

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL

Ronaldo Luiz Kochem

O PRINCÍPIO DA ORALIDADE NO PROCESSO CIVIL
DO ESTADO CONSTITUCIONAL

Porto Alegre

2013

RONALDO LUIZ KOCHER

**O PRINCÍPIO DA ORALIDADE NO PROCESSO CIVIL
DO ESTADO CONSTITUCIONAL**

Monografia apresentada como requisito parcial
para a obtenção do grau de bacharel em
Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e
Sociais da Universidade Federal do Rio
Grande do Sul.

Orientador: Daniel Mitidiero

Porto Alegre

2013

AGRADECIMENTOS

O presente trabalho, embora feito a duas mãos, não poderia ter sido realizado sem todas as mãos que agiram antes e durante esse.

A todos essas, meu agradecimento por permitirem-me o presente trabalho.

Aos meus pais, agradeço pelos fundamentais e primeiros incentivos, que tiveram como resultado um mundo de oportunidades para o meu desenvolvimento como pessoa e estudante.

À minha irmã, agradeço pelo exemplo de cientista que é para mim desde nossos bancos escolares, que motivaram-me a sempre querer saber mais.

À Faculdade de Direito, seus professores, funcionários e alunos, agradeço pelo convívio acadêmico e pessoal, entre os quais devo realizar alguns destaques:

Aos professores Klaus Koplín e Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, por nessa ordem terem me apresentado o processo civil como matéria de estudo e objeto de reflexão;

Ao professor Daniel Mitidiero, por ter me instigado a iniciar a pesquisa acadêmica na área do direito processual civil, por sua generosidade e por sua orientação;

Por fim, à Maria Angélica Feijó, companhia recebida da Faculdade, agradeço pelo apoio às minhas decisões e indecisões e por me motivar com palavras generosas a ser eu.

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é realizar uma séria análise crítica sobre a criação dogmática da ideia da Oralidade no Processo Civil e sobre o seu emprego na apresentação e na organização do processo. A presente monografia apresenta a compreensão dogmática do Princípio da Oralidade a partir das experiências alemã e italiana do Estado Liberal, examinando o posicionamento de Adolf Wach e Giuseppe Chiovenda sobre o processo oral. Ainda examinando o direito europeu, reconstrói os passos históricos da superação do modelo liberal de Estado, culminando na análise do Direito Processual Civil no Estado Social alemão e italiano. Delineada essa linha teórica da experiência dogmática europeia, aponta a construção do processo civil brasileiro, desde a sua fonte liberal às tendências informadas pelo advento do Estado Constitucional, sempre tendo em vista a utilização da oralidade na apresentação e na organização da causa.

Palavras-chave: Princípio da Oralidade; Direito Processual Civil Comparado; Audiência Preliminar; Reformas.

ZUSAMMENFASSUNG

Das Ziel dieser Arbeit ist eine kritische Analyse über die dogmatische Entwicklung des Mündlichkeitsprinzips im Zivilprozeßrecht zu erstellen. Zudem wird untersucht, wie das Prinzip der Mündlichkeit bei Klageerhebung und der Anordnung des Prozesstoffes verwirklicht wurde. Aus einer liberalen Perspektive wurden die dogmatischen Darstellungen des Mündlichkeitsprinzips von Adolf Wach und Giuseppe Chiovenda zugrundegelegt. Im Folgenden wird dargelegt, dass der europäische Zivilprozeß das liberale Modell überwunden hat, denn das Zivilverfahren entwickelt sich im sozialen Rechtsstaat. Letztliche darstellt die Arbeit, dass das Zivilprozeßrecht in Brasilien auch die liberale Perspektive erbt, und in der Verfassungsstaat überwindet wird. Am Ende wird gefragt, welche Rolle die Mündlichkeit im neuen Zivilprozeßrecht spielen wird.

Schlüsselwörter: Mündlichkeitsprinzip; Rechtsvergleichung im Zivilprozeßrecht; früher erster Termin; Reformen

