora, en la que basta apretar un botón para obtener el talón con suma exacta, sino que debe tener una conciencia humana, totalmente dedicada a la difícil misión de hacer justicia, dispuesta a aceptar sobre sí toda la responsabilidad de la decisión, que no es producto de una operación aritmética, sino el resultado de una elección moral.”

⁴⁰¹CAPPELLETTI, Mauro. *El Proceso Civil en el Derecho Comparado*, p. 71. Tradução livre do original: “no se puede definir como inquisitorio un sistema solo por el hecho de que los amplios poderes de dirección y control del proceso correspondan al órgano judicial.”

⁴⁰²DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Os Três Modelos de Direito Processual: Inquisitivo, Dispositivo e Cooperativo*, p. 216

⁴⁰³WACH, Adolfo. *Conferencias sobre la Ordenanza procesal Civil Alemana*, p. 64

alguma coisa tão inconcebível como o médico sem interesse pelo doente’.”⁴⁰⁴. Caberá ao juiz, promover o equilíbrio dos pratos da balança, recompondo, inclusive, a paridade de armas, se preciso for. O juiz deve ser equidistante, mas não distante dos jurisdicionados.

Barbosa Moreira não vê qualquer problema do juiz assumir uma posição mais ativa e participativa. Reconhecendo que, após a transição do liberalismo individualista para Estado Social de Direito por substancial, é necessária a participação dos órgãos na vida em sociedade e que projetado para o processo traduziria no que chamou de:

[F]enômeno pela intensificação da atividade do juiz, cuja imagem já não se pode comportar no arquétipo do observador distante e impassível da luta entre as partes, simples fiscal incumbido de vigiar-lhes o comportamento, para assegurar a observância das ‘regras do jogo’ e, no fim, proclamar o vencedor. Não menos que na economia, a emergência do ‘social’ também no processo derrui o império do *laissez faire*. Recusa-se aos litigantes a possibilidade de marcar soberanamente o compasso da marcha processual; equaciona-se em novos termos o capital problema da ‘divisão de tarefas’ entre as partes e órgão de jurisdição.⁴⁰⁵

Perfilhando essa linha de entendimento, muito antes de Barbosa Moreira, defendia Couture que é bem nítido o rompimento ou mesmo a fratura da anterior postura do juiz, que então existia no século XIX, estando o juiz, nos dias atuais, “investido cada dia de maior autoridade, verdadeiro governante e agente controlador dessa coisa construída de paixão, de angústia e de dor, que é o júízo civil.”⁴⁰⁶

E, portanto, faz-se mister que a legislação assegure ao juiz uma posição que o torne mais partícipe, dando-lhe a autoridade necessária para exercer esta comparticipação⁴⁰⁷ ou mesmo a cooperação⁴⁰⁸ no processo. Tal como ocorreu no *Zivilprozessordnung*: ZPO de 1895, da Áustria, originado do projeto de Franz Klein, tido como reforço e marco para o processo social e por dar maiores os poderes ao juiz na gestão jurídica, que passa pelo redimensionamento do contraditório pela

⁴⁰⁴ COSTA, Alfredo Araújo Lopes da. Direito Processual Civil Brasileiro. Vol. I., p. 356

⁴⁰⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Temas de Direito Processual: terceira série, p. 51

⁴⁰⁶ COUTURE, Eduardo J. Oralidade e regra moral no processo civil. p. 32 e 35

⁴⁰⁷ THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual, p. 109

⁴⁰⁸ Neste sentido: DIDIER JÚNIOR, Fredie. Os Três Modelos de Direito Processual: Inquisitivo, Dispositivo e Cooperativo, p. 218 e OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. "Poderes do juiz e visão cooperativa do processo". Revista de Direito Processual Civil, n. 27. Curitiba: Gênese, 2003, p. 4-5

recuperação do diálogo entre os protagonistas do processo, na formação do convencimento e livre valoração das provas pelo juiz. E, para tanto, há “necessidade de mais aguda atividade do juiz, instado a participar de forma mais intensa no processo e em particular na investigação dos fatos. Trata-se de confiar-lhe direção efetiva e não apenas formal do processo.”⁴⁰⁹

O redesenho da postura do juiz, assegurando-se a iniciativa probatória e o caráter dialógico do processo está longe de configurar o retorno do processo inquisitivo. A releitura do contraditório, pilar do justo processo e que se constitui numa garantia da não surpresa⁴¹⁰, permite que o juiz se torne mais ativo, curioso, a quem deve ser confiado em definitivo a condução não apenas formal, mas efetiva do processo, dando-lhe meios de ir em busca da verdade dos fatos, obtendo assim uma melhor realização dos fins do processo, dando a quem tem razão, tudo e tão somente aquilo a que tem direito de obter.

3.3.1 Possíveis causas para fracasso da figura o juiz ativo no Brasil

Entretanto, o que ocorreu no caso do Brasil é que o juiz, por comodismo⁴¹¹, excesso de trabalho, ou mesmo pela forma de promoção na carreira e conseqüente mudança de comarcas, é pouco ativo, apático ao processo, o que dificulta a sua participação efetiva no processo civil.

Nesse sentido, reconhece Barbosa Moreira⁴¹² que os motivos para tamanha apatia teriam como causas, não só o excesso de demandas, a começar pela regra pouco racional de distribuição dos processos e da carga de trabalho, como ainda por conta dos rodízios contínuos a que estão submetidos os juízes brasileiros. E, com isso, torna-se inevitável que o juiz, ao saber destas constantes mudanças, dê pouca importância para a instrução do processo, como se a saber de antemão que não será ele o juiz que irá proferir a decisão. Pois:

Se o juiz sabe que só vai presidir o feito por breve tempo, é natural que se interesse pouco pela respectiva sorte e o trate como algo que, no fundo, não lhe diz respeito. Os

⁴⁰⁹OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. "Garantia do Contraditório", p. 2

⁴¹⁰THEODORO JR, Humberto. Processo justo e contraditório dinâmico, 70

⁴¹¹MOREIRA, José Carlos Barbosa. Temas de direito processual : quarta série, p. 60

⁴¹²MOREIRA, José Carlos Barbosa. *op. cit*, p. 60-61

autos se convertem em mero trambolho, a arrear seja como for, sem qualquer preocupação pelo que lhes acontecerá depois: isso será da conta de outro. E aquele que os recebe, afinal, para dar remate ao procedimento, não se sentindo responsável pelo que até então se passou, fica tentado a concluir de qualquer maneira uma obra predominantemente alheia, para não dizer anônima. Nenhuma esperança séria se pode alimentar, a nosso ver, de maior 'participação' do juiz no processo, enquanto a regra for (como é em tantos casos) o rodízio contínuo.⁴¹³

Watanabe⁴¹⁴ aponta ainda para outra causa pela pouca apatia do juiz, qual seja, a de que ele ainda não percebeu que o real objetivo do legislador é o de induzir “papel mais ativo do juiz na condução dos processos e para o efetivo cumprimento do princípio da imediatidade, que é uma das bases do processo oral adotado pelo nosso legislador processual.” E quena visão de alguns magistrados, esta audiência seria inútil no caso concreto, intuindo equivocadamente que as partes não entrariam em acordo. Esquecendo-se os magistrados que ainda que as partes não cheguem numa possível conciliação, tem elas o direito de se fazerem conhecidas e conhecerem o magistrado que irá decidir sobre o destino do conflito entre elas.

Alberto Silva Franco⁴¹⁵, Barbosa Moreira⁴¹⁶ e Kazuo Watanabe⁴¹⁷ traçam um perfil cruel e ao mesmo tempo muito real do magistrado brasileiro, mostrando-o fechado em seu mundo que não interage com outros saberes e outros ramos de ciência, como se o direito lhe bastasse, apresentando uma indiferença⁴¹⁸ total, que beira a prepotência⁴¹⁹.

⁴¹³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Temas de direito processual : quarta série, p. 61

⁴¹⁴ WATANABE, Kazuo. Cultura de sentença e cultura de pacificação, p. 687

⁴¹⁵ FRANCO, Alberto Silva. O perfil do juiz na sociedade em processo de globalização. São Paulo: DPJ Editora, 2005, p. 811

⁴¹⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *op. cit.*, p. 60-62

⁴¹⁷ WATANABE, Kazuo. *op. cit.*, p. 684-690.

⁴¹⁸ MOLINARE, Carlo. Un'esperienza fallita (Il Codice Processuale Civile 1942). Rivista di Diritto Processuale, vol 1, n. I. Padova: CEDAM, julho 1946, p. 172-173)

⁴¹⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *op. cit.*, p. 140. Reconhece que, em definitivo, o que não se espera do juiz é que este seja prepotente e arrogante. Exigir que o o juiz seja ativo, participante, não é desejar que este seja um “juiz prepotente ou mesmo de juiz autoritário. Que ao órgão judicial caiba um papel ativo não quer dizer que lhe toque impor aos litigantes o modo de efetuar as operações que a lei defere a estes. Toca-lhe, sim, estimulá-los a optar, com toda a clareza necessária, deixando-os porém inteiramente livres quanto ao sentido da opção. Isso é especialmente importante na tentativa de conciliação, que não deve degenerar em constrangimento a cordo indesejado; mas também o é no que respeita à dissipação de obscuridade, para determinação precisa dos termos do litígio, e a outros temas

Embora essas constatações tenham partido de quem já exerceu a magistratura⁴²⁰, é claro que a justiça deve ser feita aos magistrados. Por que nem todos, assim se espera, são apáticos. Mas, ainda que não o sejam encontram incontáveis óbices, a contar pelo excesso de demanda e pelo nefasto rodízio de comarcas como apontado por Barbosa Moreira. Reconhece-se que a culpa maior recai na dificuldade da máquina judiciária em suportar o excesso de demandas, que acaba sendo utilizada como anteparo para os juízes pouco afeitos com o processo e pouco interessados pelos jurisdicionados.

O que não se questiona é que já passou do momento do juiz brasileiro reconhecer a função que lhe compete, permitindo-se fazer conhecido e conhecer as partes, procurando tomar pé do processo desde o seu nascedouro, sobretudo, nos tempos atuais, em que o processo passa por transformações, notadamente o processo civil brasileiro, que está em vias de sofrer profundas alterações com o advento do Novo Código de Processo Civil, devendo ser acatada a advertência de Ada Pellegrini Grinover para quem o juiz “há de saber assumir um papel mais ativo, sem perder a sua imparcialidade. Assim deve ser, em um processo comum que se queira célere, social, democrático, assistencial.”⁴²¹

Ademais, há que se extirpar o medo, a apatia e indiferença do juiz que beira a prepotência para que esse seja, em definitivo, mais ativo. Uma vez que é preferível um juiz ativo, um verdadeiro diretor na essência exigida no processo oral, mas sem ser prepotente, a ter um juiz como mero espectador, ou mesmo desarmado e inerte. A imparcialidade significa independência e desinteresse econômico e psicológico do juiz frente ao conflito, mas não o desinteresse ao bom funcionamento da justiça⁴²².

Portanto, é sempre preferível ter um juiz, tal como o concebeu Franz Klein para o processo austríaco, a ter um juiz apático e nada interessado pelo processo. E, para isso, deve ser exigido do juiz garantias para verdadeiramente assumir os atos

⁴²⁰Alberto Silva Franco e Kazuo Watanabe atualmente são desembargadores aposentados do TJSP, enquanto José Carlos Barbosa Moreira é desembargador aposentado do TJRJ.

⁴²¹GRINOVER, Ada Pellegrini. *Processo Trabalhista e Processo Comum*, p.93

⁴²² Neste sentido: CAPPELLETTI, Mauro. *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità – contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel Processo Civile*, 2° vol. Milão: Giuffrè, 1974, p. 574 e BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual : quarta série*, p. 62-63

processuais, principalmente os atos probatórios, realizados em respeito aos demais princípios que orientam o processo oral, tais como, a devida publicidade, a identidade física do juiz, a imediação, a concentração, posto que só assim restará salvaguardado o exercício do livre convencimento, acreditando-se que o processo oral, se bem compreendido, repercutirá na duração do processo.

Barbosa Moreira, em sua ousadia que lhe é peculiar reconhece que “se todos os juízes se dispuserem a aplicar maior empenho em miudezas como ler com atenção os autos, ou respeitar escrupulosamente os prazos”⁴²³ já seria um grande avanço para eliminar a excessiva duração do processo, a grande mácula que ameaça o processo e, por consequência, a pacificação social.

3.3.3.2 Papel ativo do juiz frente aos princípios dispositivo, inquisitivo ou cooperativo

Diante da exigência da participação mais ativa do juiz no processo oral, seja por meio do interrogatório livre, simples ou mesmo juramentado, seja na busca de outras provas que não aquelas trazidas pelas partes, é que surgem discussões acerca da compatibilidade entre o princípio dispositivo *versus* o princípio da autoridade do processo⁴²⁴, também conhecido como impulso oficial, ou mesmo só inquisitivo. Afinal, como bem reconhece Montero Aroca o processo “é um drama entre três pessoas, que só se inicia por uma destas partes, de modo que nenhuma pessoa pode ser obrigada a demandar.”⁴²⁵ Logo, a celeuma surge no momento em que pelo princípio do dispositivo, em vista da inércia da jurisdição, o juiz só age quando provocado, e só depois é que deve agir por impulso oficial, mas, ainda assim, atento aos fatos e às circunstâncias do processo.

Ocorre que, em contraposição ao princípio dispositivo, há previsão da possibilidade do agir de forma inquisitiva, com relação, sobretudo, às provas que poderia ele ordenar que fossem realizadas ainda que não requeridas pelas partes. Poder esse

⁴²³MOREIRA. José Carlos Barbosa, Comentários ao Código de Processo Civil, vol. V, p. 37

⁴²⁴CALAMANDREI, Piero. Instituciones de Derecho Procesal Civil - segun el nuevo Codigo, p. 394

⁴²⁵AROCA, Juan Montero. Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, p. 586. Tradução livre do original: “es un drama entre tres personas, que sólo se inicia por una de las partes, de modo que ninguna persona puede ser obligada a demandar.”

mais latente no processo oral, do qual se espera que o juiz possa livremente exercer a sua convicção quanto às matérias de fato alegadas pelas partes, tendo plenos poderes de não só convidar as partes para serem ouvidas e prestarem esclarecimentos, como também de ofício solicitar outras provas que não aquelas elencadas pelas partes.⁴²⁶

Inicialmente, antes mesmo de buscar responder a este questionamento, deve-se analisar o que se entende por princípio dispositivo. Observa Dinamarco baseado na lição de Liebman, que princípio dispositivo sempre causou certos problemas pela confusão com o princípio da demanda⁴²⁷. No entanto, esses princípios não podem ser equiparados, devendo ser evitada a confusão⁴²⁸. Uma vez que:

Dispositivo é, em sua pureza, o princípio segundo o qual toda a iniciativa de provas no processo ficaria a cargo das partes, sendo o juiz rigorosamente proibido de determinar qualquer diligência probatória *ex officio*, enquanto o princípio da *demanda* é responsável pelo veto à iniciativa judicial de instauração do *processo*, o qual tem sempre formação por um ato da parte (demanda). Contraposto do princípio dispositivo é o *inquisitivo*, que postula o aumento dos poderes de iniciativa do juiz e também não guarda qualquer relação com o poder de iniciativa do processo.⁴²⁹

Nesse sentido, Bedaque adverte que a denominação do princípio dispositivo, expressa e se refere apenas as “limitações impostas ao juiz, em virtude da

⁴²⁶ Tal como o que resta previsto no artigo 418 do CPC de 1973, em que o juiz pode, de ofício, ordenar: “I - a inquirição de testemunhas referidas nas declarações da parte ou das testemunhas;” e até mesmo “II - a acareação de duas ou mais testemunhas ou de alguma delas com a parte, quando, sobre fato determinado, que possa influir na decisão da causa, divergirem as suas declarações.” Mantendo-se integralmente este poder do juiz, e com a mesma redação, só acrescido este dispositivo de mais dois parágrafos no novo Código de Processo Civil (art. 458).

⁴²⁷ PICARDI, Nicola. Le riforme processuali e sociali di Franz Klein. Revista di storia giuridica dell’età medievale e moderna. 2012, p. 13-14. Esclarece referido autor que origem desta celeuma que ainda provoca no seio jurídico tantos equívocos, derivados sobretudo pela tradução dos institutos alemães. O princípio dispositivo (*Dispositionsmaxime*) no sentido material ou mesmo no sentido próprio, seria aquele que se resolveria no poder exclusivo das partes de buscar a proteção judicial e delimitar o objeto que deferia ser apreciado pelo juiz, e que a expressão *Verhandlungsmaxime*, que seria o próprio princípio dispositivo, no sentido processual ou no sentido impróprio que se resolveria no vínculo do juiz referente a iniciativa das partes quanto a escolha dos meios de provas, que serviriam e instrumento a convencer o juiz sobre a matéria de fato alegada. E que passando assim ambos serem conhecidos apenas como o princípio dispositivo, tanto para representar a iniciativa do processo como das provas, o que acabou por gerar toda esta confusão e equívocos.

⁴²⁸ A título de exemplo, é comum encontrar nos manuais de processo civil, que o princípio dispositivo seria aquele que “liga-se à existência de um poder monopolístico das partes de deduzir em juízo.” (NUNES, Dierle. *et all.* Curso de Direito Processual Civil – Fundamentação e Aplicação. 2ª ed. Belo Horizonte: Ed. Forum, 2013, p. 105). Dizendo outros ser o princípio dispositivo aquele “no qual cabe à parte, isto é, àquele que se diz titular do direito que deve ser protegido, colocar em movimento a máquina estatal.” (WAMBIER, Luiz Rodrigues. ALMEIDA. *et all.* Curso Avançado de Processo Civil v.1, 9ª ed. rev. e ampl., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 71).

⁴²⁹ DINAMARCO. Candido Rangel. Liebman e a cultura processual brasileira, p. 509

disponibilidade do direito; e que são poucas, pois se referem aos atos processuais das partes relacionados diretamente com o direito disponível.”⁴³⁰ E que quanto às demais restrições, como ao ato processual de dar início ao processo, não decorrem do chamado ‘princípio dispositivo’, mas sim do princípio da demanda. A abrangência dada ao princípio dispositivo, em definitivo, não implica qualquer restrição ao poder investigativo do juiz.

O equívoco precisa ser evitado, uma vez que o princípio da demanda é aquele no qual não comporta qualquer temperamento, sendo vedado ao juiz, pelo princípio da inércia da jurisdição, iniciar o processo sem demanda (*ne iudex ultra petita partium, como ainda de se manter restrito a causa petendi iudex iudicet secundum allegata partium*), sem que seja provocado pelas partes. E o princípio dispositivo, é aquele que se liga à iniciativa probatória, aos meios de prova que irão conduzir o juízo ao seu livre convencimento, uma vez que cabe ao autor fazer prova do fato constitutivo e ao réu a prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.

Quando as partes não conseguirem se eximir da incumbência de provar os fatos alegados, não há como permitir que o juiz simplesmente ‘lave as mãos’ e julgue de acordo com provas que nada provaram. Não se admite uma sentença *non liquere*⁴³¹, sendo vedado ao juiz de se eximir de julgar a demanda ainda que os fatos não tenham sido provados e ainda que não se tenha convencido das alegações das partes. Entende-se que mal maior⁴³² ocorre quando o juiz julga sem ter se convencido dos fatos alegados e postos sob sua apreciação.

Portanto, deve-se existir um meio termo para a suposta incongruência entre o princípio dispositivo e o impulso oficial. Se o processo, pelas mãos de Klein, se torna mais social, por permitir uma participação mais ativa do juiz, há que se verificar

⁴³⁰BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Poderes instrutórios do juiz. 6ª ed, rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012, p. 100

⁴³¹ Princípio do *iuravi mihi non liquere, atque ita iudicatu illo solutus sumeste* que existia no direito romano do qual o juiz podia eximir-se de julgar a demanda, caso em que não tivesse se convencido das alegações das partes.

⁴³² E neste sentido já reconheceu Mauro Cappelletti (CAPPELLETTI, Mauro. La testimonianza della parte nel sistema dell’oralità – contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile, vol 1, p. 394-395) que “il male maggiore sarebbe dato invece o addirittura dalla impossibilità di giudicare (il non liquet del giudice romano), oppure da una decisione ‘allo stato degli atti’, che lasci sostanzialmente impregiudicata la controversia.”

quanto à existência ou não da contrariedade entre o princípio dispositivo e o impulso oficial. uma vez que de acordo com o próprio precursor do processo social não é possível dar poderes ilimitados ao juiz, sob pena do processo assumir um caráter inquisitório. Por esta razão é que no Código de Processo Civil austríaco⁴³³, o princípio dispositivo foi reduzido apenas quanto ao seu âmbito substancial, qual seja, a possibilidade de influenciar as partes no desenvolvimento interno do processo de um lado, e, de outro lado, a solução encontrada se deu no sentido de dar ao juiz, ainda que de ofício, “a direção do desenvolvimento da atividade processual”⁴³⁴, dotando-o, assim, de poderes instrutórios.

A solução encontrada pelo ordenamento processual austríaco de mitigar o rigor do princípio dispositivo, para permitir ao juiz, ainda que de ofício⁴³⁵, tal como o que ocorre no CPC de 1973, em seu artigo 342, de intimar as partes para que elas, por meio de depoimento pessoal, possam prestar esclarecimentos sobre os fatos da causa.

No entendimento de Liebman⁴³⁶ e Frederico Marques⁴³⁷, haveria um aparente conflito entre o princípio dispositivo *versus* o princípio do impulso oficial. Por entenderem que pelo princípio constitucional da imparcialidade, ainda que se trate de matéria probatória, não teria o juiz o poder-dever de colher o material probatório por sua iniciativa. Esse também, foi, por alguns anos, o entendimento de Humberto Theodoro⁴³⁸ que, a tempo, mudou de entendimento, reconhecendo que a

⁴³³ PICARDI, Nicola. Le riforme processuali e sociali di Franz Klein., p. 15-16.

⁴³⁴ PICARDI, Nicola. Le riforme processuali e sociali di Franz Klein, p. 13-15

⁴³⁵ Tal faculdade do Juiz também é encontrada no *Codice di Procedura Civile* (art. 117 c/c art. 118), como na ZPO austríaca (§ 183).

⁴³⁶ Sustentava Liebman que “baseado no princípio constitucional da imparcialidade, o juiz perderia condições de manter *imparcial* quando devesse decidir em face do material probatório colhido por sua própria iniciativa.” (DINAMARCO. Candido Rangel. Liebman e a cultura processual brasileira. Estudos em homenagem à professora da Pellegrini Grinover. YARSHELL, Flávio Luiz e MORAES, Mauricio Zanoide de (coordenadores). 1ª ed., São Paulo: DPJ Editora, 2005, p. 509-510)

⁴³⁷ Dentre eles destaca-se Frederico Marques, para quem embora o Código de Processo Civil conceda os poderes “instrutórios ao juiz para a descoberta da verdade, preferiu afastá-lo ao máximo de intervenções nesse sentido, para resguardar-lhe a imparcialidade. Em se cuidando de questões de exclusivaius *dispositivum*, a tarefa de produzir provas e formar a verdade processual pertence quase totalmente às partes; e, quando se tratar de lide em que está em jogo direito indisponível ou de ordem pública, outro órgão estatal deverá suprir a inércia das partes ou a insuficiência de elementos de convicção, requerendo a produção de provas: esse órgão é o Ministério Público.” (MARQUES, José Frederico. Manual de direito processual civil, vol II, atualizado por ALVES, Vilson Rodrigues. Campinas: Ed. Bookseller, 1997, p. 276)

⁴³⁸ THEODORO JR., Humberto. Curso de Direito Processual Civil, 28ª ed., p. 422-423

imparcialidade não é obstáculo para que o juiz possa buscar a verdade dos fatos, ainda que as partes não tenham se diligenciado nesse sentido.

Até assumir nova e atual orientação, entendia Humberto Theodoro⁴³⁹ que o papel do juiz no processo cível não era inquisidor, e se assim o fosse, eliminado estaria o princípio indispensável da imparcialidade. Reconhecia-o que “convencimento do juiz ordinariamente, para o bom desempenho da função jurisdicional, deve ser formado à luz da atividade probatória exercida pelas partes no processo.” E só muito excepcionalmente é que cabia ordenar realização de outras provas que não àquelas requeridas pelas partes. Passado algum tempo, nas palavras do próprio doutrinador, reconheceu ele que “essas restrições eram exageradas e não mereciam mais prevalecer, pelo menos em toda extensão, no estágio atual do direito processual civil.”⁴⁴⁰

Não só mudou Humberto Theodoro de opinião, como atualmente entende que a “preservação da imparcialidade do juiz exige sua permanência longe da iniciativa de instaurar o processo e definir o seu objeto.”⁴⁴¹ Trata-se não do princípio dispositivo, mas sim do princípio da demanda que é indiscutível e que não cede espaço algum para o princípio do impulso oficial. Devendo, pois, ser eliminada a postura conservadora do juiz, que mina a iniciativa das provas de ofício, que partem de uma visão equivocada que não distingue entre meio de prova e prova propriamente dita, que “vê na decisão de ordenar a produção de um elemento de prova o compromisso do juiz com o resultado de tal diligência como se ele tivesse que ser antevisto como necessariamente benéfico a uma parte predeterminada.”⁴⁴² O que definitivamente não ocorre, posto que, quando o juiz ordenar, de ofício, a realização de uma prova, ele não tem a menor ideia de que lado esta prova irá beneficiar.

Além do mais, a imparcialidade do juiz, que significa a sua independência e seu desinteresse social, psicológico ou econômico diante das partes da relação litigiosa deduzida em juízo, não implica, por seu turno o completo desinteresse pelo melhor

⁴³⁹THEODORO JR., Humberto. *loc. cit.*

⁴⁴⁰THEODORO JR., Humberto. O Processo Justo: O Juiz e seus Poderes Instrutórios na Busca da Verdade Real, p. 7

⁴⁴¹THEODORO JR., Humberto. *op. cit.*, p. 9-10

⁴⁴²THEODORO JR., Humberto. *op. cit.*, p.10

desfecho da demanda. Tão mais grave que esse desinteresse é a indiferença⁴⁴³, sobretudo, quando não convencido acerca da matéria deduzida pelas partes, o juiz ainda assim, pelo manto da imparcialidade, profira qualquer sentença, mesmo não estando convencido da matéria fática alegada. Entretanto, esse desinteresse não pode chegar ao ponto de não permitir que o juiz investigue os fatos que foram trazidos pelas próprias partes em juízo, sob pena de oferecer uma posição melhor à parte que economicamente e socialmente se encontre numa posição privilegiada.⁴⁴⁴

Reconhecem Barbosa Moreira⁴⁴⁵ e Bedaque⁴⁴⁶ que este é um dos temas dos mais espinhosos na seara do direito processual civil. Esse tema para além de espinhoso, pertence àqueles questionamentos absolutos do processo civil e de todo o direito processual, cuja discussão os processualistas terão até o juízo final, e que até mesmo o panorama legislativo está longe de ser unívoco.⁴⁴⁷

Quanto à questão da compatibilidade entre o princípio dispositivo *versus* o princípio do impulso oficial, vale relembrar Calamandrei⁴⁴⁸ para quem esta compatibilidade deve ser medida pela “fixação de uma nova ordem de limites e de relações entre a iniciativa das partes e a iniciativa do juiz; não que seja a negação de liberdade, senão nova regulação de liberdade das partes.” Isso por que ao lado da função pública, devem ser estabelecidos e concedidos ao juiz poderes indispensáveis para que ele possa administrar o processo de forma ativa, rápida e segura, e que nem mesmo seria um obstáculo dizer que nas causas que envolvam direito privado e disponível não poderia o juiz ser inquisitivo, uma vez que o processo é público⁴⁴⁹, não podendo, assim, ser ele considerado um negócio privado, para ser administrado apenas pelas partes, enquanto o juiz assistiria impassível os mandos de desmandos dos particulares.

⁴⁴³ Neste sentido: THEODORO JR., Humberto. O Processo Justo: O Juiz e seus Poderes Instrutórios na Busca da Verdade Real, p. 16.

⁴⁴⁴ CAPPELLETTI, Mauro. La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità – contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel Processo Civile, vol 2. Milão: Giuffrè, 1974, p. 539

⁴⁴⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. La Significación Social de las Reformas Procesales. Revista de Processo, vol. 131. São Paulo: RT, janeiro 2006, pp. 153-162

⁴⁴⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Poderes instrutórios do juiz. 6ª ed, rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012

⁴⁴⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. La Significación Social de las Reformas Procesales, p. 161-162.

⁴⁴⁸ CALAMANDREI, Piero. Instituciones de Derecho Procesal Civil - segun el nuevo Codigo, p. 394

⁴⁴⁹ CALAMANDREI, Piero. Instituciones de Derecho Procesal Civil - segun el nuevo Codigo, p. 395

Quando se trata de analisar o princípio dispositivo e o princípio inquisitivo, que embora inconciliáveis, são harmônicos e, quando possível, são devidamente temperados para permitir ao juiz que, por meio da iniciativa probatória, possa ir atrás da verdade. Se assim não fosse, como reconhece Piero Calamandrei⁴⁵⁰ o papel do juiz reduzir-se-ia ao de mero marionetes nas mãos dos particulares, cuja alternativa seria assistir impassível e inerte os processos, sem neles intervir em busca da verdade, ainda que formal.

Esperar, portanto, que o juiz seja um autômato ou mero espectador nas mãos das partes e impedi-lo de ir em busca da verdade⁴⁵¹, ainda que sob os auspícios do princípio da imparcialidade, seria o mesmo que retirar dele a sua função judicante, sem contar a possibilidade de privilegiar sempre a parte que, economicamente mais forte, tenha condições de contratar melhores advogados, e que melhor representada, venha a se sagrar sempre vencedora do certame.

Em qualquer processo, seja oral ou escrito, o juiz deve ser ativo, participativo, sob pena de agir mal quando, sabendo que as questões fáticas postas a sua apreciação carecem de outras provas e acareação e esclarecimentos e, mesmo assim, queda-se inerte. Quando toma uma atitude mais ativa no sentido de chamar as partes para serem ouvidas e prestarem esclarecimentos, ou convocar novas testemunhas, e mesmo designar a realização de perícias, ele não tem condições de saber qual das partes será privilegiada com a prova por ele determinada de ofício, uma vez que a prova pertence a ele, competindo dar uma decisão justa baseada nos fatos que o convenceram das alegações feitas pelas partes.

Logo, sob o argumento de que o juiz deve ser imparcial, para não ser ativo, é outra falácia que precisa ser eliminada do processo, uma vez que são perfeitamente conciliáveis o princípio dispositivo e o inquisitivo. Não podendo mais persistir a confusão entre o princípio da demanda e o princípio dispositivo. O princípio da

⁴⁵⁰CALAMANDREI, Piero. *loc. cit.*

⁴⁵¹ “Diante da necessidade de descobrir a verdade real, o juiz não pode ser neutro nem indiferente. Não determinar a prova necessária à revelação da verdade não corresponde, por isso, a uma conduta imparcial e sim a um alheamento à missão jurisdicional de assegurar aos litigantes a mais efetiva e justa composição do litígio.” (THEODORO JR., Humberto. *O Processo Justo: O Juiz e seus Poderes Instrutórios na Busca da Verdade Real*, p. 11)

demanda é que não cede espaço para o princípio inquisitivo, porque com esse é totalmente inconciliável, o que não acontece com o princípio dispositivo.

Desejar que o juiz seja mais ativo, não é em definitivo desejar que se instaure o caos, ou mesmo o retorno ao processo inquisitivo a qualquer custo e sem respeito a princípios já tão caros ao processo, como o contraditório e a ampla defesa, mas é permitir a participação dos interessados na formação do provimento final.

No Brasil, tem surgido alguns doutrinadores, capitaneados por Álvaro de Oliveira⁴⁵², seguido por Fredie Didier⁴⁵³ que, para suplantar este conflito entre o processo dispositivo *versus* inquisitivo, que na verdade não existe de forma absoluta, preferem nominar esta participação mais ativa do juiz, que deve ser construída por meio de um diálogo entre os interessados de um processo colaborativo ou cooperativo, ou outros de participativo como o fizeram Humberto Theodoro Júnior e Dierle Nunes⁴⁵⁴. E ambos, sejam os que o nominam de cooperativo, colaborativo ou participativo, partem da premissa de releitura e da nova compreensão do princípio do contraditório que deve ser dinâmico e do qual não pode o juiz ficar alheio ao debate travado pelas partes, devendo exigir a participação ativa dos interessados quanto à influência na solução do conflito, evitando-se surpresas na decisão.

O certo é que, independentemente da nomenclatura, é imprescindível que no processo oral o juiz se torne mais ativo e assuma a direção do processo, não devendo isolar-se dos jurisdicionados. Afinal como há muito propunha Redenti⁴⁵⁵ o juiz deve descer da torre de marfim ao qual se instalou, e manter-se em contato com as partes em campo aberto, recobrando a consciência de sua missão, preparando culturalmente, moralmente e tecnicamente para enfrentar o processo.

⁴⁵²OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. "Garantia do Contraditório", p. 3-4; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. "Poderes do juiz e visão cooperativa do processo", p. 2-3.

⁴⁵³DIDIER JÚNIOR, Fredie. Os Três Modelos de Direito Processual: Inquisitivo, Dispositivo e Cooperativo, p. 220; DIDIER JÚNIOR, Fredie. O Princípio da Cooperação: Uma Apresentação, p. 75 e DIDIER JÚNIOR, Fredie. Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português. Coimbra: Wolters Kluwer – Coimbra Editora, 2010, p. 18

⁴⁵⁴THEODORO JR., Humberto. NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual, p. 109

⁴⁵⁵REDENTI, Enrico. L'Umanità nel Nuovo Processo Civile. Rivista di Diritto Processuale, vol 18, n. I. Padova: CEDAM, janeiro 1941, p. 33

É preciso, portanto, que o juiz desça da torre de marfim de onde se instalou para estar mais próximo dos jurisdicionados, despindo-se de todo e qualquer receio e insegurança, preparando-se moral e intelectualmente para a função que assumiu, sendo mais ativo e participativo. O juiz não pode perder a curiosidade, a busca da verdade é o tônus buscado no processo, e do qual tem ele o poder-dever de ir atrás da verdade dos fatos trazidos pelas partes. Afinal, não há ninguém melhor que o próprio juiz para saber qual melhor prova aguça a sua curiosidade.

3.3.3.3 Quanto à delegação da função judicante disfarçada

Tão mais grave que ter um juiz inerte, é ter um juiz que não decide. Atualmente, no Brasil, tem sido comum essa prática. Nos gabinetes dos ministros, desembargadores e dos juízes existem assessores. A forma encontrada pelo Poder Judiciário em vista no número de processos por juiz para julgamento, foi a institucionalização e contratação de assessores para tentar atenuar a demora na prestação jurisdicional. A grande preocupação é que, se no processo escrito o juiz pode não ter condições de ler⁴⁵⁶ todos os arrazoados das partes às alegações escritas das partes, quem dirá quando o juiz, que tem um auxiliar como são os seus assessores. Podendo muitos, além de não ler o processo, sequer ler a sua própria decisão, tamanha tem sido a automação da justiça no Brasil.

Na pesquisa empírica realizada sob a coordenação de Paulo Eduardo Alves Silva, foi constatado que os servidores integrantes dos cartórios judiciais (pesquisa realizada no âmbito de São Paulo, mas que reflete no judiciário dos demais Estados) proferem decisões para o juiz. Constatou-se que nem todas as decisões saem da cabeça do juiz, e não só as decisões de menor complexidade, mas também as decisões interlocutórias e sentenças são dadas pelos auxiliares lotados na secretaria do juízo. Consta do relatório de pesquisa que:

A chamada “preparação de decisões” ou “despacho em preto” consiste na apreciação, geralmente pelo diretor, escrevente-chefe ou escrevente, dos requerimentos mais simples formulados pelas partes e na elaboração de uma minuta de decisão, que é submetida ao juiz e, se aprovada, por ele assinada. Esse fenômeno foi constatado em

⁴⁵⁶CALAMANDREI, Piero. De las Buenas Relaciones entre Jueces y los Abogados en el Nuevo Proceso Civil, p. 42-43

todos os cartórios analisados, variando apenas o nível de utilização e o tipo de decisão preparada. Em alguns, ele é bastante utilizado para todo tipo de decisão (inclusive liminares e sentenças). Em outros, é utilizado apenas nas decisões mais “corriqueiras” ou “simples”, como afirmam os funcionários.

Como não se trata de uma prática oficialmente reconhecida – embora bastante difundida – não se verificou haver padrão ou critérios na elaboração das minutas ou na conferência feita pelo juiz. Em um dos cartórios estudados, por exemplo, o juiz permanece uma hora por dia na mesa do diretor conferindo e assinando cerca de 80 minutas – o que leva a crer que a conferência não é rigorosa. Em outro cartório, o diretor confirmou que, após o juiz assinar as decisões, ele, o diretor, as confere para saber se a decisão está mesmo correta.⁴⁵⁷

Constata-se, infelizmente, o que os precursores em prol da oralidade sempre temeram: de que os juízes não leiam os arrazoados, as alegações e as atas. É preocupante essa constatação, fazendo com que devam as partes, pressionarem os legisladores para que o processo aplicado no Brasil seja o oral, porque se os juízes não leem suas alegações, ao menos terão que ouvir, para que num processo dialógico e com a participação dos interessados, possa ser proferido um provimento que reflita minimamente a realizada, ainda que formal, dos fatos para que o direito possa ser bem aplicado.

E ainda mais preocupante com relação aos assessores do juiz, é que se o juiz não lia o processo, intuitivamente já era possível aferir, que sequer lia as suas próprias decisões. O que por si já é um desrespeito aos direitos constitucionais de ação e do devido processo legal dos jurisdicionados, como ficou constatado em referida pesquisa, cabendo ao escrivão conferir se o juiz assinou a decisão correta.

Em boa hora foi repelida pelo Senado a proposta que constava no Código Projetado (art. 156⁴⁵⁸) sobre a contratação de assessores, que teriam por função auxiliar o juiz na elaboração de minutas e decisões de votos, além de pesquisa em doutrina e

⁴⁵⁷SILVA, Paulo Eduardo Alves (coord.) et. all. Pesquisa “Análise da Gestão e Funcionamento dos Cartórios Judiciais”, Ministério da Justiça - Secretaria de Reforma do Judiciário, Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, Apoio Institucional: Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais – CEBEPEJ e Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas – DIREITO GV, Junho de 2007, p. 29

⁴⁵⁸ “Art. 156. O juiz poderá ser assessorado diretamente por um ou mais servidores, notadamente na:

I – elaboração de minutas de decisões ou votos;

II – pesquisa de legislação, doutrina e jurisprudência necessárias à elaboração de seus pronunciamentos;

III – preparação de agendas de audiências e na realização de outros serviços.

Parágrafo único. O servidor poderá, mediante delegação do juiz e respeitadas as atribuições do cargo, proferir despachos.” (Este artigo não foi aprovado no Senado).

jurisprudência. É até mesmo ingenuidade acreditar que os assessores apenas iriam preparar essa decisão. A experiência e a pesquisa empírica mostram o contrário.

A figura do assessor, embora não aprovado pelo Novo Código de Processo Civil, existe e é uma realidade na justiça brasileira, e acabam exercendo papel que cabe ao magistrado, tanto o é que em arroubo de honestidade, o Ministro Vice-Presidente do Tribunal Superior do Trabalho, Ives Gandra Martins, em entrevista concedida ao Jornal Valor Econômico no dia 17 de dezembro de 2014, diz textualmente que:

Eu conto com os meus assessores, que fazem a minuta e eu reviso. Mas chega uma hora que eu não consigo revisar. Eu tenho que despachar aqui na presidência 200 recursos extraordinários por dia. Então, eu vejo aqueles que fogem do comum. De resto, eu acredito que o assessor está fazendo de acordo com o que eu tinha orientado. A sociedade acredita que eu que estou despachando, mas não sou eu. Eu chamo meus assessores de juízes de fato. Isso significa que nosso sistema está falido.⁴⁵⁹

E tal não ocorre por que ele é o vice-presidente de um Tribunal Superior, esta é uma realidade brasileira, o juiz não é um super-homem, sabe-se pelos números ser humanamente impossível que um ministro, um desembargador ou um juiz, que nunca conheceu do processo até o dia em que este chega ao gabinete para decisão, consiga ler laudas e mais laudas de arrazoados, e até mesmo relembre por meio das atas das audiências o que se passou, se estas foram realizadas há muito tempo. E, ainda assim, depois da leitura atenta consiga proferir uma sentença no mesmo dia em que pegou os autos para proferir decisão. Tal tarefa é, portanto, humanamente impossível. E nem há como sustentar que quem lança mão desta prerrogativa seria apenas o mau juiz⁴⁶⁰, porque o desvio de função ocorre justamente por conta do excesso de processos. Por que também será um mau juiz aquele que, centralizador, demore anos para proferir uma decisão. E entre ser um bom juiz ou mau juiz, até mesmo os bons juízes, para evitar a demora na prestação jurisdicional, têm lançado mão do assessoramento. Constatação que não passou despercebida por Ives Gandra Filho⁴⁶¹ em sua defesa de tese (ainda não publicada),

⁴⁵⁹ Disponível em <http://www.valor.com.br/legislacao/3826052/justica-precisara-de-uma-nova-reforma?utm_source=newsletter_manha&utm_medium=17122014&utm_term=justica%20precisara%20de%20uma%20nova%20reforma&utm_campaign=informativo&NewsNid=3824048#ixzz3MCLwnzaV> acesso em 17/01/2015

⁴⁶⁰ COSTA, Anna Maria. Os assessores de juízes e seu papel no Poder Judiciário – reportagem. Revista Justilex. Ano 5, nº 60. Dezembro 2006, pp. 22-27

⁴⁶¹ Disponível em <http://www.valor.com.br/legislacao/3826052/justica-precisara-de-uma-nova-reforma?utm_source=newsletter_manha&utm_medium=17122014&utm_term=justica%20precisara%20de%20uma%20nova%20reforma&utm_campaign=informativo&NewsNid=3824048#ixzz3MCLwnzaV>

em que ele chega a conclusão de que no Brasil há três tipos de juízes, a saber: o voluntarioso, o conformado e os que assumem uma posição de equilíbrio. O primeiro tenta dar conta de todo o seu acervo; o segundo, por ser conformado, leva a situação como se não fosse seu o problema e pouco liga para o excesso de processos, vai tentando dar, a seu modo, conta dos processos; e o terceiro, nem um pouco conformado e nem mesmo voluntarioso, não vê saída que não delegar a atividade jurisdicional.

Logo, pelo excesso de processos, e diante da morosidade do judiciário, chegou-se a um ponto crucial, e de um ou de outro modo, delegando ou não a atividade jurisdicional, a jurisdição continua morosa, célere e emperrada.

A solução para este problema, seria a adoção do processo oral, não só como forma de fazer com que os juízes estejam mais próximos do jurisdicionado para se fazerem conhecidos, como para tornar a justiça mais humanizada. Posto que, assim sendo, cada caso será realmente um caso, onde o juiz terá oportunidade de conhecer a individualidade das partes e do caso analisado, sentindo com os seus olhos, ouvidos e sentidos o que os jurisdicionados querem quando batem às portas do Judiciário. E quando tais atos delegados ocorrem, há grande probabilidade de tornar insignificante e menosprezado o conflito levado para apreciação do judiciário, fazendo com que os processos não passem de meros números e dados estatísticos, tal como já vem ocorrendo.

Portanto, o processo oral possui vantagens, dentre elas, permitir o contato imediato do juiz com as partes, propiciar a concentração dos atos, permitir que o juiz seja mais ativo, assim como os procuradores e as partes. Acredita-se que só mesmo este processo terá o condão de favorecer o retorno do poder de direção do processo pelo juiz, dificultando, assim, a perniciosa delegação judicial, sobretudo, quando ela não é legalmente admitida. E sem contar que terá o processo oral o condão de assegurar o:

[C]ontrola social sobre o trabalho jurisdicional por brindar uma maior publicidade do processo, proporcionando muito menos campo fértil para a conduta reprovável dos magistrados, por que 'na clandestinidade do expediente escrito se empreendem toda a

classe de manobras que não se introduziriam no arejado e bem iluminado recinto do juízo oral' e finalmente, se trata de um modelo de processo onde, "estando todos sentados na mesma mesa" existirá a eliminação dos chamados 'tempos mortos do processo' (traslados, notificações, etc.).⁴⁶²

Para que a justiça seja mais humanizada, os jurisdicionados necessitam estar em contato com os juízes, o que só poderá ser proporcionado pelo processo oral. Assim, o juiz que colheu as provas, pelo princípio da imediação e concentração será o mesmo prolator da sentença, uma vez que por esses princípios será dotado da percepção e sentido necessários para exercer o seu livre convencimento.

3.4 Do Processo Escrito

Nos processos em que domina a forma escrita, embora também sejam realizados atos de forma oral, entende-se que o juiz só toma conhecimento dos fatos por meio do que consta nos autos, e por meio de fastidiosas⁴⁶³ e, às vezes, por longas petições, atas, assentos e documentos. Não há observância do princípio da identidade física do juiz, pouco importando que uma prova oral colhida possa ser apreciada por outro juiz que virá a prolatar a sentença. Esse processo é muito semelhante ao processo comum, só que com algumas diferenças, tais como, a permissão do contato do juiz com as provas e ao exercício da livre valoração apenas constantes dos autos, prevalecendo ainda o velho brocardo de que *quod non est in actis non est in mundo*.

É um processo onde não há, assim como exige o processo oral, a concentração dos atos, não sendo raros os processos que chegam às mãos dos juízes depois de meses e até mesmo anos de sua formação ou instrução. Constitui o processo "uma mole e imensa de escritos acumulados, uma montanha de papel, de que o magistrado se aproxima com repugnância e com pavor."⁴⁶⁴ Não sendo também raro acontecer que a sentença já chegue, como dizia Chiovenda "bolorenta, nos autos volumosos", em que ou "o direito pereceu de todo ou a paciência das partes se esgotou por completo."⁴⁶⁵

⁴⁶²PEYRANO, Jorge W. Nuevos horizontes de la oralidad y de la escritura, p. 8-9

⁴⁶³VEIGA, Vasco Soares. Da Oralidade (Estudo a propósito da revisão do Código de Processo Civil, p. 45

⁴⁶⁴VEIGA, Vasco Soares. Da Oralidade (Estudo a propósito da revisão do Código de Processo Civil. 45

⁴⁶⁵CHIOVENDA, Giuseppe. Procedimento Oral, p.76

Pode-se afirmar que o processo escrito é a antítese do processo oral⁴⁶⁶, naquele não há observância dos princípios norteadores deste, tais como: a imediação, identidade física do juiz e concentração dos atos. Embora a livre valoração das provas também esteja presente no processo escrito, o juiz só poderá fundamentar suas decisões com base nas provas carreadas para os autos⁴⁶⁷ de forma escrita, ao contrário do que ocorre no processo oral. Nesse, o juiz que participou da audiência e pôde por meio de sua sensibilidade, astúcia e inteligência perceber os movimentos, os gestos, o tom da voz, e que teve a oportunidade de sentir a sinceridade ou não dos depoimentos, a convicção do interlocutor, e que também teve a possibilidade de surpreender por meio de variadas formas de manifestações, e de testar a exatidão das declarações, ou mesmo a sua infidelidade, basear o seu convencimento em atos e atitudes percebidas em audiência e que seriam impossíveis de serem transpostas para a ata de audiência ou mesmo congeladas numa gravação audiovisual. E nunca é demais dizer que é pela prova e sua valorização que o processo pode ser classificado em oral ou escrito⁴⁶⁸, valendo recordar que o processo que era eminentemente oral, passa a ser escrito em decorrência da valoração da prova.

E sem contar que o processo escrito é permeado de fases, tendo constatado Piero Calamandrei que o processo escrito era “essencialmente fragmentário e atomístico: cada processo se fraciona em uma série de fases e de episódios.”⁴⁶⁹ A consequência inevitável é que neste processo, é sua morosidade.

3.5 Da humanização da resolução dos conflitos

Etimologicamente, muitos são os significados da expressão *processo humanizado* - ora pode afetar o juiz, ora as partes, a terceiros, como também ao próprio órgão - que de acordo com Victor Fairén Guillén teve sua origem não só na fonte mais

⁴⁶⁶CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil, vol I, p. 127-128

⁴⁶⁷ Neste sentido, observou Nicora que “si considera processo scritto quello, nel quale il giudizio del magistrato verte sugli elementi di fatto prodotti dalle parti in iscritto o fissati nei protocolli giudiziari, escludendone come irrelevante ogni fatto che non figuri nelle scritture (quod non est in actis non est in mundo).” (NICORA, Attilio. Il principio di oralità nel diritto processuale civile italiano e nel diritto processuale canonico. Roma: Università Gregoriana Editrice, 1977, p. 44)

⁴⁶⁸CHIOVENDA, Giuseppe. L’Oralità e la Prova, p. 24)

⁴⁶⁹CALAMANDREI, Piero. Oralità nel processo, p. 453

clássica do Direito Processual positivo, qual seja, na lei, “senão também em outras, como são os *princípios gerais de direito e as regras de sana crítica* o do *critério racional*.”⁴⁷⁰ Com o qual concorda Adolfo Gessi Bidart⁴⁷¹, porque falar em humanização do processo ou em uma justiça mais humana não é simplesmente direcionar para a figura do juiz, que seria um problema de direito substantivo, tendo em vista que representa o órgão, competente de acordo com cada caso a depender do direito violado. E, tampouco, poderia ser considerado genericamente. Assim, quando se fala em humanização do processo ou da resolução dos conflitos, faz-se necessário verificar naquilo que consiste o processo ou o que se faz no processo.

Para Celso Agrícola Barbi a justiça humanizada é aquela que não seja:

[F]ria, distante, impessoal, desinteressada, burocratizada, mas sim a que seja atenta à situação pessoal das partes litigantes e às consequências da solução da demanda para elas, notadamente nas classes pobres; cada caso levado a julgamento deve ser considerado um caso especial. Para alcançar esse fim, as técnicas a serem usadas são notadamente: a interpretação mitigadora do rigor de certas leis; maior conhecimento da situação pessoal das partes; efetivação do princípio da igualdade real - e não apenas formal - das partes no processo.⁴⁷²

Humanização do processo é, antes de tudo, o respeito a condição humana⁴⁷³. Assim, o processo deve respeitar o próprio homem, com suas angustias, seus medos e seus receios. Só se vai a juízo por que houve uma violação de um direito, sobretudo, nos processos de jurisdição contenciosa. Falar em humanização da resolução dos conflitos é exigir que quando há um processo, as partes não devam ser tratadas como números, como mais um processo a ser contado estatisticamente. Em qualquer processo, há uma dor que é inerente ao ser humano. E, portanto, caso a caso os processos deveriam ser tratados como únicos, cabendo ao legislador e aos órgãos aplicadores do Direito, respeitar a natureza ou a condição do homem, procurando adequar-se a ele e não o inverso.

Lado oposto a humanização do o conflito é o que ocorrerá com automatização da

⁴⁷⁰GUILLÉN, Víctor Fairén. La Humanización del Proceso: Lenguaje, Formas, Contacto entre los Jueces y las Partes desde Finlandia hasta Grecia, p. 135

⁴⁷¹BIDART, Adolfo Gelsi. La Humanización del Proceso, p. 106

⁴⁷²BARBI, Celso Agrícola. Formação, Seleção e Nomeação de Juízes no Brasil, sob o Ponto de Vista da Humanização da Justiça. Revista de Processo, vol. 3, n. 11/12. São Paulo: Ed. RT, julho/dezembro1978, p. 31

⁴⁷³BIDART, Adolfo Gelsi. *op. cit.*, p. 105-106. Em reafirma “Humanizar no quiere decir transformar en humano algo que ya lo es; significa hacer más humano y, dentro de lo humano, mejor que lo existente.”

decisão judicial, como o que vem ocorrendo por vias transversas no processo brasileiro, via o julgamento do recurso repetitivo. E o caso mais emblemático, seja por que a angústia do Ministro Herman Benjamin tornou-se pública, seja por que a causa não se encontrava madura para ser julgado via o repetitivo, é o julgamento do Recurso Especial nº 911.802⁴⁷⁴. No seu voto-vista, o Ministro Herman Benjamin demonstrou o quanto a solução do conflito pela sistemática do recurso repetitivo, via um único recurso e por meio de uma única ação individual (quando muitas ações coletivas estavam em curso e que tratavam sobre o mesmo tema), mutila o direito de acesso à justiça. Tornando este processo em específico, um meio de calar a voz dos milhões de consumidores de telefonia que não puderam ser ouvidos.

Em seu lúcido voto-vista e do qual restou vencido, o Ministro Herman Benjamin demonstra o quanto o acesso individual de milhares de consumidores estavam sendo ignorados, porque além da demanda não se encontrar madura para discussão via a modalidade do repetitivo, o que agravou mais questão é que enquanto as concessionárias de telefonia tinham os melhores escritórios para a defesa de sua tese, também foram as únicas que tiveram o direito de ser ouvidas, por meio do contato direto com os ministros do Superior Tribunal de Justiça. E enquanto isto, a parte contrária, era triplamente vulnerável, por ser “consumidora”, “pobre” e “negra” e que ainda por cima, assistida pela defensoria pública, não teve e nem teria como ter o acesso pessoal, assim como os procuradores da parte contrária, cujo poder econômico é indiscutível para realizar a sustentação oral, apresentar memoriais, ou ainda estar em audiência com os ministros para exercer o poder de influência quanto a melhor tese a sagrar-se vencedora. A questão foi tratada como se números fossem, e um dos argumentos utilizados pela concessionária, é que caso provida as suas alegações fulminadas estariam milhares de demandas semelhantes. Evitando-se, com tal decisão, que vários outros processos, com tese semelhante chegassem ao Superior Tribunal de Justiça.

Este certamente é um julgado que ficará para a história do Superior Tribunal de Justiça revelando como uma ação individual de uma consumidora triplamente

⁴⁷⁴Voto vista-vencido do Ministro Herman Benjamin. Disponibilizado em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3402517&num_registro=200602724586&data=20080901&tipo=3&formato=PDF> Acesso em 13/01/2015

vulnerável, que não teve condição de se fazer presente no âmbito do tribunal, permitiu que outras milhares de demandas fossem afetadas pela decisão proferida que, claro, acabou por julgar improcedente o apelo da parte triplamente vulnerável. E a decisão só não foi unânime, porque o único voto dissonante foi do Ministro Herman Benjamim que acolheu a tese em defesa dos consumidores pela não obrigatoriedade do pagamento da assinatura básica. Constando em seu voto que a vitória das empresas de telefonia “não é exclusivamente de mérito; é antes de tudo, o sucesso de uma estratégia judicial, legal na forma, mas que, na substância, arranha o precioso princípio do acesso à justiça.”⁴⁷⁵

Esse julgamento mostra que o processo deixou de ser humano, o caso já não é mais único, as demandas estão sendo vistas como números e para evitar a enxurrada de demandas nada melhordo que, sem o uso dos critérios legais exigido e com total afronta aos direitos fundamentais dos consumidores, acabar com o mal pela raiz, vencendo não o mérito, mas a estratégia judicial, o que se procura eliminar, quando a resolução do conflito é humanizado.

Recomendar o respeito à condição humana no processo, não significa exigir o respeito aos direitos fundamentais, uma vez que o processo por si já deve ser considerado o meio “por excelência para se obter o respeito aos direitos fundamentais do homem, enquanto é ele o meio para garantir todo o direito”⁴⁷⁶, considerado como básicos e essenciais. Assim, o processo é uma garantia, um meio de proteção para que se alcance estes direitos fundamentais em caso de sua violação.

A humanização do processo passa pela análise do homem com suas características, seus hábitos, seus anseios e seus desejos. Em cada país ou região haverá certamente variantes fundamentais e por isso, quando se fala em humanizar o processo significa que ele deva ser acessível e não somente aos que tem um melhor poder econômico⁴⁷⁷.

⁴⁷⁵<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3402517&num_registro=200602724586&data=20080901&tipo=3&formato=PDF>

⁴⁷⁶BIDART, Adolfo Gelsi. La Humanización del Proceso, p. 112

⁴⁷⁷BIDART, Adolfo Gelsi. La Humanización del Proceso, p. 152

Dentro dessas características comuns a todos, embora respeitando as peculiaridades de cada região ou país, podem ser destacados o tempo, as formas e os sujeitos. Destaca-se em primeiro plano o tempo, como um dos fatores de suma importância para a humanização do processo, sobretudo, em virtude da limitação humana. Até por que, a justiça "é feita sempre no presente, embora postergada para adiante, para restituir, para reparar o dano injusto ou mesmo para preparar a sua atuação justa no futuro."⁴⁷⁸

A razoável duração do processo é tida como um ideal, e tanto o é que em todas as convenções internacionais de direitos humanos há previsão expressa para que países signatários observem não só o devido processo legal, mas que ele tenha uma razoável duração, que forme, desenvolva e extinga num tempo que seja viável, nem rápido demais e nem longo demais. Por razoável, compreende o tempo necessário que se mede de acordo com cada caso, diante da complexidade da causa, pelo comportamento das partes e do órgão jurisdicional e auxiliares, sem postergações indevidas e procrastinatórias, permitindo-se que o processo possa realizar, recompor ou mesmo restituir o direito violado, sobretudo, nos dias atuais em que os meios de comunicação facilitaram e trouxeram a sensação de agilidade, de imediatidade.

Humanizado, portanto, é um processo que se finda num prazo que não seja longo e excessivo. A demora na prestação jurisdicional torna inútil, ineficaz e até mesmo impossível a restauração, restituição ou reparação do direito violado. Deve-se observar que de nada adianta uma decisão justa, se proferida depois de concretizada a violação do direito.