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
1 O PRINCÍPIO DA ORALIDADE NO PROCESSO CIVIL EUROPEU	6
I.1 O Processo Liberal Europeu.	10
I.1.1 O Processo Civil Liberal Alemão.	13
A. A <i>Civilprozessordnung</i> de 1877	13
B. O conceito de Oralidade para Adolf Wach.	18
I.1.2 O Processo Civil Liberal Italiano.	22
A. O <i>Codice de Procedura Civile</i> de 1865.	22
B. O conceito de Oralidade para Giuseppe Chiovenda.	27
I. 2 A Socialização do Processo Civil Europeu.	31
I.2.1 O Advento da Socialização no Processo Civil Europeu.	33
I.2.2 O Impacto da Socialização sobre o Processo Civil sobre o Princípio da Oralidade.	35
A. Socialização do Processo Civil Alemão	35
B. Socialização do Processo Civil Italiano	38
2 O PRINCÍPIO DA ORALIDADE NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO	44
II.1 A Oralidade no processo civil pré-Estado Constitucional	44
II.1.1 O Regulamento n. 737 e os códigos processuais estaduais.	45
II.1.2 O Código Processual Civil de 1939.	48
II.1.3 O Código Buzaid.	53
II.2. A Oralidade no Processo Civil do Estado Constitucional	59
II.2.1 O Código Reformado.	62
II.2.2 Tendências na utilização da Oralidade no Processo Civil	68
CONCLUSÃO	73
BIBLIOGRAFIA	77

INTRODUÇÃO

A análise do conteúdo do assim chamado “Princípio da Oralidade”¹ não constitui novidade na ciência processual. Numerosos são os trabalhos que se ocupam do tema, tanto na literatura nacional como na estrangeira. Não obstante os rios de tinta escritos a respeito, temos que ainda há largo espaço para uma abordagem da matéria que se mostre consentânea ao Estado Constitucional.

Para além da possível análise dos elementos orais e escritos na história do processo civil, e diferentemente da expressão dogmática que expôs os subelementos (ou subprincípios) componentes da Oralidade, realizamos uma análise dos conceitos históricos da Oralidade para, em um segundo momento, definir o papel atual dessa técnica e prever consequências à organização do formalismo processual². Para tanto, utilizamos o direito comparado, nas perspectivas horizontal e vertical, como forma de análise da dogmática jurídica, com o fim de contribuir para o seu desenvolvimento.

Nesse ponto, duas observações fazem-se necessárias: *(i)* a primeira sobre o que se entende por dogmática jurídica e *(ii)* a segunda sobre as vantagens de uma análise sob a perspectiva do direito comparado.

(i) A expressão *dogmática jurídica* é, por vezes, entendida de uma forma negativa, sendo associada a ela uma função de vinculação do direito a uma concepção engessada, tendente ao conceitualismo, capaz de afastar o direito da riqueza da realidade social.

¹ No ponto em questão, é necessário informarmos que a exposição utilizará a consagrada expressão “princípio da oralidade” não como uma espécie da classificação de normas jurídicas, mas sim na forma utilizada tradicionalmente pela doutrina processual, tendo em vista o aspecto de reconstrução histórica do presente trabalho.

² Formalismo vai aqui entendido como “formalismo em sentido amplo”, que compreende “não só a forma, ou as formalidades, mas especialmente a delimitação dos *poderes, faculdades e deveres* dos sujeitos processuais, coordenação de sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam atingidas suas finalidades primordiais” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil : Proposta de um formalismo-valorativo*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 28)

Entretanto, essa concepção somente surge quando utilizado um ponto-de-vista parcial sobre a matéria³, como demonstramos a seguir.

Partimos da distinção entre os enfoques zetético e dogmático do direito. Enquanto no primeiro predomina a função informativa; no segundo, agrega-se e prepondera a função diretiva da linguagem⁴. A ciência do direito exige decisões. Daí, porque a dogmática elege como princípio básico a “inegabilidade dos pontos de partida”⁵, o que não se confunde com uma redução a esses. Conforme Tercio Sampaio Ferraz Jr.:

O jurista, assim, ao se obrigar aos dogmas, parte deles, mas dando-lhes um sentido, o que lhe permite certa manipulação. Ou seja, a dogmática jurídica não se exaure na afirmação do dogma estabelecido, mas interpreta sua própria vinculação, ao mostrar que o vinculante sempre exige interpretação, o que é a função da dogmática.⁶

Essa sistematização do estudo do direito encontra o seu fundamento filosófico no fato de a igualdade ser um elemento fundamental para o conceito de justiça humana das civilizações ocidentais – bem por isso, vai identificada nesses povos a existência do direito como uma ciência dogmática (ou sistemática). É que por tratarmos de forma igual os iguais, de forma diferente os desiguais e de forma adequadamente modificada os semelhantes, a criação de um sistema de regras e exceções tornou-se corrente nas diversas culturas jurídicas influenciadas pelo iluminismo⁷.

Sinteticamente, Rolf Stürner aduz que:

A dogmática jurídica reúne o direito vigente, isto é, a soma de preceitos jurídicos (*Rechtssätze*) do legislador e dos tribunais, por meio de princípios, regras fundamentais e teoremas (*Lehrsätze*); porém, também procura desenvolver e completar esses preceitos. Assim, a dogmática considera ao mesmo tempo uma função confirmativa e outra inovadora. A isso, soma-se uma função crítica, no caso de o preceito jurídico do legislador ou do tribunal não se integrar na totalidade de princípios, regras fundamentais e teoremas. (...) Além disso, mas não menos

³ Conforme, por todos, FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito : Técnica, Decisão, Dominação*. 5ª ed., São Paulo: Editora Atlas, 2007. p. 48.

⁴ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito : Técnica, Decisão, Dominação*. 5ª ed., São Paulo: Editora Atlas, 2007. p. 41.

⁵ LUHMANN *Apud* FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito : Técnica, Decisão, Dominação*. 5ª ed., São Paulo: Editora Atlas, 2007. p. 49.

⁶ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito : Técnica, Decisão, Dominação*. 5ª ed., São Paulo: Editora Atlas, 2007. p. 49.

⁷ STÜRNER, Rolf. Das Zivilrecht der Moderne und die Bedeutung der Rechtsdogmatik, in: *Juristen Zeitung*, vol. 67, n. 1, pp. 10-24, jan./2012. p. 11.

importante, a dogmática reúne, na forma dos seus princípios fundamentais elaborados, os valores constantes de uma ordem jurídica e lhes dá vitalidade⁸.

Dessa forma, ao afirmarmos que objetivamos contribuir à dogmática jurídica, significamos com isso que procuramos verificar a adequação dos institutos jurídicos existentes, dedicando-nos a construir elementos de determinação na doutrina jurídica. Com o enfoque sobre a análise dogmática não optamos por um estudo acrítico do Direito; pelo contrário, o interesse é de analisarmos a oralidade no processo civil dentro de um ângulo crítico. E é a por meio do direito comparado que possibilita a observação crítica de como a dogmática dimensionou a ideia de oralidade no processo civil⁹.

(ii) Há boas razões para o estudo do direito processual civil mediante a comparação jurídica: uma abordagem global no estudo demonstra que os sistemas processuais são resultado de escolhas, de modo que com isso vai incentivado o pensamento crítico sobre o seu próprio ordenamento jurídico processual, mediante apresentação de alternativas a serem consideradas. A abordagem global não prescinde da consideração de que há fundamentos ideológicos para as regras processuais, de modo que com essa também se incentiva o pensamento sobre as consequências das regras jurídicas sobre os diferentes setores sociais¹⁰.

O estudo no contexto do direito comparado também demonstrará as interconexões entre as regras processuais, não sendo possível, por exemplo, modificar uma delas sem alteração de outras que com ela tem relação¹¹ – *o que exige do jurista uma análise crítica sobre as tentativas de transportar institutos jurídicos de um sistema a outro*. Há ainda uma razão mais pragmática, direcionada ao operador do direito na prática jurídica, que, em razão da globalização social, torna cada vez mais necessário conhecer os ordenamentos jurídicos processuais onde as causas globais podem vir a tramitar¹².

Quanto à comparação jurídica vertical, isto é, histórica, o conhecimento das raízes dos institutos processuais e, portanto, das decisões que a doutrina, a legislação e a

⁸ STÜRNER, Rolf. Das Zivilrecht der Moderne und die Bedeutung der Rechtsdogmatik, in: *Juristen Zeitung*, vol. 67, n. 1, pp. 10-24, jan./2012. p. 10 – 11.

⁹ Sobre o estudo da dogmática jurídica por meio da zetética, FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito : Técnica, Decisão, Dominação*. 5ª ed., São Paulo: Editora Atlas, 2007. p.51.

¹⁰ CHASE, Oscar G; HERHKOFF, Helen; SILBERMAN, Linda; TANIGUCHI, Yasuhei; VARANO, Vincenzo; ZUCKERMAN, Adrian. *Civil Litigation in Comparative Context*, St. Paul, MN: Thomson West, 2007. p. 1-2.

¹¹ CHASE, Oscar G; HERHKOFF, Helen; SILBERMAN, Linda; TANIGUCHI, Yasuhei; VARANO, Vincenzo; ZUCKERMAN, Adrian. *Civil Litigation in Comparative Context*, St. Paul, MN: Thomson West, 2007. p. 2.

¹² CHASE, Oscar G; HERHKOFF, Helen; SILBERMAN, Linda; TANIGUCHI, Yasuhei; VARANO, Vincenzo; ZUCKERMAN, Adrian. *Civil Litigation in Comparative Context*, St. Paul, MN: Thomson West, 2007. p. 2.

jurisprudência fizeram no decorrer da história apresenta-se como uma forma de entender como se formou o atual processo civil e os seus conceitos. A reconstrução da dogmática, portanto, alinha-se de uma forma muito justa à análise comparatista do direito.