A segunda característica encontrada para tornar mais humano o processo é a sua forma. Como advertiu Mário Pagano⁴⁷⁹ "o arbitrário procedimento sem formalidade e

⁴⁷⁸BIDART, Adolfo Gelsi. *La Humanización del Proceso*, p. 157. Tradução livre do original: "se hace siempre en el presente, aunque pretenda apuntar incluso más allá, para restituir, para reparar lo realizado antes injustamente o para preparar que se actúe, justamente, en el futuro."

⁴⁷⁹PAGANO, Mario Pagano. *Considerazioni sul processo criminale*, p. 17. Tradução livre do original: "l'arbitrario procedimento senza formalità e senza processo è l'indice, e l'istrumento insieme di un fatale ed ilimitato despotismo"

sem processo é indicativo de um instrumento fatal e despótico.” Logo, a forma é de suma importância para o devido processo legal, para salvaguardar os interessados da tirania, da arbitrariedade e da insegurança, mas não pode ser exigida a forma pela forma, o excesso de formalismo processual, é também obstáculo a ser enfrentado. Desse modo, reconhece Adolfo Bidart que:

Humanizar o processo, a partir deste ponto de vista, significa procurar que este atue de maneira mais natural para o homem, sem artifícios, mais coerente ou adequado a sua realidade que se pretende reordenar conforme os valores jurídicos que se trata de materializar; em outros termos: não admitir a forma pela forma.⁴⁸⁰

Assim, o processo não é um fim em si mesmo, devendo existir a forma para permitir a devida garantia e evitar surpresas, mas jamais como empecilho à obtenção do resultado útil almejado no processo. O excesso de formas impede a marcha do processo que, atrelado ao excesso de demandas, culminará fatalmente na ocorrência dos tempos mortos do processo, tempo em que pelo excesso de formas, em virtude de inúmeros atos escritos, os autos dos processos mofam nos escaninhos das secretarias dos juízes. E, assim sendo, o processo se desumaniza, na medida em que não consegue o homem dominar o seu ato em integridade, mas apenas a sua aparência externa.

Além disso, encontra-se na escrita um dos maiores obstáculos encontrados para a humanização do processo. Quando o processo se realiza pela forma escrita, não há qualquer contato do juiz com as partes e, ainda que ocorra, não há respeito aos princípios da identidade física do juiz, onde os escritos, as alegações e os arrazoados são letras mortas, não falam por si, não guardam as angústias, as expressões, os gestos e as atitudes. Portanto, é inquestionável que:

A dificuldade principal para atingir a humanização do processo naquilo em que consiste, encontra-se em sua realização de maneira sucessiva e monológica, que *impede a verdadeira comunicação entre os sujeitos* tarefa conjunta dos mesmos, através do seu desenvolvimento, sem o qual não existe o verdadeiro processo. O processo em que predomina a escritura (...), traz consigo o distanciamento entre os sujeitos e acentua a formalidade.⁴⁸¹

⁴⁸⁰ BIDART, Adolfo Gelsi. La Humanización del Proceso, p. 158. Tradução livre do original: “Humanizar el proceso, desde este punto de vista, significa procurar que se actúe en él de la manera más natural para el hombre, más alejada de artificios, más coherente o adecuada a la realidad que se pretende reordenar conforme a los valores jurídicos que se trata de encarnar; en otros términos: no admitir la forma por la forma misma, si lo realizado alcanza su fin y no vulnera el derecho de las partes en el proceso.”

⁴⁸¹ BIDART, Adolfo Gelsi. La Humanización del Proceso, p. 148-149. Tradução livre do original: “La dificultad principal para lograr la humanización del proceso en aquello en que consiste radica en su realización de manera sucesiva y monológica, que impide la real comunicación entre los sujetos y la tarea conjunta de los mismos, a

O processo desenvolvido por meio do monólogo, por meio da investigação solitária do juiz, realizado apenas por meio de trocas de razões e contrarrazões escritas e sem, portanto, a necessária e efetiva participação dos interessados, é um obstáculo para a humanização das resoluções do conflito, à medida que cria sério embaraço a nova modelagem do princípio do contraditório, que “não se limita ao direito da parte de ser ouvida, ao direito de se defender, mas erigiu-se como uma garantia dos destinatários da decisão de participar do processo, em simétrica igualdade”⁴⁸² na fase de instrução do processo e, portanto, preparatória da sentença.

A participação se torna mais evidente se respeitado o processo oral e tanto o é que Comoglio⁴⁸³ reconhece a oralidade como uma das características essenciais do justo processo, por permitir essa efetiva participação dos interessados, que detém o direito de ser ouvido. O que só pode ocorrer por meio de um debate oral, realizado em ao menos uma audiência, conduzida de forma oral e não apenas por meio de troca de alegações escritas.

Do tempo e da forma de realização dos atos, advém, inevitavelmente, a terceira característica comum que visa à humanização do processo que é quanto aos seus sujeitos. Essa também conhecida como personalização dos sujeitos, tem como objetivo favorecer a comunicação, por meio de diálogo direto e pessoal entre os interessados no processo.

O diálogo, o falar e o ouvir são um dos elementos essenciais para que o processo se humanize. No processo humanizado a interlocução dos interessados (autor, réu e juiz⁴⁸⁴) por meio de uma real participação, compartilhada⁴⁸⁵ ou cooperação⁴⁸⁶, e não

través de su desarrollo, sin lo cual no existe verdadero proceso. El proceso en que predomina la escritura (...), trae consigo el alejamiento entre éstos y la acentuación de la formalidad.”

⁴⁸²GONÇALVES, Aroldo Plínio. Técnica processual e teoria do processo, p. 169

⁴⁸³COMOGLIO, Luigi Paolo. Etica e técnica del “Giusto Processo”. Torino: Ed. Giappichelli, 2004, p. 180-184

⁴⁸⁴O juiz “não pode estar ausente, em relação a ele (*iter processual*) não pode ser alheio; é necessário que esteja presente, operante nos atos judiciais que visem assegurar o desenvolvimento correto e pleno do princípio do contraditório.” (GONÇALVES, Aroldo Plínio. Técnica processual e teoria do processo, p. 107)

⁴⁸⁵ Neste sentido: BIDART, Adolfo Gelsi. La Humanización del Proceso. Revista de Processo, vol. 9. São Paulo: RT, Jan / 1978, p. 133 e THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual, p. 109; THEODORO JR, Humberto. Processo justo e contraditório dinâmico, p. 65

só por meio de trocas de escritos, mas de presença física de todos os protagonistas no tribunal.

Reconhece Adolfo Bidart que a personalização dos sujeitos para tornar o processo mais humanizado radica na indispensável e necessária realização da audiência, permitindo-se que as partes possam “*dialogar* sobre o processo (...), para um reconhecimento mútuo e uma contribuição conjunta, sobre a situação do processo, antes da sentença”⁴⁸⁷, com objetivo de ser estabelecido entre os sujeitos do processo uma *direta comunicação*.

Tais características (tempo, forma e personalização) são os maiores obstáculos a serem enfrentados e combatidos para que a solução do conflito se torne mais humanizado. E, não se vislumbra nenhum outro tipo de processo, que não o oral, que preserve todas elas⁴⁸⁸.

Para Celso Barbi⁴⁸⁹, Gelsi Bidart⁴⁹⁰, Fairen Guillén⁴⁹¹ e Cappelletti⁴⁹², do ponto de vista técnico, o processo oral é o tipo ideal por ser um processo mais humanizado e moralizado. Se a humanização do processo se volta na direção do homem e das suas necessidades, não se vislumbra outro tipo que não o processo oral que é concentrado, simplificado, menos complicado e permite a interlocução com participação ativa e efetiva de todos os interessados no provimento final. Além disso, o processo oral resgata o diálogo e a personalização dos sujeitos.

Sendo de bom alvitre recordar a sempre presente advertência de Calamandrei para

⁴⁸⁶ Neste sentido: DIDIER JÚNIOR, Fredie. Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português, p. 18 e OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo, p. 4-5

⁴⁸⁷ BIDART, Adolfo Gelsi. La Humanización del Proceso, p. 137. Tradução do original: “*dialogar* sobre el proceso (según el estado de los autos), para un re-conocimiento mutuo y un aporte común y en común, sobre la situación procesal, antes de la sentencia. Esto significa establecer la *directa comunicación* entre los sujetos principales del proceso.”

⁴⁸⁸ BARBI, Celso Agrícola. Formação, Seleção e Nomeação de Juizes no Brasil, sob o Ponto de Vista da Humanização da Justiça, p. 37. Que via no excesso de demandas somada a escassez de magistrado um obstáculo para uma Justiça humanizada.

⁴⁸⁹ BARBI, Celso Agrícola. *op. cit*, p. 32

⁴⁹⁰ BIDART, Adolfo Gelsi. *op. cit* p. 147-148

⁴⁹¹ GUILLÉN, Victor Fairén. La Humanización del Proceso: Lenguaje, Formas, Contacto entre los Jueces y las Partes desde Finlandia hasta Grecia, p. 138

⁴⁹² CAPPELLETTI, Mauro. La testimonianza della parte nel sistema dell’oralità – contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile, vol 1, p. 47

que os juízes e servidores burocratas jamais se esqueçam de que estão lidando com homens e não com números. O processo tem o dever ser mais humano, além de ético e democrático. Dizia ele:

O perigo maior que ameaça os juízes em uma democracia, e em geral a todos os servidores públicos, é o perigo do hábito, da indiferença burocrática, da irresponsabilidade anônima. Para o burocrata os homens deixam de ser pessoas vivas e se transformam em números, cédulas e processos: em um 'expediente', como se diz na linguagem dos escritórios, isto é, uma pasta em cuja capa se agrupam numerosas folhas e protocolos, e em meio a eles, um homem dissecado. Para o burocrata, os anseios e desejos do homem vivo que está a espera não significa nada; ver aquela enorme pilha de papéis sobre sua mesa só trata ele de encontrar uma maneira de passar para a mesa de outro burocrata, seu vizinho de escritório, e descarregar sobre o fastidioso incômodo.⁴⁹³

O processo é feito por homens e para os homens, autuados e julgados por homens. Não se deve esquecer de que em cada processo existe um drama a ser enfrentado, e não importa o valor envolvido, mas o desejo e o anseio do homem vivo, que fala, sente, ouve, expressa e ama. O processo ao ser desumanizado, esquece do ser humano. Afinal, o processo é o instrumento para resgatar a dignidade e garantir direito fundamental de ser humano, que visa resgatar a humanidade das arbitrariedades, das desigualdades das agressões ao direito fundamental de ir, de vir, de propriedade, de liberdade, enfim, de viver como homem.

⁴⁹³CALAMANDREI, Piero. *Proceso y Democracia*, p. 69-70. Tradução livre do original: "El peligro mayor que amenaza a los jueces en una democracia, y en general a todos los funcionarios públicos, es el peligro del hábito, de la indiferencia burocrática, de la irresponsabilidad anónima. Para la burócrata los hombres dejan de ser personas vivas y se transforman en números, cédulas y fascículos: en un 'expediente', como se dice en el lenguaje de las oficinas, este es, una carpeta bajo cuya cubierta están agrupados numerosos folios protocolizados, y en medio de ellos, un hombre dissecado. Para el burócrata, los afanes del hombre vivo que está en espera no significan nada; ve aquel enorme cúmulo de papeles sobre su escritorio y sólo trata de encontrar un medio de hacerlo pasar al escritorio de otro burócrata, su vecino de ofician, y descargar sobre él el fastidio de aquel engorro."

4. PROCESSO ORAL NOS ORDENAMENTOS ESTRANGEIROS

Reconhecido os obstáculos⁴⁹⁴ de se fazer um estudo comparado nas legislações alienígenas, optou-se por rever, sinteticamente, apenas as legislações que foram mencionadas no decorrer desta pesquisa, a começar pelo *Zivilprozessordnung* ou ZPO austríaco de 1895 e o ZPO⁴⁹⁵ alemão de 1877, que são fonte e exemplo legislativo para alteração e adoção do princípio da oralidade. Além disso, foi nesses dois países que o princípio da oralidade, após meados do século XIX, começou, ainda que de forma limitada, a dar maior importância à audiência oral, combatendo o princípio da escrita no processo, representando uma ruptura com o processo escrito.

Passando em seguida para análise, pelo *Codice di Procedura Civile* Italiano de 1942, uma vez que um dos maiores defensores da oralidade era italiano, florescendo na Itália ainda que tímida e paulatinamente o processo oral. Revisitando-se ainda a *Ley de Enjuiciamiento Civil* espanhola que na reforma ocorrida em 2000, alterou por completo o seu procedimento para adoção da oralidade e seus consectários.

Essa escolha se fez necessária, porque, como bem observado por Hans W. Fasching⁴⁹⁶, o processo civil europeu tem como características não só a oralidade⁴⁹⁷, como a imediatidade⁴⁹⁸ e demais princípios que orientam o processo oral, que é sempre colocado em primeiro plano em suas ordenações.

⁴⁹⁴ CAPPELLETTI, Mauro. El Proceso Civil en el Derecho Comparado, p.23-24. Para quem embora seja um pouco difícil trabalhar com o direito comparado, há serem superadas tais dificuldades ou obstáculos quando “se realiza um síntese sobre a base dos ordenamentos sob análise.” E será com base na síntese sobre as bases de dados disponíveis que se procurará analisar os ordenamentos propostos no presente estudo

⁴⁹⁵ Tanto o Código de Processo Civil (*Zivilprozessordnung*) alemão de 1877 e o austríaco de 1895 (...), serviram e tem sucessivamente servido de “idea central y determinante precisamente en el principio de la oralidad, aun cuando después la realización de este principio pueda haber sido en concreto no siempre idéntica ni integral en los diversos países.” Do qual o princípio da oralidade nos demais processos que surgiram nos países europeus, se inspiraram, uns outros outros menos, nos Códigos alemão e austríaco. (CAPPELLETTI, Mauro. *op. cit.*, p. 61-63).

⁴⁹⁶ FASCHING, Hans W. A Posição dos Princípios da Oralidade e da Mediação no Processo Civil Moderno - Descrita à Luz de Alguns Ordenamentos Processuais Centro-Europeus. Revista de Processo, vol. 39. São Paulo: Revista dos Tribunais. Julho 1985, p. 27

⁴⁹⁷ Em que para o citado autor a oralidade tem as seguintes características: “o contato entre as partes e o juízo deve ser oral; à decisão da questão deve preceder uma audiência oral entre as partes e o juízo, e somente o que foi apresentado nesta audiência oral pode fundamentar a decisão do juízo.” (FASCHING, Hans W. *op. cit.*, p. 27)

⁴⁹⁸ FASCHING, Hans W. *op. cit.*, p. 27

Essas legislações, portanto, serão revisitadas apenas quanto às ideias e tendências básicas do processo oral.

4.1 Processo Civil Austríaco - *Zivilprozessordnung*- ZPO de 1895

Falar sobre o Processo Civil Austríaco (*Zivilprozessordnung*) implica mencioná-lo como fruto magistral⁴⁹⁹ do seu autor, Franz Klein, cuja obra ainda influencia⁵⁰⁰ reformas nos ordenamentos de vários países, europeus ou não, e que é marco para o processo social.

O *Zivilprozessordnung* de 1895⁵⁰¹ austríaco e o alemão são tidos como pioneiros⁵⁰². No entanto, aquele foi o que mais contribuiu para transformar o processo civil em um procedimento mais “simples, rápido, barato e acessível aos pobres.”⁵⁰³ Por isso e por outros atributos, é conhecido como um processo social.

O Código de Processo Civil Austríaco é resultado da teoria publicística. O seu ponto de partida foi reconhecer que os conflitos jurídicos isolados seriam um mal social, culminando na inevitável perda de tempo, de dinheiro, de “uma ligação infrutífera de valores, de instigação de ódio e zanga entre as partes litigantes, e outras emoções funestas para a vida da comunidade.”⁵⁰⁴

A intenção foi de que as instituições e o juiz, quando da aplicação das leis, estivessem sempre atentos na condução do processo e da prolação da sentença, por acreditarem que a decisão correta é aquela proferida com base nos fatos realizados, revisitados pelo juiz que deveria levá-los em consideração ao proferir a decisão.

⁴⁹⁹ Neste sentido: CALAMANDREI, Piero. L'opera di Francesco Klein e il processo civile austríaco. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, n.1, vol II. Padova: La Litotipo Editrice. 1925, p. 80

⁵⁰⁰ SPRUNG, Rainer. Os Fundamentos do Direito Processual Civil Austríaco. *Revista de Processo*, vol. 17. São Paulo: Revista dos Tribunais. Jan / 1980, p. 138

⁵⁰¹ Que entrou em vigor em 1.1.1898.

⁵⁰² CAPPELLETI, Mauro e GARTH, Brian. *Acesso à Justiça.*, p. 76

⁵⁰³ CAPPELLETI, Mauro e GARTH, Brian. *op. cit*, p.77

⁵⁰⁴ SPRUNG, Rainer. *op. cit*, p. 139

Desde 1848, bem antes da reforma do Código de Processo Civil Austríaco, já se observava na Áustria certa orientação e certo desejo pela adoção dos princípios que orientam o processo oral, como a publicidade e a livre apreciação das provas.⁵⁰⁵ Esses princípios deram tônica à reforma do processo austríaco⁵⁰⁶, que encontraram eco nos estudos⁵⁰⁷ de Klein de 1890 e 1891 que, viria a ser o maestro que conduziu a reforma (*Zivilprozessordnung* de 1895), impulsionado que foi pela entrada em vigor, no império alemão, do Código de Processo Civil Alemão de 1877, que já era moderno para a época.⁵⁰⁸

O grande triunfo de Klein foi, portanto, o de ter reconhecido o processo como fenômeno social, que não mais deveria ser de uso das partes, uma vez que “a luta pelo direito reduz-se a um fenômeno de manifestação das massas”⁵⁰⁹, devendo o processo representar uma tarefa social do Estado. Desse modo, segundo Klein, caberia ao legislador não mais permitir que o poder de condução do processo ficasse a cargo das partes, porque a responsabilidade, a simplicidade e, sobretudo, a velocidade e economia do processo incumbiria ao juiz⁵¹⁰, um terceiro imparcial e equidistante das partes, e que tinha o dever de bem conduzir o processo. Passando-o a ser visto como:

[I]nstituto do direito público - deve por isso, ao lado da segurança dos interesses privados, satisfazer também os valores sociais mais elevados, o que, de vez em quando enseja pretexto para limitações de liberdade do indivíduo em proveito do todo e do Estado; o seu timoneiro, o juiz, representa aqui "o representante profissional do interesse geral".⁵¹¹

São dois os escopos do processo austríaco, a saber: “a) proteção dos direitos individuais e b) verificação e proteção da ordem jurídica, a serviço da comunidade

⁵⁰⁵SPRUNG, Rainer. Os Fundamentos do Direito Processual Civil Austríaco, p. 145

⁵⁰⁶Sobretudo, por influencia do *Code Procedure* Francês, cuja codificação sofreu forte influencia do em que o Iluminismo que abriu um novo entendimento para o processo. (in - FASCHING, Hans W. O Desenvolvimento do Código de Processo Civil Austríaco nos Últimos 75 Anos, p. 115)

⁵⁰⁷"*Pro futuro, Betrachtungen über Probleme der Zivilprozessreform in Oesterreich*" publicados nos Boletins Jurídicos (*Juristische Blätter*). In - SPRUNG, Rainer. Os Fundamentos do Direito Processual Civil Austríaco, p. 146

⁵⁰⁸FASCHING, Hans W. *op. cit.*, p. 115

⁵⁰⁹FASCHING, Hans W. *op. cit.*, p. 116

⁵¹⁰KÖNIG, Bernhard. La ZPO Austriaca dopo la Novella del 1983. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, vol. 43, n.3. Padova: CEDAM, julho 1988, p. 712

⁵¹¹SPRUNG, Rainer. *op. cit.*, p. 146

jurídica”⁵¹², exigindo-se, a partir de então, que o juiz deixasse de ser passivo para ser um colaborador ativo. Dentre os princípios norteadores da ZPO austríaca de 1895, destacam-se:

Oralidade e imediatidade do procedimento, para garantir que este corra com estrito respeito à bilateralidade de audiência, perante o Juízo, bem como que a alegação de provas e sua colheita e apreciação sejam autênticas e sem delongas.

Publicidade da audiência para os fins do controle (da atividade jurisdicional) pelo público.

Livre apreciação das provas pelo juiz; coloca ela sobre os ombros do juiz a responsabilidade pela verdade. Para a segurança de pronunciamentos objetivos existe a independência do juiz, garantida pela Constituição.

Aceleração e barateamento do processo, o que exige prazos curtos, regras rigorosas no que respeite à revelia, que, só mediante condições severas, poderá ser sanada pela restituição à situação jurídica anterior; formalidades simplificadas do processo; determinação oficial pelas audiências; concentração dos atos processuais.

Procedimento curto de recursos, mediante limitação dos recursos, com rigorosa proibição de apresentação de fatos novos.⁵¹³

Com o *Zivilprozessordnung* – ZPO austríaco de 1895 iniciou-se, com vanguarda, um novo processo também reconhecido como democrático e moderno⁵¹⁴, além de social. Foi vanguardista na acepção lata do termo por ter sido o primeiro a reconhecer que o processo não era uma coisa das partes. O juiz não podia ser espectador dos interesses dessas, competindo-lhe conduzir o processo com presteza, atenção e de forma ativa. Cabia-lhe ouvir as partes e os testemunhos, imediando as provas e as partes no processo, e proferir decisões com base no seu livre convencimento. E, na condução do processo, era exigido a concentração dos atos com vista a eliminar o seu tempo excessivo e nefasto. O processo civil austríaco foi construído sobre “a base da fé e da confiança no magistrado.”⁵¹⁵

4.1.1 Reforma do *Zivilprozessordnung*

⁵¹²FASCHING, Hans W. *op. cit.*, p. 116

⁵¹³FASCHING, Hans W. O Desenvolvimento do Código de Processo Civil Austríaco nos Últimos 75 Anos. pp. 116-117

⁵¹⁴ COUTURE, Eduardo J. Oralidade e regra moral no processo civil, p.32. Que ainda na década de 40 do século passado exaltou a vitalidade do Código de Processo Civil austríaco que, para ele, era “realização mais fina do direito processual moderno.” E nele predominando o processo oral.

⁵¹⁵COUTURE, Eduardo J. Oralidade e regra moral no processo civil. Revista Forense. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 1939, p.32

Apesar de sua superioridade e vanguarda, não tardou muito para que, em 1914, o legislativo austríaco, depois de muito escutar a comunidade jurídica e colhendo as experiências dentre o corpo de magistrados, reconhecesse a necessidade de mudança do ZPO austríaco. A primeira reforma alterou a maneira de julgamento em sede de primeiro grau, que passaria a ser de competência do juiz singular, o que até então só existia nos Tribunais de Distrito, enquanto que nos demais o julgamento ainda era feito por um órgão colegiado. Com tal reforma, pretendeu o legislador simplificar, agilizar e baratear ainda mais o processo.

Nos primeiros anos de entrada em vigor do novo sistema do julgamento feito por um juiz singular em sede de primeiro grau de jurisdição, houve expressiva redução do tempo do processo, e os resultados obtidos comprovaram a sua eficácia.⁵¹⁶ A média do tempo do processo não só reduzido pela metade⁵¹⁷, como também influenciando na redução de quase 30% (trinta por cento) do valor das custas judiciais.

Em 1921, após a primeira grande guerra, na terceira reforma (a segunda ocorreu em 1920 para ampliar a competência do juízo), o legislador ampliou mais ainda os poderes e faculdades do juiz na busca da verdade dos fatos, concedendo-lhe mais poder investigatório para, de ofício, ordenar produção e realização de provas aptas a seu livre convencimento.

O ZPO austríaco de 1895, no decorrer dos últimos anos sofreu várias intervenções legislativas e todas as reformas pelas quais passou vieram sempre no sentido de baratear, agilizar e simplificar o processo, e sempre se mantendo fiel aos postulados do seu idealizador. Tanto o é que Bernhard König⁵¹⁸ e Hans Fasching⁵¹⁹ exaltam a

⁵¹⁶FASCHING, Hans W. O Desenvolvimento do Código de Processo Civil Austríaco nos Últimos 75 Anos, p. 118

⁵¹⁷ Aliás, desde 1914, tal como menciona Eduardo J. Couture, os números estatísticos dos processos austríacos já eram difundidos. E já naquela época, os números indicavam que 45% dos processos eram decididos em um mês, outros 35% em três meses, e o restante em mais de um ano. Reafirmando Couture que o processo civil austríaco além de rápido, oferecia “garantias da segurança. O juiz, sentado ao lado das partes, é como um confessor; com autoridade muito considerável, é um verdadeiro diretor do juízo; tem, aliás, amplas faculdades para aconselhar espíritos de conciliação e transação.” (COUTURE, Eduardo J. Oralidade e regra moral no processo civil, p. 32)

⁵¹⁸KÖNIG, Bernhard. La ZPO Austriaca dopo la Novella del 1983, p.712

⁵¹⁹ Observa Hans Fasching que “O desenvolvimento do Direito do processo civil austríaco mostrou, até agora, tendência para uma simplificação e aceleração persistentes, para ser menos formal, de um lado, e para o fortalecimento dos poderes do juiz, de outro lado, o que significa que assimilou o espírito fundamental do

vitalidade da ZPO austríaca que, centenária, continua inalterada em sua essência, reconhecendo ambos o quanto até hoje são considerados válidos os princípios tal como constavam do ZPO de 1895.

É importante observar que a sexta reforma do ZPO austríaco, ocorrida ainda nos anos de 1929, criou a figura do auxiliar do juiz, que não pertence aos quadros da magistratura, mas sob a fiscalização desse, pode resolver casos simples com base na jurisprudência, e até auxiliar o juiz na condução do processo. O que depois de muitos anos, em 1962, encontrou guarita também no texto Constitucional.

Também digno de nota é o fato ocorrido em 1938 quando o território austríaco foi anexado ao território alemão pelo *Reich*. Mas, ainda assim, o ZPO austríaco, diante de sua superioridade, continuou, apesar da unificação do direito, a ser o código aplicado no território anexado, e tal se deveu por que “o processo civil austríaco estava redigido melhor, mais simples e claramente. E, também, funcionava melhor.”⁵²⁰ O legislador alemão, limitou-se apenas a adaptar as disposições do processo civil austríaco.

Em 1945, com o fim da segunda grande guerra, e com a superveniência da restauração da independência da República da Áustria, pela Lei de Restauração da Justiça Civil, foi feito um levantamento das leis de 1938 a 1945 que deveriam prevalecer ou não no território austríaco. Foram mantidas, apenas as leis edemais disposições legais oriundas da ocupação alemã que se mostravam úteis, como por exemplo, a regra alterada e que tinha seu reflexo no direito material, como foram as leis referentes ao matrimônio e ao direito comercial, mantendo-se quanto ao mais inalterado o processo civil austríaco.

Outra importante reforma ocorrida na ZPO austríaco foi o advento, em 1973, que procurava trazer certo alívio e aceleração ao processo civil, permitindo que as atas e sentenças fossem lavradas por meios acústicos, tais como, fitas gravadoras, magnetofones e outro similar, quando não pudessem ser lavradas e fixadas no

Código de Processo Civil do ano de 1895, sem mudá-lo fundamentalou revolucionariamente, através de um progresso cauteloso, que se manifestou também nos anos seguintes.” (FASCHING, Hans W. *op. cit.*, p. 120)

⁵²⁰FASCHING, Hans W. O Desenvolvimento do Código de Processo Civil Austríaco nos Últimos 75 Anos, p. 120

tempo previsto por falta de escrivães e pessoal habilitado para transcrição das atas, porque tudo o que ocorre em audiência deve ser transcrito em sua literalidade.

Em 1983, por outra lei reformista, ocorreu uma limitação dos atos orais, embora não tivessem sido eliminados. Antes dela, o procedimento perante o juízo de primeiro grau era sempre oral, até mesmo as impugnações ocorriam assim, uma vez que, até então, apenas os procedimentos perante a Suprema Corte é que eram escritos. A par disto, também foi eliminado a necessidade da realização primeira audiência, como obrigatória, sendo introduzido a faculdade de, no procedimento perante o juízo monocrático, a exemplo do que hoje se encontra previsto no Novo Código de Processo Civil⁵²¹, das partes renunciarem a realização da audiência prévia. E, manifestando o autor seu desejo pela não audiência, o réu seria citado para apresentar defesa escrita (§243, alínea 4, ZPO austríaco). Essa faculdade, no entanto, acabou sendo eliminada com a revogação pela RGBL número 140 de 1997.

Desde as mais antigas como as mais recentes reformas⁵²² realizadas no ZPO austríaco tiveram apenas o condão de alterá-lo no intuito de melhorar o acesso e a celeridade do processo, adequando-o aos novos direitos e interesses coletivos, mantendo-se na essência, o processo oral, tal como idealizado por Klein.

E tanto o é que Hans Fasching⁵²³ reconhecendo a superioridade e o alto nível do processo civil da Áustria, que permanece conservado não obstante às reformas

⁵²¹ Art. 317, inc. VII c/c art. 331, §4º, inc. I do Novo CPC

⁵²² Neste sentido: "Gazette. No. I. 96/2011 (Tribunal Constitucional) Gazette. No. I. 108/2011 (Tribunal Constitucional) Diário .. I n º 30/2012 (NR: GP XXIV RV 1675 AB 1698 S. 150 BR: AB 8708 S. 807) Gazette. No. I. 6/2013 (Tribunal Constitucional) Diário .. eu No. 118/2013 (NR: GP XXIV RV 2322 AB 2373 S. 206 BR: AB 9017 S. 822)." Disponível em

<<http://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001699&FassungVom=2014-10-12>> Acesso em: 12 de outubro de 2014>>

⁵²³ De acordo com citado autor "É natural que o alto nível do processo civil da Áustria não só deve permanecer conservado, porém, e, ademais, as experiências feitas com o Código do Processo durante as décadas passadas devem encontrar seu eco na forma de tentativas razoáveis de reformas. Quais as tendências fundamentais que devem ser dominantes e realizadas com insistência, já foi demonstrado na descrição do desenvolvimento histórico. São elas: a igualdade de possibilidades, ou seja, as "chances" para todos na realização do direito; a proteção jurídica mais acentuada para os especialmente carentes de tutela; a simplificação e rapidez do procedimento e a configuração acentuada de uma segurança máxima na atuação do direito. Ademais, temos que acrescentar, ainda, os esforços para o reconhecimento e execução mútuos das sentenças nos trâmites internacionais, e, também – como alvo mais remoto - o estabelecimento de normas adequadas nacionais, como pressuposto de uma justiça civil internacional." (FASCHING, Hans W. O Desenvolvimento do Código de Processo Civil Austríaco nos Últimos 75 Anos, p.124)

realizadas no decorrer dos últimos anos, noticia que o Ministério da Justiça no ano de 1961, organizou uma comissão composta por professores universitários, magistrados, advogados e funcionários do próprio Ministério para reexaminar o Código de Processo Civil austríaco para propor uma reforma geral. Ocorre que referida comissão depois de alguns anos de estudo e análise chegou à conclusão, por unanimidade, que não era necessária sua reforma geral, mas que só haveria necessidade de algumas reformas pontuais e pormenores, o que sucedeu nos anos seguintes.

Na década de 70, a comissão formada sob a presidência de Hans Fasching, também chegou à mesma conclusão, tendo seus membros reconhecido que:

Não obstante a continuação da tese fundamental afirmada, de que a reforma geral do Código de Processo Civil austríaco não é necessária, as experiências dos últimos decênios demonstram, contudo, que algumas correções e simplificações fundamentais seriam, não somente possíveis, senão necessárias.⁵²⁴

E, desde então, o ZPO austríaco vem passando por reformas pontuais para adequá-lo aos novos tempos, simplificando os procedimentos em função do interesse da comunidade, reduzindo custas, permitindo o amplo acesso à justiça, eliminando barreiras quanto à competência, à economia processual e aos números de juízes por habitantes.

Para Bernhard König⁵²⁵, essas reformas demonstram que até mesmo o procedimento civil idealizado por Klein não é um “monumento intocável”. Demonstra que as mudanças nas condições de vida, das organizações e até mesmo das condições técnicas, ainda que de modo objetivo, influem até hoje em algumas reformas da ZPO de 1895, sobretudo, para tornar a tutela jurídica mais eficiente.

4.1.2 Do processo oral no ZPO – *Zivilprozessordnung* austríaco

Os fundamentos do ZPO austríaco tem como base o processo oral, a começar pelo §176 do ZPO, que incentiva as partes a, antes mesmo do início do processo,

⁵²⁴FASCHING, Hans W. O Desenvolvimento do Código de Processo Civil Austríaco nos Últimos 75 Anos, p.124

⁵²⁵KÖNIG, Bernhard. La ZPO Austriaca dopo la Novella del 1983. Rivista di Diritto Processuale Civile, vol. 43, n.3. Padova: CEDAM, julho 1988, p.713

conversarem verbalmente sobre o conflito, indicando provas a serem produzidas (§177, ZPO). Não se chegando a um acordo, e já iniciado o processo, o juiz pode, de ofício, buscar uma solução amigável para o processo (§204, alínea 1, ZPO), mostrando comparativamente os pontos individuais de ambas as partes, como ainda apontar possíveis métodos para resolução consensual do conflito (§ 201, alínea 1, ZPO). E se as partes assim o quiserem esta audiência preliminar, poderá ser conduzida pelo juiz que não o que necessariamente irá julgar a demanda (§ 204, alínea 2, ZPO). A audiência preliminar, conhecida como primeira audiência⁵²⁶ (§ 239, ZPO), é conduzida por um juiz ativo que pode, se assim o entender, suspender a audiência, designando outra em data próxima para ouvir pessoalmente as partes (§183, ZPO) e testemunhas (§§180 ss., ZPO). Só não será designada outra audiência (§183, alínea 2, ZPO) se ambas as partes explicarem os fatos (§184, ZPO). Cabe ao juiz evitar o quanto possível o adiamento da audiência, estando ele vinculado a argumentos taxativos (§134 e §135, ZPO) para adiá-la. Além disso, tem o poder-dever de rejeitar provas trazidas pelas partes, como mero intuito de atrasar o procedimento (§179, ZPO).

A livre valoração das provas e, portanto, o livre convencimento é plenamente garantido ao juiz (§§182 e 182a, §496, alínea 1, n. 2, e §272, ZPO). E, mesmo depois de encerrados os debates, se ainda entender que lhe faltam subsídios para seu convencimento acerca dos fatos alegados, poderá designar outra audiência (§194, ZPO). Não é permitido recurso em separado, sobretudo, das decisões deliberadas em audiência (§214, ZPO), no intuito claro de aceleração do processo; mantendo-se a unidade da discussão oral, não sendo permitida a acumulação ainda que eventual de demandas (§ 193, alínea 2 ZPO), depois de encerrados os debates.

O sistema de revelia é construído sobre o princípio da preclusão (§144, ZPO) vedando-se, portanto, a prática do ato não praticado no prazo determinado na lei

⁵²⁶Bernhard König, reconheceu nesta audiência também conhecida como *Tagsatzung* certa particularidade do procedimento civil austríaco, uma vez que esta audiência também denominada de primeira audiência técnica tem como objeto o de “verificare se l’attore e il convenuto siano effettivamente intenzionati a condurre una causa o se in particolare il convenuto in questo momento – alla luce dell’inizio di un procedimento costoso – sua disposto ad adempire l’obbligazione. Il convenuto (e l’attore) deve manifestare attraverso la sua comparsa in udienza la propria intenzione di volersi fare coinvolgere nella lite. Qual’è la funzione della prima udienza tecnica, che non è né di istruzione né di trattazione, ma meramente una ‘chiamata?’” (KÖNIG, Bernhard. La ZPO Austriaca dopo la Novella del 1983, p. 714)

processual, exceto se a parte demonstrar justo impedimento (§146, ZPO) restabelecendo-se, assim, a prática do ato processual com reposição do procedimento (§146, alínea 2, ZPO). O procedimento do processo austríaco preserva o debate oral, em audiência (§§176, 177 e 178 ZPO), cujos escritos são valorizados na forma de libelos, usados como preparatórios da discussão oral da demanda (§ 258, alínea 1 e § 78, ZPO), sendo vedados resumos que contenham apenas argumentos jurídicos (alínea 3, § 78, ZPO). As alegações dos fatos devem ser feitas por petição (protocolo), que contém detalhes organizados dos registros e informações de tudo que ocorreu não só na audiência, e também no decurso do tramite processual (§§ 297 e seguintes, ZPO). Encerrados os debates em audiência, de preferência, deve ser nessa proferida a sentença (§ 414, alínea 1, ZPO), e quando a sentença não puder ser proferida em audiência, deve ser em até quatro semanas (§415, ZPO).

Estatisticamente falando, desde o ano de 1914⁵²⁷, a Áustria vem coletando dados para análise do tempo do processo, e pelos dados até hoje divulgados a duração do processo austríaco não faz um papel feio, uma vez que apenas em torno de 20% (vinte por cento) dos processos civis austríacos levam mais de um ano para serem julgados.⁵²⁸

4.2 Processo Civil Alemão – *Zivilprozessordnung* – ZPO de 1867

O *Zivilprozessordnung* alemão, mais antigo que o *Zivilprozessordnung* – ZPO austríaco foi sancionado em 30 de janeiro de 1877 (em vigor desde 1º de outubro de 1879⁵²⁹), portanto, 16 (dezesseis) anos antes do ZPO austríaco, de 1895. Ambos são instituições seculares, que vieram a lume em pleno movimento em prol da oralidade, sendo ambos insculpidos sobre três pilares elementares, a saber: concentração, imediatidade, oralidade⁵³⁰, além da publicidade que os fez

⁵²⁷COUTURE, Eduardo J. Oralidade e regra moral no processo civil. Revista Forense, pp. 29-37

⁵²⁸KÖNIG, Bernhard. La ZPO Austriaca dopo la Novella del 1983, p. 713

⁵²⁹O então CPO, e atual ZPO, entra em vigência juntamente com outras leis do Império *Reichsjustizgetze*.

⁵³⁰CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil, p. 196. Chiovenda reconhecia que a “grande lei processual do Império Germânico foi, no último quartel do século passado, o produto dessa elaboração científica, de que traz os sinais, entre outros, na cuidadosa e conseqüente atuação dos princípios da oralidade, da imediação e da concentração.”

acompanhar. Influenciaram⁵³¹ e continuam influenciando ordenamentos de países, como a Itália, Espanha, Portugal e Brasil.

Como destacam Cappelletti e Bryan Garth⁵³², o modelo de *Stuttgart* do processo civil alemão, incorporado ao § 282 do ZPO, vem sendo cada vez mais difundido por ser um processo que não só envolve as partes e o juiz num diálogo oral e ativo, mas também por ser um método que, além de acelerar o procedimento, “tende a resultar em decisões que as partes compreendem e frequentemente aceitam sem recorrer.”⁵³³

O ZPO alemão, assim como o austríaco, não obstante tenha mantido no decorrer destes últimos anos a sua estrutura inicial, vem passando por inúmeras reformas, procurando adequar aos novos tempos e aos novos direitos. As primeiras reformas ao ZPO alemão ocorrem em 1885, 1889 e 1906. Sendo digna de nota a reforma de 1924, com a introdução do procedimento conciliatório, que também criou os Tribunais Laborais e modificou por completo os requisitos de admissibilidade dos recursos de cassação.

Em 1929, iniciou-se novo movimento reformista, com forte influência do processo austríaco, sempre em prol da celeridade e economia processual, que finaliza em 1933 com entrada em vigor de nova lei alterando o *Zivilprozessordnung*, antes mesmo que o Estado alemão se tornasse nazista, mantendo incólume a redação do ZPO no tempo em que o nazismo dominava a Alemanha.⁵³⁴

Chiovenda, no entanto, por reconhecer a superioridade do ZPO alemão, em 1932, não viu com bons olhos essa reforma. Para ele, a lei processual germânica era a que mais se aproximava do processo romano, residindo nisto “o principal fator da perfeição da lei alemã de 1877 e o segredo de sua influência sobre a legislação de outros povos.”⁵³⁵

⁵³¹RAGONE, Alvaro J. Pérez e PRADILLO, Juan Carlos Ortiz. Código Procesal Civil alemán [ZPO] –Traducción con un estudio introductorio al proceso civil alemán contemporáneo. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2006, p. 18 e 21

⁵³²CAPPELLETI, Mauro e GARTH, Brian. Acesso à Justiça, p.78

⁵³³CAPPELLETI, Mauro e GARTH, Brian. *loc. cit.*

⁵³⁴COUTURE, Eduardo J. Oralidade e regra moral no processo civil, p. 32

⁵³⁵CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil, p. 197

A justificativa de Chiovenda⁵³⁶, em se opor à reforma, se dá pelo fato de que ele reconhecia que a pequena diferença entre os dois ordenamentos, verdadeiros monumentos da oralidade, residiria na concentração. Mas, que, embora seja pequena a diferença, ela acabava por ter uma dimensão enorme, porque no processo civil alemão, a audiência era conceitualmente única, mesmo perante os tribunais colegiados, tal como previsto originariamente em 1877. No processo austríaco, ocorria o inverso, existia também a audiência preliminar presidida pelo juiz delegado, destinada a, antes do início do processo propriamente dito, selecionar o material da causa, competindo ao réu alegar todas as exceções quanto a *litis ingressum impeditentes*, sob pena de preclusão.

É também digna de menção a reforma de 1974, que modifica o julgamento pelo órgão colegiado perante a primeira instância, surgindo, assim, o julgamento por um juiz único. Aliás, na década de 70, as reformas foram férteis. No entanto, nenhuma se compara a ocorrida pela reforma de 1976⁵³⁷, também conhecida por *Vereinfachungsnovelle* de 3 de dezembro de 1976, que entra em vigor em 1º de junho de 1977. A referida lei procurou trazer um procedimento simplificado e ainda mais célere para o *Zivilprozessordnung* alemão. E os principais argumentos para a realização desta grande reforma estavam justificados na sobrecarga dos Tribunais; na desnaturação do princípio da oralidade, como de todo o procedimento, que acabava por culminar num elevado número de processos, respingando na sua excessiva duração. Nos dois anos seguintes a entrada em vigor desta reforma, já pôde ser sentido⁵³⁸ uma visível melhora quanto à celeridade e à qualidade da prestação do serviço jurisdicional. Essa reforma de 1976, apresenta-se, portanto, como a que mais trouxe alterações no ZPO alemão, e que também de maior qualidade.

⁵³⁶CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil, 2009 p. 1017-1018

⁵³⁷ E tal se deve por que a reforma de simplificação do processo ocorrida em 1976 “reforzó aun más el funcionamiento del proceso oral. La oralidad cruza transversalmente el proceso contencioso para el dictado de la sentencia en directa relación con la intermediación y la publicidad. No puede decirse que el Código Procesal Civil Alemán (ZPO) alemán regule un proceso plenamente estricto u oral, sino más bien de acuerdo al caso y al procedimiento, combina ambas alternativas.” (RAGONE, Álvaro J. Pérez. Oralidad y prueba en Alemania, p. 347-348)

⁵³⁸RAGONE, Alvaro J. Pérez e PRADILLO, Juan Carlos Ortiz. Código Procesal Civil alemán [ZPO] –Traducción con un estudio introductorio al proceso civil alemán contemporáneo. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2006, p. 36-37

Em 17 de dezembro de 1990, surge nova lei reformista, entrando em vigor em 1º de abril de 1991. Tinha por objetivo a simplificação da administração da justiça (*Rechtspflegevereinfachungsgesetz*), com agilização do processo, com vistas a melhorar a celeridade, dando-se mais ênfase ao princípio da concentração dos atos e da redistribuição de tarefas entre os órgãos jurisdicionais. Referida reforma modificou as regras de competência e determinou que algumas demandas, em razão do seu valor, passassem a ser escritas. E, não se tendo obtido o resultado esperado, é que em pouco menos de três anos adveio nova lei reformadora do ZPO alemão.

Surgindo, assim, em 11 de janeiro 1993, a lei para descompressão da administração da justiça (*Rechtspflegeentlastungsgesetz*), em vigor em 1º de março de 1993, modificando as regras quanto aos valores de alçada e de acesso aos tribunais do Estado (LG – *Landgericht*). Assim como a anterior, sofreu pesadas críticas, por também não atingir o resultado esperado.

Desde 1993, com o fracasso⁵³⁹ das reformas anteriores é que os reformistas alemães trabalharam obstinadamente sob o esboço de uma nova lei, visando novamente a descompressão do judiciário, e o aplacamento da excessiva duração do processo, posicionando-se a favor dos meios alternativos de resolução de conflitos, com caráter prévio e obrigatório à jurisdição. E, assim, é que no decorrer dos anos seguintes, multiplicaram-se várias leis reformistas cujo objeto foi o de elaborar amplas reformas, promovendo a simplificação e a uniformidade dos procedimentos. Fortalecendo, com isso, a primeira instância, como forma de promover a aceleração e desestímulo de recursos, não obstante a criação de mais uma instância recursal.

⁵³⁹ O fracasso pode ser sentido nos números, pois enquanto no ano de 1991 foram ajuizadas 1,63 milhões de ações, enquanto no ano de 1995 este número aumentou para 33% mais de processo, passando para 2,17 milhões de ações ajuizadas. (RAGONE, Alvaro J. Pérez e PRADILLO, Juan Carlos Ortiz. Código Procesal Civil alemán [ZPO] – Traducción con un estudio introductorio al proceso civil alemán contemporáneo. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2006, p. 38

A grande reforma, no entanto, surge por meio da Lei de 02 de agosto de 2001, em vigor a partir de 1º de janeiro de 2002, contemplando, dentre algumas, as seguintes alterações:

- Reforçou o juízo conciliatório, seja prévio, seja no curso do processo; com previsão de uma audiência conciliatória obrigatória prévia, competindo ao juiz incentivar a solução consensual do conflito na condução do processo;
- Intensificou tanto os deveres como as faculdades do juiz e das partes, como forma de eliminar o tempo de duração do processo;
- Modificou o desenvolvimento das audiências e aumenta ainda mais o poder inquisitivo do juiz, concernente à matéria probatória, fortalecendo o impulso oficial e a direção do processo pelo juiz;
- Alterou a matéria quanto à instância, competência, admissibilidade e fundamentação recursal;
- Modificou radicalmente a estrutura de julgamento pela 1ª Instância recursiva, que passa a ser realizada por um juiz unipessoal, proporcionando a possibilidade da criação pelos Estados Federados, por meio de reformas internas, de um sistema recursal com três instâncias, a primeira instância, representada pelos Tribunais Estaduais *Landgericht-LG*, ocuparia-se dos julgados do juiz de primeiro grau *Amtsgericht-AG*, a instância recursiva ordinária ficaria a cargo dos Tribunais Superiores *Oberlandesgericht-OLG* e a instância extraordinária para o Supremo Tribunal Federal *Bundesgerichtshof-BGH*.

Depois dessa grande reforma, surgiram outras que foram mais pontuais, como a que ocorreu em 09 de dezembro de 2004, que incluiu o §321a ao ZPO, permitindo um recurso por violação do direito de ser ouvido. Juntou-se a essa a Lei de Modernização da Justiça (*Justizmodernisierungsgesetz*) de 2003-2004, e a Lei de 2005, permitindo o uso da tecnologia e comunicação por outros meios tecnológicos na Justiça (*Justizkommunikationsgesetz*). Cabe, ainda, mencionar as duas últimas leis de reforma do ZPO Alemão quanto ao incentivo dos meios alternativos de resolução de conflitos (§278a ZPO -*Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung*) de 21 de julho de 2012, como a lei que regulamentou o uso da videoconferência (*Videokonferenztechnik*) de 25 de

abril de 2013, que incluiu o §128a⁵⁴⁰ ao ZPO, e a lei (*Beratungshilferechts*) que trouxe nova regulamentação para a concessão da assistência judiciária, lei de 31 de agosto de 2013.

Não obstante às mencionadas reformas, há que se atentar que as vigas mestras do processo civil alemão continuaram inalteradas. A maioria das grandes reformas como a que ocorreu em 2002 vieram para reforçar o processo oral⁵⁴¹, sobretudo, na fase preparatória, continuando o ZPO alemão um modelo de processo eficiente, quando se pensa na aceleração e simplificação do procedimento.⁵⁴²

4.2.1 Do Processo Oral no *Zivilprozessordnung* – ZPO Alemão

As bases do ordenamento processual alemão se assentaram desde os seus primórdios sobre os pilares do processo oral, tendo adotado não só a oralidade, como também os princípios que o fortalecem, tais como, a imediação, a concentração e a publicidade dos atos. Embora nos últimos anos tenha o ZPO alemão passado por inúmeras reformas, elas serviram para fortalecer a oralidade, reafirmando o poder do juiz para simplificar o procedimento e incentivar cada vez mais o uso dos meios alternativos de resolução de conflitos, como a que adveio por meio da lei *Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung*, de 21 de julho de 2012.

O ordenamento processual civil alemão reserva importante papel para o juiz, seja na condução do processo, seja na participação efetiva quando da colheita das provas; como na oitiva das partes e testemunhas. O contraditório dialógico está presente no processo alemão, no qual o juiz só poderá proferir uma decisão depois de ouvir as partes (§§ 156, 164, 216, 272, 285, 320 e 360 ZPO). Se não for observado o

⁵⁴⁰A bem da verdade, o §128 a do ZPO, permitindo o uso da videoconferência, foi introduzido com a reforma do ano de 2002, e recentemente, no ano de 2013 foi alterado, permitindo-se a realização concomitante da videoconferência, proporcionando assim que seja concretizado o princípio da oralidade presencial, que é substituída de acordo com Pérez Ragone “por una nueva escrituralidad mediatizada pero en algunos casos con seguridad y en tiempo real (inmediación virtual).” (RAGONE, Álvaro J. Pérez. Oralidad y prueba en Alemania, informe nacional, p. 359)

⁵⁴¹FASCHING, Hans W. A Posição dos Princípios da Oralidade e da Imediação no Processo Civil Moderno - Descrita à Luz de Alguns Ordenamentos Processuais Centro-Europeus. Revista de Processo, vol. 39. São Paulo: Revista dos Tribunais. Julho 1985, p. 30

⁵⁴²MOREIRA, José Carlos Barbosa. Temas de Direito Processual: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 5

princípio do contraditório, caberá à parte que se viu prejudicada (§321a, ZPO), pelo fato de não ter sido ouvida, buscar a reparação do seu direito, para que isso finalmente aconteça. A comunicação entre os sujeitos do processo estão intimamente e diretamente vinculada com o direito fundamental da tutela jurisdicional e ao direito de audiência e, portanto, o de ser ouvido (§ 103, 1 da Lei Fundamental Alemã - *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*).

O processo oral⁵⁴³ encontra-se previsto no §128⁵⁴⁴ do ZPO, que prevê que a negociação das partes em juízo se realizará de forma oral, ainda que antecedido por alegações iniciais⁵⁴⁵, ficando, no entanto, facultado ao juiz, desde que haja anuência das partes, a realização do processo sem essa audiência⁵⁴⁶, mas, ainda assim, sempre haverá a necessidade da realização de ao menos uma audiência, para que o juiz anuncie a sua decisão (§128, 2, ZPO). A regra no direito processual alemão é que o conflito seja resolvido em uma audiência, por meio da prévia (§ 275, ZPO), ou principal (§ 272, 1, ZPO), devendo ambas ocorrerem em curto espaço de tempo (§ 272, 3, ZPO). São quatro os princípios que regem a audiência oral, a saber: a unidade, a eventualidade, a equivalência e a concentração.

No processo alemão nenhuma decisão definitiva, salvo para decidir os custos processuais (§128, 3, ZPO), poderá ocorrer sem que as partes sejam ouvidas (§128, 4, ZPO c/c § 321a⁵⁴⁷, ZPO), competindo ao juiz dar uma solução sempre que

⁵⁴³ E tal como noticia Perez Ragone, “el Tribunal Federal Alemán estableció que el sentido y el objetivo del principio de la oralidad es obtener una impresión viva e inmediata del material controvertido a través de un procedimiento estructurado para lograr el intercambio de palabras de las partes, un inmediato esclarecimiento y el incentivo de preguntas e indicaciones del tribunal. Solo así puede lograrse al máximo un marco para una adecuada resolución de la controversia. La oralidad implica un necesario contacto entre el tribunal que debe decidir, las peticiones y el material fáctico que aporten los sujetos intervinientes es el proceso. Ello se logra a través del principio de intermediación procesal que impone la identidad del tribunal que conoció y presenció la discusión prueba de las partes, con el tribunal que decide pronunciando la sentencia definitiva. La discusión y argumentos de convencimiento probatorios deben ser comprensibles para las partes y terceros. Ello es mejor garantizado por la audiencia oral. Como puede verse es troncal la relación oralidad-publicidad-inmediación.” (RAGONE, Álvaro J. Pérez. *Oralidad y prueba en Alemania*, informe nacional, p. 349)

⁵⁴⁴ TARUFFO, Michele. *Oralidad y escritura como factores de eficiencia en el proceso civil*, p. 211

⁵⁴⁵ O § 129 do ZPO estabelece: “Escritos preparatorios. (1) En el proceso con asistencia letrada obligatoria, la audiencia oral será preparada por presentaciones escritas. (2) En otros procesos, las partes pueden mediante orden judicial preparar la audiencia oral mediante escritos o bien por declaraciones en el protocolo en la secretaría del tribunal.”

⁵⁴⁶ “Dentro del ZPO la audiencia oral es el instrumento más importante para garantizar el derecho a ser oído aún cuando ello también pueda ser alcanzado por la escrituración.” (RAGONE, Álvaro J. Pérez. *op. cit.*, p. 348)

⁵⁴⁷ De acordo com o disposto neste artigo (§321a ZPO), cabe reclamação pela parte que não foi ouvida em juízo, cabendo a ela, quando do conhecimento da violação do direito a ser ouvida numa forma legal eficaz e justo de

possível de forma conciliatória ao processo, fomentando a possibilidade de se chegar a uma decisão consensual, ainda que seja antes de proferir a sentença (§ 278, ZPO). Cabe ao juiz ou tribunal por este artigo (§ 278, 1, ZPO), em qualquer fase do processo, estimular a conciliação, como também o uso de outros meios alternativos de resolução de conflitos, como a mediação ou outros métodos de resolução consensual (§278a, 1, ZPO). E, caso as partes optem pela mediação, o processo ficará suspenso (§278a, 2, ZPO). Não se chegando a nenhuma solução amigável, o processo prosseguirá o seu curso normal.

Importante observar que, como o processo civil alemão se volta para a sempre possível conciliação e agora também para os outros meios alternativos de resolução de conflitos (278a , ZPO), tornou-se imprescindível (§278, 3, ZPO) a presença pessoal das partes em audiência (§141, ZPO), exceto quando residem fora e muito distante do lugar do juiz da causa, caso em que a parte será representada por um procurador com poderes para transigir (§141, 3, ZPO), sob pena de lhe ser aplicada uma multa coercitiva, o mesmo ocorre para a testemunha que intimada não compareça em juízo. Pela recente lei *Videokonferenztechnikde*, de 25 de abril de 2013, a parte, caso resida fora da comarca, será ouvida onde se encontrar, prevendo o §128a do ZPO que a videoconferência será concomitante com a audiência conduzida pelo juiz competente para o julgamento da demanda.

Tal se faz necessário, porque nas audiências realizadas no processo alemão (§ 278 da ZPO), o juiz pode e deve entabular com as partes um diálogo cortês, discutindo sobre as circunstâncias do conflito e seus fatos, procurando compreender o estado da disputa, avaliando todas as circunstâncias, sem quaisquer restrições, estando livre para fazer perguntas sempre que necessário (§278, 2, ZPO). O juiz alemão pode e deve auxiliar as partes com relação a melhor prova a ser realizada em certos e determinados casos, sem que com isso seja tendencioso. Sendo, aliás, o ponto forte e muito elogiado do processo alemão.

apresentar, a contar do momento que toma conhecimento da lesão do seu direito, o recurso competente. Numa clara demonstração que no processo civil alemão, o direito de ser ouvido no processo, ao contrário do que ocorre aqui no Brasil, é levado a sério e é respeitado.

No processo civil alemão, mostra-se imprescindível que as partes compareçam pessoalmente às audiências para dialogarem entre si e o juiz, serem ouvidas e explicarem pontos que ainda não tenham sido esclarecidos, oportunidade em que o juiz também pode alertá-las sobre as deficiências na defesa e alegações de cada uma. O papel do advogado na audiência é posto numa posição menos relevante para que as partes possam manifestar-se, uma vez que são elas que falam, e devem ser ouvidas. A elas é dado, em primeiro lugar, o direito de falar. Na audiência, o debate ou diálogo começa com o juiz convidando as partes a falarem sobre a situação fática de acordo com o seu ponto de vista e, portanto, há que se reconhecer que a função do advogado limita-se a esclarecer ou indicar a parte um ponto ou outro para ser devidamente esclarecido. No processo alemão, embora representadas por seus procuradores, as partes falam por si em audiência.

Engana-se quem pensa que os advogados alemães brigam⁵⁴⁸ pelo fato de exercerem um papel menor em audiência. Os advogados alemães tiveram a oportunidade de observar no decorrer das últimas reformas que a realização da audiência, sobretudo, quando os atos se concentram em uma única audiência é mais vantajosa, seja pelo tempo empregado que é menor, seja pela pouca resistência das partes pela decisão que é construída por elas.