Realizadas as observações atinentes à metodologia empregada no trabalho, também se mostra necessário delimitar a extensão e o conteúdo da pesquisa.

Temos que os papéis da Oralidade e da Escritura no processo civil podem ser examinados mediante três tópicos principais, sob os quais, em geral, a efetividade do processo civil pode ser estudada: a *apresentação do caso*, a *apresentação de provas* e a *discussão do caso na perspectiva da decisão final*.¹³ A perspectiva por nós adotada é a da apresentação do caso, na qual está incluída a preparação do material do processo.

Na lição de Taruffo, o termo “apresentação do caso” refere às diversas atividades que as partes realizam com o fim de definir e apresentar os seus casos às cortes, seja com ou sem a participação ativa do juiz¹⁴. Compreende, portanto, os momentos da formação do objeto litigioso do processo, da sua estabilização no procedimento¹⁵ e da organização do processo¹⁶.

Para atingirmos o nosso objetivo, mediante a perspectiva anunciada, realizamos dois cortes metodológicos na exposição: abordaremos a ideia da oralidade para o processo civil liberal europeu, cujo tratamento dogmático da matéria foi fonte para o processo brasileiro¹⁷, e do papel da mesma ideia, ou de outra ideia que recebeu o mesmo nome (pois as ideias pertencem aos seus tempos e locais), no contexto cultural que superou o Estado Liberal, que

¹³ Para uma análise da eficiência dos elementos orais e dos elementos escritos no processo civil, na perspectiva de que o processo civil serve à solução de disputas por meio de decisões precisas, completas e justas, remetemo-nos ao ensaio TARUFFO, Michele. *Orality and writing as factors of efficiency in civil litigation*, in: CARPI, Federico. ORTELLS, Manuel. *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. Valencia: Universidad di Valencia, 2008, p. 185 e ss.

¹⁴ TARUFFO, Michele. *Orality and writing as factors of efficiency in civil litigation*, in: CARPI, Federico. ORTELLS, Manuel. *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. Valencia: Universidad di Valencia, 2008, p. 185 e ss.

¹⁵ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil : Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 119.

¹⁶ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil : Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 131.

¹⁷ Em razão do objetivo de apresentar o desenvolvimento da análise *dogmática* sobre a matéria, deixamos de realizar uma construção histórica que remonte ao processo civil romano clássico (que seria necessária, caso quiséssemos apresentar a evolução da utilização dos elementos orais e escritos no processo), para partir do momento em que a doutrina passou a sistematizar a ciência processual como tal.

chamamos de Estado Social. Após, desenvolvemos uma análise histórica da legislação processual civil brasileira e apresentamos conclusões e proposições para o futuro do processo.

1 O Princípio da Oralidade no Processo Civil Europeu

Muito embora o direito processual já existisse como prática e como *procedura*, o nascimento da ciência processual civil somente ocorreu com o surgimento do conceito de relação jurídica processual, que ocorreu dentro do paradigma científico da modernidade, que compreendia o direito como um conjunto de normas formais e abstratas, deduzidas conceitualmente. É que antes disso, não se vislumbrava que o direito processual fosse um ramo autônomo do direito, se não que seria apenas um direito adjetivo.

Inaugurada a fase metodológica do processualismo, natural que tenha ocorrido um afastamento do caráter cultural do direito processual civil, colocado no marco do direito como um objeto composto por ideias altas e abstratas, sistematizadas a partir da dogmática. Ora, tratava-se de uma tarefa de fundação de uma nova ciência e de criar conceitos jurídicos próprios a esse ramo do direito¹⁸.

Identifica-se como o primeiro conceito do nascente direito processual civil, o conceito de relação jurídica processual, a que se deve a sistematização ao jurista alemão Oskar Bülow.

Ao iniciar o seu livro sobre a teoria das exceções processuais e os pressupostos processuais, no primeiro parágrafo da introdução, Bülow refere que

[a] ciência processual civil tem de percorrer um longo caminho para alcançar o progresso que foi realizado na maioria das outras áreas jurídicas. Acima de tudo, é necessária a coragem de uma pesquisa dogmática livre. Os principais conceitos jurídicos processuais ainda não estão claros; foram obscurecidos pela imprópria construção conceitual e pela terminologia enganosa, que, como uma herança ultrapassada da Jurisprudência da Idade Média, foram conservadas com perseverança demais¹⁹.

¹⁸ Sobre a formação da ciência processual e as fases metodológicas, recomenda-se a análise do Processo como Fenômeno Cultural, em MITIDIÉRO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil : Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.26-53; e OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do Formalismo no processo civil : proposta de um formallismo-valorativo*, 4ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 17-23.