O papel exercido pelas partes é de suma importância no processo alemão. Elas devem dizer a verdade (§138, ZPO) e juntamente com o juiz têm o dever de colaborar⁵⁴⁹ para o esclarecimento da controvérsia (§139, ZPO). O papel central na direção e condução do processo é do juiz, que é dotado de poderes e de instrumentos necessários, podendo determinar que lhe sejam apresentados documentos e ouvir testemunhas não arroladas pelas partes (§§ 142, 143e 144 ZPO). O juiz no processo alemão exerce um papel mais ativo, devendo sempre se pautar pelo diálogo. E ainda que as partes tenham o direito de dispor sobre meios de

⁵⁴⁸ GRUNSKY, Wolfgang.. Il cosiddetto 'Modelo di Stoccarda' e l'accelerazione del Processo Civile Tedesco. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, vol. 26, n.3. Padova: CEDAM, julho 1971, p. 367-368

⁵⁴⁹ Isto por que no § 139 ZPO o juiz é obrigado a, em colaboração com as partes, esclarecer a controvérsia para pode bem decidi-la. Reconhecendo Pérez Ragone que este "deber, que pesa en cabeza del juez, es necesario en tanto y en cuanto las partes y con las partes puedan discutirse las cuestiones de hecho y de derecho. Los límites de la litis fijan el ámbito de ejercicio de este deber, así el Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE) se pronunció claramente en favor de la tutela del derecho a ser oído y del derecho de defensa sobre la base de esta disposición precisamente en su aplicación extralimitada." (RAGONE, Álvaro J. Pérez. *Oralidad y prueba en Alemania*, informe nacional, p. 356)

provas para o convencimento do juiz, tem ele o poder para, de ofício, ordenar sejam realizadas outras que não só as solicitadas pelas partes, como ainda o de chamá-las, a qualquer momento, sempre que possível (§136, ZPO), para ouvi-las como forma de evitar surpresa nas decisões, advertindo-as⁵⁵⁰sobre pontos que não estão suficientemente esclarecidos, solicitando adequação e elucidação dos pontos obscuros de suas alegações.

O juiz tem deveres e faculdades que devem ser plenamente observados quando da instrução do processo, deve ser ativo, participativo (§§ 279 e 139, ZPO), com plenos poderes para designar até mesmo nova audiência, se necessário. Até por que, o juiz alemão, a todo o momento, pode e deve dar prioridade a solução amigável ao conflito. E ainda quando as partes renunciarem à realização da audiência conciliatória prévia (§ 278, ZPO) o juiz tem o dever de designar uma audiência antes de proferir a sentença. E mais, no processo civil alemão não é só o juiz que tem deveres e poderes, uma vez que, com as novas reformas, as partes e os terceiros (por exemplo, testemunhos) têm o dever de colaborar na sempre eficiente tramitação do processo.⁵⁵¹

Residindo nesse poder-dever do juiz, de acordo com Rolf Stürner, o sucesso do processo civil alemão se dá por que, por meio da orientação dialógica ficariam, não só as partes, como o tribunal resguardados de decisões equivocadas, o que em muito “contribui para a pacificação dos envolvidos. É esse diálogo entre o tribunal e as partes que explica a eficiência e o grau de eficácia jurídica desse processo.”⁵⁵² Sucesso esse que também foi reconhecido por Adolfo Wach⁵⁵³ no início

⁵⁵⁰ Para Adolfo Wach este poder do juiz, não pode e nem deve ser visto como inquisitivo, por se tratar de um meio de informação, em que o “derecho de preguntas comprende el derecho no sólo de hacer preguntas a la parte, sino de hablar con ella en general. Es un recurso para reconocer como tales las afirmaciones enredosas, frívolas, mentirosas, para aclarar la manifestación torpe y confusa de la voluntad de la parte, o para instigar a la sustanciación de peticiones no sustanciadas y al ofrecimiento de pruebas, respeto de afirmaciones no probadas que necesitan prueba. Ello no significa violación de la máxima dispositiva, sin ejercicio del deber de juez; significa que se expone la situación jurídica y se advierte a la parte sobre la importancia jurídica de su alegato. El juez debe sentenciar a base de los alegatos de las partes. Pero entonces debe permitírsele decir a la parte: tu alegato es incompleto, incomprensible en ese o aquel punto, no está probado; si quieres vencer, complétalo, acláralo, pruébalo.” (WACH, Adolfo. Conferencias sobre la Ordenanza procesal Civil Alemana, p. 87)

⁵⁵¹ RAGONE, Alvaro J. Pérez e PRADILLO, Juan Carlos Ortiz. Código Procesal Civil alemán [ZPO], p. 12

⁵⁵² STÜRNER, Rolf. Sobre as reformas recentes no Direito Alemão e alguns pontos em comum com o projeto brasileiro para um novo Código de Processo Civil. Revista de Processo, RePro vol. 193. São Paulo: Revista dos Tribunais. Março 2011, p. 358. Que ainda observou que “se a reforma brasileira previr a condução do processo pelo juiz, associando-a com o aprofundamento do dever do juiz em dialogar, estará ela no caminho certo.”

do século passado, ele sustentava que no processo oral alemão, há plena liberdade de que o debate ocorra de forma natural, não podendo e nem devendo se amoldar a uma regra fixa e mecânica, confirmando-se, assim, a vitalidade do processo oral do ZPO alemão, cuja grande vantagem reside no fato de que as partes têm sempre a “impressão de terem exercitado por si, uma influência decisiva sobre o êxito do processo.”⁵⁵⁴ E, é raro a parte vencida recorrer da decisão quando pode exercer o seu poder de influência sobre ela.

E para manter vivo este diálogo e fresca a memória do juiz, o princípio da concentração também é um ponto observado no processo civil alemão, uma vez que, caso não cheguem as partes a uma decisão consensual, a sentença deve ser proferida ainda em audiência (§310, ZPO), e tal não sendo possível, deverá ser proferida em até três semanas. Além da concentração dos atos, no processo alemão, também se faz presente outro princípio caro para o processo oral, qual seja, o princípio da imediação (§§ 309 e 320, 4 ZPO) e da consequente observância da identidade física do juiz, no qual o juiz que colheu as provas é quem deve proferir a sentença. O princípio da imediação e o da identidade física do juiz, pela redação impositiva do §309⁵⁵⁵, não comporta qualquer temperamento, devendo ser observado ainda que as provas sejam colhidas fora da comarca por onde tramita o feito, e quando assim ocorrer, a previsão é de que os atos orais ocorram concomitantemente quando da realização da audiência pelo juiz da causa por videoconferência (§128a, ZPO).

E, por consequência dos princípios da concentração, imediação, identidade física do juiz, o princípio da livre convicção⁵⁵⁶ (§286, ZPO) e o dever de fundamentação com base nas impressões recebidas em audiência e nas provas constantes dos autos também devem ser observados. Assim, na parte final do §286, 1, do ZPO consta

⁵⁵³WACH, Adolfo. *op. cit.*, p. 26

⁵⁵⁴GRUNSKY, Wolfgang. Il cosiddetto ‘Modelo di Stoccarda’ e l’acelazarione del Processo Civile Tedesco, p. 360

⁵⁵⁵“§309 - *Das Urteil kann nur von denjenigen Richtern gefällt werden, welche der dem Urteil zugrunde liegenden Verhandlung beigewohnt haben.*” Tradução livre: A sentença pode ser proferida **apenas** por aqueles juízes que participaram da audiência em que a sentença se baseia.” (não grifado no original).

⁵⁵⁶ Que é exercida *secundum allegata et probata partium*, y no *secundum propia suam conscientiam*, cabendo ao juiz formar sua livre convicção “*teniendo en cuenta el contenido entero de los debates y del resultado de una posible recepción de prueba*”, pero no a base de algún conocimiento privado del estado de cosas no comprendido en aquel contenido.” (WACH, Adolfo. Conferencias sobre la Ordenanza procesal Civil Alemana, p. 221)

que o juiz tem o dever de indicar as razões que foram decisivas a sua convicção judicial. E para manter a tradição da forma oral e da oralidade no processo, a sentença deve ser proferida em audiência, em voz alta (§311, 2 e 3 ZPO) e na presença das partes (§312, ZPO).

O Código de Processo Civil Alemão é tido, até mais do que o processo austríaco, como típico processo oral, por manter íntegro todos os princípios, que juntos, dão a devida sustentação ao processo oral. E, de acordo com a expressa previsão legal (§128 ZPO), nenhuma resolução no processo de conhecimento, exceto quando se tratar de decisão referente às custas, independentemente se de direito ou de fato e de direito, será pronunciada sem a audiência oral, cuja decisão deve ser dada em pouco espaço de tempo, quando não for proferida na própria audiência. E ainda que a sentença possa ser proferida em gabinete, ela deve ser proferida pelo próprio juiz que colheu e que participou da instrução oral, devendo consignar em sua decisão as razões que o levaram a esta ou aquela razão de decidir⁵⁵⁷.

Resta incontestado que, o processo oral alemão é exemplo de processo efetivo⁵⁵⁸, não por ser célere, mas pela qualidade de suas decisões e os números demonstram isso. Só para se ter uma ideia, quase 80% (oitenta por cento) das demandas são resolvidas ainda na primeira audiência pela conciliação⁵⁵⁹.

O processo alemão é célere, simplificado e efetivo, e os dados estatísticos demonstram que os processos nos tribunais regionais de primeira instância, quase 38,9% (trinta e oito vírgula nove por cento) findam em menos de três meses, seguido de 26,5% (vinte e seis vírgula cinco por cento), que findam dentro de 6 (seis) meses; de 21,7% (vinte e um vírgula sete por cento), em até 12 (doze) meses; restando apenas 9,6% (nove vírgula seis por cento), que findam dentro de 24 (vinte e quatro)

⁵⁵⁷ Alvaro J. Pérez Ragone reconhece que: “sólo aquello que fue objeto de la audiencia oral puede servir de fundamentación para la resolución que se pronuncie. Las peticiones probatorias y las alegaciones de las partes efectuadas en audiencia oral deben ser consideradas aceptándolas o rechazándolas en la sentencia definitiva.” (RAGONE, Álvaro J. Pérez. Oralidad y prueba en Alemania, informe nacional., p. 350)

⁵⁵⁸ TARUFFO, Michele. Oralidade y escritura como factores de eficiência en el proceso civil., pp. 210-212

⁵⁵⁹ GRUNSKY, Wolfgang. Il cosiddetto ‘Modelo di Stoccarda’ e l’accelerazione del Processo Civile Tedesco., p. 368

meses. E, em média, a duração do processo alemão é de 6,5 (seis vírgula cinco) meses.⁵⁶⁰

O que demonstra que, em termos de celeridade e duração razoável do processo, ganha e muito o processo civil alemão.

4.3 Processo Civil Espanhol - Nova *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 2000

A Espanha até o ano 2000, assim como os dois últimos acima estudados, também tinha um Código de Processo Civil que contava com mais de 100 (cem) anos. Até a nova Lei que entrou em vigor em 08 de janeiro de 2001, vigia na Espanha a *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 1881, e que também no decorrer dos anos, assim como os anteriores códigos até aqui examinados, sofreu várias intervenções. O que o deixou saturado e esgotado. E, justamente por conta disto e já não sendo mais possível o remendo novo em um código já alquebrado por muitas reformas parciais, foi que, tal como consta da Exposição de Motivos da Nova *Ley de Enjuiciamiento Civil*, sentiram os espanhóis a necessidade de uma nova lei.⁵⁶¹

A experiência jurídica adquirida ao largo dos últimos decênios em que vigeu a *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 1881 não foi de todo descartada. A nova lei processual espanhola procurou apenas superar a situação de prolixidade e de formalismo exacerbado, fruto de inúmeras reformas, e até mesmo por que pela antiga lei processual espanhola, prevalecia o processo eminentemente escrito.⁵⁶² Com isso, sentiu-se a necessidade de uma nova lei de processo civil que, além de respeitar os princípios, regras e valores perenes e caros para os espanhóis, pudesse mudar profundamente a estrutura do procedimento e também sua mentalidade⁵⁶³. Passando esses a assumir com a nova lei um novo compromisso em prol da efetividade da tutela jurisdicional. Pautou-se a nova lei processual na simplificação do procedimento, concentração dos atos, revelando importância a imediação para

⁵⁶⁰ZUCKERMAN, Adrian A. S. La Justicia en crisis: dimensiones comparadas del Proceso Civil.

http://www.tribunalmmm.gob.mx/publicaciones/Debate/a1numero8/la_justicia.htm (p. 14-15)

⁵⁶¹Ley de Enjuiciamiento Civil Espanhola. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323>>. Acesso em 25 de outubro de 2014, p. 3

⁵⁶²TARUFFO, Michele. Oralidade y escritura como factores de eficiencia en el proceso civil, 2008, p. 209

⁵⁶³Ley de Enjuiciamiento Civil Espanhola. *Loc. cit.*

promover a devida proximidade entre a colheita das provas e a prolação da sentença.

Nesse contexto, a nova *Ley de Enjuiciamiento Civil* espanhola de 2000 assume por completo o processo oral, com todos os princípios dele consecutórios, e não só a predominância dos atos orais, como a concentração ou unidade de atos⁵⁶⁴, a imediação e publicidade. A nova lei, no entanto, ao contrário do ZPO Alemão e do ZPO Austríaco não adotou a oralidade com a função socialista⁵⁶⁵ e democrática do processo.

Contudo, embora a nova *Ley de Enjuiciamiento Civil* não tenha encampado e adotado a figura do juiz mais ativo na condução do processo, típico do processo social, o que se verá a seguir é que em nada restou maculado a presença do processo oral no procedimento espanhol, até por que, como observado por Montero Aroca, este princípio não integra a tríade basilar do processo oral⁵⁶⁶. Sendo importante compreender que a nova *Ley de Enjuiciamiento* adotou, até com mais rigor que os outros processos anteriormente analisados, até mesmo como o brasileiro, o princípio da imediação, que comporta poucas e raras exceções, e que a sua não observância pode gerar nulidade dos atos decisórios e proferidos por um juiz que não participou da instrução das provas.

Por adotar com veemência os postulados basilares do processo oral, Michele Taruffo⁵⁶⁷ reconhece que a nova lei de processo civil espanhola seria o primeiro exemplo de procedimento eficiente, cuja eficiência do processo espanhol reside na previsão da audiência prévia, tida como uma audiência preliminar prevista no *juicio ordinario* e que deve ocorrer logo após apresentada a contestação. Nessa audiência

⁵⁶⁴AROCA, Juan Montero. El proceso civil llamado “social” como instrumento de “justicia” autoritaria. Lima: Gaceta Jurídica. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, 2004. Vol. 6, p.16

⁵⁶⁵AROCA, Juan Montero. *op. cit.*, p. 18 e 19. O que, para Montero Aroca, constituiria ponto positivo para o novo processo espanhol. Uma vez que dentre os vários princípios do processo civil que vem sendo formados ao largo do século XX, que ele chama de verdadeiros mitos, encontra-se dentre eles o mito pretensiosamente social do processo. Por acreditar que coidentemente “todos los Códigos o leyes de reforma dictados en el siglo XX, en los que se han aumentado fuertemente los poderes del juez, han sido elaborados -y no será por causalidad- por regímenes políticos autoritarios cuando no totalitarios, regímenes en los que se ha limitado fuertemente o incluso suprimido la independencia judicial. Esto no es una opinión, ni un sueño producto de la imaginación, es un hecho.”

⁵⁶⁶AROCA, Juan Montero. El proceso civil llamado “social” como instrumento de “justicia” autoritaria, p. 18-19

⁵⁶⁷TARUFFO, Michele. Oralidade y escritura como factores de eficiencia en el proceso civil, p. 209-210

há previsão para que ocorram vários atos, o que proporciona enorme simplificação e concentração desses, permitindo-se, ainda na fase inicial do processo, um verdadeiro e próprio debate oral.⁵⁶⁸ O que teria trazido para o processo civil espanhol um saldo qualitativo, permitindo, sobretudo, segundo Vásquez Sotelo⁵⁶⁹ e Fernando Diz⁵⁷⁰, “un proceso con rostro humano”.

4.3.1 Do Processo Oral na nova *Ley de Enjuiciamiento Civil* – LEC Espanhola

Na *Ley de Enjuiciamiento Civil* – LEC de 2000 há previsão de dois procedimentos distintos para o processo de conhecimento, sendo ambos realizados de forma oral, distinguindo um e outro pelo valor da causa e da matéria.

A competência do *juicio ordinario* é residual, e tudo que não for da competência do procedimento especial e nem do *juicio verbal*, prevelece o *juicio ordinario* (art. 249 da LEC/2000). Enquanto no *juicio verbal*, a demanda é sucinta (art. 437.1 da LEC/2000), no *juicio ordinario* ela é mais completa (art. 399 da LEC/2000), em razão da complexidade da matéria e do valor mais expressivo. Em ambos os procedimentos, tanto a demanda como a contestação devem vir acompanhadas dos documentos sobre o qual fundamente a pretensão (art. 265 da LEC/2000), sob pena de preclusão (art. 265.2 c/c art. 269 da LEC/2000), exceto quando não disponham do documento no momento da demanda ou contestação, ou se tratar de documentos novos, ou para refutar as alegações feitas por uma das partes (art. 270 da LEC/2000), tal se deve para evitar contratempos ao processo que é oral.

Além da competência em razão da matéria e do valor, também são distintos o *iter* procedimental de um e de outro. No *juicio verbal*, há previsão de uma única audiência (art. 440 da LEC 2000) e, no *juicio ordinario*, há previsão para realização de duas audiências, uma prévia ou preliminar (*previa al juicio* art. 414 da LEC/2000) e a outra de instrução de julgamento (*del juicio* - art. 431 da LEC/2000). Sendo que esta última só ocorrerá se houver necessidade de realização de provas orais, uma

⁵⁶⁸ TARUFFO, Michele. *op. cit.*, p. 210

⁵⁶⁹ SOTELO, José Luis Vásquez. *La oralidad y escritura en el moderno proceso civil español y su influencia sobre la prueba*. València: Universitat de Valencia, 2008, p. 257

⁵⁷⁰ DIZ, Fernando Martin. *Oralidad y eficiencia del proceso civil : ayer, hoy y mañana*, València: Universitat de Valencia, 2008, p. 37-38

vez que sendo a matéria de fato e de direito ou só de direito e, não sendo, portanto, necessária a realização de prova oral, o juiz findará a audiência preliminar, caso não profira a sentença nesta audiência, terá 20 (vinte) dias para proferi-la (art.428, 3 da LEC/2000).

Em ambos os procedimentos, haverá necessidade de que as alegações iniciais sejam feitas por meio da demanda escrita (art. 399 da LEC/2000). Quando o valor não exceder a €2.000,00 (dois mil euros) será feita por meio de formulários disponibilizados pelo tribunal competente (art. 437.2 da LEC/2000).

Outra diferença é que no *juicio verbal*, sendo recebida e deferida a demanda sucinta, o secretário judicial ordenará a citação do demandado para comparecer em audiência (art. 440.1 da LEC/2000), ocasião em que terá oportunidade de apresentar as suas alegações e juntar os documentos necessários à defesa (art. 265.4 da LEC/2000). Essa audiência deve ser designada para vinte dias a contar da convocatória, observando-se, no entanto, que a citação do demandado deve ocorrer até 10 (dez) antes da audiência. No *juicio verbal* todos os atos são realizados em audiência.

Se no *juicio verbal* a contestação é apresentada em audiência, no *juicio ordinario*, ao contrário, o demandado será citado para apresentar a contestação (art. 405 da LEC/2000), por escrito, em vinte dias (artigo 404.1 da LEC/2000) a contar da citação. Recebida a contestação e até mesmo a reconvenção e transcorridos os prazos correspondentes, o secretário judicial tem três dias, finda as manifestações iniciais, para designar a realização da audiência prévia que também deverá se realizar em 20 (vinte) dias a contar da convocatória (art. 414.1 da LEC/2000). Importante observar que no ato citatório de convocação das partes para a audiência, em ambos os procedimentos (art. 414, 1, parágrafo 1º da LEC/2000 – *juicio ordinario* e art. 440.1, parágrafo 1º da LEC/2000 – *juicio verbal*) as partes são informadas sobre a possibilidade de se chegar à negociação para a resolução do conflito, ou mesmo, que poderão recorrer a mediação, caso em que, desde que queira, o juiz, em audiência poderá convidar as partes a assistirem uma sessão informativa sobre a mediação (art. 414.1, parágrafo 3º da LEC/2000).

4.3.1.1 Das audiências nos procedimentos da *Ley de Enjuiciamiento Civil* - LEC

Quanto às audiências, verifica-se no procedimento do *juicio verbal* e do *juicio ordinario* consideráveis diferenças, a começar pela quantidade. Mas, em ambos os procedimentos, as partes devem estar presentes para prestarem informações, exigindo-se delas um papel mais ativo nas audiências, podendo e devendo manifestarem-se e serem ouvidas (arts. 301 e 316 da LEC/2000).

4.3.1.1.1 Das Audiências do *Juicio Ordinario*

No *juicio ordinario* ocorrerá duas audiências, a primeira, também conhecida como prévia ou preliminar, e a segunda, caso tenham provas orais a serem realizadas, de instrução. A primeira audiência no procedimento ordinário ocorrerá assim que concluída a fase das alegações iniciais (art. 414.1 LEC/2000). Contudo, caso o demandado devidamente citado não compareça para apresentar suas alegações será declarado revel (art. 496 da LEC/2000) e, neste caso, não será designada audiência prévia (art. 497.1 LEC/2000). Contra o revel será aplicada a pena de serem verdadeiros os fatos alegados na demanda, salvo expressa disposição legal em contrário (art. 496.2 LEC/2000). Não sendo o caso de revelia, será designada a audiência, em que é imprescindível a presença das partes. Na impossibilidade do seu comparecimento, o procurador deverá ter poderes especiais para renunciar, aquiescer ou transigir (art. 414.2 LEC/2000). A ausência do demandante ou do seu procurador com poderes especiais em audiência acarretará na suspensão do processo (art. 414.2, parágrafo 1º c/c art. 414. 4 da LEC/2000). Só não ocorrerá essa suspensão se, ausente o demandante, alegar o demandado legítimo interesse na continuação do procedimento, para que seja apreciado o mérito (art. 414.3 da LEC/2000). E se a ausência for do demandado, não haverá a suspensão.

O primeiro objetivo dessa audiência é promover a composição amigável entre os interessados (art. 415.1 da LEC/2000), com o fim do conflito e, conseqüentemente, do processo. E não se chegando ao acordo e nem a opção pela mediação, a audiência prosseguirá para que sejam realizados os demais atos (art. 415.3 da LEC/2000).

4.3.1.1.1.1 Dos atos a serem realizados na audiência prévia

Os atos a serem realizados nesta audiência, além da busca pela conciliação, ainda compreendem:

a) A análise e eliminação dos obstáculos processuais alegados pela parte e que também podem ser reconhecidas, de ofício, pelo juiz (art. 416 LEC/2000), compreendendo todas as matérias processuais que poderiam impedir o curso normal do processo, tais como: falta de capacidade ou de representação das partes (art. 416.1,1º c/c art. 418 da LEC/2000); coisa julgada e litispendência (art. 416.1,2º c/c art. 421 da LEC/2000); ausência da formação necessária do litisconsórcio obrigatório (art. 416.1,3º c/c arts. 419 e 420 da LEC/2000); inadequação do procedimento (art. 416.1.4º c/c art. 422 da LEC/2000) e defeito legal da demanda, ou mesmo da reconvenção, por ausência de clareza e precisão na determinação dos fatos e objetos, ou seja, se inepta (art. 416.1,5º da LEC/2000).

b) Nesta audiência, as partes ainda poderão, excepcionalmente, formular alegações complementares ou aclaratórias (art. 426 da LEC/2000), desde que não alterem substancialmente suas pretensões e nem mesmo os fundamentos nela expostos (art. 426.1 da LEC/2000). A lei processual espanhola admite que as partes façam alegações complementares em vista das que foram expostas pela parte contrária, e ainda as alegações aclaratórias das já efetuadas, como também a formulação de algum pedido acessório ou complementar, mas sempre com a anuência da parte contrária (art. 426.3 da LEC/2000). As partes podem trazer para esta audiência prévia documentos e provas para justificar a apresentação das alegações complementares, aclaratórias ou ampliatórias (art.426 LEC/2000). O juiz pode exigir que as partes esclareçam ou que justifiquem, com mais precisão sobre os fatos e argumentos contidos em seus escritos. E se tais esclarecimentos ou precisões não se efetuarem, o juiz as advertirá que pode tomar em consideração os argumentos trazidos em contrário (art. 426.6 da LEC/2000).

c) Cada uma das partes deverá pronunciar sobre os documentos, informes, laudos periciais juntados pela parte contrária, manifestando se os admite, ou impugna ou o reconhece, ou até mesmo se propõe exceção acerca da autenticidade dos mesmos

(art. 427 da LEC/2000), se necessário for, pedirá a realização de uma perícia (art. 427.4 da LEC/2000).

d) Em continuação, o juiz fixará os fatos controvertidos, dando-se oportunidade para que as partes fixem os pontos sobre os quais já exista conformidade ou desconformidade de acordo com os fatos alegados (art. 428.1 da LEC/2000). E, em vista do objeto de controvérsia, o juiz poderá exortar as partes ou seus representantes para que cheguem a um acordo, pondo fim ao litígio (art. 428.2 da LEC/2000). Caso em que, não se chegando a um acordo, e se estiverem todos os fatos devidamente provados e se a questão for de direito, não será designada outra audiência, caso em que os autos irão conclusos para que o juiz profira sentença em 20 (vinte) dias (art. 428.3 e art. 429.8 da LEC/2000), caso não a profira na audiência (art. 428 da LEC/2000).

e) Não sendo o caso de acordo e existindo fatos controvertidos, passa-se para a fase seguinte, qual seja, a análise da propositura e admissão dos meios de prova (art. 429.1, 1º da LEC/2000). O juiz pode advertir as partes sobre as provas que possam resultar insuficientes para esclarecimento de certos fatos controvertidos, dando-lhes oportunidade para complementar a propositura das provas (art. 429.1, 2º da LEC/2000). Caberá ao juiz, de acordo com os elementos probatórios que existirem nos autos, assinalar a prova ou provas que considere convenientes de serem realizadas (art. 429.1 1º - parte final - da LEC/2000), deferindo ou não a sua realização.

f) Admitidas as provas, o juiz designará nova audiência que deverá ser realizada dentro de um mês a contar desta última (art. 429.2 da LEC/2000), ou na sua impossibilidade, deixará a cargo do secretário judicial, de acordo com a necessidade da agenda do juiz para designá-la (art. 429.2, 1º da LEC/2000).

4.3.1.1.1.2 Dos atos a serem realizados na audiência *del juicio*

A audiência *del juicio* (art. 431 da LEC/2000) só ocorrerá para colheita das provas orais, para ouvir as declarações das partes e das testemunhas, como também os informes orais dos peritos. E, se for o caso, para a devida reprodução das palavras,

das imagens e dos sons, quando as testemunhas forem ouvidas fora da sede do juízo.

Tal como ocorre na audiência prévia, nesta audiência também é imprescindível que as partes estejam presentes ou se façam representar por seus procuradores com poderes especiais. E, na ausência de ambas as partes, será elaborada uma ata fazendo constar a ausência das mesmas não sendo realizadas as provas orais, caso em que os autos serão conclusos para prolação da sentença (art. 432.2 da LEC/2000). Mas, se a ausência for de apenas uma das partes, a audiência se realizará. Entretanto, o não comparecimento de um das partes, fará com que o juiz considere como verdadeiros os fatos em cabia a parte manifestar pessoalmente (art. 304 da LEC/2000), como também pode considerar como verdadeiro a negativa em responder (salvo se tem o dever legal de guardar segredo), assim equiparadas as respostas evasivas (art. 307 da LEC/2000).

Na audiência de instrução serão ouvidas as partes, depois os peritos e as testemunhas (art. 299 da LEC/2000). Poderão ser realizadas outras provas que não só as admitidas na audiência preliminar, desde que os fatos venham a ser do conhecimento do juiz e das partes antes do final desta audiência, caso em que serão ouvidas as partes e serão analisadas as propostas e admissões dessas provas (art. 433.1, 1º da LEC/2000).

Após a colheita das provas, as partes farão suas alegações orais, demonstrando os fatos controvertidos e que a seu juízo forem relevantes, expondo-os de forma clara, ordenada e concisa (art. 433.2 da LEC/2000), informando sobre os argumentos jurídicos a que apoiam suas pretensões (art. 433.3 da LEC/2000). Podendo, ainda, caso queiram, fazer um breve resumo de cada uma das provas praticadas sobre os fatos, com remissão pormenorizada das provas realizadas em audiência, reforçando aquelas que geraram a presunção de veracidade e destacando a carga da prova sobre os fatos duvidosos (art. 433.2, 1º da LEC/2000).

Finda a audiência, os autos irão conclusos, devendo o juiz proferir sentença em 20 (vinte) dias, (art. 210.3 da LEC/2000). Por fim, cabe ressaltar que no *juicio ordinario* as sentenças não serão orais.⁵⁷¹

4.3.1.1.2 Da audiência única no procedimento do *juicio verbal*

No juízo verbal, a primeira e única audiência oral realizada perante o juiz ocorrerá assim que deferida a demanda do autos, citando-se o demandado para comparecer em audiência, assim como também ao demandante (art. 440.1 da LEC/2000). As partes serão cientificadas e advertidas sobre a possibilidade de uma negociação ou mesmo da possibilidade de aderirem a mediação, e que devem trazer para esta audiência todos os meios de prova que pretendem realizar (art. 440.1, 2º e 3º da LEC/2000).

A ausência do demandante ou de seu procurador com poderes especiais nesta audiência poderá acarretar a desistência da demanda; caso em que só não ocorrerá se o demandado alegar interesse legítimo em prosseguir com o processo para enfrentamento do mérito (art. 442.1 da LEC/2000). Se a ausência for do demandado, será declarada a sua revelia, e sem que o mesmo seja novamente citado, prosseguirá o curso normal do processo (art. 442.2 da LEC/2000).

Vários atos, com distintas finalidades, são realizados nesta audiência. Eles se realizam de forma concentrada, a saber:

a) Esta audiência é iniciada com a exposição do demandante sobre os fundamentos de sua demanda, podendo complementá-la sucintamente ou só mesmo ratificá-la (art. 443.1 LEC/2000); em seguida, será ouvido o demandado que poderá formular suas alegações, opondo-se à demanda, se for o caso, sobre as questões preliminares ou defesas processuais (art. 443.2 LEC/2000), que possam obstar a válida e regular tramitação do feito e impedir a apreciação do mérito.

⁵⁷¹ Art. 210 (...) 3. “En ningún caso se dictarán oralmente sentencias en procesos civiles.”

b) Ouvidas as partes, o juiz apreciará as questões preliminares se alegadas, exceto a relativa à exceção de incompetência (art. 443.3 LEC/2000) que deve ser alegada até 5 (cinco) dias depois da citação (art. 64 da LEC/2000), e, portanto, antes da audiência, cuja competência deve ser resolvida previamente.

c) Se não forem alegadas questões preliminares ou, sendo alegadas e rejeitadas, será dada a palavra as partes para que fixem com clareza os fatos relevantes em que fundamentem suas pretensões (art. 443.4 da LEC/2000).

d) Existindo fatos controvertidos, o juiz apreciará a admissão da prova requerida, e se for o caso, advertir as partes sobre a sua insuficiência, dando-lhes oportunidade de complementá-la, determinando, em seguida, a sua prática (art. 443.4, 1º da LEC/2000).

e) Contra as resoluções do juiz acerca da admissão ou não das provas, poderão as partes formular o protesto, com efeito de evitar a preclusão, e para fazer valer seus direitos na segunda instância em caso de recurso (art. 446 da LEC/2000).

f) Admitidas as provas, elas serão realizadas imediatamente, e ao fim dessa admissão, as partes farão suas alegações orais, encerrando-se a audiência, indo os autos conclusos para que o juiz, dentro de 10 (dez) dias seguintes, proferir a sentença. Esse prazo será reduzido para 05 (cinco) dias quando se tratar de despejo de imóvel urbano (art. 447.1 da LEC/2000).

4.3.1.2 Quanto à forma de documentação oral das audiências

Todas as audiências realizadas no processo civil espanhol serão documentadas por meio da gravação e reprodução do som e da imagem, tal como previsto no artigo 147⁵⁷² da *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 2000, competindo ao secretário judicial garantir a autenticidade e a integridade da gravação ou reprodução mediante o uso da assinatura eletrônica ou por outro sistema de segurança (art. 147, §2º da LEC/2000).

⁵⁷²“Art. 147, 1- las actuaciones orales en vistas, audiencias y comparencias celebradas ante el Tribunal, se registrarán en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y la imagen.”

No processo civil espanhol optou-se também por exigir que os atos em audiência fossem reduzidos a termo. Notadamente, os atos processuais que requeiram uma segurança e firmeza necessária, como são as alegações iniciais, estabelecem a forma oral para aqueles atos que necessitem da percepção direta do juiz com as partes e com os meios de prova.⁵⁷³

O uso da tecnologia procura atenuar ou minorar as exceções da colheita das provas quando não possa ser realizada pelo próprio juízo da causa (art. 169.2 da LEC/2000). A lei processual exige que todos os interrogatórios das partes e das testemunhas sejam gravados e transmitidos por meio do uso da videoconferência ou outro meio similar, buscando, assim, atingir um resultado eficaz no processo oral⁵⁷⁴, sobretudo, quando esses atos forem realizados em outra localidade, preservando-se o princípio da identidade física do juiz. Não obstante, há quem se oponha⁵⁷⁵ a este método por considerá-lo como “oralidade documentada”⁵⁷⁶, por que restaria inconteste que tal prova não é a mesma quando realizada por quem as recebe diretamente, por não guardar outras impressões percebidas na audiência.

No entanto, deixando-se de lado esta questão, se a videoconferência seria uma forma ou não de preservar a oralidade, uma vez que, embora possa até ser considerada uma “oralidade documentada”, ainda não se descobriu melhor forma de se preservar a oralidade intrínseca quando da colheita das provas por outro juízo. E entre os meios hoje existentes, não há dúvida de que a videoconferência, ou mesmo a gravação do som e da imagem, tal como ocorre no processo civil espanhol (art. 169, §1º da LEC/2000), é um meio bem melhor que apenas reduzir a termo os atos realizados em audiência. Até por que, como bem reconhece Vázquez Sotelo, foi graças à utilização das modernas técnicas de gravação de som e de imagem que os

⁵⁷³VILAPLANA, Alicia Armengot. Informe España – La fase introductiva. In - CARPI, Federico y RAMOS, Manuel Ortells (org.) Oralidad y Escritura en un Proceso Civil Eficiente – Ponencias generales e informes nacionales. vol.I, València: Universitat de Valencia, 2008, p. 239

⁵⁷⁴JUNOY, Joan Picó I. El principio de oralidad en el proceso civil español. València: Universitat de Valencia, 2008, p. 364

⁵⁷⁵DIZ, Fernando Martin. Oralidad y eficiencia del proceso civil : ayer, hoy y mañana, p. 34-35

⁵⁷⁶ O termo “oralidade documentada” na verdade fora cunhada na Sentencia AP de A Coruña (sección 3.ª) de 31 de mayo de 2006, referencia La Ley 71218/2006, aludindo-se em tal julgamento que a LEC instaura “una oralidad documentada, pues así lo exigen los derechos de las partes las nuevas técnicas para la reproducción de imagen y sonido, que han sido implantadas en nuestro Derecho Procesal (...)” (decisão citada em nota de rodapé por DIZ, Fernando Martin. Oralidad y eficiencia del proceso civil : ayer, hoy y mañana, p.35).

resultados das provas e dos atos orais contam hoje “com uma documentação que permite ‘reviver’ todos os aspectos que quedavam ocultos nas tradicionais atas escritas.”⁵⁷⁷

4.3.1.3 Da Imediação e da identidade física do juiz no processo oral espanhol

O código de processo civil espanhol é generoso e exigente à observância em grau máximo quanto à identidade física do juiz, com vistas a preservar a percepção direta desse quando em contato com as partes e com os meios de prova. Permitindo-se, de forma excepcional⁵⁷⁸ que outro juiz, que não o juiz da causa, possa ouvir algumas testemunhas ou mesmo partes e peritos. Tal exigência se faz sentir no artigo 137.1 da LEC/2000 que determina que os juízes e os magistrados membros do tribunal que presenciaram as declarações das partes e das testemunhas, os confrontos, as exposições, as explicações e as respostas prestadas pelos peritos, e que também teriam presenciado os esclarecimentos orais, tornam-se legitimados a julgar o caso (art. 137.2 da LEC/2000).

A *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 2000 (artigo 289.2) prevê que é inescusável a presença do juiz no interrogatório das partes e das testemunhas, nos esclarecimentos dos peritos, na realização da inspeção judicial, como ainda na reprodução das palavras, dos sons e das imagens. O juiz ou tribunal examinará, por si mesmo, a prova documental, os informes e os laudos periciais escritos ou quaisquer outros meios e instrumentos que forem juntados aos autos (art. 289.3 da LEC/2000).

E só quando impossível a colheita das provas orais pelo juiz da causa, tal como ocorre quando da antecipação de provas ou quando os atos tiverem que ser realizados fora da sede do juízo, é que, excepcionalmente, permite-se que elas se

⁵⁷⁷SOTELO, José Luis Vásquez. La oralidad y escritura en el moderno proceso civil español y su influencia sobre la prueba, p. 273. Tradução livre do original: “con una documentación que permite ‘revivir’ todos los aspectos que quedaban ocultos en las tradicionales actas escritas.”

⁵⁷⁸ Art. 169, §1º da LEC diz textualmente que: “Sólo cuando por razón de la distancia, dificultad del desplazamiento, circunstancias personales de la parte, del testigo o del perito, o por cualquier otra causa de análogas características resulte imposible o muy gravosa la comparecencia de las personas citadas en la sede del Juzgado o tribunal, se podrá solicitar el auxilio judicial para la práctica de los actos de prueba señalados en el párrafo anterior.”

realizem por outro juiz(arts. 313 e 169 da LEC/2000). E, neste caso, o secretário judicial deverá providenciar para que tais provas sejam realizadas com no mínimo 5 (cinco) dias antes da audiência a ser realizada pelo juiz da causa (art. 290, §1º da LEC/2000).

A *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 2000, seguindo a orientação do artigo 120.2⁵⁷⁹ da Constituição espanhola, adotou o processo oral com todos os princípios que o sustenta. Permitiu que o processo oral fosse melhor desenvolvido e aproveitado em sua máxima eficiência, exigindo, para tanto, o cumprimento não só da imediação, como da identidade física do juiz. Serão nulas as decisões proferidas por quem não participou da colheita das provas e dos debates orais (art. 137.4 LEC/2000), quando não observados esses princípios.

Para que a imediação atinja a sua finalidade e faça valer os postulados do processo oral, torna-se necessário que o mesmo juiz que presenciou os atos probatórios seja o que profira a sentença. E esta garantia restou assegurada, em grau máximo, no artigo 194.1 da LEC/2000 que determina que as decisões devam ser proferidas após a audiência. Cabe apenas e tão somente ao juiz ou aos magistrados que tenham assistido e conduzido a audiência, ainda que tenham deixado de exercer as suas funções.

Caso contrário, quando por qualquer motivo seja impossível o juiz proferir ele próprio a decisão, deverão ser repetidas todas as provas orais, tal como resta estabelecido no artigo art. 200 da LEC/2000, sob pena de nulidade da decisão.

Observa-se, no entanto, que a lei processual não é tão clara quanto à nulidade. O entanto, essa nulidade advém da interpretação da Constituição e a Lei Processual⁵⁸⁰, pois, se assim não fosse, a imediação não atingiria os seus objetivos,

⁵⁷⁹ Que diz: “El procedimiento será predominantemente oral, sobre todo en materia criminal.” Do qual reconhece Joan Picó I Junoy que na verdade, sem querer entrar em polêmica, e já admitindo o pouco acerto do constituinte na formulação gramaticas, diz ele que la “lo cierto es que su voluntad fue exigir que todos los procedimientos judiciales estuviesen presididos por la oralidad, como ya sucedía hasta ese momento en los ámbitos de la justicia penal y laboral.” (JUNOY, Joan Picó I. El principio de oralidad en el proceso civil español., p. 362)

⁵⁸⁰ JUNOY, Joan Picó I. GURI, Elisabet Cerrato. El control de la valoracion judicial de las pruebas personales en la segunda instancia civil. València: Universitat de Valencia, 2008, p. 226

e para que tal ocorra, faz-se necessário que o juiz tenha presenciado os atos probatórios orais e seja o mesmo que irá proferir a sentença.

Residindo, portanto, na imediação a primeira mudança de atitude de aplicação entre a *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 1881 frente à *Ley de Enjuiciamiento* de 2000⁵⁸¹. Com o surgimento da nova *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 2000 há não só uma mudança de atitude, como de interpretação, uma vez que quando da vigência da lei antiga, a infração da imediação não era sancionada como a atual, com declaração de nulidade. Antes, quando da vigência da LEC de 1881, esta infração era tratada como mera irregularidade, pois, ao contrário do que ocorre hoje na Espanha, não havia norma sancionadora.

Em apreciação desta questão, quanto a nulidade da decisão proferida por outro juiz que não o que participou da colheita das provas orais, decidiu o Tribunal Constitucional Espanhol (STC 215/2005, de 12 de setembro) que:

[N]ão é admissível, sob a perspectiva do direito fundamental a tutela judicial e das garantias processuais que o representam, o exercício da função jurisdicional por qualquer pessoa que não está em condições de emitir um juízo com conhecimento suficiente do processo e fundamentadas no processo, por não ter acesso aos meios de conhecimento que a própria tramitação do processo oferece, “e isto independentemente se outros membros integrantes do tribunal de julgamento tinham efetivo e direto conhecimento do processo, um processo constitucional garanta que o tribunal deve decidir uma ação judicial que tenha conhecimento direto das alegações e provas praticadas”.⁵⁸²

Embora, a norma processual não preveja expressamente a pena de nulidade, por força da Constituição Espanhola é que o Tribunal Constitucional Espanhol vem reconhecendo a nulidade dos atos proferidos em afronta aos princípios da imediação e da identidade física.

⁵⁸¹GARCÍA, Jesús María González. *Oralidad, intermediación y médios técnicos de grabación y reproducción de la imagen y el sonido en el proceso civil: haciendo de la necesidad virtud*. València: Universitat de Valencia, 2008, p. 82

⁵⁸²GARCÍA, Jesús María González. *Oralidad, intermediación y médios técnicos de grabación y reproducción de la imagen y el sonido en el proceso civil: haciendo de la necesidad virtud*, p. 83. Tradução do original: “[N]o es admisible, desde la perspectiva del derecho fundamental a la tutela judicial y de las garantías procesales que lo encarnan, el ejercicio de la función jurisdicional por quien no está en disposición de emitir un juicio con suficiente conocimiento de lo actuado y sustanciado en el procedimiento, al no haber tenido acceso a los medios de conocimiento que la propia tramitación del proceso ofrece, “y ello con independencia de que otro u otros miembros integrantes del órgano juzgador hayan tenido efectivo y directo conocimiento de lo actuado, pues constituye una garantía constitucional del proceso la exigencia de que el órgano judicial que debe decidir un pleito tenga conocimiento directo de las alegaciones y pruebas practicadas en aquél”.

No processo civil espanhol, em comparação⁵⁸³ com os processos civis até aqui analisados, existe um regime bastante severo para que seja respeitado o princípio da imediação, o que não é, em definitivo, um defeito, antes uma qualidade, visto que assim se pode ver uma justiça com rosto, e que quem irá proferir a decisão teve contato direto com as partes e com as provas.

Como bem observado por Picó I Junoy, o contato direto entre os sujeitos do processo, em certa medida, faz com que os jurisdicionados se sintam mais acolhidos pelo judiciário, por permitir que as partes “ver la cara al Juez⁵⁸⁴”, o qual foi confiado, em definitivo, a resolução do seu conflito. Concorda Fernando Martin Diz⁵⁸⁵, para quem tal princípio, além de fortalecer a confiança na justiça, humaniza o processo, e também faz com que o juiz tenha rosto.

4.3.1.4 Da concentração dos atos na *Ley de Enjuiciamiento Civil*

Em consequência do processo oral adotado pelos espanhóis, e para que fossem evitadas as dispersões trazidas pelo tempo na memória do magistrado referentes às provas por ele colhidas, é que também restou consignado que fosse observado o princípio da concentração dos atos. Preservou-se esse princípio à medida que todos os atos sejam realizados em audiências, que possui funções desde a conciliação, saneamento e delimitação do debate até a propositura e admissão das provas, como é o caso da audiência preliminar no *juicio ordinário*; e que prevê a realização de todos os atos, desde o recebimento da contestação, conciliação e instrução do processo, sob o procedimento do *juicio verbal*.

A concentração também é preservada quando a lei exige que todas as alegações aclaratórias e modificatórias que possam ser alegadas pelas partes sejam feitas em audiência e de forma oral (arts. 426 e 443 da LEC/2000), eliminando-se, assim, possíveis dilações indevidas e até mesmo a dispersão temporal. Além disso,

⁵⁸³Fato este também constatado DIZ, Fernando Martin. *Oralidad y eficiencia del proceso civil : ayer, hoy y mañana.*, p. 33-34. Para quem, para não obstante o princípio da oralidade assentado na *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 2000, seja similar ao que vem ocorrendo em boa parte dos processos civis dos países europeus, a Espanha, no entanto, se destacaria dos países vizinhos, por primar pelo princípio da imediação (art. 137 LEC).

⁵⁸⁴JUNOY, Joan Picó I. *El principio de oralidad en el proceso civil español*, p. 363

⁵⁸⁵DIZ, Fernando Martin. *Oralidad y eficiencia del proceso civil : ayer, hoy y mañana*, p. 37

determina que as alegações orais finais sejam feitas em audiência (arts. 414 e 431 da LEC/2000).

4.3.1.5 Do papel do juiz no processo oral espanhol

Embora o juiz no processo oral espanhol não tenha os mesmos poderes e deveres do juiz do processo austríaco e alemão que tem um viés mais social, há que se reconhecer, no entanto, que o mesmo tem ampla liberdade de, na instrução do processo, buscar a verdade dentro das provas que foram propostas pelas partes ou quando a lei previamente estabelecer quais provas devem ser realizadas.

Nesse sentido, o artigo 282 da *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 2000, que trata da iniciativa da prova pelo juiz espanhol, prevê que ele pode, de ofício, exigir que se pratiquem determinadas provas ou que sejam apresentados certos documentos ou outros meios e instrumentos quando assim estabelecer a lei.

Sendo apresentadas as provas, o juiz, na condução da audiência, terá ampla liberdade para buscar de maneira mais próxima a verdade, seja quando da interrogação das partes (art. 306.1 da LEC/2000), seja quando da oitiva das testemunhas (art. 372.2 da LEC/2000), e sempre o fará após o interrogatório feito pelos advogados, cuja finalidade será de aclarar e complementar as declarações prestadas.

E quando da apreciação das provas propostas pelas partes, o juiz poderá, quando considerá-las ineficazes para o esclarecimento dos fatos controvertidos, mostrar serem elas insuficientes, indicando quais os fatos, a seu juízo, poderiam ser afetados pela ausência ou insuficiência delas. Desse modo, ao se manifestar, circunscrito aos elementos probatórios dos autos, pode indicar a prova ou as provas que considere conveniente (art. 429.1 da LEC/2000).

E, por ocasião da audiência de instrução, quando o juiz considerar que os fatos não foram devidamente ilustrados ou provados de acordo com as alegações precedentes poderá conceder a palavra às partes para os devidos esclarecimentos (art. 433.4 da LEC/2000).

E, mesmo depois de realizadas todas as provas, ainda que estejam os autos conclusos para sentença, caso o juiz verifique que as provas sobre os fatos oportunamente alegados não tiveram o resultado que se esperavam, ainda poderá, excepcionalmente (art. 435, 2/2000), de ofício ou a requerimento, ordenar que sejam realizadas outras provas, sempre que existir motivos fundados que levem a crer que elas permitirão adquirir certeza sobre fatos ainda não provados.

Comprova-se, assim, a alegação feita por Montero Aroca⁵⁸⁶ que, embora o juiz do processo espanhol não seja um juiz ativo como no processo social, em nada foi prejudicado o processo oral espanhol. Não se olvida que o juiz espanhol tem poderes-deveres na condução do processo, permitindo-o ir quanto possível em busca da verdade, indicando a insuficiência das provas trazidas pelas partes, pedindo esclarecimentos dos fatos e até mesmo do mérito e ainda o direito de ouvir as partes, quantas vezes forem necessárias para o seu devido convencimento.

4.3.1.5.1 Do livre convencimento “sana critica”

Por decorrência da adoção do processo oral, sobretudo, da imediação, o Código de Processo Civil espanhol foi pródigo em prever em vários dos seus artigos (arts. 295.4, 316.2, 218.2, 326.2, 334, 348, 350.4, 376, 382.3 e 384.3 da LEC/2000) que é livre o convencimento do juiz. Ele deve dar às provas trazidas aos autos os valores que cada uma delas tem em seu conjunto probatório, observando-se sempre as regras da “sana critica”.

Entende-se por “sana critica”, tal como ensina Barbosa Moreira com base na lição de Couture, a qualificação atribuída aos juízos de valor “emitidos pelo entendimento humano em procura da verdade, apoiando-se em proposições lógicas corretas e fundadas em observações de experiência confirmadas pela realidade.”⁵⁸⁷ O que,

⁵⁸⁶AROCA, Juan Montero. Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Texto base de la conferencia pronunciada en las XVII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal», celebradas en San José, Costa Rica, los días 18 a 20 de octubre de 2000. Los poderes del juez y la oralidad. Valencia: Ed. Tirant Lo Blanc, 2001, p. 603

⁵⁸⁷MOREIRA, José Carlos Barbosa. Temas de direito processual : quarta série, p. 156. Tradução livre do original: “emitidos por el entendimiento humano en procura de su verdad, por apoyarse en proposiciones lógicas correctas y por fundarse en observaciones de experiencia confirmadas por la realidad.”

para Fazzalari, seria no direito italiano a “prudente avaliação’ do juiz quanto à valoração da prova”⁵⁸⁸ que decorre da reconstrução dos fatos, tal como foi posto pelo conjunto probatório trazido aos autos, que “exige o emprego, por parte do juiz, dos instrumentos e das proposições verificadas de que se disse sem a qual o convencimento seria abandonado ao arbítrio e ao capricho, e até mesmo não poderia se formar”⁵⁸⁹, tornando-se imprescindível a observância da identidade física do juiz. E, por consequência, o ordenamento processual civil espanhol exige que a sentença seja devidamente motivada (art. 218.2 da LEC/2000), com as razões fáticas e jurídicas que conduziram ao convencimento do juiz.

4.3.2 O processo oral espanhol no dia a dia

Na prática, embora o Código de Processo Civil espanhol tenha exigido a concentração dos atos, observou Joan Picó I Junoy⁵⁹⁰ que os sintomas de fadiga pela adoção do processo oral não tardaram a aparecer. Isso por que os prazos, tal como determinados na *Ley de Enjuiciamiento*, são sistematicamente infringidos e um dos motivos seria a incapacidade física do tribunal de não conseguir atender, no horário determinado do expediente forense todas as audiências. E, assim, embora a lei prescreva a concentração de atos em audiência, o que acontece é que, não obstante esta exigência (art. 414 da LEC/2000), os magistrados, finda a colheita das provas, além de não dar a devida atenção aos atos orais, vem permitindo a substituição das alegações orais por alegações escritas, o que posterga, conseqüentemente, a prolação da sentença. O que para o autor⁵⁹¹, sem dúvida alguma, seria um passo atrás às conquistas e êxito da nova *Ley de Enjuiciamiento Civil*.

Reconhece Joan Pico I Junoy, no entanto, que o sistema espanhol padece de dados estatísticos para demonstrar esta realidade⁵⁹². Levando-se em consideração os

⁵⁸⁸FAZZALARI, Elio. Instituições de Direito Processual Civil, p. 461

⁵⁹⁰JUNOY, Joan Picó I. El principio de oralidad en el proceso civil español, p. 367-368

⁵⁹¹JUNOY, Joan Picó I. *Loc cit.*

⁵⁹²JUNOY, Joan Picó I. *Loc cit.*

dados anteriores à nova lei de processo civil, não há como não reconhecer que o processo civil atual espanhol não ficou imune ao anterior, ou seja, os prazos acabavam por, em 75% (setenta e cinco por cento) dos processos, ser superior a sete vezes o prazo legalmente previsto. E que três seriam as possíveis soluções para minorar o desrespeito à lei processual, a saber: a) dar o devido tratamento quanto ao nível do trabalho dos magistrados, com ampliação dos números dos julgadores para ajustar a realidade à lei; b) mudar a mentalidade, para reconhecer as vantagens da oralidade; e c) criar mecanismo de controle, sancionando o magistrado que infringisse a norma processual.

Reconhecem os espanhóis⁵⁹³ que as conquistas do processo civil espanhol vieram para ficar, e que uma das maiores vantagens do processo oral, tanto para os advogados⁵⁹⁴, quanto para as partes foi a de conhecer a rosto do juiz.

4.4 Processo Civil Italiano – *Codice di Procedura Civile* - c.p.c de 1942

O *Codice di Procedura Civile* de 1942 que revogou o *Codice di Procedura Civile* de 1865, foi aprovado em 28 de outubro de 1940, pela Lei n 1.443, entrando em vigor em 21 de abril de 1942. O Código de Processo Italiano é fruto de muitas discussões doutrinárias profundas e por vezes até acaloradas e que duraram mais de uma década, das quais participaram doutrinadores da envergadura de Chiovenda, Carnelluti, Calamandrei e Redenti⁵⁹⁵.

Dentre eles, não há dúvida de que foi Chiovenda o que mais encampou a ideia de reforma do *Codice di Procedura Civile* na Itália, sobretudo, após a primeira guerra mundial, defendendo até o último dia de sua vida a implantação na Itália do processo oral com todos os seus princípios consuetudinários. E, que por conta de sua

⁵⁹³GARCÍA, Jesús María González. Oralidad, intermediación y medios técnicos de grabación y reproducción de la imagen y el sonido en el proceso civil: haciendo de la necesidad virtud, p. 76 e SOTELO, José Luis Vásquez. La oralidad y escritura en el moderno proceso civil español y su influencia sobre la prueba., p. 259

⁵⁹⁴SOTELO, José Luis Vásquez. La oralidad y escritura en el moderno proceso civil español y su influencia sobre la prueba, p. 259. Com satisfação reconhece Vásquez Sotelo que: “ Se acabó el proceso civil en el que el ciudadano demandante o demandado asistía a los actos judiciales de prueba o a otros trámites sin ver el rostro del Juez que iba a dirimir su caso. Era una petición recurrente que muchos ciudadanos formulaban a sus abogados: “oiga, quien es el juez que juzga mi caso”. A cuya pregunta el abogado tenía que contestarle, por ejemplo: “es un señor de mediana edad, que lleva aquí cinco años; es muy estudioso; Vd. no lo ve porque está en su despacho estudiando otros asuntos”...Esta ha sido la gran transformación del proceso civil español de primera instancia, operada a partir de la entrada en vigor de la LEC 2000.”

⁵⁹⁵MANDRIOLI, Crisanto. Corso di Diritto Processuale Civile. Tomo I. Torino : Ed. Giappichelli, 2009, p. 274

campanha, sofreu algumas críticas dos doutrinadores da época, que não concordavam com a importação para a Itália do processo nos moldes do processo austríaco ou alemão. Oportunidade, em que ele, mais uma vez, ressaltou a magnitude do processo oral, rebatendo tais críticas justificando que era preciso recordar que “a oralidade não é uma criação do legislador austríaco. O processo oral é uma herança de Roma.”⁵⁹⁶ Advertiu, ainda, que se a Áustria abriu o caminho para o retorno à instituição romana, essa também seria uma boa razão para que a Itália retornasse ao processo romano que nasceu envolto aos princípios da oralidade, imediação e concentração.

Ocorre que, não obstante a campanha obstinada de Giuseppe Chiovenda em prol da oralidade, é bem verdade que o Código de Processo Civil Italiano de 1942, diante das inúmeras divergências doutrinárias e pela má compreensão dos que tomaram a frente na elaboração do anteprojeto de reforma⁵⁹⁷, acabou por não adotar integralmente os princípios da oralidade, concentração e imediação, postulados cardinais no projeto Chiovendiano. Vittorio Denti⁵⁹⁸ afirmou anos depois, na década de 70, que tal rejeição também teria ocorrido, por que, malgrado à grande autoridade científica de Chiovenda, o seu projeto foi posto de lado, porque era politicamente mal visto pelo regime fascista.

O Código de Processo Civil Italiano de 1942, entrou em vigor e logo sofreu alterações. Embora impregnado de um espírito reformador que trouxe profundas modificações na administração da justiça, foi bombardeado por severas e pesadas críticas⁵⁹⁹. Destacando-se dentre estes críticos ferrenhos, Carlo Molinare⁶⁰⁰, para

⁵⁹⁶CHIOVENDA, Giuseppe. *L'Oralità e la Prova*, p. 15. Tradução livre do original: “l'oralità non è una creazione del legislatore austriaco. L'oralità dei giudizi è una eredità di Roma.”

⁵⁹⁷O Código de Processo Civil de 1942 foi elaborado por uma comissão presidida pelo então Ministro da Justiça italiano Dino Grandi, e era composta por Piero Calamandrei, Francesco Carnelutti, Enrico Redenti e do magistrado Leopoldo Conforti.

⁵⁹⁸DENTI, Vittorio. *Problemi di riforma – L'oralità nelle riforme del Processo Civile*, p. 439-440

⁵⁹⁹De acordo com Franco Cipriani, tal ocorreu já com a entrada em vigor do citado código. E um dos motivos deste descontentamento seria a previsão da realização da primeira audiência, que só ocorria em muitas das vezes em nove a dois anos depois de distribuída a demanda, o que se mostrou um grande obstáculo para quem tinha pressa. E assim os advogados da época “fecero fuoco e fiamme contro quel sistema e, soprattutto, contro il giudice istruttore, ma ottennero ben poco.” (CIPRIANI, Franco. *I problemi del processo di cognizione tra passato e presente. Palestra proferida na Universidade de Roma “La Sapienza” entre os dias 14 a 16 de novembro de 2002.*, pp. 10-11)

⁶⁰⁰MOLINARE, Carlo. *Un'esperienza fallita (Il Codice Processuale Civile 1942)*. *Rivista di Diritto Processuale*, vol 1, n. I. Padova: CEDAM, julho 1946, p. 165-166

quem o Código de Processo Civil de 1942 (fascista e *perbacco!*) não melhorou a condição da administração da justiça, tendo, antes, piorado o que ainda existia de melhor, afirmando que o código não podia servir de experiência com os bolsos dos litigantes, e que competia ao legislador ter aproximado ao máximo a prática à realidade dos tribunais.

Tal se deve, porque o Código de Processo Civil Italiano de 1942, embora muito exigente quanto à postura dos magistrados e advogados, acabou encontrando uma imensa carência de meio e de condições para a sua devida adaptação à realidade do país. E não seria apenas mudando a lei, que se mudariam os costumes. Em pouco mais de 8 (oito) anos, é sancionada a primeira lei reformadora em 14 de julho de 1950, de número 581, que por sua vez não foi bem recebida, embora tal reforma tenha sido comandada por Calamandrei. Tal lei provocou um efeito indesejado, agravando ainda mais a crise na justiça, sendo ela, até os dias de hoje, lembrada como uma “disgraziata”⁶⁰¹ reforma.

Nos anos de 50 a 70 do século passado advieram algumas leis com vista a, pontualmente e setorialmente, reformar o Código de Processo Civil Italiano. Como, por exemplo, a lei referente aos direitos trabalhistas de maio de 1970 de n. 300, regulamentada pela Lei n. 533 de 1973, que teve o condão de modificar completamente o código em sua quarta parte do livro segundo, que trata do processo de conhecimento, abrindo um ulterior e decisivo passo para um processo oral e concentrado.

Entre uma reforma e outra o Estado Italiano acabou sofrendo sua primeira condenação em 1987, tendo a Corte Europeia dos Direitos Humanos acolhido a demanda de cidadão italiano⁶⁰² e condenando o Estado por danos causados pela demora na prestação jurisdicional. Para Cipriani⁶⁰³, depois dessa condenação, sabia-se que muitas outras viriam. E, por sorte, por entendimento da Corte Europeia, o dano só não foi maior para o Estado porque a referida Corte distinguiu três

⁶⁰¹CIPRIANI, Franco. I problemi del processo di cognizione tra passato e presente.,p. 13

⁶⁰²Vide caso Capuano e Italia. Corte europea dir. Uomo, 25 de junho de 1987. Disponível em: <<http://www.unionedirittiumani.it/wp-content/uploads/2014/11/Caso-capuano-corte-EDU-1987.pdf>>. Acesso em: 25 jan 2015.

⁶⁰³CIPRIANI, Franco. I problemi del processo di cognizione tra passato e presente., p. 22

critérios para analisar os retardos na prestação jurisdicional, quais sejam, os provocados pelas partes, pelo judiciário ou pela complexidade da demanda.

Movido agora por outras forças, advindas de condenações da Corte Europeia de Direitos Humanos, não tardou muito para que a Itália procurasse eliminar algumas burocracias que só retardavam a prestação jurisdicional. Embora Cappelletti⁶⁰⁴, ainda na década de 60, advertia o quão moroso era o julgamento do processo na Itália, criticando ele que um dos seus entraves devia-se sobremaneira a forma de colheita das provas, e que era inconcebível que o juiz que não o aquele que viesse a efetivamente proferir a sentença pudesse colher as provas e outros julgassem a demanda, perdendo-se, assim, os benefícios de caráter imediato que poderiam advir das provas. Além disso, entre um ato e outro decorria muito tempo, permitindo ao juiz decidir apenas com base nos registros da audiência, perdendo-se, com isso, a efetividade proporcionada pelo processo oral.

Em 26 de novembro de 1990, por força da Lei n. 353, o Código de Processo Civil italiano sofreu nova reforma, colocando o processo de conhecimento cada vez mais próximo do processo do trabalho. Essa lei muda radicalmente a forma de julgamento até então presente, eliminando-se o julgamento pelo órgão colegiado, possibilitando, que, em algumas matérias, o processo passasse a ser julgado por um juiz singular, prevendo ainda nova regulamentação com relação aos provimentos de urgência (art. 700 do c.p.c de 1942).

Ocorre que, em decorrência dessa última reforma, que não veio acompanhada do devido aumento dos números de juízes singulares frente ao número de demandas, é que mais uma vez os italianos se viram diante de um problema estrutural e conjuntural. O que acabou causando um retrocesso quanto à tão esperada e almejada duração do processo num tempo razoável, agravando-se ainda mais a crise da justiça. Desse modo, no ano seguinte, em 21 de novembro de 1991, por meio da Lei n. 374, surge a figura do juiz de paz, em substituição aos conciliadores. E, com isso, mais de 17.000 (dezessete mil) conciliadores e vice conciliadores existentes na Itália foram substituídos por 4.700 (quatro mil e setecentos) juízes de

⁶⁰⁴ CAPPELLETTI, Mauro. Procédure orale et procédure écrite, 1971, p. 27

paz⁶⁰⁵. Nesse contexto, em 1998, por meio do Decreto Legislativo n. 51 de 19 de fevereiro, foi, em definitivo, eliminado a figura do pretor. Em 2009, por meio da Lei n. 69 de 18 de junho, é que, finalmente, o juiz de paz passa a ter sua competência bem definida.

Cabe ressaltar que em 1997, em meio às reformas do c.p.c. de 1942, a Comissão Bicameral, alterando a Constituição da República Italiana, fez inserir em seu artigo 130⁶⁰⁶, que o processo civil também deveria ser orientado pelos princípios da concentração, imediação e oralidade, além de prever que ele deveria ser realizado em contraditório, com igualdade de armas e tivesse razoável duração, levando Cipriani a afirmar que o século XX seria sem dúvida, o século de Giuseppe Chiovenda e da oralidade.⁶⁰⁷

No entanto, em 2001, por força da Lei Constitucional n. 3 de 18 de outubro, o citado dispositivo constitucional foi revogado. Mantém-se com relação à exigência da razoável duração do processo, e o processo justo, não mais o artigo 130, mas o artigo 111 da Constituição da República Federal Italiana, que antes mesmo da revogação do artigo 130 já tinha sido alterado por meio da Lei Constitucional n. 2 de 23 de novembro de 1999, estabelecendo em seus dois primeiros parágrafos que:

A jurisdição atua por meio do justo processo regulado pela lei.

Qualquer processo desenvolve pelo contraditório entre as partes, em condição de igualdade, perante um juiz independente e imparcial. A lei assegurará a razoável duração do processo.⁶⁰⁸

Assim, desde a Lei Constitucional n. 2 de 1999, o “giusto processo” é assegurado pela Constituição Italiana, não obstante esta exigência já constasse da Convenção Europeia de Direitos Humanos. De acordo com Comoglio⁶⁰⁹, o citado artigo

⁶⁰⁵CIPRIANI, Franco. I problemi del processo di cognizione tra passato e presente, p. 26

⁶⁰⁶ Dizia o art. 130, § 1o da Constituição que: “La giurisdizione si attua mediante giusti processi regolati dalla legge, ispirati ai principi della oralità, della concentrazione e dell’immediatezza. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti in condizioni di parità e davanti a giudice terzo. La legge ne assicura la ragionevole durata.”

⁶⁰⁷CIPRIANI, Franco. I problemi del processo di cognizione tra passato e presente, p. 5. Tradução livre do original: “

⁶⁰⁸Tradução livre do original: “La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata.”

⁶⁰⁹COMOGLIO, Luigi Paolo. Etica e técnica del “Giusto Processo”. Torino: Ed. Giappichelli, 2004, p. 179

constitucional absorveu todos os postulados do anterior artigo 130, uma vez que por “giusto processo” também se tem por garantida a estrutura do judiciário e as formas primárias em que se realizam os atos processuais, tal como o é a oralidade e a publicidade.

As leis de reformas do Código de Processo Civil Italiano nos anos 90 e na virada do século continuaram em pleno vapor. Pode-se destacar o Decreto Legislativo n. 5 de 17 de janeiro de 2003, que trouxe um rito diferenciado em se tratando de matéria societária. E, sucessivamente, as Leis n. 35 de 28 de dezembro de 2005, n. 263 também de 28 de dezembro de 2005 e a número 51 de 23 de fevereiro de 2006, que entraram em vigor em 1º de março de 2006, trazendo significativas modificações ao Código de Processo Civil, inovando, sobretudo, a fase inicial do processo de conhecimento. Por eliminar a necessidade de realização de duas audiências distintas, de comparecimento (*comparizione*) e de instrução propriamente dita (*tratazzione*), não obstante tenha tornado empobrecido⁶¹⁰ o enunciado da oralidade e, conseqüentemente, o processo oral (*verbale*), como ainda a previsão da tentativa de conciliação. Afirmou Francesco P. Luiso⁶¹¹ que não há qualquer dúvida de que a principal inspiração para a adoção da conciliação se dá no sentido de encontrar mecanismos para diminuir os processos em curso.

Referida reforma foi aceita sem questionamentos pela comunidade jurídica, uma vez que a experiência anterior havia demonstrado a inutilidade, na maior parte do tempo, da realização de duas audiências, que só era boa para a parte interessada em retardar a prestação jurisdicional. Desse modo, uma das razões da reforma de 2005 foi eliminar a excessiva demora do tempo processual, extirpando-se os tempos mortos e atividades supérfluas⁶¹² do processo, procurando, por seu turno, o incentivo à conciliação.

Também é digna de nota a Lei n. 69 de 18 de junho de 2009, que trouxe outras inovações ao *Codice di Procedura Civile* de 1942, destacando-se dentre as principais inovações, a introdução da possibilidade do testemunho prestado por

⁶¹⁰MANDRIOLI, Crisanto. Corso di Diritto Processuale Civile. Tomo II, p. 53

⁶¹¹LUISO, Francesco P. Presente e futuro della conciliazione in Italia., p. 575

⁶¹²DEMARCHI, Paolo Giovanni. Il nuovo Processo Civile, p. 150

escrito (art. 257-*bis* do c.p.c de 1942); a possibilidade da adoção pelo juiz monocrático do processo sumário como alternativa ao rito ordinário (art. 183-*bis* do c.p.c. de 1942, e que foi posteriormente alterado pela recente Lei n. 132 de 12 de setembro de 2014); como ainda a possibilidade de serem sancionadas as partes pelo excessivo prolongamento do tempo do processo.

Em 21 de junho de 2013, por meio do Decreto Legislativo n. 69, posteriormente convertido, com modificações pela Lei n. 98 de 9 de agosto 2013, a mediação torna-se obrigatória, como condição de procedibilidade em relação a algumas matérias⁶¹³, procurando, assim, diminuir o excesso de acesso ao judiciário italiano, e como forma também de seguir a orientação Diretiva n. 52/2008 da Comunidade Europeia que incentiva os Estados Membros ao uso da mediação. Tendo ainda, a referida lei, revalorizado o instituto da conciliação, no qual o juiz, de ofício, poderá convidar as partes para possível acordo, independentemente de manifestarem sua intenção de conciliar (art. 185-*bis* do c.p.c de 1942).

Mais recentemente, em 12 de setembro de 2014, por força do Decreto Legislativo n. 132, convertido pela Lei n. 162, publicada na Gazzeta Oficial em 10 novembro de 2014, que trata de "Medidas urgentes de desjurisdicionalização e outras intervenções para definição dos atrasos em matéria de processo civil"⁶¹⁴ dentre os seus objetivos, está o de promover diante do juízo de primeiro grau a valorização do instituto da conciliação, assegurar a agilidade, concentração e efetividade da tutela jurisdicional, com vistas a garantir razoável duração do processo na fase de instrução do processo de conhecimento, trazendo a possibilidade do testemunho escrito (art. 257-*ter* do c.p.c.de 1942); como ainda o de adequar algumas normas processuais ao processo eletrônico, aprovado pela Lei n. 114/2014.

Por fim, não se pode deixar de mencionar o Decreto Lei n. 90 de 24 de junho de 2014, convertido na Lei n. 114 de 11 de agosto de 2014, que trata das "medidas

⁶¹³Que seriam controvérsias que envolvam direito condominial, direitos reais, divisão, sucessão hereditária, acordos em direito de família, locação, comodato, ressarcimento de danos decorrentes de responsabilidade medica e sanitaria, contratos de seguro, bancários e financeiros, tal como previsto no artigo 5o, 1-*bis* do Dec. Lei 28/2010

⁶¹⁴Tradução livre do original: "Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile."

urgentes para simplificação e transparência administrativa e eficiência dos órgãos judiciais”⁶¹⁵ e que entrou em vigor em 31 de dezembro do mesmo ano, cujo objetivo foi confirmar também a obrigatoriedade da adoção para todas as demandas do *Processo Civile Telematico*, com modificação dos artigos 126, 133 e 207 c.p.c. referentes ao conteúdo do processo oral (“verbale”) e a comunicação dos seus atos por meio eletrônico.

4.4.1 Do processo oral italiano – A oralidade como princípio cardeal

A oralidade, de acordo com Demarchi⁶¹⁶, foi sempre considerada como princípio cardeal do processo civil italiano, não obstante, nem sempre tenha sido devidamente aplicado. A experiência dos últimos dez anos antes das reformas iniciadas em 2005, mostraram que não há como negar que o processo civil italiano era caracterizado por muitos escritos, e que apesar da previsão da realização de atos em audiência, a primeira dessa (*di comparizione*) só ocorria pró-forma, no qual as partes, por seus procuradores, compareciam para saber da designação da próxima audiência de “tratazzione”. O que justificaria, inclusive, a reforma empreendida pela Lei n. 35/2005 que, eliminando a primeira audiência, concentrou as duas em uma única só.

O oralidade, não nos moldes como idealizado por Chiovenda, embora sempre estivesse presente no Código de Processo Civil Italiano desde o seu início, acabou fracassando na Itália. E tal fracasso decorre, sobretudo, à reforma de 1950, que alterou a redação do artigo 180 do código, ao eliminara redação original que previa que a “condução da causa pelo juiz instrutor é sempre oral”. E com a retirada da palavra “sempre”, a redação do referido artigo passou para “a condução da causa é oral”.

Reconheceu Calamandrei que além da alteração da redação do artigo 180 do c.p.c de 1942, que o fracasso da oralidade também se deu pelo excessivo trabalho a que estavam encarregados os juízes italianos⁶¹⁷, que não teriam o tempo necessário

⁶¹⁵ Tradução livre do original: “Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l’efficienza degli uffici giudiziari.”

⁶¹⁶ DEMARCHI, Paolo Giovanni. *Il nuovo Processo Civile*. Milão: Ed. Giuffré, 2009, p. 151

⁶¹⁷ CALAMANDREI, Piero. *De las Buenas Relaciones entre Jueces y los Abogados en el Nuevo Proceso Civil*, p. 145-146

para dar atenção devida a cada um dos processos, apontando-se, ainda, a questão da desconfiança⁶¹⁸, residindo nela a verdadeira razão para o fracasso da oralidade na Itália nos primórdios do Código de Processo Civil. E deste modo, não só pela supressão da palavra “sempre” da redação do artigo 180 do Código de Processo Civil Italiano como pela figura do juiz instrutor⁶¹⁹ e o excesso de trabalho, que o processo oral acabou desvirtuado.⁶²⁰

Acreditava Calamandrei que o insucesso do processo oral encontrou sérias barreiras também na figura dos advogados que não gostavam de descobrir diante do juiz as matérias de defesa, tal como lhe é exigido no processo oral, seja por que não sabem, seja por que não querem. Impedindo-se, assim, à realização do diálogo, o qual permite aflorar questões para a boa elucidação dos fatos. E, justamente, por que o processo oral requer do advogado e do magistrado um preparo anterior à audiência, é que esses impuseram sérios obstáculos ao desenvolvimento do processo oral.⁶²¹

O maior obstáculo enfrentado, no entanto, para a não adoção do processo oral na Itália desde a entrada em vigor do *Codice di Procedura Civile* de 1942 foi a desconfiança nesse depositada e no ensino jurídico ainda voltado para as formalidades e excessos de burocracias e na forma de recrutamento dos magistrados e advogados, abarcando a figura do juiz instrutor.

Esse cenário só começa a mudar nas reformas realizadas a partir de 2005, quando, reconhecendo os italianos a supremacia e a eficácia do processo oral, procuraram adotar, ainda que com certa timidez, o ideal que tanto desejava Chiovenda: a implantação do verdadeiro processo oral, concentrado e imediatizado. Não obstante,

⁶¹⁸Por isto é que Adolfo Wach ressaltava que para o bom e fiel cumprimento dos postulados da oralidade, que é o de “impor deveres novos e maiores, o dever da mais severa autodisciplina para os juizes e os advogados, o dever da mais leal aplicação da lei e do emprego de todas as suas forças.” (WACH, Adolfo. Conferencias sobre la Ordenanza procesal Civil Alemana, p. 65)

⁶¹⁹CIPRIANI, Franco. I problemi del processo di cognizione tra passato e presente, p. 10-11

⁶²⁰CALAMANDREI, Piero. De las Buenas Relaciones entre Jueces y los Abogados en el Nuevo Proceso Civil, p. 145

⁶²¹CALAMANDREI, Piero. De las Buenas Relaciones entre Jueces y los Abogados en el Nuevo Proceso Civil, p. 146. Dizia Calamandrei que os juizes: “prefieren tomar tiempo, repensar, consultar la jurisprudencia y responder por escrito después de dos semanas de meditación. El peor enemigo de oralidad es el miedo de ‘comprometerse’. (...) También el juzgador desconfía y prefiere, en vez de escuchar los argumentos de las partes, leer los escritos sobre sus comparencias para poderlos meditar en la soledad.”

tal como reconheceu Denti⁶²², ainda na década de 70 do século passado, os reformistas tinham que ter em mira o processo oral tal como desenhado por Chiovenda. No entanto, foi preciso muitos anos e várias condenações na Corte Europeia de Direitos Humanos para que os italianos voltassem os seus olhos para o processo oral, da forma como idealizado por Chiovenda.

4.4.1.1 Da resistência em adotar o interrogatório livre das partes

Cappelletti, tido por Proto Pisani⁶²³ como o grande incentivador das reformas do código de processo italiano, dedicou dois volumes⁶²⁴ de sua fecunda obra científica em defesa da aplicação e do uso pelos magistrados italianos do interrogatório livre das partes. Que atualmente se encontra prevista no *Codice di Procedura Civile* de 1942, em seu parágrafo primeiro, artigo 117: “o juiz, em qualquer estado ou grau do processo, tem faculdade de ordenar o comparecimento pessoal das partes para, em contraditório entre elas, interrogar-lhes livremente sobre os fatos da causa.”⁶²⁵

Cappelletti reconhecia que um dos obstáculos para a efetiva adoção da oralidade, era a não aplicação e valorização⁶²⁶ e, conseqüente, uso do interrogatório não formal ou livre das partes. Até por que, para ele, o livre interrogatório das partes é *condição sine qua non*⁶²⁷ para a efetiva realização do processo oral. E que embora esta faculdade para realização do interrogatório não formal tenha sido dada ao magistrado italiano, era ele pouco ou nada utilizado.

⁶²²DENTI, Vittorio. Problemi di riforma – L’oralità nelle riforme del Processo Civile. Rivista di Diritto Processuale, vol. 25, n. 3. Padova: Ed. CEDAM, julho 1970, p. 442-443

⁶²³PISANI, Andrea Proto. Mauro Cappelletti riformatore del processo civile italiano Vol. 128, No. 11. Il Foro Italiano. Napoli: Societa Editrice, novembre 2005, pp. 245-248, <http://www.jstor.org/stable/23201192> acesso em 02 de abril 2014

⁶²⁴CAPPELLETTI, Mauro. La testimonianza della parte nel sistema dell’oralità – contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile, vol 1. Milão : Ed. Giuffrè, 1962 e CAPPELLETTI, Mauro. La testimonianza della parte nel sistema dell’oralità – contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel Processo Civile, vol 2. Milão: Giuffrè, 1974, no qual defendeu a tese de que “sia pure senza mai voler nascondere la mia implicita adesione programmatica alla concezione dell’oralità, mi proporrò dimostrare à appunto che, se si vuole un processo effettivamente orale, bisogna adottare quel metodo e valorizzare quell’istituto, e valorizzarlo proprio sul piano probatorio.” (p. 25-26)

⁶²⁵Tradução livre do original: “Il giudice, in qualunque stato e grado del processo, ha facoltà di ordinare la comparizione personale delle parti in contraddittorio tra loro per interrogarle liberamente sui fatti della causa.”

⁶²⁶CAPPELLETTI, Mauro. La testimonianza della parte nel sistema dell’oralità (...), p. 16

⁶²⁷CAPPELLETTI, Mauro. *op.cit* p. 19

Advertiu Cappelletti⁶²⁸ que se a oralidade significava precipuamente o contato imediato do juiz com as partes, o meio mais adequado seria o interrogatório livre para chegar a uma sentença justa. Quando não há um plano seguro e preciso para ouvir as partes na instrução probatória, fatalmente o processo oral perdia a sua riqueza, tornando-o insuficiente pela não aplicação correta e desejada do uso do livre interrogatório das partes.

E que, portanto, enquanto tal instituto não fosse bem compreendido e acolhido no processo civil italiano como um método não formal de buscar o juiz as razões para o seu livre convencimento, estariam os juizes italianos se afastando do processo oral e de uma sentença justa⁶²⁹. Pedindo Cappelletti a devida atenção para o fato de que para que haja a boa aplicação do processo oral, há a necessidade de uma “sana e preparata magistratura”⁶³⁰.

Uma das razões para a falência do processo oral na Itália até o advento das novas reformas, além da desconfiança dos magistrados e dos advogados e ainda do excesso de trabalho, era o receio de o juiz convocar as partes para ouvi-las de forma livre, de modo a não torná-lo imparcial. Desse modo, deveriam ser afastados os receios culturais e históricos, para que o instituto do interrogatório livre, como condição basilar, pudesse ser efetivamente adotado na Itália, uma vez que a oralidade e a imediação não poderiam ser realizadas senão por meio de um interrogatório livre das partes, como meio de prova a ser livremente valorada pelo magistrado.

⁶²⁸CAPPELLETTI, Mauro. *loc. Cit.*

⁶²⁹CAPPELLETTI, Mauro. La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità (...), p. 20

⁶³⁰CAPPELLETTI, Mauro. *op. cit.*, p. 23. Dizia o autor que: “, o que para Mauro Cappelletti só poderia ser alcançado se: “Soltando sullo sfondo di una effettivamente sentita ugualianza dei cittadini di fronti alla legge, l'oralità, e il contatto del giudice colle parti, potranno dar buoni frutti : non certo dunque in qui periodi storici e in quelle società, di cui si possa scrivere che ‘il modo como il giudice si comportava di fronte alle parti (...), dipendeva in massimo grado dalla condizione sociale di esse’. È evidente che un giudice incolto, e legato ad una valutazione formalistica e classisticamente differenziata degli uomini, non sarà in grado di fare buon uso di uno strumento che, com'è nella natura dell'istituto che andiamo studiando, gli consente il potere e la responsabilità di valutare liberamente, como veri e proprî mezzi de prova, il comportamento e la stessa dichiarazione informativa (« testimonianza ») prose della parte.”

Tal Instituto⁶³¹ foi, posteriormente, acolhido como uma das molas propulsoras pelos reformistas para incentivar o diálogo e a maior participação dos interessados no provimento final, evitando-se a surpresa na decisão. E, finalmente, as sugestões de Cappelletti foram acolhidas nas reformas do ano de 2005 e, posteriormente, em 2011, cuja redação do artigo 183 do c.p.c de 1942 reforça e incentiva, já na primeira audiência (*di trattazione della causa*) o comparecimento das partes. Devendo o juiz, com base nos fatos alegados, exigir os devidos esclarecimentos quanto à matéria fática, como analisar e ordenar o adequado tratamento referente à matéria levada a juízo (§ 4º, art. 183 do c.p.c de 1942), além de incentivar e estimular, a todo momento, a conciliação, que pode e deve ser buscada quando da realização do interrogatório livre⁶³².

4.4.2 Do atual processo oral no *Codice di Procedura Civile*

Nas duas últimas décadas, o Código de Processo Civil Italiano de 1942 passou por inúmeras intervenções e muitas delas procurando reforçar o princípio cardeal que sempre o orientou. Se antes, o grande empecilho para sua adoção era, subjetivamente, a desconfiança e, objetivamente, a figura do juiz instrutor, cuja função do órgão julgante se limitava à instrução realizada por um único juiz do órgão colegiado para julgamento. Hoje, depois das últimas reformas, pelo menos objetivamente, esse problema foi equacionado, pois ainda que haja previsão para que certas causas sejam submetidas a julgamento pelo órgão colegiado, a sua competência se reduziu a poucas matérias, tais como, nas causas em que é obrigatória a intervenção do Ministério Público (§1º, 1 do art. 50-*bis* do c.p.c. de 1942) e nas causas de falência e concordata (§1º, 4 do art. 50-*bis* do c.p.c. de 1942).

O que não for da competência do tribunal por sua composição colegiada, em julgamento da causa em primeiro grau, será do tribunal em composição monocrática ou singular (art. 50-*ter* do c.p.c.de 1942), cuja competência é residual, uma vez que o que não for de competência do órgão colegiado e nem de competência do juiz de

⁶³¹ O interrogatório livre não é vinculante (art. 116, § 2º do c.p.c. de 1942), servindo apenas como auxílio na livre formação do convencimento do juiz, mas desde que este não seja a única fonte de seu convencimento.

⁶³²MANDRIOLI, Crisanto. Corso di Diritto Processuale Civile, p. 117

paz (art. 7º do c.p.c.de 1942) será certamente de competência do juiz monocrático, que passa a exercer o seu poder instrutório e decisório na condução do processo.

E, desse modo, se antes uma das piores críticas⁶³³ ao processo italiano era o julgamento pelo órgão colegiado, que impedia a plena adoção do processo oral por desrespeito a imediação e consequente concentração, hoje, tal crítica já não pode ser redirecionada para o juiz monocrático, embora ainda existam críticas à nova composição do tribunal italiano⁶³⁴. Ocorre que referidas críticas quanto ao julgamento pelo juiz único devem ser postas de lado, tendo em vista que não há dúvida de que o poder de compreensão assimilado pelo juiz, que colhe as provas, que houve as partes, os testemunhos e os peritos, participando ativamente na condução do processo, é consideravelmente melhor. Além disso, o juiz estará bem mais apto a, monocraticamente, exercer a livre valoração das provas e também decidir a causa com base nas impressões só por ele percebidas e diretamente recebidas.

4.4.2.1 Do processo de competência do Juiz de Paz⁶³⁵

A competência do juiz de paz é determinada pelo valor da demanda, não superior a €5.000,00⁶³⁶ (cinco mil euros) para causas relativas a bens móveis, ou até €20.000,00 (vinte mil euros) para as causas referentes a danos decorrente de acidente com veículos ou embarcações (§§ 1º e 2º, art. 7º, do c.p.c. de 1942) ou em decorrência da matéria (§3º, art. 7º do c.p.c. de 1942) que se refira, por exemplo, a não observância de limites previstos em lei, regulamentos para o plantio de árvores

⁶³³ Neste sentido vale conferir a crítica de DENTI, Vittorio. Problemi di riforma – L’oralità nelle riforme del Processo Civile, p. 434-443 e mais recentemente a crítica de CIPRIANI, Franco. I problemi del processo di cognizione tra passato e presente.

⁶³⁴ Que de acordo com Crisanto Mandrioli teria seus inconvenientes, próprios do juiz único, que seriam: “insufficiente ponderazione del giudizio e maggiore possibilità di errori, essendo cosa evidente, e confermata dalla tradizione, che il reciproco consiglio e scambio di punti di vista tra più persone offre maggior garanzia di esattezza e di imparzialità.” (MANDRIOLI, Crisanto. Corso di Diritto Processuale Civile. Tomo II – Il processo di Cognizione. 7ª Edizione. Torino : Ed. Giappichelli, 2009, p. 46)

⁶³⁵ O juiz de paz faz parte da Organização Judiciária italiana, e é tido como um magistrado honorário, nomeado por decreto do Presidente da República, escolhido mediante previa deliberação do Conselho Superior da Magistratura, por proposta encaminhada e formulada pelo Conselho Judiciário do território competente, integrado por cinco representantes, dentre os advogados escolhidos pelo ordem dos advogados e por procuradores indicados pelas Cortes de Apelo (art. 2º do Decreto Lei n. 404, de 28 agosto 1992).

⁶³⁶ Em causas de competência do juiz de paz, que não ultrapassar a €1.100,00 (mil e cem euros), a parte pode estar em juízo pessoalmente, sem necessidade de constituir procurador (art. 82, §1º do c.p.c.)

ou cercas vivas (§ 3º, 1, art. 7º do c.p.c. de 1942), ou a casos relativos entre os proprietários ou detentores de imóveis destinados para fins residenciais em matéria referente à emissão de fumaça, ruído, vibração e propagação semelhante em excesso de tolerabilidade (§ 3º, 3, art. 7º do c.p.c. de 1942).

O procedimento realizado pelo juiz de paz é diferenciado⁶³⁷, simplificado e célere. Inicia-se pela propositura da demanda que pode ser oral (§ 2º, art. 316 do c.p.c. de 1942) e sucinta, contendo apenas a indicação do juiz, a qualificação das partes, a exposição dos fatos e a indicação do objeto (§1º, art. 318 do c.p.c. de 1942). Adquire-se a condição de ser parte autora com o depósito da demanda na secretaria (“cancelleria”) e o réu com a citação e notificação, para comparecer na primeira audiência previamente designada. Ela ocorre para tratativa da causa (art. 320 do c.p.c de 1942), inicia-se com o interrogatório livre das partes⁶³⁸, devendo o juiz de paz estimular a conciliação (§1º, art. 320 c.p.c. de 1942).

Em decorrência do previsto no artigo 311 do Código de Processo Civil Italiano, aplica-se subsidiariamente a este todas as matérias aplicadas ao juízo monocrático ou colegiado, quando não existir expressa previsão quanto ao procedimento diante do juiz de paz. Desse modo, no processo italiano, as partes deverão estar sempre presentes em audiência (art. 317 do c.p.c.), ou se fizerem representar por procurador com poderes especiais (§ 2º, art. 317 do c.p.c.) que devem ter pleno conhecimento da matéria de fato. A ausência das partes ou de procurador devidamente habilitado levará a extinção do processo sem julgamento do mérito, quando a ausência for do autor; ou declarada a revelia, se a ausência for do réu (art. 181 do c.p.c.).

Os atos processuais realizados frente ao juiz de paz é concentrado e, não havendo conciliação, na mesma audiência, o juiz convidará as partes a falarem, em definitivo, sobre os fatos e os fundamentos da demanda, como para apresentarem defesas, que também podem ser orais (art. 319 do c.p.c. de 1942), acompanhadas dos respectivos documentos e ainda indicarem as provas a serem realizadas. Havendo

⁶³⁷MANDRIOLI, Crisanto. *op. cit.*, p. 228

⁶³⁸Perante o juízo de paz, as partes estarão dispensadas de constituir advogado, desde que a causa não ultrapasse o valor de €1.100,00 (mil e cem euros). (art. 81, §1 do c.p.c de 1942).

necessidade, caso não dê para resolver todas as questões de fato na primeira audiência (instrução preparatória), será designada por apenas uma vez, outra audiência (instrução probatória e “di decisione”) para colheita das provas (§4º, art. 320 c.p.c de 1942). Após a sua realização, ou sem que seja necessária, e encontrando madura a causa, o juiz, convidando as partes para fazerem alegações finais e discussão oral da causa, proferirá sentença em audiência (art. 281- *sexies* do c.p.c. de 1942) ou, não sendo este o caso, deverá proferir a sentença em 15 (quinze) dias, e que pode ser proferida por equidade (arts. 113 e 114 do c.p.c de 1942).

O procedimento frente ao juiz de paz observa os princípios que integram o processo oral, sendo seus atos concentrados, com observância da imediação e consequente identidade física do juiz, cujo convencimento é livre, podendo ser julgada a causa por equidade.

4.4.2.2 Do procedimento frente ao juízo monocrático

Não menos oral também é o procedimento realizado diante do juízo monocrático, cujo procedimento também deve ser observado quando o julgamento for de competência do órgão colegiado (art. 281-*bis* do c.p.c. de 1942), e que também será utilizado subsidiariamente pelo juiz de paz (art. 311 do c.p.c. de 1942), quando não existir regra previamente expressa de forma contrária.

A parte autora por seu procurador devidamente constituído (art. 82 do c.p.c) proporá a demanda (art. 125 do c.p.c de 1942), contendo explanação dos fatos, do seu direito e do objeto pretendido. Considera-se proposta a demanda mediante a citação e o comparecimento a uma audiência fixa (art. 163 do c.p.c. de 1942). A parte contrária será notificada pelo oficial judiciário (art. 137 do c.p.c. de 1942); poderá ser por meio eletrônico (art. 149-*bis* do c.p.c.de 1942). Uma vez estando em juízo, as partes, sem exceção, tem o dever de agir com lealdade e probidade (art. 88 do c.p.c. de 1942).

O ato de citação deve conter alguns requisitos (art. 163, §3º do c.p.c. de 1942), dentre eles, a indicação do dia da audiência (art. 163, §3º, 7 do c.p.c. de 1942),

cientificando-se o réu que deve constituir um procurador até 20 (vinte) dias antes da audiência designada ou ao menos 10 (dez) dias em caso de redução do prazo⁶³⁹, e que este deverá fazer o depósito (protocolo) de todas as defesas (inclusive reconvenção, exceções e chamamento de terceiro), rebatendo as matérias de fato alegadas pelo autor, indicando ainda os meios de prova dos quais pretende produzir em juízo, juntando também os documentos necessários a subsidiar as suas alegações (arts. 166 e 167 do c.p.c. de 1942), sob pena de decadência e efeitos da contumácia (art. 171, §2º do c.p.c. de 1942).

De acordo com o artigo 180 do *Codicedi Procedura Civile* de 1942 as partes irão para a primeira audiência já com suas alegações iniciais previamente escritas. E não obstante conste do artigo 183, §5º do referido código, que em audiência pode o autor propor a demanda e as exceções que advierem da demanda reconvenção ou das exceções apresentadas pelo demandado, não há de falar⁶⁴⁰ que abre para o autor, em audiência, a faculdade de propor nova demanda. Mas tão somente refutar os fatos novos alegados pelo réu na demanda reconvenção.

Tal se deve, como bem reconhece Demarchi⁶⁴¹ em obediência ao princípio de máxima concentração, que se mostra, sobretudo na fase inicial, antecipando-se possíveis preclusões a cargo da parte, de modo a reduzir as causas que seriam levadas para as audiências (de “comparizione-trattazione”), uma vez que um de seus objetivos é possibilitar o diálogo o mais amplo possível e sob todos os aspectos da causa.

No dia da audiência faz-se necessário, portanto, que as partes estejam presentes, ainda que sejam por seus procuradores (arts. 82 e 83 c/c art. 185 do c.p.c.), cabendo a eles comparecer em audiência com o ônus de conhecer todas as questões, já que

⁶³⁹De acordo com o artigo 163-*bis* do c.p.c. entre o dia da notificação da citação e data da audiência do qual as partes devem comparecer diante do juiz deve correr um prazo livre não menor que 90 (noventa) dias se o réu residir na Itália, e de 150 (cento e cinquenta) dias se residir no exterior. E em vista destes prazos, e desde que requerido pelo autor, o juiz poderá, por meio de decreto motivado, abreviar o o prazo até a metade do prazo indicado. E se houve, portanto, esta redução do prazo, é que o réu terá um prazo maior para até em de 10 (dez) constituir o seu procurador e apresentar suas defesas.

⁶⁴⁰MANDRIOLI, Crisanto. Corso di Diritto Processuale Civile, p. 61

⁶⁴¹DEMARCHI, Paolo Giovanni. Il nuovo Processo Civile, p. 147. Ressaltando Demarchi que “non vuol dire cambiare totalmente e, tanto meno, formulare domande nuove: vuol dire soltanto rettificare (senza di regola, mutare i fatto principal allegati) la portata delle domande con riguardo ao medesimo ‘petitum’.”

não é permitida a presença do procurador que nada sabe da demanda e nem dos fatos, no processo italiano não mais são tolerados advogados displicentes ou inexperientes que ignorem os fatos da causa.⁶⁴² Isso por que, em decorrência do princípio da imediação, caberá ao advogado refutar os fatos alegados pela parte contrária e assumir a sua posição como representante da parte. Se assim não for, cai por terra o objetivo previsto no processo oral italiano, cuja conciliação é incentivada, e que pode e deve ser renovada em qualquer fase do processo (art. 185, §2º do c.p.c. de 1942).

A ausência das partes impedirá o contraditório pleno a ser desenvolvido em audiência. Se a ausência for de ambas as partes na primeira audiência, o juiz fixará uma nova data, determinando a notificação das partes para nela comparecer. Se na nova audiência nenhuma das partes comparecer, o juiz declarará extinto o processo (art. 180, §1º do c.p.c. de 1942). Mas, se a ausência for apenas do autor, e o réu pedir que o processo prossiga ainda com a ausência deste na audiência, o juiz determinará nova audiência. Em nova audiência, se ainda assim se ausentar o autor, e se o réu não requerer o prosseguimento do feito sem a ausência daquele, o juiz extinguirá o processo sem resolução do mérito (art. 181, §2º do c.p.c. de 1942). Se a ausência for apenas do réu, o juiz declarará a sua revelia. Ainda que declarada a revelia ou a contumácia de qualquer das partes, no processo civil italiano poderá a parte faltosa, acompanhar o processo, fazendo-se constituir em qualquer fase, ainda que no fim da última audiência (art. 293, §§ 2º e 3º do c.p.c. de 1942).

O primeiro comparecimento pessoal exigido das partes se dá por ocasião da primeira audiência “di trattazione” (art. 183 do c.p.c.), cuja realização é imperativa e inderrogável, por ser uma garantia mínima, sobre a qual se funda o “giusto processo”, tal como assegurado pelo artigo 112, §§ 1º e 2º da Constituição Italiana. Adverte Comoglio⁶⁴³, que todas as questões, de fato ou de direito, do qual possam influir na prolação final da decisão deverão ser objeto de discussão em audiência como condição de sua validade. Neste sentido:

[O]beto do contraditório preventivo entre as partes, também (e sobretudo) quando este seja solicitado de ofício pelo próprio juiz. E quanto a este último, portanto, não existe o

⁶⁴²DEMARCHI, Paolo Giovanni. *op. cit.*, p. 182

⁶⁴³COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e técnica del “Giusto Processo”*. Torino: Ed. Giappichelli, 2004, p. 33

mero poder discricionário, mas existe um verdadeiro e próprio poder-dever de ordenar de ofício a realização das provas, enquanto seja relevante, a indicar (contextualmente) para as partes a devida atenção sobre algumas questões, por que a preventiva audiência de 'trattazione', em contraditório, entre as partes, não só serve para adequada avaliação pelo juiz, como é processualmente 'oportuna' (ou não, dependendo das circunstâncias, tal como a que se deduz do parágrafo terceiro do art. 183), mas é sempre constitucionalmente 'necessária', como condição essencial de validade posterior da decisão.⁶⁴⁴

Portanto, até mesmo em respeito ao princípio do contraditório preventivo, compete ao juiz verificar, ainda que de ofício, a regularidade da representação e da citação, e quando verificar qualquer vício nesta última, deverá ordenar que seja realizada uma nova notificação (§ 1º, art. 183, c.p.c. de 1942), fixando nova audiência (§2º, art. 183 c.p.c. de 1942). Por força do artigo 185 do *Codice di Procedura Civile* de 1942, o juiz, por meio do requerimento das partes ou de ofício, pode e deve promover a conciliação entre elas. Se houver conciliação, será verbalmente proferido o acordo, subscrevendo-se os termos, dando-se por encerrado, com mérito, o processo (art. 185, § 3º do c.p.c. de 1942).

Não obtida a conciliação, o juiz dará oportunidade às partes para, com base nos fatos alegados, prestarem os devidos esclarecimentos, apreciando, de imediato, as questões que podem ser analisadas de ofício (art. 183, §4º do c.p.c. de 1942). Nada impedindo que o juiz, ainda nesta audiência, caso haja requerimento expresso, aprecie e defira as tutelas de emergência com vistas a assegurar provisoriamente os efeitos da decisão de mérito, antecipando-se os efeitos da tutela, desde que preenchidos os requisitos previstos no artigo 700 do *Codice di Procedura Civile* de 1942, qual seja, o fundado receio de dano, que durante o curso do processo, possa ser causado à parte um prejuízo iminente e irreparável.

Ultrapassados os obstáculos processuais, o juiz dará oportunidade para que o autorapresente matéria de ordem impeditiva, extintiva, ou mesmo modificativa aos fatos trazidos pelo réu em suas defesas. E, em respeito aos princípios da imediação

⁶⁴⁴*Loc cit.* Tradução livre do original: “[O]ggetto del preventivo contraddittorio fra le parti, anche (e soprattutto) laddove essa sia rilevabile d’ufficio dallo stesso giudice. Quest’ultimo, dunque, no ha il mero potere discrezionale, ma ha un vero e proprio potere-dovere ufficioso di rilevare ed, in quanto abbia rilevato, di indicare (contestualmente) all’attenzione delle parti tali questioni, poichè la loro preventiva trattazione in contraddittorio non può essere soltanto valutata dal giudice come processualmente ‘oportuna’ (oppure no, in base alle circostanze, per quel che sembra desumersi dal terzo comma dell’art. 183), ma è sempre costituzionalmente ‘necessaria’, quale condizione essenziale di validità susseguente pronunzia decisória.”

e concentração, proporcionará um verdadeiro diálogo entre partes, podendo o juiz, caso entenda útil, interrogá-las livremente (183, §9º do c.p.c. de 1942).

Ainda na mesma audiência “di trattazione” o juiz, entendendo que a causa já se encontra madura e que não há mais provas a serem realizadas, que não as já constantes do fascículo ou autos do processo, após alegações orais das partes, tem a faculdade de proferir a decisão em audiência (art. 187, §1º c/c art. 281-*sexies* do c.p.c. de 1942) fazendo a leitura do dispositivo e da concisa exposição das razões de fato e de direito de sua decisão. Mas, caso não profira a decisão em audiência, o juiz terá o prazo de 30 (trinta) dias para fazê-lo, finda a audiência ou findo o prazo para entrega, em cartório, das alegações finais (art. 281-*quinquies* do c.p.c. de 1942).

Não sendo este o caso, e sendo requerido pelas partes (art. 183, §6º do c.p.c. de 1942), o juiz pode permitir que, dentro de um prazo peremptório de 30 (trinta) dias possa o autor manifestar, por escrito, sobre as defesas apresentadas pelo réu. Ou, ainda, num término de não mais que 20 (vinte) dias, possa indicar as provas contrárias a serem produzidas. Cabe ressaltar que esse pedido é mera faculdade, uma vez que todas as alegações orais e réplicas devem ser feitas em audiência, assim como a análise das provas a que as partes pretendem produzir, que devem ser analisadas também em audiência, ocasião em que o juiz, verificando as provas a serem realizadas, designará a data para realização da segunda audiência (art. 184 do c.p.c. de 1942).

A segunda audiência no processo civil italiano só ocorrerá caso admitida a realização de provas orais. Na audiência de instrução (“*assunzione dei mezzi di prova*”), o juiz pode ouvir livremente as partes (art. 117 do c.p.c. de 1942), ou mesmo, caso seja requerida e deferida a sua realização, ouvir as partes por meio do interrogatório formal (art. 228 e seguintes do c.p.c. de 1942) e, neste último caso, enseja a confissão. Além das partes, serão ouvidos os assistentes (peritos) e os testemunhos. Importante observar que as provas orais são colhidas pelo juiz. As declarações das partes das testemunhas além serem feitas na primeira pessoa, devem ser lidas para o declarante (art. 207 do c.p.c. de 1942).

Encerrados os debates, o juiz dando por encerrada a instrução, proferirá a sentença (art. 186 - *quater* ou art. 188 – caso de juiz instrutor – ambos do c.p.c. de 1942), que pode ser proferida em audiência (art. 281- *sexies* do c.p.c. de 1942). Se a sentença não for proferida em audiência, terá o juiz o prazo de 30 (trinta) dias para pronunciá-la, a contar da entrega dos memoriais, no caso de as alegações orais serem substituídas pela entrega das alegações escritas, ou finda a audiência de instrução probatória (art. 281, §2º do c.p.c. de 1942).

O processo civil italiano, salvo se tratar das alegações iniciais, da demanda e das defesas, reserva especial atenção para que os atos se realizem de forma concentrada e em preventivo contraditório em audiência (arts. 205, 207 e 223 do c.p.c.). No entanto, foi facultado ao juiz singular, diante de um caso concreto, e vislumbrando a complexidade e instrução probatória (art. 183 - *bis* do c.p.c, redação dada pelo D.L 132/2014), ordenar que seja adotado o rito sumário de cognição aplicado ao procedimento especial de instrução preventiva (art. 703-*ter* c.p.c.) em substituição ao rito ordinário de conhecimento. Pelo procedimento especial, todo o contraditório se realiza por instrução sumária, por meio de prévio contraditório. Em que a audiência “di trattazione della causa” é designada após a instrução sumária, e só ocorrerá a segunda audiência “di assunzioni dei mezzi de prova” se for necessária a realização de provas orais, caso em que deve ser designada para um prazo não superior a 15 (quinze) dias.

Assim, numa clara demonstração, o legislador italiano procura cada vez mais, por meio das intervenções no *Codice di Procedura Civile* de 1942, imprimir um rito mais célere, em obediência ao postulado da “ragionevole durata” do processo, mas sempre mantendo o processo oral como norte a ser seguido. Mantendo-se irretocável a necessidade de que os atos sejam realizados em audiência, ainda que por meio de um contraditório prévio, preservando-se o direito das partes de falarem e serem ouvidas, que se dá por meio do interrogatório livre das partes. Devem ser respeitados os princípios da concentração e da imediação e, conseqüentemente, do princípio da identidade física do juiz (art. 174 do c.p.c. de 1942), que só será atenuado quando houver absoluto impedimento ou grave exigência a serviço do tribunal (art. 174, § 2º do c.p.c. de 1942), ou caso a prova tenha que ser colhida fora da circunscrição do juiz da causa (art. 203 do c.p.c. de 1942).

Ainda que na prática os prazos não venham sendo respeitados e que estejam deturpando os atos realizados em audiência, ainda assim reconhece Taruffo⁶⁴⁵ que o *Codice di Procedura Civile* Italiano se destacaria como o terceiro exemplo de eficiência do processo, ficando atrás apenas dos códigos de processo civil, espanhol e alemão. Reconhece ele que o processo italiano é um exemplo de eficiência do processo, por manter vivo o processo oral, com previsão do artigo 183 do *Codice di Procedura Civile* de 1942, no qual o processo italiano se desenvolve sempre diante do tribunal e na presença das partes.

4.4.2.3 Do órgão judicante (juiz de paz, juiz monocrático e o juiz instrutor) no processo oral italiano

O juiz italiano fica a meio termo entre o juiz alemão e o espanhol. O sistema italiano adota o princípio dispositivo ou inquisitivo atenuado⁶⁴⁶, embora o *Codice de Procedura Civile* de 1942 tenha concedido ao juiz italiano o poder-dever de, em qualquer fase do processo, chamar as partes para, por meio do interrogatório livre, interrogá-las sobre os fatos da causa (art. 117 do c.p.c. de 1942). Podendo, de ofício, inspecionar pessoas e coisas (art. 118 c/c 258 c.p.c. de 1942), deliberar sobre as provas a serem produzidas de acordo com sua experiência (art. 115, § 2º do c.p.c. de 1942), solicitar informações das repartições das Administrações Públicas (art. 213 c.p.c. de 1942), como convocar testemunhas que tiverem sido mencionadas nos depoimentos das demais e que não tenham sido arroladas pelas partes (art. 281- *ter* do c.p.c. de 1942). O juiz detém o poder de propor a conciliação entre as partes, ainda que depois de finda a instrução, mediante uma proposta transacional ou conciliativa (art. 185 - *bis* do c.p.c. de 1942).

A identidade física do juiz é levada a sério, não chegando a ser como a do juiz espanhol. Mas, em respeito a este princípio, também basilar para o processo oral, o processo italiano procura ser concentrado, com realização das audiências com certa proximidade, devendo a sentença, finda a instrução, ser proferida no prazo de 30 (trinta) dias. O princípio da identidade física do juiz só cede espaço para as provas

⁶⁴⁵TARUFFO, Michele. Oralidade y escritura como factores de eficiencia en el proceso civil, p.209-211

⁶⁴⁶MANDRIOLI, Crisanto. Corso di Diritto Processuale Civile, p. 70-71

que devam ser colhidas por outro juiz de circunscrição diversa, mas, ainda assim, para manter a oralidade do processo italiano, em tais casos, deve ser feita a leitura dos depoimentos em audiência (art. 207 c.p.c. de 1942). Além disso, a partir deste ano de 2015, foi implantada a obrigatoriedade da adesão integral de todos os processos por meio eletrônico (D.L 90, de 24 de junho de 2014). Nesse caso, acredita-se que haverá uma aproximação e preservação dos atos orais, em vista do uso das novas tecnologias.

Em decorrência do poder instrutório do juiz, deverá ele proferir suas decisões de acordo com seu prudente “apprezamento”, salvo se a lei determinar de outro modo (art. 116 do c.p.c.de 1942), valorando, portanto, o conjunto probatório de acordo com o seu livre convencimento, devendo, assim, motivar a sua decisão, expondo as razões de fato e de direito de sua decisão (art. 132, §2º, 4 do c.p.c.de 1942).

A passos lentos e tímidos a Itália vem, finalmente, aderindo aos postulados Chiovendianos, refazendo o caminho que há muito lhe foi traçado, voltando os olhos para os trilhos da história, para, finalmente, compreender o que há muito os doutrinadores da estirpe de Chiovenda, Calamandrei, Carnellutti, e depois Cappelletti, e dos contemporâneos Cipriani e Paolo Comoglio sempre reconheceram. Qual seja, de que é o processo oral o processo ideal para ser implantado na Itália. E justamente por que o processo oral se mostra simplificado, menos burocratizado, humano e eficiente.

5. DO TEMPO E DA EFICIÊNCIA DO PROCESSO

5.1 Do tempo do Processo

O fator tempo é crucial, sobretudo nos dias atuais, em que as distâncias são encurtadas pelos meios tecnológicos. Não se escrevem velhas e longas missivas, o *e-mail*, o *whatsapp*, por exemplo, suprimiram-nas, exterminando os velhos meios de comunicação que se encontram obsoletos. E, quando se fala nesses meios tecnológicos é possível conversar em tempo real com pessoas que estejam em outro lado do mundo. Contudo, não obstante a evolução dos meios de comunicação, com conversas em tempo real e respostas em tempo real, o mesmo não ocorreu com o processo, que continua demorado e moroso, em que não era raro encontrar processos que tinham o seu tempo contado por décadas, assim como atualmente ainda ocorre. O que causa maior angústia em plena era tecnológica. O homem sempre se esforçou por controlar o tempo⁶⁴⁷, refletindo-se no direito a necessidade de superá-lo, como forma de atenuar e minorar suas angústias, suas dores e sua impotência, para ter a tão almejada felicidade e paz. E não há nada mais cruel para a humanidade anseia que o processo não se prolongue em demasia, por que o processo moroso só agrava a dor dos inocentes, como dizia Calamandrei⁶⁴⁸.

Hoje, tornou-se lugar comum afirmar que o tempo do processo não consegue acompanhar o tempo da vida, que urge, que se acelera a cada dia, em virtude, sobretudo, pelos meios virtuais de comunicação. Tal acontece na realidade por que dominar o tempo sempre foi a angústia do homem, que se encontra hoje ainda mais agravada na era tecnológica, uma vez que “essa aceleração do tempo que tornou o processo judicial mais lento. Ou, em outras palavras, tornou-se mais significativa a percepção social de que a lentidão judicial representa um grave problema.”⁶⁴⁹ Embora não se refuta tal observação feita por Gláucio Maciel, não se pode olvidar de que o tempo do processo, como tempo que não acompanha o cotidiano e as

⁶⁴⁷CARNELUTTI, Francesco. *Arte del Derecho – Seis meditaciones sobre el Derecho*. Lima: Ara Editores, 2006, p. 51

⁶⁴⁸CALAMANDREI, Piero. *Proceso y Democracia*, p. 97.

⁶⁴⁹GONÇALVES, Gláucio Ferreira Maciel. *Observação jurídico-sociológica da lei dos juizados especiais federais*. Tese UFMG. 2007, p. 56

mudanças da atualidade não é de hoje⁶⁵⁰. Longe ainda, antes mesmo de Johannes Gutenberg descobrir a tipografia e, portanto, a impressão em massa, já se sentia falar na morosidade do processo judicial. Bastando para tanto recordar a Bula Papal *Clementina Saepe*⁶⁵¹ de 1306, que instituiu o processo sumário em detrimento do ordinário, com objetivo de, já naquela época, eliminar a morosidade da justiça.

Hoje, portanto, pode até ser que essa exigência tenha se agravado, tornando lugar comum dizer que a justiça não tem acompanhado a evolução pelo qual passa a era tecnológica, que exige cada vez mais que as respostas sejam imediatas, quase instantâneas. No entanto, quando se fala em justiça morosa, pode-se facilmente remontar a séculos anteriores, e verificar que o fator tempo sempre foi um obstáculo a ser superado.

Tal se deve porque o objeto do processo civil envolve um bem da vida, que necessita de uma pronta resposta. Em qualquer processo, desde o que se postula um direito consumerista, passando pelo direito de família e até um de natureza tributária, há uma dor, um descontentamento, uma agressão que precisa ser solucionada. Afinal, ninguém vai ao judiciário por prazer, pela simples vontade de demandar. E se há um processo, há uma chaga que precisa ser curada. E, quanto mais o tempo passa, esta chaga se torna uma ferida de imensas proporções, impossível de ser estancada, e se a decisão vier depois de longos e tenebrosos anos, é bem provável que seja impossível de ser curada. Afinal, o remédio na dosagem certa, aplicado no tempo certo é que tem o condão de curar, se a dose for cavalgar, demorada e incerta provocará a morte certa de quem dele precisa. O mesmo ocorrendo com o processo, que não deve ser tão rápido, mas que não precisa ser tão longo, e a medida certa há que ser buscada.

Afinal, se o processo também é uma forma democrática⁶⁵² de assegurar os direitos individuais ou liberdades públicas violadas, o Judiciário tem o papel de, pelo

⁶⁵⁰CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, Ideologias e Sociedade*, p. 316

⁶⁵¹O processo simplificado tal como o idealizou o Papa Clemente V, perdurou até o ano de 1336, e era um procedimento concentrado, oral, e o juiz exercia poderes de direção do processo, existindo, em contraposição ao processo escrito, o contato entre as partes e o juiz e os testemunhos. (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, p. 107)

⁶⁵²JAYME, Fernando Gonzaga. *A supranormatividade dos direitos humanos*, p. 56

processo justo, resguardar ou restabelecer direitos, não há por que não exigir que esse seja célere, ou que ao menos dure um tempo razoável para a solução do conflito. Sobretudo, porque:

A garantia da democracia e, por conseguinte, dos direitos humanos é constituída pelo processo, não em uma dimensão meramente formal, mas no seu sentido concreto, concebido como 'procedimento construído em contraditório'. Através desse procedimento, em que as partes participam em simétrica paridade, asseguram-se a construção democrática do Direito e a integridade do patrimônio jurídico da pessoa humana.⁶⁵³

Ser parte de um processo é estar preso num futuro incerto, embora possa, diante do presente, planejá-lo. Mas, nem mesmo isso o processo permite. Não é possível prever nos tempos atuais, no Brasil, o desfecho do processo, que pode durar dias, meses ou anos. Não há previsibilidade da decisão, e nem mesmo uma probabilidade de tempo de que ela terá o seu trânsito em julgado⁶⁵⁴. Em completo desrespeito aos direitos humanos e à democracia, o jurisdicionado continuará a mercê da boa vontade do juiz, aguardando num tempo qualquer a tão almejada decisão, e que de preferência seja de mérito, porque se não for, terá ele que, novamente, buscar o Judiciário e sofrer todos os percalços anteriores.

O fator tempo do processo é angustiante, sofrem as partes, os procuradores e até mesmo o juiz, que não encontra o tempo disponível, diante de um emaranhado de processos para proferir a decisão devida num curto espaço de tempo. E, assim, é mais fácil perceber que "o tempo do direito é mais lento, tendo em vista que os conflitos que são levados ao Estado-juiz não são resolvidos em um tempo razoável."⁶⁵⁵

Nenhum doutrinador ousa responder a sobre qual seria o tempo razoável para que uma decisão seja proferida. Podendo alguns, como o fez Adolfo Bidart⁶⁵⁶, estabelecer que este tempo processual seja o marco de delimitação do objeto, ou

⁶⁵³JAYME, Fernando Gonzaga. A supranormatividade dos direitos humanos, p.24

⁶⁵⁴ Consta do artigo 4º do Novo Código de Processo Civil que: "As partes têm direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa."

⁶⁵⁵GONÇALVES, Gláucio Ferreira Maciel. Observação jurídico-sociológica da lei dos juizados especiais federais, p. 12

⁶⁵⁶BIDART, Adolfo Gelsi. Proceso y Epoca de Cambio. Revista de Processo, vol. 24. São Paulo: RT, Outubro de 1981, p. 140. Tradução livre do original: "En cierto sentido, puede decirse que el proceso es un 'ejercicio del tiempo', no sólo se da en él..., sino que es tiempo jurídico el proceso; no puede explicarse, sino en cuanto se desarrolla o desenvuelve, 'en duración'."

como um aspecto necessário para o decurso, o desenvolvimento e a evolução do processo, valendo até mesmo dizer que este se desenvolve ao largo do tempo⁶⁵⁷.

Também não há resposta certa para afirmar qual é o tempo de desenvolvimento do processo. Poder-se-ia dizer, o tempo previsto na legislação. Com o cumprimento dos prazos não só pelas partes, seus procuradores, como pelo juiz e seus auxiliares. Deve existir punição⁶⁵⁸ não só para as partes que abusarem do seu exercício de direito de defesa, como também para o juiz e seus auxiliares, em caso de não cumprimento do prazo legal. E, se assim fosse, seria fácil perceber que no Brasil, o processo deveria durar meses e não anos.

Ocorre que, a máquina judiciária é emperrada, e o tempo do processo, nunca será o tempo esperado e desejado na lei processual, pois, existem diversos e até mesmo desconhecidos fatores que impedem que seja cumprido o seu tempo desejado, que, por outro lado, interessa a uns e desagrada a outros.

E se há o tempo para tudo, até mesmo o processo, onde o tempo é fator importante para o amadurecimento da causa, necessita ser subdividido em etapas, termos, preclusão⁶⁵⁹, prescrição, decadência e coisa julgada. E é justamente para o tempo do processo, em especial, que há muitos anos os doutrinadores voltam os seus olhares. Já tornou também lugar comum dizer que justiça atrasada é justiça denegada, onde o tempo pode minar, inclusive, a utilidade prática da decisão.

Em todos os regimes⁶⁶⁰ e governos, há uma preocupação quanto à demora na prestação jurisdicional e todas as vezes que se menciona a aceleração do processo, é inegável não se lembrar do processo oral, que é célere, simplificado, imediatizado e concentrado.

⁶⁵⁷BIDART, Adolfo Gelsi. *Proceso y Epoca de Cambio*. Revista de Processo, vol. 24. São Paulo: RT, Outubro de 1981, p. 137-140

⁶⁵⁸ Carlos Henrique Borlido Haddad sugere que esta punição deve estar prevista, e que tal punição não é novidade no direito brasileiro, como a que acontece na instrução criminal, que deve ser finalizada em 81 dias, sob pena da prisão provisória ser revogada. E assim como no direito penal, propõe ele que devem ser estabelecido prazos máximos dentro dos quais deverá ser pronunciada a sentença no processo civil, sob pena de punição a quem deu causa no retardamento. (HADDAD, Carlos Henrique Borlido. *Fatores de produtividade: proposta de avaliação do desempenho do magistrado federal*. Administração da Justiça Federal : concurso de monografias, 2004/ Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários. Brasília : CJF, 2005, p. 37)

⁶⁵⁹BIDART, Adolfo Gelsi. *op. cit.* p. 147-148

⁶⁶⁰MOLINARE, Carlo. *Un'esperienza fallita*, p. 179

Em quase todos os países⁶⁶¹, até mesmo naqueles em que os processos se contam em dias e meses para sua conclusão, a excessiva duração do processo é uma preocupação. Não obstante se reconheça que “a duração do processo é diversa caso por caso, em nível internacional pode, contudo, contar com um consenso geral, quando se avança na solicitação para encurtar a duração do processo.”⁶⁶²

Constatação que não passou despercebida aos olhares de Barbosa Moreira⁶⁶³, para quem a morosidade, uma das maiores preocupações dos reformadores dos Códigos de Processo, tais como, alemão, francês, italiano e inglês diz respeito ao tempo de duração do processo, e em quase todas as reformas, mais antigas ou mais atuais, vêm incluindo providência, cuja finalidade é abreviar o curso do processo, propiciando não só o seu barateamento, mas tornando-o mais célere, eficaz e efetivo, embora se reconheça que a aceleração do processo deva ser vista *cum grano salis*, não permitindo que sejam olvidadas as garantias do contraditório, ampla defesa e todas as demais garantias já asseguradas e que se encontram sob o manto do devido processo legal.

Quando se fala em justo processo, em processo célere ou mesmo em criar vias para acelerar o processo, com vistas a eliminar não só os tempos mortos, mas o seu desenvolvimento em fases longas intercaladas por alegações escritas, é que os doutrinadores recorrem ao processo oral, tal como fizeram recentemente os reformadores da *Ley de Enjuiciamiento Civil* espanhola, como o que vem ocorrendo paulatinamente e gradativamente com o *Codice di Procedura Civile* de 1942 italiano e com os *Zivilprozessordnung* alemão de 1877 e o austríaco de 1895. Tendo o mesmo ocorrido na proposta do Código Modelo Ibero-americano de Direito Processual Civil.

⁶⁶¹HIRSCH, Günter. Oralidad e intermediación del proceso. Tensión entre los parámetros constitucionales y los aspectos de la economía procesal en el procedimiento judicial, p. 199-200

⁶⁶²GRUNSKY, Wolfgang. (Tradução para o Italiano LOSANO, Lieselotte Geick). Il cosiddetto ‘Modelo di Stoccarda’ e l’accelerazione del Processo Civile Tedesco. Rivista di Diritto Processuale Civile, vol. 26, n.3. Padova: CEDAM, julho 1971, p. 354. Tradução livre do original: “la durata del processo è diversa da caso a caso, a livello internazionale si può tuttavia contare su un consenso generale, allorchè si avanza la richiesta di abbreviare la durata del processo.”

⁶⁶³MOREIRA, José Carlos Barbosa. La Significación Social de las Reformas Procesales. Revista de Processo, vol. 131. São Paulo: RT, janeiro 2006, p. 154

Por esse viés, o processo oral vem sendo analisado e checado, sobretudo quanto ao grau de eficiência para verificar se é ele um tipo ideal que possa ser implantado no Brasil, como forma de eliminar a morosidade da prestação jurisdicional, como se propôs analisar nesta pesquisa.

5.1.1 Do tempo do processo civil Brasileiro

No Brasil, até a entrada em vigor⁶⁶⁴ do Novo Código de Processo Civil, o Código de Processo Civil de 1973 é utilizado tanto na justiça federal, como no âmbito da justiça estadual e também, de forma subsidiária, pela justiça especializada do trabalho. Embora único tanto para a justiça federal como para a estadual, constatou-se em duas pesquisas realizadas, por dois pesquisadores distintos, tendo um se dedicado à justiça federal e o outro à justiça estadual, que o tempo do processo na justiça federal é um, enquanto na justiça estadual é outro, e a justificativa reside na diferença dos prazos dos entes públicos.

No âmbito da justiça federal, na pesquisa de Carlos Haddad⁶⁶⁵, constatou-se que perante o juiz de 1º grau o prazo do processo é de 264 (duzentos e sessenta e quatro) dias (mais de oito meses, quase nove) para o rito ordinário, se não houver necessidade de realização de audiência. Aumentando-se este prazo para 279 (duzentos e setenta e nove) dias (pouco mais de nove meses), se necessária a ampla produção de provas, incluindo-se, como variáveis, o prazo em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer da União.

Já no âmbito estadual, na pesquisa realizada sob a coordenação de Paulo Eduardo Alves Silva⁶⁶⁶, com patrocínio do Ministério da Justiça, o tempo do processo sob o rito ordinário teria uma duração de 209 (duzentos e nove) dias (pouco mais de sete

⁶⁶⁴O que só ocorrerá um ano após a sua publicação oficial (art. 1.044 do NCPC). O que ainda não ocorreu, uma vez que embora aprovado no Congresso Nacional nos dias 16 e 17 de dezembro de 2014, o mesmo, até o encerramento da redação final da tese, ainda não tinha sido encaminhado para a devida sanção presidencial.

⁶⁶⁵HADDAD, Carlos Henrique Borlido. Fatores de produtividade: proposta de avaliação do desempenho do magistrado federal. Administração da Justiça Federal : concurso de monografias, 2004/ Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários. Brasília : CJF, 2005. p. 41 e 47

⁶⁶⁶SILVA, Paulo Eduardo Alves (coord.) et. all. Pesquisa "Análise da Gestão e Funcionamento dos Cartórios Judiciais", Ministério da Justiça - Secretaria de Reforma do Judiciário, Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, Apoio Institucional: Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais – CEBEPEJ e Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas – DIREITO GV, Junho de 2007.

meses) e pelo rito sumário duraria 178 (cento e setenta e oito) dias (quase seis meses). Não tendo citado pesquisador, no entanto, observado que este prazo poderia ser maior, caso uma das partes do processo, tivesse um prazo diferenciado, como é o caso do Estado e o Município, cujas demandas se processam no âmbito da justiça estadual. Justificando-se, assim, a diferença para menor, de um pouco mais de dois meses (70 dias), nos prazos da justiça estadual, porque não se observou a variável do prazo diferenciado, quando em um dos polos tivesse o Estado, suas autarquias e fundações.

Podendo ser apontado, com base nas duas pesquisas citadas, que o prazo do processo civil quando em um dos lados estiver o Estado, o prazo será de 264 (duzentos e sessenta e quatro) dias para o rito ordinário, se não houver outras provas a produzir que não documental, e de 279 (duzentos e setenta e nove) dias, se for necessária a realização de audiência para produção de provas orais. E se a demanda não tiver entre um dos seus polos o Estado, o prazo será de 209 (duzentos e nove) dias, observando o rito ordinário, com ampla produção de provas, e de 178 (cento e setenta e oito) dias, caso o rito seja o sumário.

No entanto, os prazos legais não são cumpridos e essa constatação foi fácil de verificar na pesquisa empírica realizada por Paulo Eduardo Alves Silva e sua equipe. Constatou-se que, na prática “os processos de rito ordinário e sumário dos cartórios estudados duraram, em média, 872 dias (29 meses) e 615,5 dias (20,5 meses), respectivamente, até a remessa ao Tribunal.”⁶⁶⁷ Ou seja, na prática, os prazos do processo, em tramitação perante o juízo de primeiro grau, quadruplicam. Passando o prazo do rito ordinário de 209 (duzentos e nove) dias para 872 (oitocentos e setenta e dois) dias, 4,17 (quatro vírgula dezessete) vezes mais do que o prazo determinado no Código de Processo Civil.

Aplicando-se este índice (4,17 para mais de tramitação do prazo legal), no âmbito da justiça federal, poder-se-ia dizer que, na prática, o prazo de tramitação de um processo seria de 1.163 (mil cento e sessenta e três) dias, ou aproximadamente 40 (quarenta) meses, que equivale a aproximadamente 3 (três) anos e 4 (quatro)

⁶⁶⁷SILVA, Paulo Eduardo Alves (coord.) et. all. Pesquisa “Análise da Gestão e Funcionamento dos Cartórios Judiciais”, p. 30

meses. Enquanto na justiça estadual este prazo seria de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses. No âmbito da justiça federal, em decorrência dos prazos diferenciados, esta diferença na tramitação do feito, na prática, poderia chegar, portanto, a mais de um ano.

Observe-se, no entanto, que como não houve constatação empírica, e se trata de mera suposição, estes prazos que retratam, na vida real, o tempo de duração de um processo brasileiro, também pode ser outro, que pode ser para mais como para menos. E ao falar dos prazos acima, pretende-se apenas demonstrar que, na prática, os prazos legais no Brasil não são observados, sobretudo, por que o juiz não sofre qualquer sanção caso o descumpra, tornando-se até mesmo letra morta, e sem critérios objetivos à única sanção prevista no artigo 93, inciso II, alínea 'e' da Constituição, inserido pela Emenda Constitucional de n. 45/2004.

5.1.1.1 Da diferença do tempo do processo entres os ritos ordinário e sumário

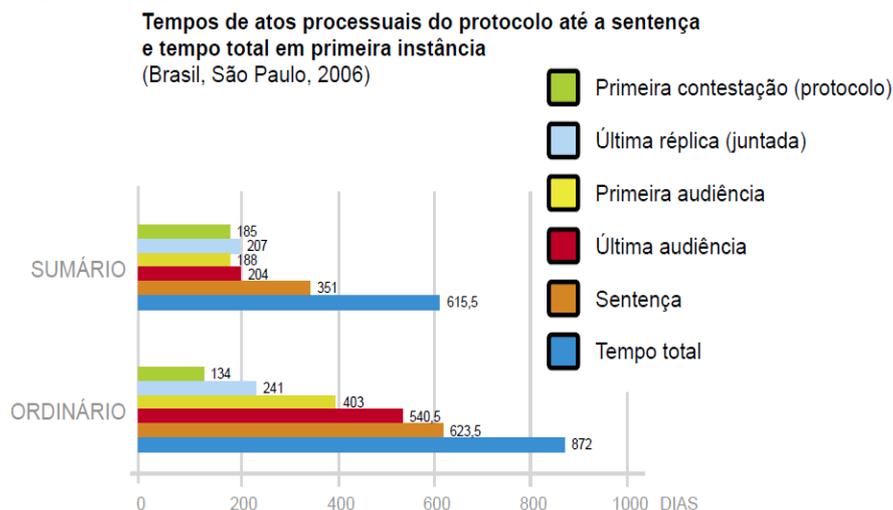
Na pesquisa sobre a gestão e administração dos cartórios chama-se a devida atenção para observação feita por seu coordenador, Paulo Alves Silva, que sob o enfoque pontual da análise dos tempos, notadamente quanto ao tempo do rito sumário frente ao ordinário, restou verificado que o tipo do procedimento influenciou no tempo do processo. O rito sumário, por ser mais concentrado, e que adota os princípios do processo oral, tramita em 30% (trinta por cento) menos do tempo do procedimento ordinário.

Além disso, o tempo decorrido entre a conclusão do processo, com encerramento da fase probatória e da fase decisória, mostrou ser mais efetiva. Porque, embora os processos sob o trâmite do sumário durassem 70,5% (setenta vírgula cinco por cento) do tempo dos processos sob o rito ordinário, foi observado que “antes da sentença, contudo, a diferenciação legal é mais eficaz: os sumários representaram 56,3% do tempo dos feitos de rito ordinário.”⁶⁶⁸

⁶⁶⁸SILVA, Paulo Eduardo Alves (coord.) et. all. Pesquisa “Análise da Gestão e Funcionamento dos Cartórios Judiciais”, Ministério da Justiça - Secretaria de Reforma do Judiciário, Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, Apoio Institucional: Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais – CEBEPEJ e Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas – DIREITO GV, Junho de 2007, p. 27

Fato esse que pode ser imputado aos princípios do processo oral, e que passam ao largo das burocracias cartoriais. Observação que também não passou despercebida pelos pesquisadores em seu relatório, ao reconhecerem que:

A menor duração dos feitos de rito sumário, previsível a partir do desenho legal dos procedimentos, pode estar atrelada à concentração de atos processuais estabelecida neste rito, em contrapartida à dispersão observada nos feitos de rito ordinário, como ilustra o gráfico seguinte⁶⁶⁹:



Fonte: Ministério da Justiça/Secretaria de Reforma do Judiciário – “Gestão e Funcionamento dos Cartórios Judiciais – Estudo de casos”, 2007.

Com base nos dados levantados e apurados, conforme gráfico acima, deduz-se que os vários atos processuais a serem realizados no procedimento ordinário é que causam a morosidade do processo civil. Enquanto, por conta da concentração, da imediação e da oralidade intrínsecas ao procedimento sumário, esse sofre pouco impacto do tempo dos cartórios, eliminando-se os chamados tempos mortos do processo e, conseqüentemente, a morosidade é maior nos feitos sob o rito ordinário do que nos de rito sumário.⁶⁷⁰

5.1.1.2 Dos tempos mortos – o cartório judicial como vilão do tempo do processo

⁶⁶⁹SILVA, Paulo Eduardo Alves (coord.) et. all. Pesquisa “Análise da Gestão e Funcionamento dos Cartórios Judiciais”, Ministério da Justiça - Secretaria de Reforma do Judiciário, Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, Apoio Institucional: Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais – CEBEPEJ e Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas – DIREITO GV, Junho de 2007, p. 28

⁶⁷⁰SILVA, Paulo Eduardo Alves (coord.) et. all. Pesquisa “Análise da Gestão e Funcionamento dos Cartórios Judiciais”, Ministério da Justiça - Secretaria de Reforma do Judiciário, Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, Apoio Institucional: Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais – CEBEPEJ e Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas – DIREITO GV, Junho de 2007, p. 28

Na pesquisa coordenada por Paulo Alves Silva, observou-se que um dos grandes problemas do judiciário brasileiro, na demora da tramitação do feito, encontra-se no cartório judicial. Fato esse também constatado pelo Conselho Nacional de Justiça⁶⁷¹ que averiguou que 70% (setenta por cento) do tempo do processo é gasto com atos realizados nos cartórios, tais como, as autuações, juntadas de petições, comunicações processuais, numeração dos processos e as certificações, dentre outros. Constatando-se, assim, que um dos vilões pelo não cumprimento dos prazos estabelecidos no processo civil brasileiro e, portanto, pela morosidade, é o cartório judicial.

Em palestra proferida pouco depois da pesquisa, concluiu Paulo Alves Silva que, embora os cartórios sejam absolutamente importantes para o resultado e para o tempo e a duração do processo, eram invisíveis, e sua gestão era pouco ou nada considerada pelo juiz, pelo tribunal e pelo legislador. E que qualquer iniciativa para minimizar o impacto do tempo do processo, deveria também “prestar atenção nos cartórios, eles são visíveis e influentes”⁶⁷²

Por meio desta pesquisa empírica, constatou-se o que já se sabia como lugar comum, que os tempos mortos do processo, o tempo em que os processos ficam parados, mofando e adquirindo teias de aranha e bolor nos escaninhos, aguardando enfim na fila para juntada de petições e devida conclusão, é também um grande vilão para a morosidade da prestação jurisdicional. E para acabar com o mesmo, é inquestionável que a realização dos atos concentrados em poucas e próximas audiências seja uma solução.

5.1.2 A quem interessa a demora do processo

O tempo, dependendo do lado e para quem é direcionado, pode ser implacável ou salutar. Fernando Pessoa já afirmava que o “valor do tempo não está no tempo que

⁶⁷¹<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/10506:cerca-de-70-do-tempo-de-tramitacao-do-processo-judicial-gasto-com-atos-burocraticos>

⁶⁷²SILVA, Paulo Eduardo Alves. Gestão e funcionamento dos cartórios judiciais. 2012 <http://reedpesquisa.org/wp-content/uploads/2012/06/Semin%C3%A1rio-Tem%C3%A1tico-1-Gest%C3%A3o-da-Justi%C3%A7a.pdf>, acessado em 13/04/2014, p. 5

elas duram, mas na intensidade em que acontecem.” E sob o enfoque do tempo do um processo, o valor do tempo será prejudicial para a parte que tenha razão, e dependendo da intensidade de sua duração é salutar para os que não o tenham.

É inquestionável que o decurso longo do processo só interessa a parte que não tenha razão, e que tenha condições de suportar e custear o tempo que só corre em seu favor. Sob o ângulo da parte que tem razão e busca ver restabelecido o seu direito lesado, há no decurso do tempo um real prejuízo. E a batalha deste é também contra o tempo do processo, que corre em seu desfavor.

Portanto, quanto mais tempo decorrer entre a interposição da demanda e a prolação da sentença de mérito com o seu trânsito em julgado, melhor será para a parte que não tem razão, que terá meios legais e subterfúgios no processo para retardar o seu cumprimento.

Nesse sentido, reconhece Marinoni que seria até mesmo ingenuidade imaginar que “a demora do processo não beneficia justamente aqueles que não tem interesse no cumprimento das normas legais.”⁶⁷³ Conclusão essa que constava da exposição de motivos do CPC de 1939:

[O] que tende a prolongar ou demorar o processo é uma grande vantagem para o litigante que tem a maior bolsa. O indivíduo que tem envolvido no litígio tudo o que possui é muito prejudicado em uma luta judiciária com um contendo apto, pelos seus recursos, a prolongar a lide, e, portanto, a manter, pelo maior espaço de tempo possível, o outro litigante privado daquilo que realmente lhe pertence.⁶⁷⁴

Constatações que não passaram despercebidas na pesquisa qualitativa realizada por Armando Castelar⁶⁷⁵, que pôde na prática checar o que só até então intuitivamente se sabia. Em referida pesquisa verificou-se que a morosidade do judiciário é visto como um incentivo à parte que não tem razão e desestímulo para a parte que a tem. A parte que não tem razão se sente estimulada por não só iniciar

⁶⁷³MARINONI, Luiz Guilherme Bittencourt. O Custo e o Tempo do Processo Civil Brasileiro. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba: UFPR. Disponível em <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/view/1770/1467>, postado em março de 2005, p. 38

⁶⁷⁴Exposição de Motivos do CPC de 1939 <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1608-18-setembro-1939-411638-norma-pe.html>, p. 15

⁶⁷⁵PINHEIRO, Armando Castelar. Judiciário e Economia no Brasil. CASTELAR, Armando (organizador). Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2009 in- http://www.bvce.org/DownloadArquivo.asp?Arquivo=CASTELAR_Judiciario_e_economia_no_Brasil.pdf, p. 8-9

um processo judicial, como usar todos os meios processuais disponibilizados, postergando ao máximo o cumprimento de sua obrigação. Quanto mais o tempo do processo for demorado não é incomum verificar que, pelo cansaço, acabe a parte recalcitrante vencendo a demanda por dissuadir a parte que tem razão, com acordos irrisórios, a continuar com o processo.

Constando-se em referida pesquisa o que Barbosa Moreira, intuitivamente, há muito já vinha alertando, no sentido de que a excessiva duração do processo pode sem dúvida “acarretar prejuízos mais graves ao litigante menos rico; talvez o induza, sobre certas circunstâncias, a aceitar um mau acordo, que continuar com o processo.”⁶⁷⁶

Na citada pesquisa, verificou-se também que o judiciário lento, por outro lado, serve de desestímulo até mesmo para a parte que tenha grande probabilidade de ganhar a demanda. A parte, ainda que tenha razão, opta por não recorrer ao judiciário, e justamente por não acreditar que o mesmo possa resolver o seu conflito a contento. Afinal, o decurso do tempo do processo é fatal, passível de minar a utilidade prática que seria obtida com a decisão que se espera. Fato que repercute no ânimo dos jurisdicionados, na economia e no grau de confiabilidade, como ainda na eficiência de suas instituições.

Tanto é que a evolução dos dados de pesquisas anteriores e atuais certifica que o alto índice de desconfiança no Poder Judiciário é significativo, em que dois em cada três jurisdicionados não confiam no Judiciário para resolver seus conflitos:

Pesquisa realizada pela Vox Populi em abril de 1999 mostrou que 58% dos entrevistados considerava a Justiça brasileira incompetente, contra 34% que a julgavam competente. Mais significativo ainda, 89% afirmaram ser a Justiça demorada, em contraste com 7% dos entrevistados que responderam ser a Justiça rápida. De fato, uma pesquisa publicada pelo IBGE em 1990 já mostrava que dois em cada três brasileiros envolvidos em conflitos preferiam não recorrer à justiça. Numa outra pesquisa do Ibope em 1993, 87% dos entrevistados diziam que ‘o problema do Brasil não está nas leis, mas na justiça, que é lenta’ e 80% achavam que ‘a justiça brasileira não trata os pobres e ricos do mesmo modo.’⁶⁷⁷

⁶⁷⁶MOREIRA, José Carlos Barbosa. La Significación Social de las Reformas Procesales, p. 157. Tradução livre do original: “acarrear perjuicios más graves al menos acaudalado de los litigantes; quizás lo induzca, bajo ciertas circunstancias, a aceptar un acuerdo inicuo, pero que le parezca preferible a la continuación del pleito.”

⁶⁷⁷PINHEIRO, Armando Castelar. Judiciário e Economia no Brasil., p. 4

No primeiro trimestre de 2012, a Fundação Getúlio Vargas, Relatório ICJ-Brasil⁶⁷⁸, patrocinou uma pesquisa com objetivo de retratar a confiança da população no Poder Judiciário brasileiro. E em referida pesquisa constatou-se que apenas 42%⁶⁷⁹ (quarenta e dois por cento) dos entrevistados confiam no Judiciário, seguindo a tendência das pesquisas anteriores. Mas que, quando o assunto é a morosidade, este índice sobe para 91% (noventa e um por cento) em descontentamento. Tendo ainda verificado que, não obstante à péssima percepção dos entrevistados sobre o Judiciário, 69% (sessenta e nove por cento) deles declarou que o procuraria para resolver eventuais conflitos, índice esse que chegaria a 93% (noventa e três por cento) quando se tratasse de demanda envolvendo o direito do consumidor ou que se referissem às suas relações com o Poder Público.

O tempo do processo, portanto, corre em favor de quem não tem direito, para quem tenha tempo, dinheiro e disponibilidade para usar a máquina judiciária a seu favor, ficando desprotegidos e desamparados aqueles que necessitam do Judiciário para restabelecimento de um direito violado. O que por si só, de acordo Cruz e Tucci⁶⁸⁰ e Soares da Veiga⁶⁸¹, já seria uma violação.

Sobretudo, por que, também é intuitivo perceber que a demora do processo causa angústia, descontentamento, dor, tristeza, o que é agravado em exponencial pela demora na prestação jurisdicional. Passível de causar danos até morais, tal como vem reconhecendo a Corte Europeia de Direitos Humanos, que vem condenando seus Estados membros a repararem os seus jurisdicionados, quando demonstrado que o dano decorreu do nexo entre o processo e a excessiva demora de conclusão desse. A prova do dano moral é demonstrada pelo nexo entre o processo pendente

⁶⁷⁸RELATÓRIO ICJ – Brasil. 1º Trimestre/2012. 4ª Onda, Ano 3. Fundação Getúlio Vargas. <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/9799/Relat%C3%B3rio%20ICJBrasil%201%C2%BA%20Trimestre%20-%202012.pdf?sequence=1>

⁶⁷⁹RELATÓRIO ICJ – Brasil. 1º Trimestre/2012. 4ª Onda, Ano 3. Fundação Getúlio Vargas. <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/9799/Relat%C3%B3rio%20ICJBrasil%201%C2%BA%20Trimestre%20-%202012.pdf?sequence=1>, p. 13

⁶⁸⁰TUCCI. José Rogério Cruz e. Tempo e processo – uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal). São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997, p. 152

⁶⁸¹VEIGA, Vasco Soares. Da Oralidade, p. 15-16

e a sua dilação indevida, desde que, no entanto, “o diagnóstico da morosidade tenha como causa primordial o anormal funcionamento da administração da justiça.”⁶⁸²

Em 23 de novembro de 1995, o Tribunal Constitucional Colombiano, assim como já vem reconhecendo a Corte Europeia de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, também reconheceu ser passível condenar o Estado pela reparação do dano moral suportado pelo jurisdicionado em virtude da mora judicial, sobretudo por que essa:

[N]ão só lesiona gravemente os interesses das partes envolvidas, como acarreta perda de tempo, de dinheiro e os afeta psicologicamente, quanto mais prolongado desnecessariamente e injustificadamente retarda a razoável realização das aspirações, os temores e angústias que derivam do trâmite de um processo judicial, sem contar que as colocam em uma situação de frustração de desamparo, gerando dúvidas sobre a eficácia das instituições do Estado para a solução pacífica dos conflitos, ao não obter a justiça pronta e oportuna que demanda. A mora injustificada afeta de modo sensível o direito de acesso à Administração da Justiça, porque não a conhece quando o processo não finalize dentro dos términos razoáveis que a lei processual estabeleceu, pois uma justiça tardia é, nada mais nada menos, a negação da própria justiça. A mora judicial constitui uma conduta violadora do direito ao devido processo.⁶⁸³

Cabendo ao Estado, assim, zelar pela pronta e célere prestação jurisdicional, sob pena de vir a ser condenado não só pela demora na prestação desta atividade, como por danos morais, se ficar demonstrado ser o único culpado por esta demora.

5.1.3 Da culpa pela demora na prestação jurisdicional

A culpa pela morosidade da justiça sempre recaiu sob as costas da máquina judiciária⁶⁸⁴. No entanto, a culpa também pode ser imputada às partes, sobretudo, as

⁶⁸²TUCCI, José Rogério Cruz e. Tempo e processo – uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal), p. 192

⁶⁸³Sentencia No. T-546/95 in: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/T-546-95.htm>, acesso em 21 de novembro de 2014, p. 1. Tradução livre do original: “[N]o sólo lesiona gravemente los intereses de las partes, en cuanto conlleva pérdida de tiempo, de dinero y las afecta psicológicamente, en cuanto prolonga innecesariamente y mas allá de lo razonable la concreción de las aspiraciones, y los temores y angustias que se derivan del trámite de un proceso judicial, sino que las coloca en una situación de frustración y de desamparo, generadora de duda en cuanto a la eficacia de las instituciones del Estado para la solución pacífica de los conflictos, al no obtener la justicia pronta y oportuna que demanda. La mora injustificada afecta de modo sensible el derecho de acceso a la administración de justicia, porque éste se desconoce cuando el proceso no culmina dentro de los términos razonables que la ley procesal ha establecido, pues una justicia tardía, es ni más ni menos, la negación de la propia justicia. La mora judicial constituye una conducta violatoria del derecho al debido proceso.”

⁶⁸⁴CARNELUTTI, Francesco. Cómo se hace um processo., p. 19

que não têm razão. Carnelutti⁶⁸⁵ ilustra bem essa demora causada pelas partes, que acaba se tornando recalcitrante quando, apesar de condenada a ressarcir o direito lesado, objeto do processo, acaba por usar de todos os meios e artimanhas, obstando o cumprimento da decisão, por não concordar que a última palavra dada pelo juiz seja contra si. Com o qual concorda Cipriani⁶⁸⁶, pois enquanto a parte que tem razão tem pressa, a que não a tem, tem verdadeiro pavor da decisão proferida pelo juiz, e de tudo faz para retardar a prestação jurisdicional.

Calamandrei⁶⁸⁷ destaca a desconfiança como uma das causas da lentidão do processo italiano e que também pode ser estendida aos demais ordenamentos é que, ao contrário do que muitos supunham. E de nada adiantariam excelentes leis, prevendo e estimulando, por meio de regras, fórmulas e normas, a razoável duração do processo pela aplicação de atos concentrados, expeditos e céleres, se não houver participação e compreensão das partes interessadas, que acabam por encontrar apoio no retardamento negligente do juiz, ou mesmo pela cômoda demora do procuradora parte que não tem razão que pelo uso de todas as artimanhas e recursos, que num pacto surdo, acabam se associando e propagando a maior praga que assola o judiciário que é a sua morosidade.

Gláucio Maciel reconhece que, embora muitas vezes a culpa pela morosidade seja colocada sob as costas do juiz, ela não é exclusiva dele, e a culpa também pode ser imputada à “máquina administrativa, que não consegue solucionar o elevado número de conflitos que lhe são submetidos”⁶⁸⁸, sobretudo por que, não obstante, até possa existir um ato culposo ou mesmo omissivo do juiz, não restam dúvidas de que a culpa é majorada quando a Administração “não se preocupa em simplificar a legislação processual e em dotar os serviços judiciários com os recursos materiais suficientes.”⁶⁸⁹ Constatação endossada por Wolfgang Grunsky⁶⁹⁰ que também reconhece que um dos maiores fatores pela demora na prestação jurisdicional perpassa pela insuficiente e inadequada dotação orçamentária dos tribunais,

⁶⁸⁵CARNELUTTI, Francesco. *Cómo se hace un proceso*, p. 19

⁶⁸⁶CIPRIANI, Franco. *I problemi del processo di cognizione tra passato e presente.*, p. 23-25

⁶⁸⁷CALAMANDREI, Piero. *Proceso y Democracia*, p. 146

⁶⁸⁸GONÇALVES, Gláucio Ferreira Maciel. *Observação jurídico-sociológica da lei dos juizados especiais federais.*, p. 61

⁶⁸⁹GONÇALVES, Gláucio Ferreira Maciel. *op. cit.* p. 61

⁶⁹⁰GRUNSKY, Wolfgang. *Il cosiddetto ‘Modelo di Stoccarda’ e l’accelerazione del Processo Civile Tedesco*, p. 355

passando pela ausência de pessoas e materiais disponíveis, finalizando na insuficiente preparação dos magistrados, que apesar dos poderes que lhe são confiados na condução do processo, permanecem atávicos.

Somados a culpa ou omissão do juiz, da Administração, da gestão do cartório e ainda das partes, seja por permitirem dilações, procrastinações indevidas, ainda que seja pelo acúmulo e excesso de demandas, não há como não reconhecer denegação de justiça como a violação da garantia da razoável duração do processo.⁶⁹¹

A demora excessiva do processo, na verdade, tem inúmeras causas que, além de numerosas, seriam também tão complexas e mal individuadas, justamente pela carência de dados estatísticos judiciais e que, assim, “seria ambição vã querer encontrar puro receituário processual remédio definitivo para a enfermidade.”⁶⁹² Embora Cappelletti também reconheça não ser possível apontar para uma ou outra causa, admite que algumas circunstâncias influem diretamente no retardo da prestação jurisdicional, tais como, “um número insuficiente de juízes ou de pessoal judiciário subordinado, uma inadequada organização dos tribunais, ou deficiências no direito substancial.”⁶⁹³ E sem dúvida a máquina judiciária com o devido aparelhamento humano e material, é um dos elementos que vem sendo considerado pelas cortes internacionais quando o assunto é punição pelo retardamento da prestação jurisdicional.

O primeiro Estado a ser condenado pela Corte Europeia de Direitos Humanos foi o italiano, isso no ano de 1987⁶⁹⁴. Desde a primeira condenação, a Corte Europeia distingue claramente o retardo provocado pelas partes e aquele provocado pelo Estado, condenando sempre o Estado quando a responsabilidade é dele pelo retardamento na prestação jurisdicional. E a Corte Interamericana assim como a Europeia, embora analisem quatro elementos para averiguar se o tempo do processo foi excessivo, reconhecem que a demora prolongada por si mesma já

⁶⁹¹JAYME, Fernando Gonzaga. A supranormatividade dos direitos humanos, p. 261

⁶⁹²BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Temas de direito processual: quarta série, p. 31

⁶⁹³CAPPELLETTI, Mauro. Processo, Ideologias e Sociedade, p. 327

⁶⁹⁴CIPRIANI, Franco. I problemi del processo di cognizione tra passato e presente, p. 22

viola a cláusula 8.1 da Convenção Americana e a Cláusula 6ª da Convenção Europeia.

Portanto, não se pode imputar a uma ou a outra circunstância as causas pela demora na prestação jurisdicional. A Corte Europeia de Direitos Humanos⁶⁹⁵, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos analisam, caso por caso, tendo por base os seguintes critérios de aferição: a) a complexidade do caso; b) o comportamento das partes de seus procuradores; c) a atuação do órgão jurisdicional; d) a importância dos assuntos para as partes, uma vez que “as causas relacionadas a direito privado têm tolerância maior no prazo de duração do processo.”⁶⁹⁶

Em pesquisa realizada no sítio eletrônico⁶⁹⁷ da Corte Interamericana de Direitos Humanos no campo de “busca”, pesquisando sobre o tema “duração razoável do processo” verificou-se que no ano de 1997, no julgamento do caso *Suárez Rosero versus Equador*⁶⁹⁸, sentença de 12 de novembro, a corte reconheceu que houve excesso na condução do referido processo, ainda que só analisando os três primeiros elementos, uma vez que enquanto o crime pelo qual estava sendo julgado o Sr. Suárez tinha pena máxima de 2 (dois) anos, este acabou ficando, por excesso, no julgamento do processo criminal, privado de sua liberdade por 3 (três) anos e 10 (dez) meses.

Em outro caso, sentença de 27 de abril de 2012⁶⁹⁹, “*Forneron e Hija versus Argentina*”, a Corte, apreciando os quatro elementos para verificar o descumprimento da garantia em análise, entendeu que “a falta de razoabilidade do prazo constitui, em princípio, por si mesmo, uma violação das garantias judiciais.”⁷⁰⁰ Portanto, em hipótese alguma, exclui a culpabilidade do Estado, alegação que pelo excesso de demandas pela qual padece o Judiciário não teria sido possível cumprir os trâmites processuais em pouco espaço de tempo. Por entender a Corte

⁶⁹⁵ Conforme TEDH. Caso *Probstmeier Vs. Alemania* (No. 20950/92), Sentencia de 1 de julio de 1997, párr. 64, y Caso *Samardžić y AD Plastika Vs. Serbia* (No. 2844/05), Sentencia de 17 de julio de 2007, párr. 41

⁶⁹⁶ JAYME, Fernando Gonzaga. A supranormatividade dos direitos humanos., p. 329

⁶⁹⁷ Disponível em: www.corteidh.or.cr

⁶⁹⁸ Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_35_esp.pdf

⁶⁹⁹ Disponível em: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_ing.pdf

⁷⁰⁰ Tradução livre do original: “la falta de razonabilidad en el plazo constituye, en principio, por sí misma, una violación de las garantías judiciales.” (§ 66 da sentença disponível no site http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_ing.pdf)

Interamericana de Direitos Humanos que só a ausência da razoabilidade do prazo que levou o caso para ser julgado pelo Estado, já é, por si, uma questão a ser considerada como mora da prestação jurisdicional, e este argumento não é excludente de culpabilidade, sendo antes um desrespeito à convenção.

Afere-se dos julgamentos proferidos pelas Cortes de Direitos Humanos, tanto a Europeia como a Interamericana, que não é possível apontar para uma ou outra causa, isoladamente, a culpa pela morosidade do processo. Podendo até mesmo reconhecer que a demora da prestação jurisdicional advém da soma de todas as causas que levariam a morosidade do processo. E que, portanto, a responsabilidade pela demora na prestação jurisdicional é apurada de acordo com as diversas etapas do processo e com base na análise global do procedimento.⁷⁰¹

Quanto à culpa pela atuação do órgão jurisdicional, vem reiteradamente a Corte Interamericana de Direitos Humanos reconhecendo que o Estado não pode fugir à sua responsabilidade, sob a justificativa de excesso de trabalho, ou mesmo férias forenses e extensão territorial para a duração excessiva dos processos, principalmente quando a morosidade processual é algo estrutural e conhecido, o que obriga ainda mais os Estados a adotarem as medidas necessárias para a correção do problema.⁷⁰²

Como exemplo, cita-se o Brasil que pretendeu justificar a ausência de culpabilidade pela demora na prestação jurisdicional em virtude de sua estrutura interna⁷⁰³, como o fez por ocasião do julgamento pela Corte Interamericana de Direitos Humanos do Caso Garibaldi *versus* Brasil. Ocasão em que a Corte decidiu (sentença de 29 de setembro de 2009⁷⁰⁴) que as alegações do Estado brasileiro não são excludentes de culpabilidade, advertindo em referido julgado que existe uma obrigação internacional

⁷⁰¹ Neste sentido vale conferir: Motta, *supra* 77, párr. 24; Eur. Court H.R., Vernillo judgment of 20 February 1991, Series A no. 198 y Eur. Court H.R., Unión Alimentaria Sanders S.A. judgment of 7 July 1989, Series A, no. 157, *apud* Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C No. 30, párr. 77. In - http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_45_esp.pdf

⁷⁰² JAYME, Fernando Gonzaga. A supranormatividade dos direitos humanos. Tese. UFMG. 2003

⁷⁰³ O Brasil alegou como excludente de culpabilidade as seguintes ocorrências do caso concreto: as férias regulamentares do juiz e servidores, como na extensão territorial no que dificultaria a realização de algumas audiências e diligências, e ainda o acúmulo de processos a cargo dos magistrados brasileiros.

⁷⁰⁴ Caso Garibaldi Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de septiembre de 2009. Serie C No. 203, párr. 137 – in http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_203_esp.pdf

do Estado na investigação e devida condenação dos atos lesivos aos direitos humanos. E, por isso, não seria possível alegar obstáculos internos, tais como, a falta de infraestrutura ou de pessoal para conduzir os processos investigativos, para eximir-se de uma obrigação internacional, sobretudo, por que cabe ao Estado observar em sua extensão territorial a garantia da razoável duração do processo.

E, portanto, como bem reconhece Fernando Jayme, a partir do momento em que um Estado se torna signatário da Convenção, não pode ele recusar o seu cumprimento, e muito menos pretender excluir de sua culpabilidade pela má gestão interna, pois, “ao contrair obrigações internacionais, compromete-se, no âmbito interno, a adotar as medidas necessárias à realização dos compromissos assumidos.”⁷⁰⁵

E, embora todas as possíveis causas contribuam, a seu modo, pelo retardamento do processo, merecem ser elas sopesadas, porque o resultado da sua constatação advém da escolha do remédio certo e que deve ser adequadamente ministrado para melhorar ou mesmo atenuar o problema da morosidade. Na ausência e até mesmo dificuldade de se encontrar a possível causa, há que se reconhecer com Cappelletti, que os “desenvolvimentos recentes na Europa demonstram, clarissimamente, que o movimento pela ‘oralidade’ resultou altamente eficaz na aceleração dos processos.”⁷⁰⁶

5.1.4 Da razoável duração do processo

Partindo da premissa de que o ordenamento jurídico deve ser interpretado a partir dos direitos humanos⁷⁰⁷, é que se procurará analisar a garantia da razoável duração do processo sob o ângulo da Cláusula 8.1⁷⁰⁸ da Convenção Americana de Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário, tendo depositado a sua carta de adesão em 25 de setembro de 1992, e promulgação interna pelo Decreto 678, de 6 de novembro de 1992.

⁷⁰⁵JAYME, Fernando Gonzaga. A supranormatividade dos direitos humanos, p. 107

⁷⁰⁶CAPPELLETTI, Mauro. Processo, Ideologias e Sociedade, p. 327

⁷⁰⁷JAYME, Fernando Gonzaga. *Loc. cit*

⁷⁰⁸ “8.1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação pena formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza;”

Além de ter adotado internamente as cláusulas da convenção internacional, o Brasil, desde 2004, por meio da Emenda Constitucional 45, alçou a cláusula da razoável duração do processo como garantia Constitucional (artigo 5º, inciso LXXVIII⁷⁰⁹), e agora também positivada no Novo Código de Processo Civil em seu artigo 4º⁷¹⁰.

E ainda que assim não fosse, o Brasil, como signatário antes mesmo desta garantia estar positivada em sua Constituição e agora no novo CPC, já deveria ter feito o seu dever de casa, e internamente já ter assegurado a duração razoável do processo. Até por que, não é com a mera positivação desta garantia que o prazo de duração do processo mudaria, uma vez que esta é uma tarefa de difícil solução.⁷¹¹

No entanto, desde a assinatura e promulgação interna da convenção internacional nada de novo ocorreu no Brasil. Os prazos e os atos previstos no CPC de 1973 e no novo Código de Processo Civil continuam os mesmos, se não maiores, como é o caso do prazo para prolação da sentença, e com uma agravante, serão eles contados em dias úteis. O que postergará ainda mais a prestação jurisdicional.

Como constatado nas pesquisas⁷¹², o tempo do processo no Brasil ultrapassa, no mínimo, quatro vezes o prazo legal previsto no Código de Processo Civil, e isto só no âmbito do juízo de primeiro grau. E se em média, o processo só em primeiro grau demora quatro vezes mais ao prazo legal previsto, e sabendo da existência das instâncias recursais, tanto a ordinária e extraordinária, não é raro encontrar no Brasil, processos com mais de uma década de duração.

O Devido Processo Legal, com previsão de duração razoável, existe para salvaguardar os direitos das pessoas, e esta garantia é “absoluta, inafastável, mesmo em situações de extrema gravidade, onde a segurança do próprio Estado

⁷⁰⁹ “LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

⁷¹⁰ “Art. 4º As partes têm direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.”

⁷¹¹ GONÇALVES, Gláucio Ferreira Maciel. Observação jurídico-sociológica da lei dos juizados especiais federais, p. 59

⁷¹² SILVA, Paulo Eduardo Alves (coord.) et. all. Pesquisa “Análise da Gestão e Funcionamento dos Cartórios Judiciais” e HADDAD, Carlos Henrique Borlido. Fatores de produtividade: proposta de avaliação do desempenho do magistrado federal.

esteja em risco.”⁷¹³ E, desse modo, é inconcebível que até os dias atuais não exista no Brasil ainda qualquer alternativa viável para aplacar este mal que corrói a estrutura basilar do processo, sobretudo, quando a Convenção Americana de Direitos Humanos, e agora também a Constituição brasileira reconhecem que todos têm o direito a um processo que seja resolvido dentro de um prazo razoável, que significa “assegurar o seu desenvolvimento regular” sem “dilações ou procrastinações indevidas, que retardam o julgamento definitivo do processo”⁷¹⁴, sob pena de “denegação a justiça e, por óbvio, violação e esse dispositivo.”⁷¹⁵ O Brasil é contumaz em denegação da justiça.

Indistintamente todo cidadão tem o direito à proteção judicial, por meio de um devido processo legal que será julgado por um juiz natural para assegurar-lhe o direito pleiteado, e que este processo seja concluído num prazo razoável, em que lhe seja assegurado o direito de ser ouvido, com as garantias da ampla defesa e do contraditório, findando com um provimento efetivo e eficaz. Ou seja, o justo processo.

Por razoável, não é exigir um processo tão rápido, e nem muito longo, devendo ser buscado o equilíbrio. Já dizia Carnelutti que, embora todos os homens públicos, como clichê, prometem uma justiça rápida e segura, resta claro que “por infortúnio, a justiça, si é segura não é rápida, e se é rápida não é segura.”⁷¹⁶ É necessário, portanto, considerar que o processo tem o seu desenvolvimento gradual, sem dilações indevidas e pausas intermináveis.

Essa seria a grande dificuldade. Afinal, em qual prazo deve um processo ser concluído, para ser considerado que a realização do mesmo se deu num prazo razoável? E quando se diz concluído, entende-se que houve a efetiva entrega do bem da vida tutelado, a entrega da prestação buscada. Essa é uma equação difícil de ser feita. Muito embora, procurando vencer este obstáculo, em pesquisa realizada pela *American Bar Association*, verificou-se que o tempo tolerável de

⁷¹³JAYME, Fernando Gonzaga. A supranormatividade dos direitos humanos. Tese. UFMG. 2003, p. 327

⁷¹⁴JAYME, Fernando Gonzaga. *op. cit.*, p. 261

⁷¹⁵JAYME, Fernando Gonzaga. *loc. cit.*

⁷¹⁶CARNELUTTI, Francesco. *Cómo se hace un proceso*, p. 14. Tradução livre do original: “por desgracia, la justicia, si es segura no es rápida, y se es rápida no es segura.”

duração dos processos nos tribunais ordinários da justiça norte-americana seriam, a saber:

a) causas cíveis:

a.1) casos cíveis em geral: 90% destes devem ser iniciados, processados e concluídos dentro de 12 meses; sendo que os 10% restantes, em decorrência de circunstâncias excepcionais, dentro de 24 meses;

a.2) casos cíveis sumários: processados perante juizados de pequenas causas (*small claims*), devendo ser finalizados em 30 dias;

a.3) “relações domésticas”: 90% destas pendências devem ser iniciadas e julgadas ou encerradas de outro modo no prazo de 30 dias; 98% dentro de 6 meses e 100% em um ano.⁷¹⁷

Seria impensável a simples importação destes prazos pelo Brasil, diante do procedimento diferenciado, da peculiaridade e da forma de atuação da justiça brasileira. Mas, servindo o estudo acima de base para mostrar como é subjetivo o que se entende por razoável na duração do processo, pois se 12 (doze) meses pode ser excessivo, para outros, o prazo pode ser razoável.

E, desse modo, por prudência para se reconhecer o que é ou não um prazo razoável, o ideal é continuar tendo como base os quatro critérios estabelecidos pelas Cortes Internacionais, tanto a Europeia, como a Interamericana, para determinação, caso a caso, do que ultrapassou a razoabilidade e o excesso de duração do tempo do processo.

Assim, tomando em consideração o prazo previsto no atual e vigente Código de Processo Civil, sem contar os tempos mortos do processo, poder-se-ia considerar que confronto com os prazos dos países europeus, que se concluem em meses, o processo brasileiro se fosse concluído em pouco mais de 24 (vinte e quatro) meses, considerando o cumprimento dos prazos legais, estaria dentro da média dos países como Alemanha e Áustria.

Mas, infelizmente, no Brasil o tempo do processo perante o juízo de primeiro grau conta-se em anos, enquanto nos demais países europeus, com exceção da Itália, os prazos do processo, com a satisfação do direito violado, conta-se em dias ou mesmo pouco mais de um ano.

⁷¹⁷TUCCI. José Rogério Cruz e. Tempo e processo – uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal). São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997, 100-102

Devendo não só os legisladores e, sobretudo, os estudiosos do processo civil analisarem qual o meio tem se mostrado mais efetivo para aplacar esta praga que assola e mina o processo civil. E, inevitavelmente, sempre que se fala em morosidade, e um dos possíveis remédios para aplacar este mal que teima em impregnar o processo civil, vem à tona o sempre e renovado processo oral, que indubitavelmente, como se procurou mostrar no decorrer deste trabalho, tem sido capaz de, se não acabar com a morosidade, pelo menos atenuar o mal da lentidão do processo civil.

Não é à toa que quando se fala em celeridade, lembra-se logo do processo oral. E com razão, há anos reconhecia Sérgio Costa que quando o legislador italiano quisesse, em uma futura reforma, obter uma maior “rapidez da decisão, que esta só poderia ser obtida que não com a adoção da oralidade.”⁷¹⁸ O que mais recentemente, endossando o coro, também fez Comoglio⁷¹⁹ ao reconhecer que dentre os princípios basilares para configuração de um justo processo, está a publicidade e a oralidade. Esta última vem glorificada, como elemento vital de todo e qualquer sistema moderno, por significar a imediatidade e a concentração dos atos processuais.

Portanto, foi proposto no presente trabalho, a verificação do processo oral como solução eficaz e eficiente para aplacar os males da morosidade do judiciário brasileiro, como há anos preconizava Chiovenda e que foi seguido por tantos outros doutrinadores já mencionados, e que até hoje exaltam a grandeza do processo oral. E tanto o é que os ordenamentos dos países revisitados, como Áustria, Alemanha, Espanha e Itália, não só adotam o processo oral, como mostraram que este foi o caminho traçado pelos reformistas para aplacar o mal que tanto impediam a pronta e expedita prestação jurisdicional.

5.2 Da eficiência e eficácia do Processo Oral

⁷¹⁸COSTA, Sergio. *L’Oralità ed il Processo Civil Odierno*, p.81. Tradução livre do original: “rapidità della decisione, il che non può aversi se non con l’adozione dell’oralità.”

⁷¹⁹COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e técnica del “Giusto Processo”*. Torino: Ed. Giappichelli, 2004, p. 182.

Há muitos séculos já dizia Sócrates que o processo deve dar àquele que tenha o direito, tudo e somente aquilo a que ele tenha direito. E sob o ângulo desta premissa, é que se buscou verificar sobre a eficiência e também a eficácia do processo oral. Todos indistintamente e até mesmo intuitivamente desejam que qualquer processo seja eficiente e, por consequência, eficaz, no sentido de que seja apto para “realizar os fins ou produzir os efeitos que se ordena”⁷²⁰. De nada adianta ser eficaz uma sentença, cujo processo não tenha sido eficiente. E embora sejam distintos os conceitos entre eficiência e eficácia, como se demonstrará a seguir, ambos devem andar sempre juntos no processo, para que sejam aptos a dar, a quem tem o direito, tudo e somente aquilo a que tenha o direito de obter.

É bem tênue a linha que separa a eficiência e eficácia, confundidas como a cara da mesma moeda. Muitas vezes e de forma equivocada, acabam sendo expressões usadas como sinônimas, pelo fato de que da eficiência se dá a eficácia. Esta última, constituiria um dos princípios de direito processual⁷²¹.

Para que o processo possa entregar a pretensão neste buscada, entregando-a a quem tenha razão ou direito, ele precisa ser eficiente, ou seja, respeitar o procedimento em contraditório, ampla defesa, com razoável duração do processo dentre outras garantias, enfim, o justo processo. E é preciso que a decisão nele proferida tenha o condão de produzir os efeitos a que se espera, tal como pleiteado, ou seja, que seja eficaz. Por eficaz, portanto, o que se espera é que a decisão proferida por meio de um processo eficiente permita que as partes possam obter deste processo, o proveito devido quanto ao reconhecimento do seu direito.

5.2.1 Critérios que definem a eficiência do processo

A eficiência do processo, de acordo com Bentham⁷²², mede-se pela observância de quatro requisitos, a saber: “1º retidão das decisões; 2º celeridade; 3º economia; e 4º isenção de obstáculos supérfluos”, em que a retidão das decisões seria o objeto direto; e os demais requisitos os objetos colaterais. Devendo todas essas finalidades

⁷²⁰MOREIRA, José Carlos Barbosa. Temas de Direito Processual: terceira série, p. 27

⁷²¹MURILLO, Javier Mayoral. La oralidade en los procesos civiles. Baja California: PJBC, 2012, p. 30

⁷²²BENTHAM, Jeremias. Tratado de las Pruebas Judiciales, p. 15

serem observadas para evitar a morosidade do processo, com eliminação dos que chamou de “inconvenientes acessórios, conhecidos com os nomes de *dilações, vexames e gastos*”⁷²³, evitando-se, assim, que o mal suplante o bem.

Para Taruffo⁷²⁴, saber se um processo é eficiente passa, necessariamente, pelo ponto de partida. Pois, se o que se espera como eficiente o processo em que tenha sido proferida uma “uma resolução do conflito justa”. Seria fácil constatar que o grau de eficiência seria medido apenas pela rapidez e menor custo, pouco importando qualidade da decisão, pois se os critérios de eficiência forem só o tempo e o custo, bastaria, por exemplo, jogar a moeda para cima e dependendo do lado que caísse seria decidido o processo. E neste caso quanto mais célere e econômica for a resolução do processo, tanto mais eficiente ele seria.

No entanto, se se espera que o processo seja encerrado por “uma resolução de conflito por meio de uma decisão justa”⁷²⁵, o grau de eficiência deve ser buscado não só pela celeridade e custo, mas também com base nos fatores de qualidade e o fundamento da decisão. Ou seja, há que se verificar se a decisão proferida está devidamente embasada nas provas e nas alegações deduzidas pelas partes. Tendo-se por eficiente, portanto, o processo que, além de célere, seja menos oneroso e encerrado com por uma decisão que aprecie o mérito de forma completa, e emitida de acordo com o conjunto probatório constante dos autos, e que tenha refletido o melhor direito aplicado ao caso.

Para Taruffo, Eduardo Oteiza⁷²⁶, Adrian Zuckerman⁷²⁷, Francisco Romeu⁷²⁸ e Roberto O. Berizonce⁷²⁹ seriam necessárias apenas três condições das arroladas por Bentham para demonstrar a eficiência do processo, quais sejam: o custo, o

⁷²³BENTHAM, Jeremias. Tratado de las Pruebas Judiciales, p. 15

⁷²⁴TARUFFO, Michele. Oralidade y escritura como factores de eficiencia en el proceso civil, p. 206-207

⁷²⁵TARUFFO, Michele. *op. cit.*, p. 207

⁷²⁶OTEIZA, Eduardo. Argentina – El fracaso de la oralidade en el proceso civil argentino. València: Universitat de Valencia, 2008, p. 415-416

⁷²⁷ZUCKERMAN, Adrian A. S. La Justicia en crisis: dimensiones comparadas del Proceso Civil.

http://www.tribunalmmm.gob.mx/publicaciones/Debate/a1numero8/la_justicia.htm

⁷²⁸ROMEY, Francisco Ramos. Forma del proceso y funcionamiento de la justicia: análisis de derecho comparado. València: Universitat de Valencia, 2008, p. 475

⁷²⁹BERIZONCE, Roberto O. Bases para Actualizar el Código Modelo Procesal Civil para Iberoamerica. Revista de Derecho Themis: Lima. Dezembro de 2010, p. 190.

tempo e a aptidão para produzir decisões sustentadas pelos fatos provados, com uma adequada aplicação do direito.

Eficiente, portanto, seria o processo quando, além de célere e econômico, seja também aquele que se encerra por uma decisão reta ou por uma decisão fundamentada com base nos fatos alegados e provados nas razões de direito, e que seja despido de dilações indevidas. Com base nisso, cabe verificar se o processo oral poderia ser considerado um processo eficiente, tendo por base não só os três critérios hoje defendidos pela corrente mais moderna, como ainda pelo quarto requisito proposto por Bentham, qual seja, a ausência de obstáculos supérfluos.

5.2.1.1 Quanto à retidão da decisão do processo oral

No processo oral, em virtude de ser realizado e desenvolvido perante um único juiz, cuja identidade física deve ser preservada por conta da concentração dos atos e imediação, a consequência é que o juiz, ao proferir a sentença, terá como fundamento todos os atos do processo em que pôde analisar com os seus próprios olhos e sentir até mesmo o que a ata não guarda, que são as impressões sentidas e percebidas em audiência.

Em alguns dos ordenamentos revisitados constatou-se, com exceção da Espanha, que os juízes para poderem proferir uma decisão reta e que reflita o mais próximo dos fatos alegados, tais como realmente teriam ocorrido, tem o poder-dever de agirem de ofício, chamando as partes para interrogá-las pessoalmente, como numa conversa informal, em contraditório, por meio de um verdadeiro e próprio diálogo. Podendo, auxiliá-las para obter melhores razões para o seu convencimento que é livre, como convocando testemunhas que não foram arroladas pelas partes, determinando também a realização de provas periciais e a inspeção judicial.

Contatou-se que o princípio inquisitivo convive harmonicamente com o princípio dispositivo e, embora a característica do juiz ativo não seja base para o processo oral, verificou-se que quanto mais ativo e cômico de seus deveres for o juiz, melhor será o resultado de sua investigação.

Por consequência, inevitavelmente a decisão proferida por quem a tudo viu, ouviu e percebeu se baseará nas provas e procurará, em grau máximo, refletir na dosagem certa o melhor direito a ser aplicado ao caso concreto. Mas, para que tal ocorra, faz-se necessária a observância dos princípios basilares que orientam o processo oral. Compromete a qualidade da sentença, aquela proferida alguns meses ou anos depois da colheita das provas. O decurso do tempo é implacável para a memória do juiz, ainda mais quando se sabe que num mesmo dia outras audiências são realizadas. E, desse modo, é impossível que sua memória seja reavivada com simples leitura das atas escritas, ou ainda que seja pela visualização dos vídeos ou audição das gravações, porque esses meios, ainda que melhores do que apenas as atas escritas, não teriam o condão de reavivar os fragmentos e *flashes* gravados na memória do juiz. E, para que não sejam perdidos esses instantes percebidos em sala de audiência pelo olhar arguto do juiz será imprescindível que a sentença seja proferida, se não imediatamente na própria audiência, mas que seja proferida em poucos dias depois de finda essa.

Outro fator de retidão na decisão que inevitavelmente reflete na eficácia dessa é que participando as partes como principais protagonistas do processo, em contraditório, em cooperação ou comparticipação com o juiz, as sentenças proferidas tendem a ser mais aceitas do que aquelas proferidas por um juiz sem rosto, em gabinete. Até por que, a sensação proporcionada às partes em audiência é de verdadeiros comparticipantes da decisão, que foi construída em simétrica paridade. Evitando-se até mesmo recursos infundáveis, por provocar um convencimento à parte vencida, que teve a oportunidade de participar do profícuo diálogo, em contraditório, que não vale a pena recorrer, eliminando-se ainda o elemento surpresa da decisão.

Diante disso, é inevitável não reconhecer a retidão nas decisões proferidas pelo juiz no processo oral. Taruffo⁷³⁰ acredita que a oralidade, na prática, pode ser uma forma eficiente, sobretudo, quanto à colheita das provas, desde que cumpridas o que chamou de condições principais da oralidade, tais como, o contato direto das partes

⁷³⁰TARUFFO, Michele. Oralidade y escritura como factores de eficiencia en el proceso civil. In - CARPI, Federico y RAMOS, Manuel Ortells (org.) Oralidad y Escritura en un Proceso Civil Eficiente – Ponencias generales e informes nacionales. vol. I, València : Universitat de Valencia, 2008, p. 215-216

com o juiz (imedição), a concentração, e a resolução imediata a contar da última audiência.

Até por que, reconhece-se que o processo oral não pode e nem deve ser visto como a panaceia para todos os males. No entanto, diante de todos os dados, de experiências e da orientação da comissão que elaborou o Código Modelo de Processo Civil para os Estados Iberoamericanos, há que se reconhecer que o processo oral se mostra mais eficiente, desde que acompanhado de todos os princípios que lhe dão sustentação e acompanhado por uma magistratura preparada a lidar com as partes, as provas e com a versatilidade do procedimento, tendo por apoio uma máquina administrativa também eficiente e cônica de seus deveres. De nada adianta a implantação do processo oral, se não vier acompanhado de uma organização judicial que esteja preparada para lidar com ele.

5.2.1.2 Quanto à celeridade do processo oral

Exige-se, até mesmo por força da versatilidade e agilidade do processo oral, que esse se faça acompanhar do princípio da concentração dos atos, e que todos eles ocorram, de preferência, em audiência, ainda que antecedidos por alegações escritas iniciais, tal como ocorre no processo oral alemão (§128 do ZPO alemão) e no Italiano (art. 180 c.p.c. de 1942). A audiência do processo oral é permeada por vários atos processuais, iniciado pela busca da conciliação, e não havendo sucesso, passa-se a análise das exceções, que ao serem ultrapassadas, serão prestados os devidos esclarecimentos aclaratórios, modificativos e impeditivos.

Ainda que a matéria de fato seja exclusivamente de direito, a exemplo do que ocorre no processo alemão, defende-se que as partes, seus procuradores e o juiz, ainda assim devem entabular o diálogo franco. Pois caso não seja possível a conciliação, não terá sido de todo em vão a realização da audiência, pela eliminação do fator surpresa nas decisões.

E se necessário for a realização de atos orais, é que finda a primeira audiência preliminar, será designada outra audiência para oitiva das partes (seja por meio do interrogatório livre ou formal), das testemunhas e dos peritos, e em observância com

o princípio da imediação e identidade física do juiz, o mesmo juiz que colheu as provas, é quem irá proferir a decisão, que deve, de preferência, deve ser na própria audiência, ou se não, em poucos dias depois de findo os debates orais.

Até por que, de nada vale a decisão reta, se “não se acompanham do empenho em evitar-lhe o retardamento excessivo. Na perspectiva da ‘efetividade’, é questão capital da duração dos processos.”⁷³¹ A retidão da decisão, primeiro requisito da efetividade, está diretamente ligada ao segundo requisito, o tempo, exigindo-se a celeridade do processo.

Sem que seja preciso ir além-mar, observou-se que no Brasil, pelos dados obtidos na pesquisa realizada sob o comando de Alves Silva⁷³², o procedimento sumário frente ao ordinário, pela concentração dos atos, é bem mais célere. Demonstrando-se que o processo oral, quando levado a sério, atinge em menor tempo a resolução do processo. Tal como o que ocorre no processo trabalhista brasileiro, eminentemente oral. Confirmando-se, com isso, o que Chiovenda⁷³³ há muito reconheceu, no sentido de que o processo oral tem condições de reduzir em pelo menos dois terços o tempo do processo.

O efeito da redução do tempo do processo pôde ser constatado nos ordenamentos austríaco e alemão, cujo tempo de duração conta-se em dias. O processo oral na Itália ainda não serve de parâmetro, com relação ao tempo de duração do processo, porque, assim como o Brasil, advém de uma crise do judiciário que atravessa anos, o que não impediu Taruffo⁷³⁴ de afirmar que o ordenamento italiano estaria, a seu juízo, em terceiro lugar em grau de eficiência do processo, antecedido em primeiro pela Espanha e em segundo pela Alemanha.

Não se pode deixar de mencionar que a experiência espanhola, no entanto, vem mostrando que o processo oral é tão lento quanto o escrito, mas que aquele ganhou

⁷³¹MOREIRA, José Carlos Barbosa. Temas de Direito Processual: terceira série, p. 5

⁷³²SILVA, Paulo Eduardo Alves (coord.) et. all. Pesquisa “Análise da Gestão e Funcionamento dos Cartórios Judiciais.

⁷³³CHIOVENDA, Giuseppe. Procedimento Oral, pp. 41-76

⁷³⁴TARUFFO, Michele. Oralidade y escritura como factores de eficiencia en el proceso civil, p. 209-211

em qualidade porque, de acordo com Vasquez Sotelo⁷³⁵, permitiu que a justiça tivesse um rosto humano.

No entanto, o que precisa ser considerado é que da mesma forma que o processo justo não pode ser completamente indiferente à verdade, tampouco pode ser indiferente ao atraso, que fulmina a utilidade, a eficácia da decisão. O tempo pode fulminar a utilidade do provimento, de nada adiantando a retidão da sentença, se ao tempo em que for proferida já tiverem ocorrido as lesões que se buscava evitar. De nada mais valerá, portanto, a decisão ainda que justa, se proferida com atraso.

5.2.1.3 Quanto aos custos do processo oral

Se por um lado exige-se que o processo seja célere, por outro necessita que o mesmo seja econômico. E só pelo fato do processo oral ter seu tempo reduzido a dois terços do tempo do processo ordinário, intuitivamente reconhece-se a economia de custos a que este processo proporciona.

No Brasil, como já advertira Barbosa Moreira⁷³⁶, faltam dados estatísticos mínimos sobre o tempo e o custo do processo. Fato constatado na pesquisa realizada por Vidal Araújo⁷³⁷. Embora não se tenha ainda estes dados, insta observar que o Conselho Nacional de Justiça no início de 2010⁷³⁸ divulgou que iria medir não só o tempo, como o custo do processo judicial brasileiro. No entanto, até hoje, não houve a realização da pesquisa para verificar o custo de um processo de conhecimento.

Até o presente momento, foi realizada apenas uma pesquisa para verificar o tempo e o custo do processo de execução fiscal e, mesmo assim, no âmbito da justiça federal, que foi realizada em parceria com o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea)⁷³⁹, pesquisa que já tinha sido realizada, em 2007, pelo Ministério da

⁷³⁵SOTELO, José Luis Vásquez. La oralidad y escritura en el moderno proceso civil español y su influencia sobre la prueba, p. 9-10

⁷³⁶MOREIRA, José Carlos Barbosa. Temas de Direito Processual: terceira série, p. 25-27

⁷³⁷ ARAUJO, Igor Vidal. Tempo, curso e imparcialidade do processo judicial e a transparência do Poder Judiciário brasileiro. Disponível em <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/10872/1/2012_IgorVidalAraujo.pdf>. p. 79-80

⁷³⁸ <http://www.cnj.jus.br/noticias-gerais/8394-pesquisa-vai-identificar-custo-dos-processos>

⁷³⁹ http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/110331_comunicadoipea83.pdf

Justiça⁷⁴⁰, com apoios do Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas(CEBEPEJ) e do Banco Mundial.

Não obstante a ausência de dados estatísticos com relação ao custo e tempo do processo de conhecimento é de fácil percepção que quanto mais tempo demora para ser concluído, mais caro ele será. Tomando por base, por exemplo, a pesquisa divulgada pelo Conselho Nacional de Justiça em parceria com o Ipea⁷⁴¹, o custo diário de um processo de execução fiscal na justiça federal é R\$ 1,58 (um real e cinquenta e oito centavos). Tomando por base esse valor diário, e se fosse possível aplicá-lo ao processo de conhecimento, tem-se que quanto menor for o tempo do processo, menor será o seu custo⁷⁴².

Luis Simón que, sem verificar os custos por meio de dados estatísticos, já de pronto reconhece que o processo oral conta a seu favor pela “economia processual (de esforços, tempo e custo) e evita-se o dispêndio próprio da produção de prova dos processos escritos.”⁷⁴³

5.2.1.4 Quanto à ausência de obstáculos supérfluos (dilações indevidas)

Esta última característica apontada por Bentham para apurar a eficiência do processo, embora esquecida pelos doutrinadores contemporâneos, também merece ser considerada. Sobretudo, porque, quanto menos obstáculos supérfluos e dilações indevidas houver no processo, mais célere ele será. E a celeridade também se mede pela ausência de obstáculos supérfluos.

Assim, o processo oral se mostra imune a esses obstáculos, devido à simplificação dos atos, que devem ocorrer de forma concentrada, cabendo ao juiz, ainda na

⁷⁴⁰Disponível em <http://www.cebepej.org.br/pdf/execucoes_fiscais.pdf>.

⁷⁴¹ Disponível em

<http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/110331_comunicadoipea83.pdf>. p. 9

⁷⁴²Essa é conta puramente matemática. Se o processo sob o rito ordinário realmente durasse 209 dias e o sumário 178 dias, de acordo com os prazo previsto no CPC de 1973. Tem-se assim que o custo do processo de conhecimento pelo rito ordinário custa R\$ 330,00 e o sumário R\$ 281,24. Bem abaixo que o ordinário. Só que a conta, embora não tão simples assim, já mostra a diferença econômica entre o processo oral e o processo de conhecimento mais atrelado ao processo escrito.

⁷⁴³SIMÓN, Luis María. Uruguay - La prueba entre la oralidad y la escritura, p. 393. Tradução livre do original: “favorece la economía procesal (de esfuerzos, tiempo y costo) y se evita el dispendio propio de la producción de prueba en los procesos escritos.”

primeira audiência, superada a possibilidade de conciliação, analisar de imediato todas as possíveis alegações de ordem processual que poderiam inviabilizar a procedibilidade da demanda. Desaparecendo, com isso, possíveis matérias de ordem processual que costumam ser alimentadas e retro-alimentadas no processo escrito pelo excesso de formalismo.

No processo oral, portanto, compete ao juiz resolver, em audiência, todos os incidentes, eliminando e saneando possíveis vícios do processo para que possa conhecer do mérito. Não restando dúvidas de que, através deste critério, o processo oral também é eficiente.

5.2.2 Da Eficiência do processo oral

Sob o enfoque dos quatro requisitos acima (retidão da decisão, custo, tempo e inexistência de obstáculos), constata-se que o processo oral é sim eficiente, sobretudo, por ter sua raiz na oralidade e suas vantagens são originadas através dos seus princípios basilares, como a imediação, a identidade física do juiz, a concentração, a publicidade e a livre valoração das provas, que influem diretamente no desenho procedimental desse modelo de processo, confirmando o que há tempos reconheceu Chiovenda em sua luta em prol da oralidade.

E se eficiente, por ser célere, menos oneroso, isento de dilações indevidas e acompanhado de uma decisão reta, inevitavelmente a decisão proferida no processo oral também será eficaz, por respeitar a utilidade do provimento, para o fim a que se persegue, sobretudo, porque este provimento foi construído em simétrica paridade e com observância do contraditório pleno.

Todos os ordenamentos revisitados mostraram o seu grau de efetividade e eficácia, podendo ser destacado, entre eles, o processo oral alemão, em que pouco menos de 20% (vinte por cento) das demandas encerram-se com mais de 2 (dois) anos, assim como ocorre no Brasil com o processo do trabalho. Desse modo, resta incontestado que o processo oral é processo ideal, que oferece mais vantagens do que desvantagens.

5.3 Vantagens e desvantagens do processo oral

As vantagens suplantam as desvantagens existentes no processo oral. Além de eficiente, pode-se arrolar, sem a pretensão de esgotá-lo, suas seguintes vantagens, sendo a seu tempo, analisadas:

- a) É célere;
- b) É isonômico;
- c) É realizado em contraditório dinâmico e participativo;
- d) É mais humano;
- e) Permite que as partes conheçam o juiz que irá julgar sua demanda;
- f) Fortalece a confiança na justiça;
- g) É próximo dos jurisdicionados;
- h) É bilateral;
- i) É dinâmico;
- j) É simplificado;
- k) É menos formal;
- l) É dialógico.

Pode-se afirmar que, dentre todas as vantagens acima arroladas e que foram vistas no desenrolar deste relatório, a maior é saber que o jurisdicionado não será tratado no processo oral como um número, como mais um expediente, do qual o juiz quer se ver livre o mais rápido possível para melhorar sua estatística.

E as desvantagens do processo se esbarram na estrutura, na máquina administrativa com um todo, uma vez que para sua implantação será necessária a ampliação dos quadros do judiciário, com mais vagas para juízes com efetiva capacitação, como também será necessária a mudança de cultura das universidades e da Ordem dos Advogados do Brasil, para capacitar altamente os advogados, habilitando-os para o processo oral⁷⁴⁴. Podendo, também, ser arrolado como desvantagem, em decorrência da questão estrutural, a realização de audiências meramente pró-formas, sem atentar para a sua real finalidade, pois ter uma audiência sem a efetiva condução dos atos pelo juiz e com participação dos

⁷⁴⁴ CAPPELLETI, Mauro e GARTH, Brian. Acesso à Justiça, p. 81

protagonistas e seus procuradores em contraditório dinâmico, compromete o seu funcionamento.

Gutiérrez Barrenengoa⁷⁴⁵ coloca outro obstáculo ao processo oral, e que também se refere à sua estrutura, qual seja, a marcação de várias audiências de instrução para o mesmo dia, por ser impossível que o juiz, lembre com exatidão se aquela ou outra testemunha foi ouvida naquele ou no outro processo, prejudicando a imediação e a retenção de todos os dados e impressões da audiência em sua memória.

Em número, as vantagens superam as desvantagens apontadas⁷⁴⁶. E, todas as desvantagens, tal como demonstrado no decorrer deste estudo, são de ordem estrutural. E, considerando a superioridade do processo oral, bastaria não só a vontade política, mas a comunhão de vontade e força de todos os interessados, para, numa teia única e uniforme, com envolvimento de cada um dos personagens, de bem cumprirem o seu papel, possa finalmente ser adotado o processo oral no Brasil, um processo que se mostra humano e compatível com o justo processo.

E para que tal ocorra, é necessário que o juiz confie no advogado, e vice-versa e as partes em ambos. O processo oral não tolera juiz isolado em seu gabinete, e nem mesmo advogados displicentes, incapacitado e despreparado, e nem partes alheias ao processo. Cada um dos envolvidos deve ter a consciência que a justiça se realiza pelo diálogo franco e aberto, as chicanas não são bem vistas e se existirem devem ser veementemente repelidas no processo oral.

No Encontro do Cumbre Judicial Ibero-america XIV⁷⁴⁷, em Brasília, realizado entre os dias 4 a 6 de março de 2008, foi defendida a ideia de que os juristas devem estar sempre em constante capacitação⁷⁴⁸, para mudar sua mentalidade, como já há

⁷⁴⁵BARRENGOIA, Ainhoa Gutiérrez. La oralidad y sus implicaciones en el proceso civil, p. 384

⁷⁴⁶CHIOVENDA, Giuseppe. Procedimento Oral, p. 58

⁷⁴⁷XIV Cumbre Judicial Iberoamerica, Brasilia, 4 a 6 de março de 2008. "La oralidad procesal en Iberoamerica" Disponível em <http://www.cumbrejudicial.org/c/document_library/get_file?uuid=8b98e368-a52a-444e-8766-73c28c2690f7&groupId=10124>. p. 3

⁷⁴⁸ Tendo estes constatados que: "Uno de los mayores problemas que enfrentan los países ya en la práctica de los procedimientos orales, es la falta de capacitación, inicial y continuada, por parte de todos los involucrados en el proceso judicial, a pesar de que la mayoría de los países cuenta con una instancia encargada de dicha capacitación. Solamente Brasil y Portugal no cuentan con un programa de capacitación para los operadores del sistema oral." (XIV Cumbre Judicial Iberoamerica, Brasilia, 4 a 6 de março de 2008. "La oralidad procesal en

muito advertiu Calamandrei⁷⁴⁹. Pois, no processo oral, não só o juiz, como as partes e seus procuradores, devem assimilar o novo valor do processo oral e o valor que ele representa, uma vez que, no Brasil ou nos Estados Ibero-americanos, ele deve ser erigido “em garantia de uma justiça melhor, vez que constitui elemento decisivo para alcançar o grau desejável de confiança e vinculação dos cidadãos com os responsáveis de seu exercício.”⁷⁵⁰

Embora se reconheça que o processo oral não é a panaceia para todos os males. Ele se põe em vantagem quando comparado⁷⁵¹ ao processo escrito, por possibilitar que todos os interessados, de corpo presente e não só por alegações escritas, participem por meio do contraditório dinâmico, em simétrica paridade, da construção do provimento final.

Iberoamerica” http://www.cumbrejudicial.org/c/document_library/get_file?uuid=8b98e368-a52a-444e-8766-73c28c2690f7&groupId=10124, p. 10)

⁷⁴⁹CALAMANDREI, Piero. De las Buenas Relaciones entre Jueces y los Abogados en el Nuevo Proceso Civil. Tradução Santiago Sentis Melendo. Lima: Ara Editores, 2006, p. 27. Para Calamandrei de nada valeria “reformular as leis do procedimento se não houver a mudança da mentalidade dos homens sob os quais foi confiada a máquina da justiça.”

⁷⁵⁰XIV Cumbre Judicial Iberoamerica, Brasília, 4 a 6 de março de 2008. “La oralidad procesal en Iberoamerica”, p. 2. Tradução livre do original: “garantía de una mejor justicia, a la vez que constituye elemento decisivo para alcanzar el grado deseable de confianza y vinculación de los ciudadanos con los responsables de su ejercicio.”

⁷⁵¹O processo escrito se põe em desvantagem com o processo oral, quando não há respeito a identidade física do juiz, da imediação, da publicidade, da livre valoração das provas. O processo iniciado por um juiz pode ser concluído por outro juiz que sequer esteve na presença das partes. E por consequência, no processo escrito, além das partes não conhecerem o juiz, e nem o juiz a elas, todo o *iter* processual se desenrola no gabinete, entre quatro paredes, ficando prejudicado o princípio da publicidade. E sem contar que, pela dificuldade de se escrever como se fala, a oralidade intrínseca ao processo oral, permite ao juiz ter maior conhecimento do que realmente ocorreu e o que está sendo pedido. E além do que, como se mostrou, público é o processo quando este se desenvolve em audiência, com a presença não só das partes, como de qualquer interessado de ver a forma de atuação dos juízes para verificar a sua forma de decidir e sua firmeza. O processo escrito perde com relação ao oral quando as partes não podem exercer, por si, a influência na decisão. E deste modo, é perceptível que sejam interpostos recursos a iniciar pelos embargos de declaração, para buscar esclarecimentos, esclarecimento e eliminação de obscuridades nas decisões proferidas sem que tenha respeitado, em efetivo, a participação, em simétrica paridade, no provimento final. Não sendo raro encontrar o elemento surpresa nestas decisões. E só o fato do processo oral ser mais humano, sente o jurisdicionado que o seu caso, assim como deve ser, é realmente um caso, e não como mero processo, a contar na estatística do juiz. E mais, o processo escrito, como se viu no decorrer deste relatório de pesquisa, perde em muito com relação à celeridade, por conta dos tempos mortos do processo, do tempo em que dormitam nos escaninhos das secretarias aguardando a juntada de petições nos autos do processo para só depois seguir concluso para o gabinete do juiz. Demonstrou-se, portanto, que é inquestionável a superioridade do processo oral frente ao processo escrito.

6. DO PROCESSO ORAL NO CÓDIGO DE PROCESSO MODELO IBERO-AMERICANO, NO PROCESSO DO TRABALHO E NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Cumprir analisar, por fim, o ordenamento pátrio, iniciando, no entanto, pela revisitação ao código modelo de processo para os Estados Ibero-americanos, o que se justifica pela recém-aprovação do Novo Código de Processo Civil, que entrará em vigor em um ano⁷⁵² depois de sancionado e devidamente publicado.

6.1 O Processo Oral no Código Modelo Iberoamericano de Processo Civil

Quando da realização das IV^{as} Jornadas do Instituto Ibero-americano de Direito Processual ocorridas na Venezuela em 1967, os processualistas ali presentes resolveram lançar o embrião para elaboração das “bases uniformes” que serviriam de modelo para um ordenamento paradigmático de processo, não só civil, mas penal e coletivo dos países Ibero-americanos. E tal se deu porque muitos eram os males pelos quais vinham sofrendo as leis processuais internas, e diante dos rumores, quase simultâneos, era já previsível e quase que iminente o advento de reformas processuais, que há muito se mostravam preocupados com a situação de completa ineficácia da função jurisdicional. Surgindo assim, em terreno fértil, a ideia de elaboração de um código modelo de processo para esses países.

A primeira reunião de estudos para traçar as bases paradigmáticas uniformes se deu em 1970 em Bogotá-Gartagena (Colômbia), nas V^{as} Jornadas. Trabalho esse que só terminou com a entrega dos anteprojetos dos Códigos Modelos de Processo na XI^{as} Jornadas do Instituto ocorrida no Rio de Janeiro, em 1988.

O objetivo deste Código é, como o nome diz, servir de modelo, um Código tipo para servir de bases concretas e diretivas, ou mesmo “pautas orientadoras”⁷⁵³ para as reformas que seriam realizadas nos países abrangidos pelo instituto. Ou, como reconheceram Ada Pellegrini e Kazuo Watanabe, a ideia do Código Modelo não só

⁷⁵²Artigo 1.044 do Novo Código de Processo Civil. Observando-se que até o fechamento deste relatório, em 22 de fevereiro de 2015, o novo código ainda não foi sancionado, o que poderá ocorrer nos próximos dias.

⁷⁵³GIORDANO, Luís Torello. Principales lineamientos del Anteproyecto de Código Procesal Civil-Modelo para Iberoamérica. Revista do Processo – RePro vol. 53. São Paulo: Ed. RT, janeiro 1989, p. 119

de processo civil, como de processo penal e o coletivo para a Ibero-américa, tem como objetivo “servir não só como repositório de princípios, mas também como modelo concreto para inspirar as reformas.”⁷⁵⁴

A ideia dos códigos modelos, nas palavras de Enrique Vescovi⁷⁵⁵ e de Luís Torello⁷⁵⁶, que integraram a comissão⁷⁵⁷ que elaborou o anteprojeto, foi também o de permitir com que cada Estado-membro pudesse elaborar suas leis internas mantendo certa coesão, até mesmo por conta da soberania nacional, mas que tal modelo pudesse ser a tônica, com objetivo de facilitar a adoção de tratados internacionais de cooperação, integrando os sistemas que, embora adaptado às suas necessidades, possibilidades e características facilitariam a integração entre os países, com possível criação de um Tribunal Supranacional, diante da efervescência de um Mercado Comum do Sul, o MERCOSUL.

Além disso, todos os países integrantes e abrangidos pelo Instituto Ibero-americano têm em comum a familiaridade dos institutos, características e até mazelas, sem exceção. Ambos os códigos dos países integrantes são frutos da mesma origem das legislações dos seus colonizadores, ou seja, Espanha e Portugal, inspirados que foram do tronco do processo romano-canônico e no modelo das Sete Partidas, do Rei Espanhol Afonso, o sábio. O trabalho da comissão foi impulsionar uma mudança radical dos processos dos países ibero-americanos para substituí-los por um novo paradigma.

Dentre as características comuns entre os ordenamentos nacionais, destacaram-se:

a) a carência tanto no seu aspecto organizacional quanto procedimental, o que por consequência gerou “uma justiça lenta, burocrática, incompreensível para os

⁷⁵⁴GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo. Recepção e Transmissão de Institutos Processuais Civis. Revista de Processo. vol. 140. São Paulo: RT, outubro de 2006, p. 154

⁷⁵⁵VESCOVI, Enrique. Nuevas tendencias del derecho procesal civil, con referencia al proceso latino-americano. Revista de Processo – RePro, vol 79, julho 1995, p. 26

⁷⁵⁶GIORDANO, Luís Torello. Principales lineamientos del Anteproyecto de Código Procesal Civil-Modelo para Iberoamérica. Revista do Processo – RePro vol. 53. São Paulo: Ed. RT, janeiro 1989, p. 109

⁷⁵⁷Participaram da comissão para elaboração do anteprojeto do Código Modelo de Processo Civil, os professores uruguaios Adolfo Gelsi Bidart e Enrique Vescovi, Luis Torello Giordano. Tendo contado, por ocasião de sua redação definitiva com a colaboração dos professores Alfredo Buzaid (Brasil), Hernando Devis Echandia (Colômbia) e Pedro Aragonese Alonso (Espanha).

jurisdicionados e incapaz, em geral, de cumprir com os requerimentos mínimos de nossa época,”⁷⁵⁸

b) a presença marcante da escrita, que não permitia a imediação, e nem o desenvolvimento por meio de um processo concentrado, como ainda as limitações dos tribunais.⁷⁵⁹

Características que fizeram com que, os juristas Adolfo Bidart, Enrique Vescovi e Torello Giordano mostrassem, ainda no primeiro encontro, certa preocupação com a excessiva duração do processo. Tendo então proposto como alternativa para solução do problema, a adoção do processo oral por acreditarem ser essa “a solução mais eficaz contra a excessiva duração do processo penal, civil ou trabalhista”⁷⁶⁰, sugerindo-os sobre a necessidade de ampliarem não só o número de juízes, mas também que deveriam ser eles preparados para atuar neste tipo de processo, dando-lhes amplas faculdades para dirigir e impulsioná-lo, e de outro lado, exigindo-lhes responsabilidades. Erigindo-se, assim, o projeto sobre três diretivas básicas, a saber: simplicidade, probidade e eficácia.⁷⁶¹

A ideia basilar, propulsora do Código de Modelo de Processo Civil, foi sem dúvida o processo oral, com adesão dos princípios que o orientam, sobretudo a imediação, identidade física do juiz e a concentração, como “meio para a igualdade concreta dos litigantes frente a jurisdição.”⁷⁶²

A preocupação dos que elaboraram o anteprojeto foi sem dúvida permitir a aproximação dos jurisdicionados com o judiciário, e o judiciário a eles. Por isso, a audiência aparece como elemento central do processo, sobretudo, porque é na

⁷⁵⁸GIORDANO, Luís Torello. Principales lineamientos del Anteproyecto de Código Procesal Civil-Modelo para Iberoamérica, p. 109. Tradução livre do original: “una justicia lenta, burocrática, incomprensible para el justiciable e incapaz, por le general, de cumplir con los requerimientos mínimos de nuestra época.”

⁷⁵⁹GIORDANO, Luís Torello. *op. cit.*, p. 110. Tradução livre do original: “la solución más eficaz contra la excesiva duración del proceso penal, civil o laboral.”

⁷⁶⁰El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica <http://www.direitoprocessual.org.br/index.php?codigos-modelo-4>, p. 17. Tradução livre do original: “la implantación del proceso oral como la solución más eficaz contra la excesiva duración del proceso penal, civil o laboral.”

⁷⁶¹GIORDANO, Luís Torello. *op. cit.*, p. 114-115

⁷⁶²BERIZONCE, Roberto O. Bases para Actualizar el Código Modelo Procesal Civil para Iberoamérica. Revista de Derecho Themis: Lima. Dezembro de 2010, p. 186. Tradução livre do original: “medio para la igualdad concreta de los litigantes ante la jurisdicción.”

audiência que se permite “hablar y oír (audire-audiencia)”⁷⁶³, constituindo o modo natural do desenvolvimento não só do processo, como da humanidade.

6.1.1 O Processo oral como processo tipo ou modelo Ibero-americano de processo civil

A exposição de motivos do Código de Processo Civil Modelo para os Estados Ibero-americanos reconhece que o modelo-base é um processo tipicamente oral pautado no contraditório e na sua razoável duração, cujos pilares de sustentação são: a publicização dos atos processuais, a concentração, a imediação e a identidade física do juiz (art. 11.4, Código Modelo).

O processo oral é disciplinado no Título I, que trata dos princípios gerais (arts. 1 a 11, Código Modelo). A imediação e identidade física do juiz disciplinado no artigo 8º, dispõe que tanto as audiências como as diligências serão realizadas pelo mesmo tribunal ou órgão, sendo vedada a sua delegação sob pena de nulidade absoluta dos atos, abrindo-se uma exceção apenas quando os atos forem realizados em outra comarca. A efetiva e necessária concentração dos atos encontra-se prevista no artigo 10 do Código Modelo, em que os atos devem ser realizados sem demora, facultando-se por acordo entre as partes e o juiz, que todos os atos sejam realizados numa só e mesma audiência.

Há uma constante preocupação no Código Modelo quanto à indelegabilidade da função judicante (arts. 8º e 18, Código Modelo), que não só prevê a observância da imediação e a identidade física do juiz, como veda a realização de atos pelos auxiliares do juízo, e com a exigência de que (art. 18.3, Código Modelo) a sentença seja pronunciada ao final da audiência, facultando, como exceção, que possa até ser postergada para ser proferida num momento posterior, mas desde que assim preveja expressamente a lei.

É inquestionável que a audiência se constitui como base, como núcleo do processo civil modelo para Ibero-america, até como forma de exigir o predomínio da forma oral

⁷⁶³El Codigo Procesal Civil Modelo para Iberoamerica <http://www.direitoprocessual.org.br/index.php?codigos-modelo-4>, p. 24

e, conseqüentemente, na imediação, por meio do contato direto entre o juiz e as partes, e obviamente na direta assunção das provas pelo juiz que irá julgar a demanda, possibilitando-o livremente a valoração. Processo que “se realiza, na forma dialogal e conforme com a natureza humana.”⁷⁶⁴

Essa orientação, constante do artigo 95 do Código Modelo, ressalta que o procedimento se desenvolverá por audiências, cabendo ao juiz presidi-las pessoalmente sob pena de nulidade do ato, sem prejuízo de serem responsabilizados. E, de preferência, que os atos se deem em uma única audiência, mas não sendo tal possível, deverá ser determinada a realização de outra audiência para uma data próxima, possibilitando manter incólume a concentração para preservar os efeitos da continuidade do processo, sobretudo, preservar a identidade física do juiz (art. 96.1, Código Modelo).

E, por consequência, o juiz que colheu as provas, que participou da instrução probatória é quem tem autoridade para livremente valorá-las (art. 130, Código Modelo) com o prudente arbítrio, ou seja, com base na “sana crítica”. O juiz no Código Processo Civil Modelo, é um juiz ativo. Tem ele o poder-dever de determinar a realização de provas de ofício para o seu convencimento quanto às matérias de fato trazidas e não provadas pelas partes (art. 33.4 e 5, Código Modelo). Reconhece a comissão que o aumento das faculdades do juiz, não alteraria o princípio dispositivo, o qual continuará regendo o processo, mas com atenuações necessárias, para ficar em harmonia com o princípio inquisitivo, sobretudo, quanto as provas⁷⁶⁵.

Pelo código modelo não há possibilidade de se recorrer de todas as decisões interlocutórias⁷⁶⁶, limitando-se o seu rol para poucas hipóteses (arts 215 a 217,

⁷⁶⁴GIORDANO, Luís Torello. Principales lineamientos del Anteproyecto de Código Procesal Civil-Modelo para Iberoamérica, p. 117. Tradução livre do original: “se realiza, así, em forma dialogal y conforme com sua naturaliza humana.”

⁷⁶⁵Sobretudo por que, como reconheceram os membros que integraram a Comissão: “En todos los países donde el proceso es oral, el tribunal interviene activamente, rechaza peticiones, recrimina las partes y los abogados que no actúan con lealtad y probidad, inclusive los sanciona, hasta con arrestos... y luego continúa su tarea terminando con la sentencia, sin que nadie piense que ha perdido su imparcialidad.” El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamerica, p. 45-46

⁷⁶⁶“302.1. Las resoluciones pronunciadas en el curso de la audiencia admiten recurso de reposición, el que deberá proponerse en la propia audiencia y decidirse en forma inmediata por el Tribunal (artículo 216).

Código Modelo). Sendo apreciada qualquer questão em audiência, em audiência mesmo, de forma oral deve ser aviado o recurso de *reposicion* (art.216.1, Código Modelo). E se o recurso for deduzido em audiência, nela deverá ser julgado e de forma imediata (art. 216.3 c/c art. 284, Código Modelo).

6.1.2.1 Da audiência preliminar no Procedimento Ordinário do Código de Processo Civil Modelo

A grande preocupação da comissão foi de efetivar, como tipo a ser seguido, o processo oral, com observância da audiência preliminar, como necessária para a participação das partes e do juiz ainda na fase inicial do processo. Essa audiência tem como finalidades primordiais, possibilitar a autocomposição e limitar o objeto da demanda, depurando-se o procedimento, eliminando, já no início possíveis vícios sanáveis.

Inicialmente, cumpre observar que a audiência preliminar do código modelo não se equipara⁷⁶⁷ à audiência preliminar prevista no artigo 331 do CPC/1973⁷⁶⁸, embora naquele tenha se inspirado. A audiência preliminar do código modelo ocorre logo após a contestação do réu (art. 298.3⁷⁶⁹, Código Modelo). Após a contestação ou mesmo sem ela, as partes serão intimadas a estarem pessoalmente presentes em

302.2. La sentencia interlocutoria que resuelve las excepciones admite los recursos de reposición y de apelación en subsidio, con efecto diferido. Ambos deberán interponerse en la propia audiencia, precediéndose, respecto del de reposición, como lo prevé el ordinal 1 y respecto de la apelación diferida, conforme con artículo 221 numeral 39.

Pero la sentencia interlocutoria que se pronuncie sobre las excepciones previstas en los numerales 1 79 y 8 del artículo 123, así como toda otra que obste a la prosecución del proceso, admitirá los recursos de reposición y de apelación subsidiaria con efecto suspensivo, que deberán anunciarse en la propia audiencia e interponerse conjuntamente conforme con lo dispuesto en el artículo 223.3.”

⁷⁶⁷BEDAQUE, José Roberto dos Santos. O Código Modelo na América Latina e na Europa – Relatório Brasileiro. Revista de Processo-RePro, vol. 113. São Paulo: Ed. RT, janeiro 2004, p.173. Para Bedaque a nossa audiência de conciliação prevista no artigo 331, instituída inicialmente pela Lei 8.952/1994 em nada se assemelha com a prevista no Código Modelo, uma vez que a audiência preliminar neste prevista apresenta um escopo mais abrangente.

⁷⁶⁸Sendo importante observar que fora depois das bases propostas no referido código modelo de processo civil que o Brasil empreendeu todas as reformas, tal como acima visto. Destacando-se dentre elas, a Lei nº 8.952/1994 que alterou a redação do artigo 331 do CPC de 1973, criando a audiência preliminar, e que posteriormente, teve sua redação alterada pela Lei nº 10.444/2002, para nos moldes como preconizado no código modelo, pudesse o procedimento ordinário brasileiro consagrar, ainda antes da audiência de conciliação, a audiência preliminar, como ato complexo, com sua função de saneamento participativo, caso não fosse alcançada a conciliação.

⁷⁶⁹ “298.3. Transcurridos los plazos señalados, con contestación o sin ella, se convocará a audiencia preliminar.”

audiência (art. 300⁷⁷⁰, Código Modelo), sob pena de sofrerem severas sanções (desistência por parte do autor e revelia para o réu). Possibilitando-se o diálogo já na fase inicial do processo, e caso as partes não cheguem a um acordo, o processo será imediatamente saneado.

Essa audiência foi pensada tendo como exemplo o que ocorre no Processo Civil Austríaco proposto por Klein⁷⁷¹, mesclado com o *pretrial* do direito inglês, como pretenderam os membros da comissão. Devolvendo ao juiz a sua condição de protagonista e não de mero espectador do processo, fazendo com que ele participe ativamente dos atos processuais, desde a sua formação, assumindo a verdadeira direção do processo.

A condução dessa audiência ficará a cargo do juiz. Sendo admitido, no entanto, que possa ela ser conduzida por um conciliador, mas desde seja numa fase pré-processual, caso assim esteja previsto nos ordenamentos internos. Pois, de acordo com a comissão que elaborou o anteprojeto, não é possível aceitar a presença de conciliadores quando já existe o processo judicial, especialmente por que ela deve realizar-se frente a “um juiz ativo que, em um ato triangular junto as partes e seus advogados, em franca e leal colaboração, na procura de uma solução do conflito.”⁷⁷²

⁷⁷⁰Art. 300. (Audiencia preliminar).

300.1. Las partes deberán comparecer a la audiencia en forma personal, salvo motivo fundado, a juicio del Tribunal, que justificare la comparencia por representante.

Las personas jurídicas y los incapaces, comparecerán por intermedio de sus representantes (artículo 44).

Todo, sin perjuicio del patrocinio letrado obligatorio (artículo 48).

Si por razones de fuerza mayor insuperable, debidamente acreditadas, una de las partes no pudiere comparecer, la audiencia podrá diferirse por una sola vez.

300.2. La inasistencia no justificada del actor a la audiencia preliminar, se tendrá como desistimiento de su pretensión.

300.3. Si el inasistente fuere el demandado, el Tribunal pronunciará sentencia de inmediato y tendrá por ciertos los hechos afirmados por el actor en todo lo que no se haya probado lo contrario, salvo que el proceso refiriese a alguna de las cuestiones mencionadas en el inciso 2 del artículo 124, en cuyo caso se estará a lo que allí se dispone.

300.4. Lo dispuesto en los ordinales .2 y .3 será aplicable, en lo pertinente, cuando mediere reconvencción.”

⁷⁷¹ “El antecedente austríaco es el que más se menciona por los autores iberoamericanos y todos invocamos el ejemplo del Código Klein para apoyar la creación de este instituto, no obstante la diferencia esencial en cuanto en este la audiencia se realiza antes de la contestación de la demanda, razón por la cual, presumiblemente, ha sido establecida como facultativa en la última reforma del proceso civil austriaco (de 1983).” In - El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamerica <http://www.direitoprocessual.org.br/index.php?codigos-modelo-4> <<acesso em 28 de setembro de 2014>> p. 36

⁷⁷²El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamerica, p. 46. Tradução livre do original: “un juez activo que, en un acto triangular junto a las partes y sus abogados, en franca y leal colaboración, procura una solución al conflicto.”

Parecendo por demais contraditória admitir a figura de outro personagem que não o juiz e as partes (*actum tri personae*).

A presença do juiz na audiência é imprescindível para possibilitar desde o início do procedimento a sua resolução por meio dos métodos autocompositivos, e não sendo possível, deve de imediato sanear o processo, deixando-o apto para que a decisão final seja de mérito.

Nesta audiência (art. 301⁷⁷³ do Código Modelo) serão realizados quatro atos considerados essenciais, a saber: a) tentativa de conciliação, ainda que parcial, pelo juiz da causa; b) o saneamento do processo com resolução das exceções e matérias de ordem processual, eliminando possíveis vícios que poderiam acarretar na nulidade do processo; c) determinar o objeto da demanda; e d) delimitar os pontos controvertidos e que serão objeto de prova oral. Findando-se com a designação de

⁷⁷³ “Art. 301. (Contenido de la audiencia preliminar).

En la audiencia preliminar se cumplirán las siguientes actividades:

- 1) Ratificación de la demanda y de la contestación y, en su caso, de la reconvencción y de la contestación a la misma, pudiéndose alegar hechos nuevos siempre que no modifiquen la pretensión o la defensa, así como aclarar sus extremos si resultaren oscuros o imprecisos, a juicio del Tribunal o de las partes.
- 2) Contestación por el actor de las excepciones opuestas por el demandado y por éste de las que hubiere opuesto el actor respecto de la reconvencción.
- 3) Tentativa de conciliación, que deberá realizar el Tribunal, respecto de todos o algunos de los puntos controvertidos.
- 4) Recepción de la prueba sobre las excepciones, en la situación extraordinaria de entender el Tribunal que existe algún hecho a probar, en cuyo caso se recibirán, exclusivamente, las pruebas solicitadas en el escrito en que se hubieren opuesto las excepciones y aquellas que lo fueron en la ocasión a que refiere el numeral 2.
- 5) Pronunciamiento de sentencia interlocutoria con el fin de sanear el proceso, para resolver los problemas planteados por las excepciones procesales propuestas o las nulidades denunciadas o las que el Tribunal hubiere advertido y decidir, a petición de parte o de oficio, todas las cuestiones que obstaren a la decisión de mérito, incluyendo la improponibilidad de la demanda y la legitimación en la causa, cuando ésta sea definible al comienzo del litigio. El Tribunal podrá prorrogar la audiencia a los efectos de lo dispuesto en el numeral 4), pero en la siguiente oportunidad deberá recibirse la totalidad de la prueba y pronunciarse la sentencia interlocutoria de saneamiento. La formulación de sus fundamentos podrá diferirse hasta otra audiencia que habrá de llevarse a cabo en plazo no mayor de diez días y, cuando la complejidad del asunto lo justifique, se podrá prorrogar la audiencia por plazo no mayor de quince días para pronunciar la sentencia con sus fundamentos.
- 6) Fijación definitiva del objeto del proceso y de la prueba; pronunciamiento sobre los medios de prueba solicitados por las partes, rechazando los que fueren inadmisibles, innecesarios o inconducentes (artículo 33.6), disponiéndose la ordenación y diligenciamiento de los que correspondan, recepción de los que fuere posible diligenciar en la propia audiencia y fijación de otra complementaria para el diligenciamiento de los restantes, acordándose lo necesario para que, en ocasión de esa audiencia complementaria, se diligencien totalmente las pruebas que no se hubieren recibido en la audiencia preliminar (artículo 303.1.). Las partes podrán proponer nuevos medios de prueba que, a juicio del Tribunal, refieran a hechos nuevos o a rectificaciones hechas en la propia audiencia (numeral 1).”

nova audiência para colheita das provas orais, que deve realizar-se em breve espaço de tempo.

A segunda audiência, denominada de *complementaria* ou complementar (art. 303.1, Código Modelo) será realizada apenas se houver provas orais a serem realizadas. Nela, serão recebidas todas as provas e serão ouvidos os peritos e as testemunhas (art. 303.4, Código Modelo). E ao seu término (art. 303.6, Código Modelo) o juiz dará oportunidade para as partes manifestarem oralmente. A decisão deverá ser proferida em audiência (303.7, Código Modelo). E só se envolver casos de maior complexidade é que será prorrogada a audiência, por um prazo nunca maior que trinta dias, para que seja finalmente proferida a sentença.

Com base nas orientações sugeridas no código modelo, e com relatos das experiências mais recentes dos países ibero-americanos, é que Roberto O. Berizonce certifica que os princípios vinculados do processo oral tiveram o condão de assegurar o “objetivo central do processo civil, coroado com uma sentença intrinsecamente justa dentro do marco do devido processo e pronunciada em tempo razoável.”⁷⁷⁴ E que nem mesmo as sabidas e reconhecidas dificuldades para a implementação da oralidade plena, que ainda são objeto de repulsa por alguns poucos países da área, “não podem impedir a consagração de um sistema universalmente reconhecido”⁷⁷⁵ como o é o processo oral.

Destaca-se dentre estes poucos países que ainda tem dificuldade de implementar o processo oral, o Brasil. Pois, embora tenha ele feito sua lição de casa, ainda que timidamente para adaptar o processo civil aos moldes do processo modelo, com reformas pontuais a contar dos anos noventa, não é o mesmo que se vê agora com a aprovação do Novo Código de Processo Civil. Os legisladores brasileiros fizeram tábula rasa das orientações a serem perfilhadas pelas “pautas orientadoras” do código modelo de processo civil para ibero-america, teimando em seguir o curso contrário da história.

⁷⁷⁴BERIZONCE, Roberto O. Bases para Actualizar el Código Modelo Procesal Civil para Iberoamerica. Revista de Derecho Themis: Lima. Dezembro de 2010, p. 190

⁷⁷⁵BERIZONCE, Roberto O. *loc.cit.*

6.2 Processo Oral na Consolidação das Leis Trabalhistas - CLT

O processo judiciário do trabalho encontra-se previsto no Título X da Consolidação das Leis Trabalhistas - CLT, regulamentada pelo Decreto Lei 5.452, de 1º de maio de 1943, que no segundo artigo (764, CLT), referente ao processo em específico, já consigna que os conflitos trabalhistas, o individual ou coletivo, estarão sujeitos à conciliação, que já deve ser proposta assim que iniciada a audiência (art. 846, CLT). Nos parágrafos do artigo 764 da CLT resta consignado que a conciliação deve sempre ser buscada pouco importando a fase em que se encontrar o processo, até mesmo depois de encerrado o júízo conciliatório (§ 3º, art. 764, CLT).

Os atos do processo trabalhista estão impregnados pela oralidade, havendo faculdade (art. 771, CLT) de que estes possam (locução do artigo, diz “poderão”) ser escritos. A regra é que sejam orais, a começar pela petição inicial (reclamação trabalhista), que também pode ser feita por meio oral (art. 786 e art. 840, CLT), caso em que será reduzida a termo (840, §1º, CLT), ou escrita; assim como também a defesa que pode ser feita de forma oral, em audiência (art. 847, CLT), quando se dará ao Reclamado a possibilidade de fazê-la em 20 (vinte) minutos.

Há ainda no processo trabalhista a total adesão ao princípio da instrumentalidade das formas e do não prejuízo, e só haverá declaração de nulidade dos atos do processo quando houver manifesto prejuízo para as partes (art. 794, CLT). Ou seja, numa demonstração clara que vale o objetivo alcançado em detrimento da forma, sobretudo, porque os atos realizados na Justiça do Trabalho primam pela informalidade, objetividade e oralidade.

Os atos no processo trabalhista estão impregnados pela concentração⁷⁷⁶, não só pela previsão de imediata apreciação pelo magistrado das decisões, mas também como se nota ainda quando da distribuição da demanda. Devendo o escrivão ou a secretaria, se recebida a petição inicial da reclamatória trabalhista, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas (art. 841, CLT), notificar o Reclamado para comparecer à

⁷⁷⁶Exemplo disto é o julgamento das exceções, de incompetência ou suspeição (art.799, CLT), que devem ser julgadas, não obstante suspendam o feito, pelo prazo de 24 (vinte e quatro) horas (art. 800, CLT). E, no caso de exceção de incompetência ou suspeição do juiz o prazo é de 48 (quarenta e oito) horas.

audiência de conciliação, que de acordo com o *caput* do artigo 841 CLT deve ser marcada dentro de 5 (cinco) dias. Embora, na prática, seja impossível cumprir estes prazos em horas, pela dificuldade de encaminhamento postal da notificação pelo correio, como acontece na Justiça do Trabalho (§ 1º, art. 841, CLT),.

Notificado o Reclamado para a audiência, deve ele a essa comparecer, assim como o Reclamante (art. 843 da CLT). O empregador pode se fazer representar por preposto, mas desde que tenha conhecimento do fato e do qual o obrigará (§ 1º art. 841, CLT). Uma vez que o não comparecimento pessoal do Reclamante na audiência acarretará na extinção do processo sem resolução do mérito, ao passo que se a ausência for do Reclamado acarretará a revelia e confissão quanto à matéria de fato (art. 844, CLT). Na audiência trabalhista realizam-se vários atos processuais, começando pela tentativa de conciliação, passando-se para o recebimento da defesa, saneamento, produção de provas, debates orais e decisão.

O processo oral é a tônica dos três procedimentos (ordinário, sumário e sumaríssimo) previstos na justiça especializada do trabalho. O ordinário será aplicado para causas superiores a 40 (quarenta) salários mínimos; o sumário (Lei 5.584/1970), para causas até 2 (dois) salários mínimos e o sumaríssimo (arts. 852-A a 852-I), para causas de até 40 (quarenta) salários mínimos. E justamente pelo valor da repercussão econômica é que no procedimento ordinário há possibilidade de que se realizem duas audiências, uma de conciliação e outra de instrução e julgamento (art. 849, CLT), no rito sumaríssimo (art. 852-C, CLT) e no sumário (art. 2º, Lei 5.584/1970, CLT) haverá apenas uma audiência, devendo nela ser realizada toda a instrução e ainda proferida a decisão. Observa, no entanto, que em ambos os procedimentos há o respeito à celeridade, à concentração dos atos (todos os incidentes e todas as provas, com exceção da pericial, ocorrerá em audiência), que se realizam em respeito ao princípio da imediação, da identidade física do juiz, cujas decisões interlocutórias não são passíveis de serem recorridas em separado.

No processo trabalhista não há previsão de recorribilidade, em separado, das decisões interlocutórias. O rol de cabimento de recursos no processo trabalhista inclui tão somente quatro hipóteses (art. 893, CLT), que não inclui recurso contra decisão interlocutória. Contra ela ou aquelas decididas como incidentes ao processo

trabalhista, caberá à parte, por meio do “protesto” manifestar a sua irresignação, com o fito de evitar a preclusão, que poderá ser apreciada por ocasião da interposição do recurso da decisão definitiva (§ 1º, art. 893, CLT), desde que sejam reiteradas as razões de sua irresignação no referido recurso.

E o uso do protesto, conforme já reconheceram os pesquisadores⁷⁷⁷ mineiros e baianos é um fator que garante a efetividade e a celeridade. E, não há qualquer prejuízo para o processo trabalhista pela irrecorribilidade das decisões interlocutórias, uma vez que a sentença deve ser proferida, de preferência, em audiência, e sendo nela publicada, saindo as partes e seus patronos dela intimados (art. 834, CLT). E quando a sentença não for proferida em audiência, ainda assim o juiz do trabalho designa um prazo, nunca superior a 10 (dez) dias, para proferi-la, cuja intimação também ocorrerá em audiência (art. 769 c/c arts. 189 e 456 ambos do CPC/1973).

Embora no processo judiciário trabalhista não haja norma expressa quanto ao princípio da identidade do juízo, por força da aplicação subsidiária do processo civil aplica-se a regra do artigo 132 do CPC de 1973. Entretanto, na Justiça do Trabalho esse princípio causou certa polêmica, por conta da competência do julgamento pelas juntas de conciliação (composta pelo juiz togado, e dois vogais, representantes do empregado e do empregador). E, deste modo, na década de 60, foi exarado o enunciado de número 136 pelo TST, em que reconhecia que “não se aplicavam as Juntas de Conciliação e Julgamento o princípio da identidade física do juiz.” Tendo o Supremo Tribunal Federal, nesta mesma linha também reconhecido (Sumula 222) que: “o princípio da identidade física do juiz não é aplicável às Juntas de Conciliação e Julgamento da Justiça do Trabalho.”

Ocorre que, desde a Emenda Constitucional de número 24/1999, a competência para julgamento das demandas trabalhistas não mais pertence às Juntas de Conciliação, e até era perfeitamente concebível que, quando se tratasse de um órgão colegiado, pela dificuldade de sua reunir sempre os mesmos membros, não devia ser aplicado o princípio da identidade física do juiz. Mas, a partir do momento

⁷⁷⁷GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa (Coord). Avaliação do impacto das modificações no regime do recurso de agravo e proposta de simplificação do sistema recursal do CPC, p. 51

em que o julgamento passou a ser por um juiz singular (art. 116 da Constituição), não mais persiste esta mitigação dada pelas súmulas 136 do TST e 222 do STF. Entretanto, não foi isso que sucedeu quando o Tribunal Superior do Trabalho, por meio da resolução administrativa 123/2003 manteve o rigor do enunciado 136, ao mudar apenas a expressão “junta de conciliação” por “vara do trabalho”, ficando assim o enunciado: “não se aplicam às Varas do trabalho o princípio da identidade física do juiz.”

A doutrina trabalhista⁷⁷⁸, no entanto, alinhada aos postulados do processo oral, definitivamente não assentiu com a determinação contida em referida súmula, reconhecendo que não mais persiste qualquer dúvida de que o princípio da identidade física é aplicado também às Varas do Trabalho. E até por levarem a sério no processo trabalhista os princípios da concentração, da imediação dos atos é quase raro que não seja este princípio da identidade física do juiz também atendido, uma vez que, ao contrário do que ocorre com o juiz cível, o juiz trabalhista, cumpre, em regra, os prazos que lhe são assinalados, sob pena de reprimenda pela Corregedoria trabalhista.

Há ainda outra peculiaridade perante à Justiça do Trabalho que não existe no processo civil, qual seja, a capacidade postulatória do empregado (art. 791, CLT), que no processo civil pertence única e exclusivamente ao advogado. Enquanto na Justiça do Trabalho, o empregado tem a capacidade não só de ser parte, como também a capacidade postulatória. O que não acontece na justiça comum, com exceção do juizado especial nas causas inferiores a 20 (vinte) salários mínimos. Mostrando-se, assim, que independentemente do valor ou até mesmo da complexidade da causa na Justiça Especializada do Trabalho, não há melhor conhecedor de sua demanda, que não a própria parte⁷⁷⁹. Que não só será ouvida,

⁷⁷⁸E neste sentido vale conferir o levantamento doutrinário, inclusive, comparado no artigo de Antônio Raimundo Pereira Neto. (PEREIRA NETO, Antônio Raimundo. Princípio da identidade física do juiz no processo laboral brasileiro pelo cancelamento da Súmula 136 do TST. Revista de Processo – RePro, vol. 141. São Paulo: Ed. RT, janeiro 2011, p. 141-156)

⁷⁷⁹Até por que, por serem elas as conhecedoras dos fatos, estão elas em melhores condições de encontrar a melhor e adequada solução para o seu conflito. “Além do que a parte que conscientemente cede um pouco em suas pretensões se sentirá mais confortável com a solução do conflito do que aquela que tem esta solução imposta por um terceiro.” (ALMEIDA, Cleber Lúcio de. Princípios de direito processual do trabalho e o exame dos reflexos das recentes alterações do Código de Processo Civil no Direito Processual do Trabalho. CHAVES, Luciano Athayde (org.). Direito processual do trabalho - Reforma e efetividade. São Paulo: LTr, 2007, p. 23)

como terá direito de manifestar-se até o final da demanda, enfim, de praticar todos os atos do processo. Exceto, de acordo com Enunciado 425 do Tribunal Superior do Trabalho, de recorrer junto ao Tribunal Superior do Trabalho, como ainda ingressar com ações rescisórias, cautelares, mandados de segurança. E, desse modo, de acordo com referido enunciado, a capacidade postulatória conferida ao trabalhador ficou restrita apenas às varas trabalhistas e ao Tribunal Regional do Trabalho.

É inquestionável que o processo trabalhista brasileiro adotou o processo oral. Embora, como bem reconhece Rossal de Araújo⁷⁸⁰, não o tenha expressamente consignado na CLT, como ocorreu no processo do trabalho espanhol. Podendo afirmar que o processo trabalhista brasileiro é “inspirado na oralidade e na sua consequência de atingir a celeridade e efetividade processual.”⁷⁸¹

O processo trabalhista é concentrado, onde todos os atos se realizam em audiência e nessa são resolvidos, até mesmo se exige que a sentença seja nela proferida, com intimação das partes em audiência. As audiências, quando há a possibilidade de ocorrer mais de uma, realizam-se em pouco tempo entre uma e outra. E, por consequência, em sendo as audiências executadas com proximidade uma da outra, é respeitado o princípio da identidade física do juiz. E, desse modo, estando fresca a sua memória, o livre convencimento por ele realizado não depende única e exclusivamente das provas escritas, estando livre para o exercício de seu convencimento, por meio das impressões recebidas. Há completa interação do juiz e das partes, numa demonstração clara que, guardadas as suas devidas cautelas, o processo trabalhista se mostra muito mais humanizado, social e democrático.⁷⁸²

6.2.1 Da celeridade do processo trabalhista

⁷⁸⁰ARAÚJO. Francisco Rossal de. O princípio da oralidade no processo do trabalho (Uma análise comparativa dos sistemas normativos do Brasil e da Espanha). In- <http://www.amatra4.org.br/publicacoes/cadernos/caderno-09>, disponibilizado em 2013 << acesso em 20 outubro de 2013>>

⁷⁸¹ARAÚJO. Francisco Rossal de. *Loc. cit*

⁷⁸²Pois como bem observado por Rossal de Araújo é o processo trabalhista democrático por permitir a aproximação das “pessoas do Poder Judiciário, o processo oral realiza o sentido democrático do processo, possibilitando maior acesso à Justiça. Não é por outra razão que a Justiça do Trabalho no Brasil, fortemente influenciada pela oralidade processual, sempre foi a mais acessível das portas do Judiciário.”ARAÚJO.Francisco Rossal de. *Loc. Cit.*

Em função da concentração, da imediatidade e do respeito aos prazos legais previstos é que pelos números fornecidos pelo Conselho Nacional de Justiça pode-se inferir que o trâmite do processo trabalhista é significativamente mais célere⁷⁸³. E a razão disso é a aplicação do processo oral atrelada à boa infraestrutura de suas instalações⁷⁸⁴, somado ainda ao cumprimento dos prazos legais, o que, definitivamente, não ocorre perante a Justiça Comum.

De acordo com os números fornecidos pelo Conselho Nacional de Justiça⁷⁸⁵, tem-se que, embora a média nacional seja de 9 (nove) magistrados por 100.000 (cem mil) habitantes⁷⁸⁶, na Justiça do Trabalho⁷⁸⁷ este cenário é de apenas 2 (dois) juízes por 100.000 (cem mil) habitantes, contra 6 (seis) juízes também por 100.000 (cem mil) habitantes na Justiça Estadual⁷⁸⁸, e de 1 (um) juiz por 100.000 (cem mil) habitantes na Justiça Federal⁷⁸⁹. O que se constatou é que, enquanto um juiz estadual profere em média 1.423 (mil quatrocentos e vinte e três) sentenças, e o juiz federal 1.751 (mil setecentos e cinquenta e uma) sentenças, o juiz do trabalho profere 1.153 (mil cento e cinquenta e três) decisões por ano. E, embora o juiz do trabalho profira menor número de sentença, o índice de congestionamento da justiça do trabalho é significativamente menor do que nos demais tribunais.

Enquanto a média nacional da taxa de congestionamento é de 70% (setenta por cento), na Justiça do Trabalho esta média cai para 46,8% (quarenta e seis vírgula oito por cento), contra 65% (sessenta e cinco por cento) da Justiça Federal e 73,3% (setenta e três vírgula três por cento) da Justiça Estadual. Ou seja, embora os juízes trabalhistas sejam em quantidade muito menor do que os da Justiça Comum (somados os juízes federais e estaduais), e que também profira menos sentença, o

⁷⁸³http://www.cnj.jus.br/images/eventos/lan%C3%A7amento_do_Justi%C3%A7a_em_Numeros_2013/Relat%C3%B3rio_Justi%C3%A7a_em_N%C3%BAmeros_-_Justi%C3%A7a_do_Trabalho.pdf, p. 23

⁷⁸⁴GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa (Coord.). Avaliação do impacto das modificações no regime do recurso de agravo e proposta de simplificação do sistema recursal do CPC, p. 46

⁷⁸⁵<http://www.cnj.jus.br/evento/eventos-novos/lancamento-do-relatorio-justica-em-numeros-2013/apresentacoes>

⁷⁸⁶http://www.cnj.jus.br/images/eventos/lan%C3%A7amento_do_Justi%C3%A7a_em_Numeros_2013/Relat%C3%B3rio_Justi%C3%A7a_em_N%C3%BAmeros_-_Panomara_Nacional.pdf

⁷⁸⁷http://www.cnj.jus.br/images/eventos/lan%C3%A7amento_do_Justi%C3%A7a_em_Numeros_2013/Relat%C3%B3rio_Justi%C3%A7a_em_N%C3%BAmeros_-_Justi%C3%A7a_do_Trabalho.pdf

⁷⁸⁸http://www.cnj.jus.br/images/eventos/lan%C3%A7amento_do_Justi%C3%A7a_em_Numeros_2013/Relat%C3%B3rio_Justi%C3%A7a_em_N%C3%BAmeros_-_Justi%C3%A7a_Estadual.pdf

⁷⁸⁹http://www.cnj.jus.br/images/eventos/lan%C3%A7amento_do_Justi%C3%A7a_em_Numeros_2013/Relat%C3%B3rio_Justi%C3%A7a_em_N%C3%BAmeros_-_Justi%C3%A7a_Federal.pdf

índice de congestionamento é muito menor. Demonstra-se com estes dados que a celeridade do processo também é atingida pelo alto número de acordos firmados nesta justiça especializada que, voltada para a realização oral dos atos, chamando desde o início as partes para estar em juízo e com o juiz, a chance efetiva de que se chegue a uma solução consensual é muito maior do que na Justiça comum.

Os dados fornecidos pelo Conselho Nacional de Justiça não mentem, embora até possam ser manipulados como são os números, mas não há dúvida de que eles reforçam o quanto há significativa celeridade⁷⁹⁰ na Justiça do Trabalho. Constatação que chegaram os pesquisadores sob a coordenação de Miracy Gustin,⁷⁹¹ para os quais a celeridade advém não só da boa aplicação do processo oral, como também do estímulo e incentivo aos acordos, que na justiça do trabalho ocorre com bem mais frequência, porque o juiz coloca-se entre as partes na audiência. Ocasão em que as partes intermediadas pelo juiz e com os esclarecimentos desse, acabam tendo a exata “compreensão do processo, do procedimento, do que pode acontecer”⁷⁹² e solucionam consensualmente a causa.

6.2.2 Contraposição do processo trabalhista *versus* o processo civil

Enquanto o processo trabalhista⁷⁹³ se aliou e alinhou ao processo oral, o CPC de 1973 e o Novo CPC, embora com seus méritos, manteve-se arraigado a algumas tradições, apegando-se a certas posições tradicionais, adotando procedimentos rígidos, que são marcados por fases preclusivas que culmina, conseqüentemente, na sempre possível recorribilidade das decisões interlocutórias; como ainda no predomínio da forma escrita em detrimento da forma oral. E nem mesmo a audiência preliminar que foi um avanço dos reformadores da década de 90, a exemplo do que

⁷⁹⁰http://www.cnj.jus.br/images/eventos/lan%C3%A7amento_do_Justi%C3%A7a_em_Numeros_2013/Relat%C3%B3rio_Justi%C3%A7a_em_N%C3%BAmeros_-_Justi%C3%A7a_do_Trabalho.pdf , p. 23

⁷⁹¹GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa (Coord.). Avaliação do impacto das modificações no regime do recurso de agravo e proposta de simplificação do sistema recursal do CPC, p. 68 e 69

⁷⁹²GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa (Coord.). Avaliação do impacto das modificações no regime do recurso de agravo e proposta de simplificação do sistema recursal do CPC, p. 68

⁷⁹³O que se justifica por que “a doutrina processual trabalhista não sofreu tanto a influência das concepções teóricas do chamado processualismo, o que permitiu que o processo do trabalho tivesse sempre um caráter mais pragmático, voltado à satisfação dos direitos trabalhistas.” O que muito permitiu manter o processo imune a compartimentalização em fases. Mantendo o terreno fértil para a adoção e sobrevivência do processo oral. (GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa (Coord.). Avaliação do impacto das modificações no regime do recurso de agravo e proposta de simplificação do sistema recursal do CPC, p. 60)

ocorria no processo trabalhista, não foi acolhido no Novo Código de Processo Civil, o que representa um sério retrocesso do processo civil brasileiro.

Melhor seria se o Novo Código de Processo Civil pudesse ter adotado, como exemplo, o procedimento ordinário do Processo Trabalhista⁷⁹⁴, defendido por Ada Pellegrini, para quem o processo comum deveria estar impregnado das características do processo trabalhista, por permitir atingir um grau maior de “democratização, de oralidade, moralidade e publicização, em obediência aos princípios informativos do processo: o lógico, o jurídico, o político e o econômico.”⁷⁹⁵

Os números e os dados comprovam que somente pela aplicação de um processo oral, tal como o trabalhista, seria possível fazer com que a justiça comum melhorasse seus números e taxa de congestionamento. As decisões construídas por um processo dialógico são mais aceitas e cumpridas e se bem estimuladas podem ser finalizadas pela conciliação. O que, acredita, só poderia ser atingido se o novo Código de Processo Civil tivesse aderido ao processo oral, nos moldes do processo trabalhista, o que não ocorreu.

No entanto, o que se observa é que cada vez mais, o processo civil vem se distanciando dos postulados do processo oral, enquanto os países europeus e até mesmo a orientação do código modelo ibero-americano de processo civil, buscaram adotar o processo oral, por já terem reconhecido a sua superioridade. E enquanto isso o Brasil faz o caminho inverso.

6.3 Processo oral no Novo Código de Processo Civil

Após quatro anos de tramitação nas duas casas legislativas, foi aprovado o novo CPC pelo Congresso, finalizando-se em sua casa originária, Senado, em 16 e 17 de dezembro de 2014. No entanto, até o encerramento deste relatório de pesquisa, o

⁷⁹⁴Neste sentido: GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa (Coord.). Avaliação do impacto das modificações no regime do recurso de agravo e proposta de simplificação do sistema recursal do CPC, p. 60. Tendo seus pesquisadores reconhecido que “o processo civil tem muito o que aprender com processo do trabalho. Valorizar a oralidade e buscar medidas que simplifiquem e informalizem os atos processuais são necessidades que devem ser sopesadas, sempre que se trata de reformar das leis processuais.”

⁷⁹⁵GRINOVER, Ada Pellegrini. Processo Trabalhista e Processo Comum, p. 92.

texto do Novo Código de Processo Civil ainda não foi encaminhado para sanção presidencial e nem mesmo tinha, até o momento, previsão para o seu encaminhamento⁷⁹⁶.

Por ocasião da tramitação do processo legislativo, ainda na fase de audiências públicas realizadas pela comissão aos quatro cantos do país, acreditou-se que o processo oral seria finalmente aderido pelo ordenamento pátrio. E tal se deve porque a própria comissão que elaborou o anteprojeto, optando por acabar com a dualidade dos procedimentos, escolheu como inspiração o modelo do procedimento sumário previsto nos artigos 275 e seguintes do CPC/1973, que passaria a ser denominado de procedimento comum, como prenúncio da adoção de um rito mais célere.

Constava do projeto originário que assim que deferida a petição inicial, cujos requisitos muito se assemelhavam aos requisitos do rito sumário (por exemplo, acompanhada do rol de testemunhas e quesitos), o juiz ordenaria a citação réu (art. 333 anteprojeto) para comparecer na audiência de conciliação, que poderia ser realizada por um conciliador ou mediador (§1º do art. 333 anteprojeto). E o não comparecimento do réu, sem justificativa, seria considerado ato atentatório à dignidade da justiça, sendo passível de sanção processual (§ 5º do art. 333 do anteprojeto).

E embora o anteprojeto sinalizasse que o ordenamento brasileiro iria adotar o processo oral, assegurando-se os princípios dele inerentes, o que se viu, no entanto, é que durante a tramitação do processo legislativo, o processo oral, por até hoje não ser bem compreendido, sofreu um viés, sepultando-se de vez a iniciativa de a ele aderir. E tal se deu, por que sem justificativa, não foi recepcionado princípios bases para sustentá-lo, tais como o princípio da imediação, da identidade física do juiz e da concentração dos atos.

O Novo Código de Processo Civil, depois de 4 (quatro) anos de tramitação, foi aprovado no Senado no dia 16 e 17 de dezembro de 2014, e com a sua aprovação

⁷⁹⁶ Informação disponível em <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI213585,71043-Novo+CPC+nao+tem+prazo+para+ser+sancionado>>. Acesso em 22 fev. 2015.

assistem atônitos os simpatizantes do processo oral, pela opção de adotarem como procedimento único o procedimento ordinário do CPC de 1973, pouco piorado, por sepultar de vez a necessidade da audiência preliminar, com retorno ao tempo antigo, da decisão saneadora.

Agora, independentemente da necessidade da urgência na prestação jurisdicional ou mesmo quando se tratar de causas menos complexas, o procedimento único será o ordinário (agora único) nos mesmos moldes do que era previsto no processo civil de 1973, perdendo-se, assim, os legisladores e a comunidade brasileira de colocarem o processo civil nos trilhos da história pela adoção do processo oral, como assim proposto no Código Modelo para os Estados Ibero-americanos, que deveriam servir de pautas orientadoras ou mesmo de modelo concreto a ser observado.

6.3.1 Cinco razões que demonstram por que não foi adotado o processo oral no Novo CPC

Enquanto no CPC de 1973 existiam dois procedimentos, o ordinário e o sumário, o Novo Código de Processo Civil, acabando com a dualidade dos procedimentos, estabelece apenas a existência de um único procedimento, optando-se por adotar um procedimento único nos moldes do que até então existia com relação ao ordinário, com algumas modificações. Se pelo Código de Processo Civil de 1973 o processo sumário era o típico processo oral brasileiro, este não mais se encontra presente no novo Código de Processo Civil.

O Novo Código de Processo Civil não adotou o processo oral, por cinco razões, a saber:

1º lugar - Ausência da audiência preliminar ou mesmo de uma audiência prévia obrigatória

Como visto em todos os ordenamentos revisitados, inclusive no Código Modelo, é imprescindível, no processo oral, a realização da primeira audiência para tentativa de conciliação e até mesmo saneamento dos autos, com apreciação dos

requerimentos de provas e sua necessidade. Esta audiência inaugural, em respeito aos princípios basilares do processo oral como a concentração e a imediação, deve ser dirigida pelo próprio juiz da causa e não por conciliadores e nem mediadores, como será o caso brasileiro (art. 332, §1º do novo CPC).

O novo CPC institui como regra o que a um tempo foi adotado no ZPO austríaco, mas por força de seu retrocesso, acabou sendo alterado, mas que ainda é adotado no ZPO alemão, cuja cultura é muito diversa da brasileira, em que as partes podem dispensar a sua realização. Entretanto, no processo civil alemão, ainda que a matéria seja exclusivamente de direito, e mesmo que as partes tenham dispensado a realização da audiência preliminar, é que para afastar a surpresa das decisões, ainda assim o juiz deve marcar uma audiência para ouvir e esclarecer as partes sobre os pontos obscuros de suas alegações, por meio de um contraditório participativo, antes de proferir a sua decisão.

Pelo novo CPC, foi facultada às partes a audiência de conciliação ou mediação. Cumpre ao autor declinar sua intenção de conciliar ou mesmo mediar na petição inicial (inciso VII, artigo 317 do novo CPC), e ao réu de manifestar seu desinteresse na autocomposição, por petição, desde que o faça até 10 (dez) dias antes da data da audiência (§5º, do inciso II, do art. 332 do novo CPC), caso em que terá o réu 15 (quinze) dias, a contar do protocolo desta petição (inc. II, art. 333 do novo CPC) para apresentar contestação, sob pena de revelia.

O réu só será citado para a audiência se o autor manifestar sua intenção de composição, caso em que o juiz ao deferir a petição inicial, determinará a sua citação para comparecer nesta audiência, que deve ser realizada em 30 (trinta) dias, observando-se que o réu deve ser citado com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência (art. 331, *caput*, do novo CPC) da audiência. Se o autor declinar na petição inicial o seu não interesse na conciliação ou mediação, o juiz ao deferir a petição inicial ordenará a citação do réu para apresentar a contestação (art. 229 do novo CPC).

Essa audiência, portanto, só ocorrerá se houver dupla concordância (§4º, inc. I do art. 332 do novo CPC), que deve ser expressamente manifestada tanto pelo autor

(na petição inicial) como pelo réu (por petição até 10 dias antes da audiência). Na data designada, as partes devem comparecer pessoalmente e estarem acompanhadas de seus procuradores, ou se não puderem comparecer pessoalmente deverão estar representadas por advogado com poderes especiais (§ 3º, art. 306 do novo CPC), pois, o não comparecimento injustificado das partes é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e acarretará no pagamento de multa não superior em 2% (dois por cento) do proveito econômico revertido em favor da União ou do Estado (§8º, inc. II. art. 332 do novo CPC).

A faculdade concedida às partes para manifestarem o seu interesse expresso pela audiência de conciliação ou mediação, por si, já demonstra o retrocesso à adesão ao processo oral. Isso por que, embora poucos os dados estatísticos⁷⁹⁷, os que foram realizados demonstraram que uma audiência inicial, obrigatória e se bem conduzida por um juiz diligente, e até mesmo por uma equipe responsável e ciosa de seus deveres no caso da mediação e conciliação que não o juiz, certamente, será exitoso. Devendo ser reconhecido que há mais vantagens do que desvantagens⁷⁹⁸ para que se realizem.

Celso Barbi⁷⁹⁹ apontava que dentre as vantagens se destacariam a celeridade, a economia, e também a possibilidade de evitar a exaltação dos ânimos, gerando um melhor funcionamento do Judiciário. Pois, sendo atingida a conciliação no início do processo, o trabalho do juiz diminui e, nesse caso, ele passará a ocupar-se de causas que realmente demandem um trabalho de maior labor e dedicação.

⁷⁹⁷E embora escasso, os dados estatísticos apurados em uma pesquisa realizada com 32 (trinta e dois) juízes no Estado do Rio de Janeiro, chegou-se a constatação que há uma evolução conciliatória positiva no Brasil, mas desde que as sessões de conciliação seja bem conduzidas. Aponta Barbosa Moreira que nesta pesquisa fora constatado que nos procedimentos ordinários mais de “33% de la totalidad de intentos habían tenido éxito; y el porcentaje se elevaba a casi 60% en los pleitos de procedimiento sumaríssimo.” Enquanto que em outra pesquisa realizada nos juizados informais de conciliação em São Paulo, de novembro de 1990, “se lograran 278 avenimientos en 526 sesiones, lo que significa un porcentaje de casi 53%.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Temas de Direito Processual: quinta série, p. 101)

⁷⁹⁸Dentre a desvantagem ou inconveniente constado pelo Celso Agrícola Barbi, seria o que vinha sendo observado na prática forense, é que “alguns juízes, com o fito de diminuir seu trabalho, insistem com as partes de tal forma para que façam um acordo, que elas chegam a atrapalhar-se, o que constitui um constrangimento.”(BARBI, Celso Agrícola. O papel da conciliação como meio de evitar o processo e de resolver conflitos, p. 121)

⁷⁹⁹BARBI, Celso Agrícola. *op. cit*, p. 121

Desse modo, a audiência preliminar que surge no processo pelas mãos de Klein na ZPO (*Zivilprozessordnung*) austríaca de 1895 tem por objetivo desde aquele tempo dar oportunidade ao juiz⁸⁰⁰, antes do início do processo, promover a conciliação⁸⁰¹ entre as partes, ou em não sendo essa possível, eliminar de pronto os vícios de ordem processual.

Sendo essa audiência uma faculdade, como se pretendeu com o novo CPC, já é possível antever o seu completo fracasso, considerando, sobretudo, a experiência da audiência preliminar (art. 331 do CPC de 1973). Acredita-se que será pouco provável que se atinja a finalidade buscada pelos legisladores. O ideal é que esta audiência inicial fosse obrigatória, para que as partes, antes do início da exacerbação dos ânimos, com o recebimento das defesas pelo réu, dialoguem frente ao juiz para possível conciliação, ou mesmo serem encaminhadas para sessões de mediação para que atinjam o acordo.

E não é, em definitivo, mudando a lei (artigo 3º, §§ 2º e 3º do novo CPC), dizendo que o Estado promoverá a solução consensual, com estímulo pelos juízes, advogados, defensores para adoção da conciliação, mediação, que se mudará da noite para o dia a cultura de um país, que desde os bancos escolares aprendem a usar todos os tipos de armas para enfrentarem o conflito adversarial. Os brasileiros ainda não têm a cultura da mediação, da conciliação e da composição de seus conflitos por meios não adversariais. Há necessidade imediata que desde a tenra infância seja esta cultura de paz estimulada, sobretudo nas faculdades de Direito. E para os que já passaram da infância e dos bancos escolares, e já estão acostumados a litigar, e a ganhar com o tempo do processo, o estímulo deve vir por outros modos, talvez até mesmo por sanções pecuniárias, quando sentido que o objetivo da parte recalcitrante, como acontece nas demandas em que o Estado é parte, é ganhar tempo com o processo.

⁸⁰⁰MOREIRA, José Carlos Barbosa. *La Significación Social de las Reformas Procesales*, p. 154

⁸⁰¹Como bem observado por Petrônio Calmon, “a audiência, no processo civil, tem como primeiro escopo realizar tratativas com vistas a que as próprias partes promovam a solução do conflito.” E para o processo oral “é indispensável a realização da audiência, mas que não se deve satisfazer com qualquer audiência, mas sim uma audiência planejada, organizada, objetiva e produtiva.” (CALMON, Petrônio. *O modelo oral de processo no século XXI*. Revista do Processo – RePro nº 178. São Paulo: Ed. RT, 2009, p. 55 e 56)

Watanabe⁸⁰² reconhece que no Brasil ainda prevalece a solução contenciosa dos conflitos, porque não há o devido incentivo e nem o estímulo para que os métodos alternativos se realizem, e justamente pela ausência da cultura de paz. Com isso, as audiências, quando previstas, tal como ocorre no âmbito do juizado especial, não atingem o seu objetivo. Seja por ausência de capacitação e treinamento dos conciliadores, seja mesmo pela falta de vontade⁸⁰³ dos magistrados que “invocam a sobrecarga de serviços e a falta de tempo como fatores determinantes da pouca dedicação à solução pacificada dos conflitos.”⁸⁰⁴ Essa assertiva foi comprovada por meio de pesquisa financiada pela Fapesp no Estado de São Paulo, realizada pelo Centro Brasileiro de Estudos de Pesquisas Jurídicas (Cebepej), que “revelou que o índice de soluções amigáveis alcançadas deixa muito a desejar (apenas 25% das causas terminaram por acordo).” E, desse modo, com a aprovação do Novo Código de processo civil restará a cultura de sentença, por que “os juízes preferem proferir sentença, ao invés de tentar conciliar as partes para obter a solução amigável dos conflitos. Sentenciar é mais fácil e cômodo, para alguns juízes, do que pacificar os litigantes.”⁸⁰⁵

Assim, o juiz brasileiro, com o Novo Código de processo civil, ficará cada vez mais distante e indiferente para com as partes, quando o que se espera dele é que ele seja mais ativo, e verdadeiramente preocupado em resolver o conflito, desde o início do processo. Seja propiciando a conciliação ou indicando a mediação como alternativa, e em não sendo essas atingidas já na audiência inicial, que pudesse já de pronto eliminar possíveis erros e vícios do processo, identificando os pontos nevrálgicos do conflito, permitindo até mesmo o negócio jurídico processual (art. 189 do novo CPC).

É inegável que se a audiência preliminar fosse obrigatória com a presença das partes e não só de seus procuradores e o juiz, certamente haveria maior e melhor

⁸⁰²WATANABE, Kazuo. Cultura de sentença e cultura de pacificação, p. 686

⁸⁰³Neste sentido, ver a palestra proferida por ANDRIGHI, Fátima Nancy. Conciliação no processo civil. In-BDJUR http://www.stj.jus.br/internet_docs/ministros/Discursos/0001118/texto%20ministra%20selecionado%20-%20%20Concilia%C3%A7%C3%A3o%20no%20Processo%20Civil%20-%20Piau%C3%AD.doc, dezembro de 2003 <<acesso em 28 de setembro de 2014>>, pp. 1-3. Que também concorda com Kazuo Watanabe, reconhecendo que a “crise do Judiciário jamais será debelada se antes não nos empenharmos em mudar a mentalidade do probo brasileiro; (...) a começar pelos magistrados.” (p. 6)

⁸⁰⁴WATANABE, Kazuo. *Loc. Cit.*

⁸⁰⁵WATANABE, Kazuo. Cultura de sentença e cultura de pacificação, p. 687

intercâmbio e verdadeiro diálogo entre o juiz com as partes, e delas entre si. Ao privilegiar a oralidade, a concentração e a imediatidade, há enorme probabilidade de, como os números indicaram, “uma solução amigável da controvérsia, e quando inatingível a transação, ao menos a condução mais adequada e menos custosa do processo até final julgamento.”⁸⁰⁶

Espera-se que o tempo e a prática jurídica sejam possíveis de demonstrar ser equivocado o pessimismo ora manifestado. Quando é sabido que o melhor teria sido manter a proposta inicial de ter adotado como único procedimento, o procedimento sumário e não o ordinário, a exemplo do que hoje já acontece no âmbito do juizado especial (art. 20 e art. 51, inc. I da Lei 9.099/1995) ou mesmo na justiça do trabalho. Juizados especiais esses que impregnados dos princípios do processo oral, atingem o seu objetivo, com alto índice de acordos firmados já na primeira audiência. E os dados⁸⁰⁷ do Juizado Especial itinerante do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, comprovam que quando há proximidade do juiz com os jurisdicionados, e os jurisdicionados entre si, o número de acordos suplantam em mais de 50% (cinquenta por cento) o número de sentenças. Podendo até mesmo chegar a 90% (noventa por cento), como o que ocorreu na longínqua e distante cidade de Baixo Madeira, ou 64% (sessenta e quatro por cento) como o que ocorreu no distrito de Extrema Rondônia, pertencentes ao Estado de Rondônia no ano de 2014. E não para por aí, neste mesmo ano, No também distante Município de Feijó (AC), o índice foi de 51% (cinquenta e um por cento) de acordos. Estes dados refletem o que já ocorria desde a implantação dos juizados especiais itinerantes como, por exemplo, o que ocorreu na cidade do Serro, Minas Gerais, no ano de 2008, em que os acordos firmados foram de 65% (sessenta e cinco por cento).

Os números estão aí, e só não os vê quem não quer, quem não se interessa. Mas, para que a justiça civil atinja os números de acordos firmados pela Justiça do Trabalho e dos Juizados Especiais, há um longo caminho a ser percorrido, iniciando não pela alteração legislativa, mas pela mudança de mentalidade dos

⁸⁰⁶WATANABE, Kazuo. Cultura de sentença e cultura de pacificação, p. 690

⁸⁰⁷Disponível em: <<https://portal.trf1.jus.br/portaltrf1/juizado-especial-federal/jef/juizado-especial-federal/jef-itinerante/>>.

jurisdicionados, magistrados, advogados, promotores, enfim, de todos os cidadãos brasileiros.

É lugar comum dizer que leis boas o Brasil tem, mas falta vontade, ânimo e mudança de mentalidade de quem as aplica. Mas, no que concerne à faculdade dada as partes, com relação à conciliação, acredita-se que pouco haverá de mudança. O ideal, portanto, teria sido adotar a audiência obrigatória, como assim fazem a Justiça do Trabalho e os Juizados Especiais.

2º lugar – Ausência de debate oral

Supondo que as partes manifestem expressamente a intenção de não conciliar ou mesmo participar de sessões de mediação, não sendo o caso de revelia (art. 341 do novo CPC) e findo o prazo de contestação, passa-se para a fase das providências preliminares, e verificando que não há provas a produzir que não as constantes dos autos, assim como no Código de Processo Civil de 1973, o juiz pode e deve julgar o processo conforme o estado do processo (art. 351, do novo CPC).

Pelo novo CPC, embora o artigo 3º, incisos II e III estimule a conciliação até mesmo a mediação, pelo juiz em toda a fase do processo. O que se viu, é que o processo pode se formar, desenvolver e extinguir sem que as partes se encontrem frente a frente e na presença do juiz. Pois, se antes pelo CPC de 1973 o saneamento do processo ocorria na audiência preliminar (art. 331 CPC/73), hoje o saneamento ocorrerá como no passado (art. 354 do novo CPC), em que o juiz, em seu gabinete, distante e indiferente, proferirá uma decisão de saneamento e de organização do processo.

Não haverá debate, não será mais permitida a realização do diálogo, que outrora era visto como avanço do processo civil. Humberto Theodoro Júnior⁸⁰⁸ concluiu que sequer seria preciso mudar o código, mas sim dar maior ênfase a audiência preliminar, que ela sim representaria um contraditório dinâmico, permitindo um verdadeiro diálogo entre os participantes do processo, por meio da participação.

⁸⁰⁸THEODORO JR, Humberto. Processo justo e contraditório dinâmico, p. 69-70

Só haverá a audiência para saneamento e organização do processo se, e tão somente se, assim o quiser o juiz, e desde que a causa apresente complexidade⁸⁰⁹. Essa é uma faculdade do juiz, que poderá ou não designar esta audiência para que o saneamento ocorra com a participação e cooperação das partes (§§ 1º e 3º art. 354 do novo CPC). Fica também a critério do juiz convidar ou não as partes a integrar ou esclarecer suas alegações. Ou seja, caso queira, o juiz poderá designar uma audiência de saneamento (inciso V, art. 354 do novo CPC), que terá a mesma função da audiência preliminar prevista no CPC de 1973 (art. 331). Ocorre que, ao lançar os olhos para o passado, será pouco ou nada utilizada esta faculdade dada ao juiz, pois quando esta audiência era uma fase a ser observada, poucos viam a necessidade de sua realização. Acredita-se que diante da nova redação será de pouco uso esta audiência, que representou um grande avanço para a humanização do processo, e que existe nos processos orais austríaco, italiano e espanhol e até mesmo no código modelo ibero-americano.

O processo quando realizado por alegações escritas sem a participação das partes em audiência se desumaniza⁸¹⁰. Não se escreve como se expressa e nem como se fala, o verdadeiro monólogo entre as partes por meio de trocas de petições escritas segue na contramão do contraditório dinâmico que exige vivacidade, diálogo oral e calor humano, assim como também exige o falar e o ouvir, porque só assim, poderão os interessados chegar a melhor construção do acordo, ou ao menos proporcionar ao juiz meios, elementos e dados para proferir uma decisão justa.

Se, portanto, as partes não manifestarem pela realização de audiência de conciliação ou mediação, e se não houver outras provas orais a ser objeto de apreciação pelo juiz, não terão as partes condições de entabular um verdadeiro e profícuo debate para, mediante a um diálogo participativo, comparticipativo e

⁸⁰⁹ Não obstante, os processualistas reunidos em Belo Horizonte entre os dias 5 a 7 de dezembro de 2014, aprovaram o enunciado 298, com a seguinte redação: “A audiência de saneamento e organização do processo em cooperação com as partes poderá ocorrer independentemente de a causa ser complexa.” Podendo esta ser designada pelo juiz, de acordo com o enunciado 299 ainda com “objetivo de ajustar com as partes a fixação de calendário para fase de instrução e decisão.”

⁸¹⁰ FARAH, Elias. A advocacia e a crise da oralidade. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, vol. 4. São Paulo: RT, Julho de 1999, p. 168

cooperativo exercerem a devida influência na decisão a ser proferida, ou mesmo para evitar surpresas na decisão.

Mostrando-se, assim, o retrocesso do Novo Código de Processo Civil também com relação à não existência dos debates orais, o que impossibilita o diálogo entre as partes envolvidas, como forma inclusive de fazer cumprir o artigo 6º do novo CPC, do qual “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.”

Como poderão as partes cooperar entre si para a decisão justa se, como visto nos ordenamentos visitados e também no código modelo para os Estados Ibero-americanos, quando esta participação requer implícita e explicitamente a realização de audiência, para que as partes possam falar, ouvir e juntas, na presença do juiz, dialogarem. O novo processo civil brasileiro surge em desajuste e na contramão da história, permitindo que o processo desenvolva e se extinga sem que as partes sequer tenham tido a oportunidade de conhecer o rosto do juiz. Assim sendo, o processo civil só se desumaniza. Aliás, esta parece ter sido a tônica do legislador que, além de não determinar impositivamente o diálogo, ainda cria um incidente de demandas repetitivas, tratando os jurisdicionados não mais como pessoas, mas como números, como meros dados estatísticos.

3º lugar – Da ausência de concentração

Se o processo civil pelo CPC de 1973, de acordo com o prazo legal antes estabelecido, tinha um prazo inferior de 300 (trezentos) dias para finalizar perante o juízo de primeiro grau. Agora, nem é preciso dizer que este prazo quase que duplicará, pois os prazos serão contados em dias úteis. Para os advogados, não se duvida que esta nova forma foi ótima, porque não mais precisarão trabalhar nos finais de semana, quando a intimação tenha ocorrido numa quarta ou numa quinta, cujo prazo for de 5 (cinco) dias. Mas para os jurisdicionados, este prazo será fatal, e só provocará o aumento no tempo do processo.

E não bastasse a extensão do tempo do processo, pela contagem dos prazos em dias úteis, os prazos para o juiz proferir a sentença que no CPC de 1973 era de 10

(dez) dias, passou para de 30 (trinta) dias úteis (art. 364 c/c art. 217 do novo CPC), podendo o juiz exceder por igual prazo (60 dias úteis) para proferir a decisão. O que causa, por si, enorme prejuízo ao princípio da concentração dos atos. O ideal é que mantivesse o prazo mínimo de 30 dias úteis, sem a possibilidade de prorrogação e com penalidades mais efetivas que as previstas no artigo 233 do novo CPC, de mera representação à Corregedoria, uma vez que, este encaminhamento à corregedoria poderá até ser efetivo nas grandes comarcas, mas nas comarcas de pequeno porte poucos são os advogados que tem esta coragem. A fiscalização deveria ser exercida independentemente pela corregedoria, sem que fosse preciso a provocação das partes, para evitar retaliações de um e de outro lado.

Nas legislações revisitadas, que adotam o processo oral, o maior prazo para proferir sentença é do juiz austríaco que tem até quatro semanas, passando para o juiz alemão que tem até três semanas, pelo juiz italiano que tem 30 (trinta) dias, e o juiz espanhol que tem 10 (dias) para proferir decisão no procedimento do *juicio verbal* e de 20 (vinte) dias no *juicio ordinário*. A concentração é necessária para que os atos realizados em audiência sejam preservados.

É visível que com o aumento dos prazos criou-se um problema para a concentração dos atos, imprescindíveis no processo oral, cuja finalidade, além de fazer com que o processo seja célere e termine num tempo razoável, é permitir que a lembrança dos atos orais realizados não se perca com o tempo.

O prazo previsto no novo CPC poderá ser agravado quando, por exemplo, o autor manifeste-se expressamente pela audiência de conciliação ou mediação, e por não ter pautas (por que não se acredita que terá, como hoje ocorre) livres, o juiz deixe de cumprir o prazo legal de 30 (trinta) dias e designe a audiência (na melhor das hipóteses) para dali a três meses. O réu, como previsto, tem até 10 (dez) dias úteis antes desta audiência para declinar expressamente o seu desinteresse. Logo, só com esta demora, por conta das pautas do juiz, já ganhou o réu com os prazos. Eliminando-se a celeridade proporcionada pela concentração dos atos.

O processo comum previsto no Novo Código de Processo Civil, em definitivo, não é um processo concentrado, além dos prazos serem contados em dia, acreditou o

legislador que a máquina judiciária encontra-se saneada, quando sabido, que nem mesmo a infraestrutura da justiça do trabalho, bem superior⁸¹¹ a justiça estadual consegue cumprir fielmente com os prazos, em vista do acúmulo e o congestionamento do judiciário. Logo, célere em definitivo, por conta da ausência da concentração, não será o processo civil brasileiro.

4º lugar – Da ausência da imediação e conseqüente identidade física do juiz

O princípio da imediação e conseqüente identidade física do juiz, que no CPC de 1939 foi uma grande preocupação dos seus idealizadores e que no CPC de 1973 precisou ser revisto para atenuar o seu rigor, em face da extensão continental do território brasileiro, o que se viu no novo CPC é que estes princípios tão caros ao processo oral e ao processo de um modo em geral, simplesmente deixaram de existir no novo CPC.

A grande vantagem deste princípio é permitir que o juiz que colheu as provas seja o mesmo a proferir a decisão. E com base neste princípio advém a livre valoração das provas, estando o juiz livre para, desde que fundamente sua decisão com base no conjunto probatório frente a ele realizado, inclusive com base nas provas orais, como por exemplo, atos que não constem das atas escritas por sua dificuldade de serem transpostas para o papel, que influenciam no convencimento do juiz, tais como os modos, os gestos, a até mesmo o silêncio. Ou seja, com base nas impressões percebidas e recebidas quando da realização das provas orais.

O anteprojeto (art. 112 do anteprojeto) previa expressamente que: “o juiz que concluir a audiência de instrução e julgamento resolverá a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor.” Mantendo-se fiel ao que se encontrava previsto, de certo modo, no artigo 132 do CPC de 1973. No entanto, o que se observou é que durante tramitação do processo legislativo, ainda na sua casa originária, este artigo foi eliminado sequer constando do relatório substitutivo do Senador Valter Pereira. E, desde a sua retirada não motivada, não existe

⁸¹¹GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa (Coord.). Avaliação do impacto das modificações no regime do recurso de agravo e proposta de simplificação do sistema recursal do CPC, p. 46

qualquer previsão de que se deva respeitar a identidade entre o juiz que colhe as provas e o que irá julgar a demanda. Não sobrevivendo nem mesmo qualquer outra previsão ou outro dispositivo similar ou mesmo correspondente para salvaguardar a identidade física do juiz. E, por consequência, nem mesmo há previsão de nulidade para os atos proferidos por outro juiz que não aquele que participou dos debates orais, como ocorre no direito processual espanhol.

E, em busca incansável no *site* do Senado, nas atas e nos pareceres enviados pela comunidade acadêmica e jurídica sobre a possível justificativa quanto à eliminação deste princípio tão elementar para a sobrevivência do processo oral e que também é base para o exercício do livre convencimento, o que se verificou como possível justificativa de sua eliminação seria que sendo permitida e introduzida a prática de atos por videoconferência⁸¹² tal identidade poderia ser eliminada. Acreditando-se, embora nada exista de concreto quanto ao que ora se deduz que tal se deveu pela acolhida integral da possível sugestão que foi encaminhada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB)⁸¹³, cuja proposta foi de “extinção da regra da identidade física do juiz, em nada afetando o postulado do devido processo legal, notadamente pela gravação das instruções em audiovisual, em plena ascensão e de caráter irreversível.”

E contrariamente ao pleiteado pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), várias foram as várias sugestões encaminhadas para o Senado, referente ao princípio da identidade. E as demais sugestões foi por mantê-lo, modificando-se sua redação sob a justificativa de que uma melhor explicitação evitaria dúvida quanto à vinculação sobre o juiz responsável pela prolação da sentença, tal como, por exemplo, a que foi encaminhada pelos também magistrados do Estado de São Paulo por meio do Centro de Apoio aos Juízes do Fórum João Mendes Júnior (CAJ)⁸¹⁴.

⁸¹²Vide alínea ‘j’ do relatório Final apresentado pelo Senador Valter Pereira p. 145 do arquivo disponibilizado no endereço: <http://www.senado.leg.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=83984&tp=1>

⁸¹³<http://www.senado.leg.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=83497&tp=1>, p. 23

⁸¹⁴ Que pode ser lido em sua íntegra no endereço

<<http://www.senado.leg.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=82847&tp=1>> .Sugeriram os magistrado do Fórum Mendes Júnior de São Paulo que a redação do artigo 112 do Anteprojeto tivesse a seguinte redação: “[O] juiz que concluir a audiência de instrução e julgamento, colhendo prova oral e encerrando a dilação

E, desse modo, sem motivos aparentes e sem qualquer justificativa, ainda no Senado, o princípio da identidade física do juiz e conseqüente imediatidade não foi recepcionado, fulminando-se um dos pilares de sustentação do processo oral, encaminhando o Brasil para direção oposta ao que tem sido seguido pelos países que verdadeiramente estão preocupados em atingir o objetivo de eliminar a excessiva duração do processo, pela adoção do processo oral.

A título de exemplo, vale recordar que o processo oral espanhol em que todas as atas dos atos orais realizados devem ser gravadas em áudio e vídeo. E mesmo no ordenamento espanhol, em que é permitida a gravação e a videoconferência, o princípio da identidade física do juiz se manteve incólume. Na Espanha, a inobservância deste princípio, tal como reconheceu o Tribunal Constitucional, acarreta a nulidade da decisão proferida (art. 194 c/c art. 200 da *Ley de Enjuiciamiento Civil*). E tal se deve porque os espanhóis reconheceram que só é possível exercer o livre convencimento o juiz que participou dos debates orais. Ainda que esses atos orais sejam gravados ou realizados por videoconferência, há que se respeitar o princípio da identidade física do juiz. Além da Espanha, a Itália, a Áustria e a Alemanha criaram regras fixas para garantir o fiel cumprimento respeito à imediação e à identidade física. Enquanto no Brasil ocorre justamente o contrário, o juiz que não colheu as provas pode, sem que seja preciso repeti-las, proferir decisão, uma vez que também não é livre para valorar as provas.

5º lugar - Da adesão ao velho e ultrapassado brocardo latino “quod non est in actis non est in mundo”

Para piorar ainda mais a situação e abortar de vez o processo oral, a livre valoração das provas, a sana crítica e o prudente arbítrio do juiz na valoração das provas não mais se encontram previstos no ordenamento pátrio.

A exigência de que o juiz deve fundamentar suas decisões com base nas provas constantes dos autos, retirou do juiz o direito de exercer o seu livre convencimento,

probatória, resolverá a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor.”

Embora a redação originária do artigo 355⁸¹⁵ do PLS 166/2010, previsse que: “*o juiz apreciará livremente a prova, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na sentença as que lhe formaram o convencimento.*” Com a redação do artigo 378⁸¹⁶ do PL 8.046/2010, que deu origem ao artigo 369⁸¹⁷ do novo CPC, o livre convencimento do juiz passa a não ser mais livre, uma vez que a redação do referido artigo diz que “*o juiz apreciará a prova constante dos autos*”.

Com esta redação, o processo civil brasileiro acabou dando vida ao velho e ultrapassado princípio vinculado ao processo escrito, de que o que não está nos autos não está no mundo (*quod non est in actis non est in mundo*). Enquanto que, no processo oral nem sempre as razões do convencimento do juiz necessariamente estarão nos autos, pois as impressões recebidas pelo juiz em audiência, muito dificilmente são transpostos para as atas e termos escritos ou mesmo gravações a que são reduzidos os atos orais.

A partir do momento em que a Câmara aprova a retirada da expressão “juiz apreciará livremente a prova” (art. 355 do PLS 166/2010), para no seu lugar colocar a expressão “o juiz apreciará a prova constante dos autos” retirou do juiz toda a capacidade que este tinha, tal como acontece no processo oral, de livremente apreciar e valorar as provas, independentemente de estarem ou não nos autos. Nem sempre, poder-se-ia até mesmo dizer, quase nunca, as impressões recebidas em audiência pelo juiz são possíveis de serem transpostas para as atas. As atas, como já demonstrado na primeira parte deste trabalho apenas servem para refrescar a memória do juiz, em virtude do decurso do tempo, que não pode ser longo demais, entre a audiência e a prolação da sentença. Cabe ressaltar que por ser um escrito morto, que não fala, não tem ainda o condão de guardar todas as impressões colhidas.

⁸¹⁵“Art. 355. O juiz apreciará livremente a prova, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na sentença as que lhe formaram o convencimento.”

⁸¹⁶“Art. 378. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.”

⁸¹⁷ A redação final aprovada e que consta do artigo 369 do novo CPC prevê que: “O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.”

Logo, a exigir do juiz que profira uma sentença com base nas provas constantes dos autos, é o mesmo que dizer que ele não é livre para exercer o seu convencimento, uma vez que não mais poderá valer-se das impressões recebidas e que não são, por sua dificuldade, transpostas para as atas. Até mesmo quando se cala, se fala, se diz algo sob os olhares atentos do juiz, porque há também na mudez uma manifestação. As pausas, as tergiversações, os medos, os receios, o olhar, o gesticular, o falar, o calar são impressões que só podem ser recebidas pelo juiz e, por isso, a importância da imediatidade, alinhada com a concentração e identidade física do juiz. Portanto, exigir que o juiz profira decisão com base nas provas dos autos, é o mesmo que exigir que ele só profira decisão com base no que esteja nos autos e não nas impressões recebidas.

Como observou Mônica Sette Lopes⁸¹⁸, na audiência o papel do juiz pode ser comparado a de um ator que “é obrigar o juiz a enfrentar mais do que o seu lugar na densidade do texto escrito. É enfrentar os sentidos e a expressão daquilo que nem se imagina percebido.”⁸¹⁹ Até por que, o juiz não está sozinho, e tem que “relacionar com o cenário, com todo o contexto construído.” Logo, não há como o juiz, mesmo percebendo tudo a sua volta, a plateia, os gestos, as falas, as expressões, tenha, por ocasião da prolação da sentença, que voltar-se apenas para a densidade do texto escrito, quando as percepções por ele adquiridas lhe ofertará maiores e melhores condições de fundamentar a sua decisão.

Com a nova redação, o juiz não mais poderá valer-se de suas impressões pessoais, que não estiverem transpostas para o escrito. Por que o que não estiver constante dos autos, não poderá ser usado como fundamento de sua decisão. Com essa exigência, o processo civil retroage para os tempos primitivos aderindo ao já ultrapassado brocardo, transformando o bom juiz brasileiro num autômato, mero leitor das atas escritas, mortas, para delas aferir com quem está o direito, e proferir sentença apenas com base nelas.

⁸¹⁸LOPES, Mônica Sette. A formação do juiz para a oralidade: relato, memória e pedagogia do direito não escrito. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, pp. 137-175

⁸¹⁹LOPES, Mônica Sette. *Op. cit.*, p. 138

A expressão *o juiz apreciará a prova constante dos autos* (art. 369 do novo CPC) nem bem surge, e já merece ser completamente alijada, para permitir que o juiz volte a assumir o seu papel de destaque ao encenar a grande peça que se traduz no processo, deixando-o de ser mero espectador, papel que querem lhe dar, para com base nas impressões recebidas, possa livremente dizer o caminho que deve seguir os protagonistas. E que esta decisão final, seja a decisão que melhor reflita as impressões por ele recebidas e não somente aquelas que esteja constando do *script*.

Do contrário estar-se-á permitindo o retrocesso do tempo em que o processo era eminentemente escrito. Pode até mesmo admitir que, por opção legislativa, não se tenha adotado o processo oral no Brasil, mas, em definitivo não há como permitir que uma das conquistas do processo oral, que é o livre convencimento das provas possa ser, sem justificativa, eliminado do processo civil, para no seu lugar, exigir que o juiz aprecie as provas constantes dos autos, quando sabido que muitas das provas colhidas em audiência não são passíveis, por imprecisão destas, de serem transpostas para as atas, que nada mais servem do que servir de auxílio para a memória do juiz, para que ele possa, revolvendo sua lembrança, voltar no tempo em que elas foram realizadas.

Em suma, o processo oral não foi recepcionado pelo Novo Código de Processo Civil. Perderam os legisladores a grande oportunidade de adotar um processo que se mostra eficiente, e que por ser eficiente é eficaz, e que em muito auxiliaria na concretização da garantia constitucional tão almejada da duração razoável do processo. O Novo Código, com o seu procedimento único, tendo por modelo o procedimento ordinário do CPC de 1973, representou um retrocesso, por permitir que o processo brasileiro, ao invés de avançar, regrida ao tempo do processo escrito, tão veementemente combatido por Bentham, Mittermayer, Klein, Pagano e Chiovenda.

6.4 O processo oral e a mediação

Se por um lado, o legislador isola cada vez mais o juiz em seu gabinete, por outro, reconhece que a construção do acordo pelas partes via a mediação é uma saída a ser incentivada, estimulada e buscada.

Em todos os países revisitados neste trabalho, sem distinção, há uma preocupação de incentivar as partes a aderirem aos meios não adversariais de resolução de conflitos como é a mediação, embora se reconheça que o processo oral não é remédio para todos os males, assim também não o é a mediação.

É preciso reconhecer que o incentivo e o estímulo para a plena adesão aos meios alternativos de resolução de conflitos, previsto em vários dispositivos do novo CPC, ainda carece não só de estímulo, de conhecimento e de lei regulamentadora da mediação extrajudicial. No ordenamento espanhol, as partes quando da primeira audiência obrigatória, e não facultativa como no Brasil, são convidadas para assistirem um vídeo explicativo do que vem a ser a mediação. O que demonstra que não é só no Brasil, mas também na Espanha e outros países estes métodos são pouco ou nada conhecidos. E a mudança de mentalidade das partes deve vir acompanhada da mudança de toda uma sociedade.

Embora a mediação não tenha o condão de desafogar o judiciário, sem dúvida é um método que tem todas as características para devolver ao jurisdicionado as rédeas de sua própria vida. Uma decisão construída pelas próprias partes em conflito será certamente uma decisão que será cumprida, porque não nasce de uma decisão adjudicada. Ela é construída em um contraditório dinâmico pelas partes, com o auxílio de uma equipe ou de um mediador, que ao contrário do juiz, não impõe, não determina, não ordena.

Sem dúvida a mediação é um método em que presentes estão todos os princípios que orientam o processo oral, a começar pelo falar e ouvir. A mediação não procura resolver o conflito aparente. O conflito a ser trabalhado e estimulado nas sessões de mediação é justamente encontrar na espiral de conflitos anteriores às possíveis causas que levaram ao desgaste da relação entre as partes, tornando a relação conflituosa.

A mediação, portanto, trabalha o conflito como algo inerente ao ser humano. É o conflito que precisa ser trabalhado nas sessões de mediação. Logo, o falar, o ouvir, a oralidade em si está intrinsecamente relacionada com a mediação. O diálogo é base para uma boa e profícua mediação.

E, por consequência, também está presente na mediação a imediação. O mediador se põe entre as partes, procurando estimulá-las a falarem, a buscarem nesta espiral do conflito qual a melhor solução. Auxiliando-as, assim, na construção de um acordo. Logo, o mediador não exerce um papel de dizer, de ordenar de determinar. O seu papel é de verdadeiro imediador, cabe a ele estimular, incentivar e, dentro do possível, mostrar, sem interferir, e sempre por meio do diálogo entre e com as partes. O seu papel é o de estimular as partes a verem o que se encontrava encoberto, permitindo que elas, por si, removam os obstáculos que impediam a chegada de uma solução pacífica do conflito.

Em decorrência desta imediação presente na mediação, também há a necessidade de manter inalterada a identidade do mediador, em vista do que já foi trabalhado, estimulado. Contudo, como são as partes que têm e que devem ter o poder de decisão durante as sessões da mediação, e se elas quiserem nada impede que o mediador seja substituído. Mas, o mediador que vier para assumir o encargo do mediador substituído tem o dever de se inteirar sobre todas as sessões anteriores, para ter condições de analisar o conflito pelas anotações anteriores, desde claro que consintam as partes, em vista do sigilo que orienta as sessões e a mediação. Logo, embora também esteja presente a identidade física do mediador, é possível que ele passe o encargo a outro, se assim for da escolha das partes, mas em nada perdendo a mediação pelas sessões até a substituição realizada.

A concentração, outro pilar de sustentação do processo oral, também se encontra presente na mediação. As sessões deverão ser designadas em datas próximas, evitando-se que o tempo possa dispersar o debate e a construção do acordo. Uma mediação bem conduzida e estimulada não pode levar anos, sob pena de transformar a mediação num drama como o processo.

Por estarem presentes todos os requisitos do processo oral na mediação, as partes envolvidas não são tratadas como números, nem expedientes, mas sim como devem ser tratadas, com seus medos, anseios, angústias. Acredita-se, assim que uma via alternativa para adoção do verdadeiro processo oral já vem sendo buscada e estimulada. Mostrando o legislador brasileiro por vias transversas que o grau de eficiência e de eficácia do processo oral é bem superior ao processo escrito e justamente por permitir o que de melhor tem o ser humano, o contato, o ver, o falar, o ouvir, o perceber e saber decidir o que é melhor para si.

7. CONCLUSÃO

No presente trabalho ficou devidamente comprovado que o processo oral é um processo efetivo, e por ser efetivo é eficaz, sobretudo, por ser célere, imune a dilações indevidas e econômico. É o modelo que se adequa ao justo processo e que se bem compreendido possibilitará a duração razoável do processo.

O processo oral está sedimentado sob quatro princípios basilares, numa interconexão insolúvel, a saber: a concentração, a imediatidade, a identidade física do juiz e a livre valoração das provas. Identifica-se o processo oral, se esses princípios estiverem presentes no ordenamento processual. Desse modo, foi tarefa simples perceber que tanto o procedimento ordinário previsto no Código de Processo Civil de 1973 quanto o procedimento único previsto no Novo Código de Processo Civil adotam o modelo do processo oral.

O processo oral, no ordenamento brasileiro, encontra-se presente no rito sumário, no processo trabalhista e nos juzizados especiais, cujos números e dados demonstram o quão é ele um processo efetivo, propicia um contato imediato das partes com o juiz, auxiliando, ainda na fase inicial do processo, na busca da composição das partes e restabelecimento do conflito, por meio da conciliação que é estimulada e incentivada durante todo o *iter* processual.

O Novo Código de Processo Civil, embora tenha surgido com a ideia de se aproximar ou mesmo de adotar, em definitivo, o processo oral, acabou sendo completamente desvirtuado ainda quando de sua tramitação pelo Senado Federal, quando foi eliminado o princípio da imediatidade. Na Câmara não foi diferente, sendo o processo oral catapultado, em definitivo, seja pela não mais obrigatoriedade da audiência preliminar, seja pela exigência do julgamento com base apenas nas provas constantes dos autos e não na livre valoração das provas, renascendo das cinzas medievais, o ultrapassado princípio do que está nos autos não está no mundo.

Perde o legislativo brasileiro e, por consequência, a comunidade jurídica a oportunidade de ter colocado o processo civil nos trilhos da história, assim como

recentemente fizeram os espanhóis, e que tanto lutaram os reformistas dos códigos de processo civil italiano, austríaco e o alemão. Nestes países, ao contrário do que ocorreu no Brasil, procurou-se manter incólume os princípios que sustentam o processo oral, reforçando-os para permitir que o juiz, na condução do processo, entabule um verdadeiro diálogo entre as partes, por meio de um contraditório dinâmico e com a participação ativa e diligente do juiz e das partes na construção de um acordo, ou se assim não for, de uma decisão participada, evitando-se indesejáveis surpresas.

Com a aprovação do Novo Código de Processo Civil, a processualística brasileira acaba de entrar na contramão da modernidade. Nos países revisitados, o processo oral vem sendo cada vez mais valorizado e aprimorado, para manter a essência dos princípios que o sustenta.

O Brasil, seguindo postura contrária às pautas orientativas do Código Modelo para os Estados Ibero-americanos, não adotou o processo oral, não acolhendo o princípio da imediatidade (a identidade física do juiz), como também por não dar a devida guarida à concentração dos atos, e por prever que a decisão seja fundamentada com base nas provas constantes dos autos e não no livre convencimento, uma vez que a livre valoração perpassa pelo prudente arbítrio do juiz diante do conjunto probatório realizado à sua vista, inclusive das impressões percebidas em audiência, porque até mesmo quando se cala se diz algo.

De outro lado, observou-se que em todas as legislações revisitadas, assim como agora positivado no Novo Código de Processo Civil, houve opção de incentivar e estimular o uso dos métodos alternativos de resolução de conflitos, como a mediação. Mostrando-se a mediação ser fidedigna aos postulados do processo oral, por guardar em si os princípios que o sustenta, como a realização dos atos pela forma oral, respeitando os princípios da imediação, da concentração e da identidade física do mediador.

Mostrou-se no decorrer deste trabalho ser plenamente possível a adoção do processo oral pelo ordenamento processual brasileiro, desde que sejam observados seus princípios basilares. E nem mesmo há mais como manter o argumento utilizado

há 42 anos por Alfredo Buzaid, uma vez que a tecnologia proporcionou o encurtamento das distâncias. Além disso, nos países em que o processo oral foi recepcionado, este problema, quanto ao respeito à identidade física do juiz, vem sendo minorado pelo uso de outros meios, que não só a escrita, para formalização dos atos orais, tais como, a videoconferência e gravações audiovisuais.

Se o objetivo do legislador é fazer com que seja atenuada a morosidade do judiciário, proporcionando uma decisão de qualidade, o remédio não é outro que não o processo oral, que se tem despontado como melhor caminho, sobretudo, porque as partes, principais interessadas no provimento final, não são alijadas do processo, dele participando e interagindo com o juiz e as provas. Permite-se que a justiça seja mais humanizada, percebendo que cada caso é um caso, e não tratando os jurisdicionados como meros expedientes ou números a serem manipulados estatisticamente.

Portanto, nesse fascínio de aprender e apreender mais sobre o processo oral, descobriu-se que ele já nasceu vanguardista, veio para ultrapassar as barreiras que eram impostas aos jurisdicionados e até mesmo aos magistrados. Se o seu intuito teria sido inicialmente romper com as barreiras da prova legal e com o sigilo dos atos processuais, o que se verificou é que esse processo se torna o embrião do devido processo legal, por permitir não só a publicidade, a justa valoração da prova, como a participação dos interessados em contraditório dinâmico, e ainda por possibilitar o contato do juiz com as partes e provas, propiciando um processo mais humano.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. Código de Processo Civil Alemão (*Zivilprozessordnung – ZPO 1877*). Disponível em <http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/englisch_zpo.html>. Acesso em: 16 out 2014.

ALMEIDA, Cleber Lúcio de. **Princípios de direito processual do trabalho e o exame dos reflexos das recentes alterações do Código de Processo Civil no Direito Processual do Trabalho**. CHAVES, Luciano Athayde (org.). Direito processual do trabalho - Reforma e efetividade. São Paulo: LTr, 2007, pp. 17-25.

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. **Direito judiciário brasileiro**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S/A., 1960.

ALONSO, Carlos de Miguel y. **El principio de la inmediación dentro del sistema formal de la oralidad**. Boletín Mexicano de Derecho Comparado n. 24. México: Instituto Investigaciones Jurídicas – UNAM, 09-12/1975, p. 791-799. Disponível em <<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/24/art/art12.pdf>>. Acesso em: 11 mar 2014.

ALSINA, Hugo. **Las Nulidades en el Proceso Civil – Concepto y Función de Las Formas Procesales**. Lima: Ara Editores, 2006.

ALVIM, Arruda. **Notas sobre o projeto de Novo Código de Processo Civil**. Revista de Processo – RePro, vol. 191. São Paulo: Ed. RT, janeiro 2011, pp. 299-316 .

AMRANI-MEKKI, Soraya. **El impacto de las nuevas tecnologías sobre la forma del Proceso Civil**. In - CARPI, Federico y RAMOS, Manuel Ortells (org.) Oralidad y Escritura en un Proceso Civil Eficiente – Ponencias generales e informes nacionales. vol.I, València : Universitat de Valencia, 2008.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. **Conciliação no processo civil**. Disponível em <http://www.stj.jus.br/internet_docs/ministros/Discursos/0001118/texto%20ministra%20selecionado%20-%20%20Concilia%C3%A7%C3%A3o%20no%20Processo%20Civil%20-%20Piau%C3%AD.doc>. Acesso em: 28 set 2014.

ARAGÃO, E. D. Moniz de. **Sobre a Reforma Processual**. Doutrinas Essenciais de Processo Civil, vol. 1. São Paulo: Ed. RT, Outubro de 2011, pp. 501-519 .

ARAÚJO. Francisco Rossal de. **O princípio da oralidade no processo do trabalho (Uma análise comparativa dos sistemas normativos do Brasil e da Espanha)**. Disponível em <<http://www.amatra4.org.br/publicacoes/cadernos/caderno-09,>>. Acesso em: 20 out 2013.

ARAUJO, Igor Vidal. **Tempo, curso e imparcialidade do processo judicial e a transparência do Poder Judiciário brasileiro**. Disponível em <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/10872/1/2012_IgorVidalAraujo.pdf>. Acesso em: 1º dez 2014.

AROCA, Juan Montero. **El proceso civil llamado “social” como instrumento de “justicia” autoritaria**. Lima: Gaceta Jurídica. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, 2004. Vol. 6, pp. 15-50.

_____. **Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil**. Texto base de la conferencia pronunciada en las XVII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal», celebradas en San José, Costa Rica, los días 18 a 20 de octubre de 2000. Los poderes del juez e la oralidad. Valencia: Ed. Tirant Lo Blanc, 2001.

ASSIS, Araken de. **Manual dos Recursos**. São Paulo : Ed. RT., 2007.

ÁUSTRIA. Código de Processo Civil Austríaco (*Zivilprozessordnung – ZPO 1895*). Disponível em <<http://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001699&FassungVom=2014-10-12>>. Acesso em: 12 out 2014.

BARBI, Celso Agrícola. **Formação, Seleção e Nomeação de Juízes no Brasil, sob o Ponto de Vista da Humanização da Justiça**. Revista de Processo, vol. 3, n. 11/12. São Paulo: Ed. RT, julho/dezembro 1978, pp. 31-37.

_____. **O papel da conciliação como meio de evitar o processo e de resolver conflitos**. Revista de Processo – RePro, vol 10, n. 39. São Paulo: Ed. RT, julho/setembro 1985, pp. 119-121.

BARRENENGOA, Ainhoa Gutiérrez. **La oralidad y sus implicaciones en el proceso civil**. In - CARPI, Federico y RAMOS, Manuel Ortells (org.) Oralidad y Escritura en un Proceso Civil Eficiente – comunicaciones. Vol.II, València: Universitat de Valencia, 2008.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **O Código Modelo na América Latina e na Europa – Relatório Brasileiro**. Revista de Processo-RePro, vol. 113. São Paulo: Ed. RT, janeiro 2004, p. 147-173.

_____. **Efetividade do processo e técnica processual**, 2ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2007.

_____. **Poderes instrutórios do juiz**. 6ª ed, rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012.

BENTHAM, Jérémie. **Traité des Preuves Judiciaires**. Tome I. ‘Replica Edition is na unabridged fac-símile of tehe edition published in 1823 by Bossange Frères, Paris. Lexington: Elibron Classics, 2007.

_____. **Tratado de las Pruebas Judiciales**. Tradução de Don José Gomez de Castro. Madri: Imprensa de Don Gomes Jordan, 1835

BERIZONCE, Roberto O. **Bases para Actualizar el Código Modelo Procesal Civil para Iberoamerica**. Revista de Derecho Themis: Lima. Dezembro de 2010, pp. 185-197. Disponível em:

<<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/download/9128/9539>>. Acesso em: 29 set 2014.

BIAVATI, Paolo. **Oral and written evidence in Italian civil procedure law**. In - CARPI, Federico y RAMOS, Manuel Ortells (org.) *Oralidad y Escritura en un Proceso Civil Eficiente – Ponencias generales e informes nacionales*. vol.I, València: Universitat de Valencia, 2008.

BIDART, Adolfo Gelsi. **La Humanización del Proceso**. Revista de Processo, vol. 9. São Paulo: RT, Jan / 1978, pp. 105-160.

_____. **Proceso y Epoca de Cambio**. Revista de Processo, vol. 24. São Paulo: RT, Outubro de 1981, pp. 137-167.

BITTENCOURT, Lúcio C. A. **A oralidade no processo penal**. Rio de Janeiro : Forense, maio 1938, pp. 77-83.

BRASIL. Ordenações Filipinas. Disponível em <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>>. Acesso em: 09 maio 2014.

BRASIL. Constituição Império de 1824. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 13 set 2014.

BRASIL. Exposição de Motivos do CPC de 1939. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decllei/1930-1939/decreto-lei-1608-18-setembro-1939-411638-norma-pe.html>>. Acesso em: 30 out 2013.

BRASIL. Exposição de Motivos do CPC de 1973. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/177828/CodProcCivil%201974.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 11 set 2014.

BRASIL. Consolidação da Legislação Trabalhista – CLT. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 09 maio 2014.

BRASIL. Constituição de 1934. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 07 set 2014.

BRASIL. Constituição de 1937. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 07 set 2014.

BRASIL. Constituição de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 07 set 2014.

BRASIL. Código de Processo Penal – CPP. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 09 maio 2014.

BRASIL. Lei do Juizado Especial, Lei numero 9.099. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>. Acesso em: 28 set 2014.

BRASIL. Anteprojeto do novo Código de Processo Civil. Disponível em <<http://www.senado.leg.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=79547&tp=1>>. Acesso em: 21 set de 2014.

BRASIL. Código de Processo Civil Projetado – PL 8.046/2010 (relatório substitutivo aprovado na Câmara ao PLS 166/2010). Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=97FCF4B9821C4285612C994665FE2CAB.proposicoesWeb2?codteor=1246935&filename=Tramitacao-PL+8046/2010>. Acesso em: 13 set 2014.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – Relatórios “Justiça em Números” Disponível em <http://www.cnj.jus.br/images/eventos/lan%C3%A7amento_do_Justi%C3%A7a_em_Numeros_2013/Relat%C3%B3rio_Justi%C3%A7a_em_N%C3%BAmeros_-_Justi%C3%A7a_do_Trabalho.pdf>. Acesso em: 26 set 2014.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – Relatórios “Justiça em Números” Disponível em <http://www.cnj.jus.br/images/eventos/lan%C3%A7amento_do_Justi%C3%A7a_em_Numeros_2013/Relat%C3%B3rio_Justi%C3%A7a_em_N%C3%BAmeros_-_Justi%C3%A7a_Estadual.pdf>. Acesso em: 26 set 2014.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – Relatórios “Justiça em Números” Disponível em <http://www.cnj.jus.br/images/eventos/lan%C3%A7amento_do_Justi%C3%A7a_em_Numeros_2013/Relat%C3%B3rio_Justi%C3%A7a_em_N%C3%BAmeros_-_Justi%C3%A7a_Federal.pdf>. Acesso em: 26 set 2014.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – Relatórios “Justiça em Números” Disponível em <http://www.cnj.jus.br/images/eventos/lan%C3%A7amento_do_Justi%C3%A7a_em_Numeros_2013/Relat%C3%B3rio_Justi%C3%A7a_em_N%C3%BAmeros_-_Panomara_Nacional.pdf>. Acesso em: 26 set 2014.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – Relatórios “Justiça em Números” Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/10506:cerca-de-70-do-tempo-de-tramitacao-do-processo-judicial-gasto-com-atos-burocraticos>>. Acesso em: 23 nov 2014.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/noticias-gerais/8394-pesquisa-vai-identificar-custo-dos-processos>>. Acesso em: 1º dez 2014.

BRASIL – Ministério da Justiça – Secretaria de Reforma do Judiciário. Estudo sobre execuções fiscais no Brasil. Disponível em <http://www.cebepej.org.br/pdf/execucoes_fiscais.pdf>. Acesso em: 1º dez 2014.

BRASIL -Custo unitário do processo de execução fiscal na Justiça Federal. Disponível em <http://www.ipea.gov.br/porta/images/stories/PDFs/comunicado/110331_comunicad_oipea83.pdf>. Acesso em: 1º dez 2014.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Decisão REsp 911.802 – Voto vista-vencido do Ministro Herman Benjamin. Disponibilizado em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3402517&num_registro=200602724586&data=20080901&tipo=3&formato=PDF>. Acesso em: 13 jan 2015.

BRASIL. JUIZADO ESPECIAL INTINERANTE – Dados. Disponível em <<https://portal.trf1.jus.br/porta/trf1/juizado-especial-federal/jef/juizado-especial-federal/jef-itinerante/>>. Acesso em: 09 jan 2015.

BUZAID, Alfredo. **Estudos e pareceres de Direito Processual Civil**. Notas de Ada Pellegrini Grinover e Flávio Luiz Yarshell. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002.

CALAMANDREI, Piero. **L'opera di Francesco Klein e il processo civile austriaco**. Rivista di Diritto Processuale Civile, n.1, vol II. Padova: La Litotipo Editrice. 1925, pp. 80-83.

_____. **Il processo come giuoco**. Rivista di Diritto Processuale Civile, vol. 5, n.1. Padova: CEDAM, janeiro 1950, pp. 23-51.

_____. **Proceso y Democracia**. Tradução de Héctor Fix-Zamudio. Lima: Ara Editores, 2006.

_____. **Los Estudios de Derecho Procesal en Italia**. Lima: Ara Editores, 2006.

_____. **De las Buenas Relaciones entre Jueces y los Abogados en el Nuevo Proceso Civil**. Tradução Santiago Sentis Melendo. Lima: Ara Editores, 2006.

_____. **Oralità nel processo**. Opere Giudidiche, vol I. Napoli: Morano Editore, 1965, pp. 450-455.

_____. **La dialetticità del processo**. Opere Giudidiche, vol I. Napoli: Morano Editore, 1965, pp. 678-691.

_____. **Le controversie del lavoro e l'oralità**. Il Foro Italiano, Vol. 59, IV parte: Napoli: Societa Editrice, 1934, pp. 129/130-137/138, Disponível em <<http://www.jstor.org/stable/23137188>>. Acesso em: 1º abril 2014.

_____. ***Instituciones de Derecho Procesal Civil - segun el nuevo Codigo.*** Tradução de SENTIS MELENDO, Santiago e Prólogo ALSINA, Hugo. Buenos Aires: EJE, 1962.

CALMON, Petrônio. **O modelo oral de processo no século XXI.** Revista do Processo – RePro nº 178. São Paulo: Ed. RT, 2009, pp. 47-75.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo.** Revista Panóptica. Ano 01, n.6. Fev. 2007. Disponível em <<http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/59/64>>. Acesso em: 18 jan 2015.

CAMPOS, André Gambier. **Sistema de Justiça no Brasil: Problemas de Equidade e Efetividade.** Brasília: IPEA, fevereiro de 2008. Disponível em <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=4879&catid=306>. Acesso em: 12/01/2015.

CAMPOS, Francisco. **Projeto de Código de Processo Civil – Exposição de Motivos.** Revista Forense. Rio de Janeiro: Forense, outubro 1939, pp. 13-26.

CAPPELLETTI, Mauro. ***Procédure orale et procédure écrite.*** Milão: Giuffrè, 1971.

_____. ***Estudio del derecho y tirocinio profesional en Italia y en Alemania.*** Tradução Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Buenos Aires : EJE, 1959.

_____. ***La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità – contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel Processo Civile,*** vol 1. Milão : Ed. Giuffrè, 1962.

_____. ***La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità – contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel Processo Civile,*** vol 2. Milão: Giuffrè, 1974.

_____. ***El Proceso Civil en el Derecho Comparado.*** Tradução Santiago Sentis Melendo. Lima: Ara Editores, 2006.

_____. ***Iniziativa Probatoria del Giudice e Basi Pregiuridiche della Struttura del Processo.*** Rivista di Diritto Processuale, vol 22, n. 3. Padova: CEDAM, julho 1967, p. 407-427.

_____; GARTH, Brian. **Acesso à Justiça.** Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998.

CARDOSO, Oscar Valente. **A oralidade no Processo Civil Brasileiro.** Revista Dialética de Direito Processual, nº 115. São Paulo: Ed. Dialética, outubro de 2012, pp. 52-64.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Audiência de Instrução e Julgamento e Audiências Preliminares.** 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CARNELUTTI, Francesco. **Nuove riflessioni intorno al metodo**. Rivista di Diritto Processuale, vol. 13, n. 4. Padova: Ed. CEDAM, outubro 1958, pp.463-480.

_____. **Cómo se hace um processo**. Tradução de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Rosario: Ed. Juris, 2005.

_____. **Arte del Derecho – Seis meditaciones sobre el Derecho**. Lima: Ara Editores, 2006.

_____. **Derecho y proceso**. Tradução de Santiago Sentís Melendo Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971.

CARPI, Federico y RAMOS, Manuel Ortells (org.) **Oralidad y Escritura en un Proceso Civil Eficiente – Ponencias generales e informes nacionales**. vol. I, València: Universitat de Valencia, 2008.

CASTELLO, Luis Ángel. **La tension entre oralidad y escritura en Grecia y el testimonio de Alcídante de Elea**. Buenos Aires: Ed. Facultad de Filosofía y Letras, 2010.

CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. **Estudios de Teoría General e Historia del Proceso (1945-1972)**. Tomo II. UNAM - Universidad Nacional Autónoma de México : México, 1974.

_____. **Introducción al Estudio de la Prueba**. Estudios de Derecho Probatorio. Universidad Chile: Concepción, 1965.

_____. **Proceso oral y abogacia**. In- Estudios de teoría general e historia del proceso, t. II, 1º reimp. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1992.

CHIOVENDA, Giuseppe. **L'Oralità e la Prova**. Rivista di Diritto Processuale Civile, vol. 1, I, janeiro 1924, p. 5-32.

_____. **L'Idea Romana nel Processo Civile Moderno**. Rivista di Diritto Processuale Civile, vol. 9, I, janeiro 1932, p. 316-332.

_____. **Procedimento Oral**. Tradução de Osvaldo Magon. Rio de Janeiro : Ed. Forense, maio 1938, pp. 41-76.

_____. **Romanismo y Germanismo em el Proceso Civil**. Revista de la Facultad de Derecho de México, n 238 - Sección de 60 Años de la Revista de la Facultad, 2002, pp. 225-261. Disponível em <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/238/t/t10.pdf>>. Acesso em 15 julho 2014.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**, vol I. Tradução MENEGALE, J. Guimarães,acompanhada de notas de LIEBMAN, Enrico Tullio. São Paulo : Saraiva, 1965.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. III. Tradução MENEGALE, J. Guimarães, acompanhada de notas de LIEBMAN, Enrico Tullio. São Paulo : Saraiva, 1965.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. Tradução de Paolo Capitanio e anotações de LIEBMAN, Enrico Tullio. Campinas: Bookseller, 4ª ed., 2009.

CIPRIANI, Franco. ***I problemi del processo di cognizione tra passato e presente***. Palestra proferida na Universidade de Roma “La Sapienza” entre os dias 14 a 16 de novembro de 2002. Disponível em <<http://archivio.rivistaaic.it/materiali/convegni/roma20021114/cipriani.html>>. Acesso em: 05 abril 2014.

_____. ***L'avvocato e la verità***. Estudos em homenagem à professora da Pellegrini Grinover. YARSHELL, Flávio Luiz e MORAES, Mauricio Zanoide de (coordenadores). 1ª ed., São Paulo: DPJ Editora, 2005.

CODIGO PROCESAL CIVIL MODELO PARA IBEROAMERICA. Disponível em <<http://www.direitoprocessual.org.br/index.php?codigos-modelo-4>>. Acesso em: 28 set 2014.

COLÔMBIA. Julgamento da Corte Constitucional. Disponível em <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/T-546-95.htm>>. Acesso em: 21 nov 2014.

CONGRESSO “XIV CUMBRE JUDICIAL IBEROAMERICA”. Brasília, 4 a 6 de março de 2008. “**La oralidad procesal en Iberoamerica**”. Disponível em <http://www.cumbrejudicial.org/c/document_library/get_file?uuid=8b98e368-a52a-444e-8766-73c28c2690f7&groupId=10124>. Acesso em: 11 nov 2014.

COMOGLIO, Luigi Paolo. ***Etica e técnica del “Giusto Processo”***. Torino: Ed. Giappichelli, 2004.

CORDEIRO. Wolney de Macedo. **Da releitura do método de aplicação subsidiária das normas de direito processual comum ao processo do trabalho**. CHAVES, Luciano Athayde (org.). Direito processual do trabalho - Reforma e efetividade. São Paulo: LTr, 2007, pp. 26-51.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em <www.corteidh.or.cr>. Acesso em 11 nov 2013.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Regulamento. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_por.pdf>. Acesso em: 23 jan 2015.

COSTA. Alfredo Araújo Lopes da. **Direito Processual Civil Brasileiro**. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

COSTA, Anna Maria. **Os assessores de juízes e seu papel no Poder Judiciário** – reportagem. Revista Justilex. Ano 5, nº 60. Dezembro 2006, pp. 22-27.

COSTA, Eduardo José da Fonseca; DELFINO, Lúcio. **O assessor judicial. Novas tendências do processo civil – Estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil.** FREIRE, Alexandre et. all. (org.). Salvador: JusPodium. 2013, pp. 547-556.

COSTA, Sergio. **L’Oralità ed il Processo Civile Odierno.** Rivista di Diritto Processuale Civile, vol. 5, n.1. Padova: CEDAM, janeiro 1950, pp.77-81.

COUTURE, Eduardo J. **Oralidade e regra moral no processo civil.** *Revista Forense.* Rio de Janeiro: Ed. Forense. 1939, pp. 29-37.

_____. **La garanzia costituzionale del ‘dovuto processo legale’.** Rivista di Diritto Processuale, vol. 9, n. 1. Padova: Ed. CEDAM, 1954, pp. 81-101.

_____. **Estudios de Derecho Procesal Civil.** Tomo III. 3ª ed. Buenos Aires: Depalma. 2003.

_____. **Fundamentos Del Derecho Procesal Civil.** Montevideo: Ed. B de F, 2005.

CUNHA BARRETO. **Oralidade e concentração no processo civil.** Rio de Janeiro: Forense, maio - 1938, pp.65-76.

DAVI, René. **Os grandes sistemas de direito contemporâneo.** Tradução de CARVALHO. Hermínio A. São Paulo : Martins Fontes, 1996.

DEMARCHI, Paolo Giovanni. **Il nuovo Processo Civile.** Milão: Ed. Giuffré, 2009.

DENTI, Vittorio. **Problemi di riforma – L’oralità nelle riforme del Processo Civile.** Rivista di Diritto Processuale, vol. 25, n. 3. Padova: Ed. CEDAM, julho 1970, p. 434-443.

DERRIDA, Jacques. **A escritura e a diferença.** São Paulo: Ed. Perspectiva S/A. 2ª ed. 1995.

DIDIER JR, Fredie. **Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo.** Revista de Processo, vol. 198. São Paulo: Revista dos Tribunais. Agosto 2011, pp. 213-225.

_____. **O Princípio da Cooperação: Uma Apresentação.** Revista de Processo, vol. 127. São Paulo: Revista dos Tribunais. Set / 2005, pp. 75-80.

_____. **Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português.** Coimbra: Wolters Kluwer – Coimbra Editora, 2010

DINAMARCO. Candido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno.** São Paulo : Ed. RT, 1986.

_____. **A reforma do Código de Processo Civil.** São Paulo : Malheiros, 3ª ed., 1996.

_____. **Nova era do processo civil.** 3ª ed. rev. e atual. São Paulo : Ed. Malheiros, 2009.

_____. **Liebman e a cultura processual brasileira.** Estudos em homenagem à professora da Pellegrini Grinover. YARSHELL, Flávio Luiz e MORAES, Mauricio Zanoide de (coordenadores). 1ª ed., São Paulo: DPJ Editora, 2005.

DIZ, Fernando Martin. **Oralidad y eficiencia del proceso civil : ayer, hoy y mañana.** In - CARPI, Federico y RAMOS, Manuel Ortells (org.) Oralidad y Escritura en un Proceso Civil Eficiente – comunicaciones. Vol.II, València: Universitat de Valencia, 2008.

DOMÉNECH, Federic Adán. **Problemática judicial de la documentación de las actuaciones procesales orales.** In - CARPI, Federico y RAMOS, Manuel Ortells (org.) Oralidad y Escritura en un Proceso Civil Eficiente – comunicaciones. Vol.II, València: Universitat de Valencia, 2008.

ESPANHA. Constituição Espanhola de 1978. Disponível em <http://www.lamoncloa.gob.es/documents/constitucion_es1.pdf>. Acesso em: 26 out 2014.

ESPANHA. Ley de Enjuiciamiento Civil. Disponível em <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323>>. Acesso em: 25 out 2014.

FABRICIO, Adroaldo Furtado. **Fatos notórios e máximas de experiência.** Estudos em homenagem à professora da Pellegrini Grinover. YARSHELL, Flávio Luiz e MORAES, Mauricio Zanoide de (coordenadores). 1ª ed., São Paulo: DPJ Editora, 2005.

FARAH, Elias. **A advocacia e a crise da oralidade.** Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, vol. 4. São Paulo: RT, Julho de 1999, p. 167-175.

FASCHING, Hans W. **O Desenvolvimento do Código de Processo Civil Austríaco nos Últimos 75 Anos.** Revista de Processo, vol. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais. Janeiro 1977, pp. 115-125.

_____. **A Posição dos Princípios da Oralidade e da Imediação no Processo Civil Moderno - Descrita à Luz de Alguns Ordenamentos Processuais Centro-Europeus.** Revista de Processo, vol. 39. São Paulo: Revista dos Tribunais. Julho 1985, pp. 27-34.

FAVELA, José Ovalle. **La introducción del material fáctico en el Proceso Civil.** Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva série, año XLIV, num. 131, mayo-agosto 2011, pp. 657-674.

_____. **México – Oralidad y escritura como factores de eficiencia procesal.** In - CARPI, Federico y RAMOS, Manuel Ortells (org.) Oralidad y Escritura en un Proceso Civil Eficiente – Ponencias generales e informes nacionales. Vol.I, València: Universitat de Valencia, 2008.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual Civil**. Tradução Elaine Nassif. 8ª ed. Campinas: Bookseller, 2006

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A concretização dos princípios constitucionais no Estado Democrático de Direito**. Estudos em homenagem à professora da Pellegrini Grinover. YARSHELL, Flávio Luiz e MORAES, Mauricio Zanoide de (coordenadores). 1ª ed., São Paulo: DPJ Editora, 2005.

FIUZA, César (coord.) **Direito Processual na História**. Belo Horizonte : Mandamentos, 2002.

FRANCO, Alberto Silva. **O perfil do juiz na sociedade em processo de globalização**. Estudos em homenagem à professora da Pellegrini Grinover. YARSHELL, Flávio Luiz e MORAES, Mauricio Zanoide de (coordenadores). 1ª ed., São Paulo: DPJ Editora, 2005

GADAMER, Hans- Georg. **Verdade e Mito I : Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 3. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Editora Vozes, 1997.

_____. **Arte y Verdad de la Palabra**. Tradução GARCIA, José Francisco y ONCINA, Faustino. Barcelona : Ed. Paidós Ibérica S/A, 1ª ed. 1998.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Breve estudo sobre a oralidade no Processo Civil Romano**. Uberaba: Revista Jurídica UNIJUS, V.9, n. 10, Mai. 2006, p.77-95.

GALVEZ, Juan Monroy. **Relación sobre la prueba entre la oralidad e la escritura en el proceso civil Peruano**. In - CARPI, Federico y RAMOS, Manuel Ortells (org.) Oralidad y Escritura en un Proceso Civil Eficiente – Ponencias generales e informes nacionales. vol. I, València: Universitat de Valencia, 2008.

GARCÍA, Jesús María González. **Oralidad, intermediación y médios técnicos de grabación y reproducción de la imagen y el sonido en el proceso civil: haciendo de la necesidad virtude**. In - CARPI, Federico y RAMOS, Manuel Ortells (org.) Oralidad y Escritura en un Proceso Civil Eficiente – comunicaciones. Vol.II, València: Universitat de Valencia, 2008.

GARÇON, Maurice. **Sull'Oratoria Forense**. Milão: Giuffrè, 1957.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

GIORDANO, Luís Torello. **Principales lineamientos del Anteproyecto de Código Procesal Civil-Modelo para Iberoamérica**. Revista do Processo – RePro vol. 53. São Paulo: Ed. RT, janeiro 1989, pp. 108-121.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012

GONÇALVES, Gláucio Ferreira Maciel. **Observação jurídico-sociológica da lei dos juizados especiais federais**. Tese UFMG. 2007.

GONZAGA, João Bernardino. **A inquisição em seu mundo**. São Paulo: Saraiva, 4ª edição. 1993.

GOLDSCHMIDT, James. **Derecho Procesal Civil**. Tradução de Prieto Leonardo Castro. Barcelona: Ed. Labor S.A, 1936.

GOYCOOLEA, Pia Tavolari. **La fase introductiva y el contrato procesal en el proceso civil latino-americano**. In - CARPI, Federico y RAMOS, Manuel Ortells (org.) *Oralidad y Escritura en un Proceso Civil Eficiente – Ponencias generales e informes nacionales*. vol. I, València: Universitat de Valencia, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Processo Trabalhista e Processo Comum**. Revista de Direito do Trabalho, vol. 15. São Paulo: RT. Setembro de 1978, p. 85-95.

_____. **O processo em sua unidade – II” Processo trabalhista e processo comum**. Rio de Janeiro : Forense, 1984. pp. 122-134.

_____. **Conciliação**. Revista de Processo, vol. 41. São Paulo: RT, janeiro 1986, pp. 198-206.

_____. **Novas tendências do direito processual: de acordo com a Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990

_____. **Deformalização do Processo e Deformalização das Controvérsias**. Revista de Processo. vol. 46 São Paulo: RT, Abril 1987, pp. 60-77.

_____. **Efficienza e Garanzie: I Nuovi Istituti Processuali in America Latina**. Revista de Processo.vol. 203. São Paulo: RT, Janeiro de 2012 pp. 267-284.

_____; WATANABE, Kazuo. **Recepção e Transmissão de Institutos Processuais Cíveis**. Revista de Processo. vol. 140. São Paulo: RT, outubro de 2006, pp. 143-154.

GRUNSKY, Wolfgang. **Il cosiddetto ‘Modelo di Stoccarda’ e l’accelerazione del Processo Civile Tedesco**. Tradução para o Italiano, Lieselotte Geick Losano. Rivista di Diritto Processuale Civile, vol. 26, n.3. Padova: CEDAM, julho 1971, p. 354-369.

GUASP, Jaime. **Juez y hechos en el Proceso Civil – Una crítica del derecho de disposición de las partes sobre el material de hecho del proceso**. Barcelona: BOSCH, 1943.

_____. **Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil**. 2º ed, tomo I. Madrid: M. Aguilar. 1948.

GUEDES, Jefferson Carús. **O princípio da oralidade – procedimento por audiências no Direito Processual Civil Brasileiro**. São Paulo : Ed. RT, 2003

GUILLÉN, Victor Fairén. **La Humanización del Proceso: Lenguaje, Formas, Contacto entre los Jueces y las Partes desde Finlandia hasta Grecia**. Revista de Processo, vol. 14. São Paulo: RT, Abril 1979, pp. 127-179.

_____. **El proceso oral y eficaz ante el milenar Tribunal de las Aguas de Valencia**. In - CARPI, Federico y RAMOS, Manuel Ortells (org.) Oralidad y Escritura en un Proceso Civil Eficiente – Ponencias generales e informes nacionales. vol. I, València : Universitat de Valencia, 2008.

GUIMARÃES. Luis Machado. **O processo oral e o processo escrito**. Revista Forense. Rio de Janeiro: Ed. Forense, maio 1938, pp. 30-37.

GUIMARÃES. Luis Machado. **A reforma processual e a missão do advogado**. Revista Forense. Rio de Janeiro: Ed. Forense. Outubro de 1939, pp. 35-42.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa (Coord.). Brasil. Secretaria de Reforma do Judiciário (SRJ). **Avaliação do impacto das modificações no regime do recurso de agravo e proposta de simplificação do sistema recursal do CPC**. Secretaria de Reforma do Judiciário. Instituições executoras: Universidade Federal de Minas Gerais e Universidade Federal da Bahia. Brasília : Ministério da Justiça, 2013.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. **Fatores de produtividade: proposta de avaliação do desempenho do magistrado federal**. Administração da Justiça Federal : concurso de monografias, 2004/ Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários. Brasília : CJF, 2005. pp. 10-56. Disponível em <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/monografia10.pdf>>. Acesso em: 1º nov 2014.

HERCULANO, Alexandre. **A Historia da origem e estabelecimento da inquisição em Portugal**. Lisboa: Fonte digital: Biblioteca Nacional Digital. Disponível em <<http://bnd.bn.pt/> ou <http://purl.pt/>>. Acesso em: 11 mar 2014.

HERRERO, Pilar Lasheras. **Mediación familiar: oralidad y principios de procedimiento**. In - CARPI, Federico y RAMOS, Manuel Ortells (org.) Oralidad y Escritura en un Proceso Civil Eficiente – comunicaciones. Vol.II, València: Universitat de Valencia, 2008.

HESPANHA, António Manuel. **Apontamentos de Historia do Direito Português**. Coimbra: João Abrantes, 1970.

HIRSCH, Günter. **Oralidad e inmediatez del proceso. Tensión entre los parámetros constitucionales y los aspectos de la economía procesal en el procedimiento judicial**. Revista Mexicana de Justicia, nº. 14. México: Reforma Judicial, 2009, pp. 189-202. Disponível em <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/refjud/cont/14/cle/cle10.pdf>>. Acesso em: 21 jan 2014.

ITÁLIA. Constituição Italiana. Disponível em <<http://www.governo.it/Governo/Costituzione/CostituzioneRepubblicaItaliana.pdf>>. Acesso em: 09 nov 2014.

ITÁLIA. Codice di Procedura Civile. Disponível em <<http://www.studiocataldi.it/codiceproceduracivile/codicediproceduracivile.pdf>>. Acesso em: 09 nov 2014.

ITÁLIA. Sentença da Corte Constitucional Italiana de numero 272, de 2012. Disponível em <<http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>>. Acesso em: 15 nov 2014.

ITÁLIA. Lei Mediazione civile: il testo aggiornato del D.Lgs. 28/2010. Decreto legislativo 04.03.2010 n° 28 , G.U. 05.03.2010. Disponível em <<http://www.altalex.com/index.php?idnot=55668>>. Acesso em: 15 nov 2014.

JAYME, Fernando Gonzaga. **A supranormatividade dos direitos humanos**. Tese. UFMG. 2003

_____. **Tribunal Constitucional: exigência democrática**. Belo Horizonte: Del Rey. 1999.

_____. **Os problemas da efetiva garantia de proteção judicial perante o poder judiciário Brasileiro**. “Processo Civil – Novas Tendências Homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior” – Coordenadores Fernando Gonzaga Jayme e outros. Belo Horizonte : Del Rey, 2008.

JUNOY, Joan Picó I. **El principio de oralidad en el proceso civil español**. In - CARPI, Federico y RAMOS, Manuel Ortells (org.) Oralidad y Escritura en un Proceso Civil Eficiente – Ponencias generales e informes nacionales. vol. I, València: Universitat de Valencia, 2008.

_____; GURI, Elisabet Cerrato. **El control de la valoracion judicial de las pruebas personales en la segunda instancia civil**. In - CARPI, Federico y RAMOS, Manuel Ortells (org.) Oralidad y Escritura en un Proceso Civil Eficiente – comunicaciones. Vol.II, València: Universitat de Valencia, 2008.

KÖNIG, Bernhard. **La ZPO Austriaca dopo la Novella del 1983**. Rivista di Diritto Processuale Civile, vol. 43, n.3. Padova: CEDAM, julho 1988, pp.712-721.

LACERDA, Galeno. **Despacho Saneador**. Porto Alegre : Ed. La Salle, 1953.

_____. **Considerações sobre a reforma processual**. Revista de Direito Processual Civil, vol 6. Ano III. São Paulo: Saraiva. 07 a 12/2006, pp. 127-141.

LEIPOLD, Dieter. **Elementos orales y escritos en la fase fase introductoria del Proceso Civil**. In - CARPI, Federico y RAMOS, Manuel Ortells (org.) Oralidad y Escritura en un Proceso Civil Eficiente – Ponencias generales e informes nacionales. vol.I, València : Universitat de Valencia, 2008.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Os trabalhos para reforma do processo civil na Itália**. Revista Forense. Rio de Janeiro: Ed. Forense, janeiro 1940, pp. 86-90.

LOPES, Mônica Sette. **A formação do juiz para a oralidade: relato, memória e pedagogia do direito não escrito.** MARTINS FILHO, Ives Gandra (org.). Efetividade do direito e do processo do trabalho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, pp. 137-175.

LÓPEZ, Maria Luisa Escalda. **La oralidad: de principio del procedimiento a instrumento viabilizador del (debido) proceso.** In - CARPI, Federico y RAMOS, Manuel Ortells (org.) Oralidad y Escritura en un Proceso Civil Eficiente – comunicaciones. Vol.II, València: Universitat de Valencia, 2008.

LÓPEZ, Julio Sigüenza. **La oralidad, sus lógicas exigencias y algunos inconvenientes del auxilio judicial.** In - CARPI, Federico y RAMOS, Manuel Ortells (org.) Oralidad y Escritura en un Proceso Civil Eficiente – comunicaciones. Vol.II, València: Universitat de Valencia, 2008.

LOSANO, Mario G. **Los grandes sistemas jurídicos.** Madrid : Unigraf Ed., 1993.

LUISO, Francesco P. **Presente e futuro della conciliazione in Italia.** Estudos em homenagem à professora da Pellegrini Grinover. YARSHELL, Flávio Luiz e MORAES, Mauricio Zanoide de (coordenadores). 1ª ed., São Paulo: DPJ Editora, 2005.

MANDRIOLI, Crisanto. **Corso di Diritto Processuale Civile.** Tomo I – Nozione Introduttive e Disposizioni Generali. 7ª edizione. Torino : Ed. Giappichelli, 2009.

_____. **Corso di Diritto Processuale Civile.** Tomo II – Il processo di Cognizione. 7ª Edizione. Torino : Ed. Giappichelli, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme Bittencourt. **O Custo e o Tempo do Processo Civil Brasileiro.** Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba: UFPR, 2005. Disponível em <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/view/1770/1467>>. Acesso em: 22 abril 2014.

_____. **La prueba en el sistema oral Brasileño.** In - CARPI, Federico y RAMOS, Manuel Ortells (org.) Oralidad y Escritura en un Proceso Civil Eficiente – Ponencias generales e informes nacionales. vol. I, València: Universitat de Valencia, 2008.

MARTINS, Pedro Batista. **Sobre o Código de Processo Civil.** Revista Forense. Rio de Janeiro: Ed. Forense. Novembro de 1939, pp. 13-21.

MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil,** vol's I e II, atualizado por ALVES, Vilson Rodrigues. Campinas: Ed. Bookseller, 1997.

MATUS, Pamela Contreras. “Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil.” Rev. derecho (Valdivia), jul. 2003, vol.14, p.253-256

MELERO, Valentin Silva. **O chamado dever de dizer a verdade no processo civil.** Revista Forense. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 1940, pp 79-82.

MICHELI, Gian Antônio. *La Carga de La Prueba*. Tradução Santiago Santis Melendo. Buenos Aires: EJE, 1961.

MOLINARE, Carlo. *Un'esperienza fallita (Il Codice Processuale Civile 1942)*. Rivista di Diritto Processuale, vol 1, n. I. Padova: CEDAM, julho 1946, pp. 165-181.

MONTERO, Regina Garcimartín. *Orden y preclusión en las comparencias en los procesos civiles. Oralidad y Escritura en um proceso civil eficiente*. CARPI, Federico e ORTELLS, Manuel (org.). Valência : Universitat de València, 2008.

MOREIRA. José Carlos Barbosa, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, 6ª ed. 2ª tir, rev. e atadaual., Rio de Janeiro : Forense, 1994.

_____. **Temas de Direito Processual: terceira série**. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. **Temas de Direito Processual : quarta série**. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. **Temas de Direito Processual: quinta série**. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. **Temas de Direito Processual: sexta série**. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. **Temas de Direito Processual, oitava série**. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Reformas Processuais e Poderes do Juiz**. Rio de Janeiro: Revista da EMERJ, v. 6, n. 22. 2003, pp. 58-72. Disponível em <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista22/revista22_58.pdf>. Acesso em: 13 jan 2015.

_____. **La Significación Social de las Reformas Procesales**. Revista de Processo, vol. 131. São Paulo: RT, janeiro 2006, pp. 153-162.

_____. **Tendências Contemporâneas do Direito Processual Civil**. Revista de Processo, vol. 31. São Paulo: RT, julho 1983, pp. 199-211.

_____. **O Neoprivatismo no Processo Civil**. Revista de Processo, vol. 122. São Paulo: RT, abril 2005, pp. 9-18.

_____. **O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo**. Revista da EMERJ, vol 6, n. 24. Rio de Janeiro: EMERJ, 2003, pp. 55-69.

_____. **O futuro da justiça: alguns mitos**. In Temas de Direito Processual, oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004, pp.1-13

MURILLO, Javier Mayoral. *La oralidade en los procesos civiles*. Baja California: PJBC, 2012. Disponível em <[http://www.pjbc.gob.mx/instituto/LA%20ORALIDAD%20EN%20LOS%20PROCESO%20S%20CIVILES%20\(C-INST\).pdf](http://www.pjbc.gob.mx/instituto/LA%20ORALIDAD%20EN%20LOS%20PROCESO%20S%20CIVILES%20(C-INST).pdf)>. Acesso em: 20 jul 2014.

NAVARRO, José Bonet. *Principales factores de eficiencia en el proceso civil más allá de la oralidad*. In - CARPI, Federico y RAMOS, Manuel Ortells (org.)

Oralidad y Escritura en un Proceso Civil Eficiente – comunicaciones. Vol.II, València: Universitat de Valencia, 2008.

NICORA, Attilio. ***Il principio di oralità nel diritto processuale civile italiano e nel diritto processuale canonico***. Roma: Università Gregoriana Editrice, 1977

NOSETTE, J. Almagro, **Garantías constitucionales del proceso civil, para un proceso civil eficaz**. Barcelona: ed. Ramos Méndez, 1982.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; CÂMARA, Bernardo Ribeiro; SOARES, Carlos Henrique. ***Curso de Direito Processual Civil – Fundamentação e Aplicação***. 2ª ed. Belo Horizonte: Ed. Forum, 2013.

_____; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. **Por um novo paradigma processual**. Pouso Alegre: Revista Faculdade de Direito do Sul da Minas, vol 26. Jan/Jun 2008, pp. 79-98.

_____. BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. **Eficiência processual: algumas questões**. Revista de Processo, vol. 169. São Paulo: Revista dos Tribunais. Março 2009, pp. 116-139.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Garantia do Contraditório**. In *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. São Paulo: RT, 1999. Disponibilizado em <<http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/oliveir1.htm>>. Acesso em: 09 jan 2015.

_____. **Poderes do juiz e visão cooperativa do processo**. Revista de Direito Processual Civil, n. 27. Curitiba: Gênese, 2003. Disponibilizado em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/18154-18155-1-PB.htm>>. Acesso em: 09 jan 2015.

OLIVEROS, Raúl Tavolari. Chile – **La prueba entre la oralidad y la escritura**. In - CARPI, Federico y RAMOS, Manuel Ortells (org.) *Oralidad y Escritura en un Proceso Civil Eficiente – Ponencias generales e informes nacionales*. vol.I, València: Universitat de Valencia, 2008.

ONG, Walter J. **Oralità e scrittura– Le tecnologia dela parola**. Tradução italiana di CALLANCHI, Alessandra. Bologna: Mulino, 1986.

OTEIZA, Eduardo. Argentina – **El fracaso de la oralidade en el proceso civil argentino**. In - CARPI, Federico y RAMOS, Manuel Ortells (org.) *Oralidad y Escritura en un Proceso Civil Eficiente – Ponencias generales e informes nacionales*. Vol.I, València: Universitat de Valencia, 2008.

PAGANO, Mario Pagano. **Considerazioni sul processo criminale**. Napoli: Stamperia Dell'Aquila, 1833.

PASSANANTE, Luca. **England – Oralità e scrittura nel processo civile inglese**. In - CARPI, Federico y RAMOS, Manuel Ortells (org.) *Oralidad y Escritura en un Proceso Civil Eficiente – Ponencias generales e informes nacionales*. Vol.I, València: Universitat de Valencia, 2008.

PÉREZ, Marta del Pozo. **La quiebra de la intermediación en la segunda instancia del proceso civil**. In - CARPI, Federico y RAMOS, Manuel Ortells (org.) Oraldad y Escritura en un Proceso Civil Eficiente – comunicaciones. Vol.II, València: Universitat de Valencia, 2008.

PEYRANO, Jorge W. **La prueba entre la oralidad y la escritura**. In - CARPI, Federico y RAMOS, Manuel Ortells (org.) Oraldad y Escritura en un Proceso Civil Eficiente – Ponencias generales e informes nacionales. vol. I, València : Universitat de Valencia, 2008.

_____. **Nuevos horizontes de la oralidad y de la escritura**. Revista eletrônica Temas Atuais de Processo Civil, vol. 2. n. 5, maio 2012, p.p 4-34. Disponível em <<http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-anteriores/58-v2-n5-maio-de-2012/191-nuevos-horizontes-de-la-oralidad-y-de-la-escritura>>. Acesso em: 11 mar 2014.

PEREIRA NETO, Antônio Raimundo. **Princípio da identidade física do juiz no processo laboral brasileiro pelo cancelamento da Súmula 136 do TST**. Revista de Processo – RePro, vol. 141. São Paulo: Ed. RT, janeiro 2011, p. 141-156.

PICARDI, Nicola. **Le riforme processuali e sociali di Franz Klein**. Revista di storia giuridica dell'età medievale e moderna, fevereiro de 2012. Disponível em <<http://www.historiaetius.eu/uploads/5/9/4/8/5948821/picardi2.pdf>>. Acesso em: 05 abril 2014.

_____: NUNES, Dierle. **Il processo civile brasiliano dalle ordinazioni Filippine al Codice del 1973**. Milão: Ed. CEDAM. Rivista di Diritto Processuale, Anno LXVI, N. 4, Luglio-Agosto 2011, pp. 926-936.

PINHEIRO, Armando Castelar. **Judiciário e Economia no Brasil**. CASTELAR, Armando (organizador). Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2009. Disponível em <http://www.bvce.org/DownloadArquivo.asp?Arquivo=CASTELAR_Judiciario_e_economia_no_Brasil.pdf>. Acesso em: 1º julho 2014.

PISANI, Andrea Proto. **Mauro Cappelletti riformatore del processo civile italiano**. Vol. 128, No. 11. Il Foro Italiano. Napoli: Societa Editrice, novembre 2005, pp. 245/246-247/248. Disponível em <<http://www.jstor.org/stable/23201192>>. Acesso em: 02 abril 2014.

PLATÃO. **Fédon**. Disponível em <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv000031.pdf>>. Acesso em: 12 out 2013.

QUIJANO, Jairo Parra. **La prueba entre la oralidad y la escritura**. In - CARPI, Federico y RAMOS, Manuel Ortells (org.) Oraldad y Escritura en un Proceso Civil Eficiente – Ponencias generales e informes nacionales. vol. I, València: Universitat de Valencia, 2008.

RAGONE, Álvaro J. Pérez. **Oralidad y prueba en Alemania, informe nacional**. In - CARPI, Federico y RAMOS, Manuel Ortells (org.) *Oralidad y Escritura en un Proceso Civil Eficiente – Ponencias generales e informes nacionales*. vol. I, València: Universitat de Valencia, 2008.

_____; PRADILLO, Juan Carlos Ortiz. **Código Procesal Civil alemán [ZPO] – Traducción con un estudio introductorio al proceso civil alemán contemporáneo**. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2006.

RAMOS, Manuel Ortells; CARPI, Federico (org.) **Oralidad y Escritura en un Proceso Civil Eficiente – Ponencias generales e informes nacionales**. vol. I, València: Universitat de Valencia, 2008.

REALE, Giovanni. **Platão. História da Filosofia Grega e Romana**, vol III. Tradução Henrique Cláudio de Lima Vas e Marcelo Perine. São Paulo : Edições Loyola, 2007.

REDENTI, Enrico. **L'Umanità nel Nuovo Processo Civile**. Rivista di Diritto Processuale, vol 18, n. I. Padova: CEDAM, janeiro 1941, p.25-34.

_____. **Sul nuovo progetto del codice di procedura civile**. Il Foro Italiano, Vol. 59, Parte IV : Monografie e Varietà. Napoli: Societa Editrice, 1934, pp. 177/178-201/202. Disponível em < <http://www.jstor.org/stable/23137193>>. Acesso em: 1º abril 2014.

_____; VELLANI, Mario. **Lineamenti di Diritto Processuale Civile**. Milão: Ed. Giuffrè. 2005.

RELATÓRIO ICJ – Brasil. 1º Trimestre/2012. 4ª Onda, Ano 3. Fundação Getúlio Vargas. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/9799/Relat%C3%B3rio%20ICJBrasil%201%C2%BA%20Trimestre%20-%202012.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 21 nov 2014.

RICHARDS, Jeffrey. **Sexo, desvio e danação – as minorias na idade média**. Rio de Janeiro : Jorge Zahar Ed., 1993.

RODRÍGUEZ, Carolina Fons. **La videoconferencia en el proceso civil (la telepresencia judicial)**. In - CARPI, Federico y RAMOS, Manuel Ortells (org.) *Oralidad y Escritura en un Proceso Civil Eficiente – comunicaciones*. Vol.II, València: Universitat de Valencia, 2008.

RODRÍGUEZ, Nicolás Cabezudo. **Aproximación a la teoría general sobre el principio de inmedición procesal**. De la comprensión de su trascendencia a la expansión del concepto. In - CARPI, Federico y RAMOS, Manuel Ortells (org.) *Oralidad y Escritura en un Proceso Civil Eficiente – comunicaciones*. Vol.II, València: Universitat de Valencia, 2008.

ROMEU, Francisco Ramos. **Forma del proceso y funcionamiento de la justicia: análisis de derecho comparado**. In - CARPI, Federico y RAMOS, Manuel Ortells (org.) *Oralidad y Escritura en un Proceso Civil Eficiente – comunicaciones*. Vol.II, València: Universitat de Valencia, 2008.

ROSA, Eliézer. **Capítulos de História do Direito Processual Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro : Ed. Rio, 1975.

ROSEMBERG, Leo. **Tratado de Derecho Procesal Civil**. Tradução VERA, Ângela Romera. Buenos Aires : Ediciones Jurídicas Europa-America, 1955.

RUIZ, Juan Cámara. **Las facultades del juez en la actividad probatoria y la oralidad**. In - CARPI, Federico y RAMOS, Manuel Ortells (org.) Oralidad y Escritura en un Proceso Civil Eficiente – comunicaciones. Vol.II, València: Universitat de Valencia, 2008.

SANTOS, Andrés de la Oliva. **El papel del Juez en el Proceso Civil – Frente a ideología, ‘prudentia iuris’**. Pamplona: Thomson Reuters, 2012.

SANZ, Maria Rosa Gutierrez. **La oralidad en las técnicas de gestión de conflictos utilizadas por el juez en la audiencia previa**. In - CARPI, Federico y RAMOS, Manuel Ortells (org.) Oralidad y Escritura en un Proceso Civil Eficiente – comunicaciones. Vol.II, València: Universitat de Valencia, 2008.

SATTA, Salvatore. **Giuseppe Chiovenda nel centenario della nascit**. Roma: Accademia Nazionale dei Lincei, 1974.

_____. **Il formalismo nel processo**. Rivista Trimestrale di Diritto Processuale Civile, vol. 12, n.I. Milão: Giuffrè, janeiro 1958, p. 1141-1158.

SCHOENBORN. **Caracteres gerais do processo civil austríaco de 19 de agosto de 1895**. Tradução de Osvaldo Magon. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, janeiro 1940, pp. 91-99.

SCIALOJA, Vittorio. Procedimento Civil Romano – Ejercicio y defensa de los Derechos. Tradução de MELENDO, Santiago Sentis y REDIN, Marino Ayerra. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1954

SILVA, Paulo Eduardo Alves (coord.) et. all. Pesquisa “**Análise da Gestão e Funcionamento dos Cartórios Judiciais**”, Ministério da Justiça - Secretaria de Reforma do Judiciário, Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, Apoio Institucional: Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais – CEBEPEJ e Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas – DIREITO GV, Junho de 2007. Disponível em <<http://portal.mj.gov.br/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTSvc.asp?DocumentID=%7B4D9A93BE-8575-4204-AA79-7F6BB54E3F88%7D&ServiceInstUID=%7B74528116-88C5-418E-81DB-D69A4E0284C0%7D>>. Acesso em: 13 abril 2014.

SILVA, Paulo Eduardo Alves. **Gestão e funcionamento dos cartórios judiciais**. 2012. Disponível em <<http://reedpesquisa.org/wp-content/uploads/2012/06/Semin%C3%A1rio-Tem%C3%A1tico-1-Gest%C3%A3o-da-Justi%C3%A7a.pdf>>. Acesso em: 13 abril 2014.

SIMÓN, Luis María. Uruguay - **La prueba entre la oralidad y la escritura**. In - CARPI, Federico y RAMOS, Manuel Ortells (org.) Oralidad y Escritura en un Proceso Civil Eficiente – Ponencias generales e informes nacionales. vol. I, València: Universitat de Valencia, 2008.

SOTELO, José Luis Vásquez. **La oralidad y escritura en el moderno proceso civil español y su influencia sobre la prueba**. In - CARPI, Federico y RAMOS, Manuel Ortells (org.) Oralidad y Escritura en un Proceso Civil Eficiente – comunicaciones. Vol.II, València: Universitat de Valencia, 2008.

SPRUNG, Rainer. **Os Fundamentos do Direito Processual Civil Austríaco**. Revista de Processo, vol. 17. São Paulo: Revista dos Tribunais. Jan / 1980, pp. 138-152.

STORME, Marcel. **Más voz y menos letra: En defensa de la oralidad en los Procesos Judiciales**. In - CARPI, Federico y RAMOS, Manuel Ortells (org.) Oralidad y Escritura en un Proceso Civil Eficiente – Ponencias generales e informes nacionales. vol. I, València : Universitat de Valencia, 2008.

STÜRNER, Rolf. **Sobre as reformas recentes no Direito Alemão e alguns pontos em comum com o projeto brasileiro para um novo Código de Processo Civil**. Revista de Processo, RePro vol. 193. São Paulo: Revista dos Tribunais. Março 2011, pp. 355-365

_____; KERN, Christoph. **Processo Civil Comparado – Tendências Recentes e Fundamentais**. Revista do Processo – RePro vol. 200. São Paulo: Revista dos Tribunais. outubro 2011, pp. 203-224.

TARUFFO, Michele. **Oralidade y escritura como factores de eficiencia en el proceso civil**. In - CARPI, Federico y RAMOS, Manuel Ortells (org.) Oralidad y Escritura en un Proceso Civil Eficiente – Ponencias generales e informes nacionales. vol. I, València : Universitat de Valencia, 2008.

_____. **Uma simples verdade – O juiz e a construção dos fatos**. Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Ed. Marcial Pons, 2012

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **A reforma processual no contexto de uma nova Justiça**. 2006. Disponível em <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em: 15 jan 2010.

_____. **A efetividade do processo e a reforma processual**. Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, v.6, n° 1, p.1-70, jan./jul. 1994. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/publicacaoseriada/index.php/informativo/article/viewFile/153/147>>. Acesso em: 13 set 2014.

TIRADO, Mariolga Quintero. Venezuela – **La prueba entre la oralidad y la escritura**. In - CARPI, Federico y RAMOS, Manuel Ortells (org.) Oralidad y Escritura en un Proceso Civil Eficiente – Ponencias generales e informes nacionales. València: Universitat de Valencia, 2008.

THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**, 28ª ed., Rio de Janeiro: Forense, v. I, 28ª ed., nº 420, 1999.

_____. **Processo justo e contraditório dinâmico**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito – RECHTD. Ed. Unisinos. janeiro-junho 2010; pp. 64-71.

_____. **O Processo Justo: O Juiz e seus Poderes Instrutórios na Busca da Verdade Real**. Disponível em <<http://www.amlj.com.br/artigos/118-o-processo-justo-o-juiz-e-seus-poderes-instrutorios-na-busca-da-verdade-real>>. Acesso em: 05 abril 2014.

_____. **Celeridade e Efetividade da Prestação Jurisdicional. Insuficiência da Reforma das Leis Processuais**. Revista de Processo, vol. 125. São Paulo: Ed. Ver. Tribunais. Julho 2005, pp. 61-74.

_____; NUNES, Dierle José Coelho. **Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual**. Revista de Processo n. 168. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, fevereiro 2009, pp.107-141.

_____; NUNES, Dierle José Coelho. Princípio do contraditório: tendências de mudança da sua aplicação. Disponível em <http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20130430095551.pdf>. Acesso em: 13 julho 2014.

TRINDADE, Washington Luiz da. **Oralidade**. Processo do trabalho: estudos em memória de Carlos Coqueijo Torreão da Costa. BERNARDES, Hugo Gueiros (Coord.). São Paulo: LTR, 1989, pp. 79-117.

TROCKER, Nicolo. **Processo civile e costituzionale – problemi di diritto Tedesco e Italiano**. Milão: Giufrè, 1974.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e processo – uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997.

_____. **Espírito do Processo Civil Moderno na Obra de Rudolf Von Ihering**. Revista da Faculdade de Direito USP, vol. 87. São Paulo: USP, 1992, pp. 23-36.

TRAVIER, Bernard. **Procedures Orales**. Paris : Dalloz, 2002

VAINFAS, Ronaldo. **Trópico dos Pecados, Moral, Sexualidade e Inquisição no Brasil**. Rio de Janeiro : Civilização Brasileira, 2010.

VARGAS, Juan Enrique (organizador). **Nueva Justicia Civil para Latinoamérica: Aportes para la reforma**. CEJA – Centro de Estudio de Justicia de las Americas: Santiago. 2007.

VEIGA, Vasco Soares. **Da Oralidade (Estudo a propósito da revisão do Código de Processo Civil)**. Coimbra: Coimbra Editores, 1961.

VESCOVI, Enrique. **Nuevas tendencias del derecho procesal civil, con referencia al proceso latino-americano**. Revista de Processo – RePro, vol 79, julho 1995, pp. 20-37.

VILAPLANA, Alicia Armengot. Informe España – **La fase introductiva**. In - CARPI, Federico y RAMOS, Manuel Ortells (org.) Oralidad y Escritura en un Proceso Civil Eficiente – Ponencias generales e informes nacionales. vol.I, València: Universitat de Valencia, 2008.

WACH, Adolfo. **Conferencias sobre la Ordenanza procesal Civil Alemana**. Tradução Ernesto Krotoschin. Lima: Ara Editores, 2006.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil** v.1, 9ª ed. rev. e ampl., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007

_____; VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. **O Projeto do novo Código de Processo Civil e a eliminação da Audiência Preliminar um retrocesso na Efetividade, Celeridade e Razoável Duração do Processo**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, Revista de Processo, vol. 199, set – 2011, pp. 195-203

_____; VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. **A eliminação da audiência preliminar no projeto do novo Código de Processo Civil – A disciplina proposta no “Relatório Barradas”**. Novas tendências do processo civil – Estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. FREIRE, Alexandre et. all. (org.). Salvador: JusPodium. 2013, pp. 533-544.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **O destino do agravo após a sentença**. Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais, vol. 7. Nelson Nery Jr. E Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2003.

WATANABE, Kazuo. **Cultura de sentença e cultura de pacificação**. Estudos em homenagem à professora da Pellegrini Grinover. YARSHELL, Flávio Luiz e MORAES, Mauricio Zanoide de (coordenadores). 1ª ed., São Paulo: DPJ Editora, 2005, pp. 684-690.

ZUCKERMAN, Adrian A. S. **La Justicia en crisis: dimensiones comparadas del Proceso Civil**. Disponível em <http://www.tribunalmmm.gob.mx/publicaciones/Debate/a1numero8/la_justicia.htm>. Acesso em: 14 março 2014.

_____. **La Justicia en crisis: dimensiones comparadas del Proceso Civil. Segunda y ultima entrega**. Disponível em <<http://www.tribunalmmm.gob.mx/publicaciones/Debate/a1numero9/lajusticia.htm>>. Acesso em: 14 março 2014 .