¹⁹ BÜLOW, Oskar. *Die Lehre von den Proceßeinreden und die Proceßvoraussetzungen*. Gießen: Verlag von Emil Roth, 1868. p. V.

A partir daí, Bülow constrói o conceito de relação jurídica processual, no qual são determinados os poderes e deveres existentes na relação entre as partes e o juiz e que, por se tratarem de direitos e deveres entre autoridades e cidadãos, seria uma relação jurídica de direito público²⁰.

Essa sistematização da ciência jurídica, que a pressupunha como ideologicamente neutra, corresponde ao tipo de Estado em que se garante a autonomia dos indivíduos a partir da imposição de limites à atuação estatal. Daí porque a ciência processual civil, em sua imensa maioria, garantia o domínio das partes sobre o processo, o que não deixou de refletir na legislação processual civil liberal.

Conforme Giovanni Tarello, os sistemas processuais europeus continentais da Era Moderna podem ser agrupados em três principais modelos: os processos reformados dos soberanos iluministas, o processo liberal e o processo autoritário²¹. A característica que transcende a peculiaridade de cada um deles é a reação ao direito comum que os antecedia; cada qual de uma maneira própria.

Não se pode perder de vista que também o direito comum teve diferentes conformações na Europa, podendo-se apenas afirmar que, com exceção dos territórios da França e da Inglaterra, o processo civil no início da Idade Moderna foi marcado pela tendência à escritura²². E foi exatamente como uma reação a esse direito comum que surgiram os três modelos processuais.

O modelo dos déspotas esclarecidos “é representado pelas reformas processuais de Frederico II da Prússia, pela sucessiva sistematização da reforma prussiana com a *Allgemeine Gerichtsordnung* [Ordenança Geral Judiciária] de 1793 e, sobretudo, pelo regulamento

²⁰ Com efeito, não se ignora que a ideia de relação jurídica processual não era de todo original na época, conforme apontado, entre todos, por Pontes de Miranda; entretanto, o próprio Bülow refere a importância de Bethmann-Holweg para a matéria, todavia ele aduz que esse não havia preocupado-se com as consequências advindas da caracterização do processo como uma relação jurídica. BÜLOW, Oskar. *Die Lehre von den Proceßinreden und die Proceßvoraussetzungen*. Gießen: Verlag von Emil Roth, 1868. p. 1 e 2.

²¹ TARELLO, Giovanni. *Dottrine Del processo civile : Studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*. Bolonha: Il Mulino, 1989. p. 10 e ss.

²² STÜRNER, Rolf. Mündlichkeit und Schriftlichkeit im europäischen Zivilprozess, in: GEIMER, Reinhold; SCHÜTZE, Rolf A. (org.), *Recht ohne Grenzen : Festschrift für Athanassios Kaissis zum 65. Geburtstag*. Munique: sellier european law publishers, pp. 991-1004, 2012. p. 994-996.

judiciário austríaco de Giuseppe II²³. O surgimento desse modelo remete ao combate dos soberanos contra o direito comum romano e contra os direitos particulares, centralizando-se uma organização judiciária burocrática e hierárquica cedida por um soberano gracioso²⁴. Segundo Tarello, a ideologia por traz desse tipo de processo civil seria a de que o bem-estar social seria assegurado pela ingerência do soberano, de modo que se pluralizava a jurisdição voluntária, já que a própria existência de um direito subjetivo não garantiria a sua tutela, podendo o juiz aprovar ou não a demanda apresentada. Ao magistrado, ainda, era concedido um poder de agir de ofício e de dirigir o processo, cujo procedimento era todo realizado por escrito²⁵.

Michele Taruffo, no entanto, discorda da afirmação de Tarello de que caberia ao juiz toda a direção do processo desde o seu primeiro momento, porque seria necessária a prévia autorização do juiz para demandar. Muito mais, o juiz somente atuaria sobre o andamento processual quando as partes restassem inertes. Às partes haveria espaço para seu livre “jogo” e o juiz, com relação ao ponto específico acima, apenas verificaria se a demanda haveria sido apresentada por um sujeito capaz²⁶, não havendo necessidade de autorização para demandar. Para Taruffo, a concepção burocrática da justiça civil do regulamento giuseppino tratar-se-ia de uma antecipação histórica da superação da visão privatística do processo, pela substituição para uma concepção publicística, “na qual a justiça civil é antes de tudo uma função do Estado”²⁷. Tratava-se de um processo que ainda dependia da iniciativa das partes, mas que definia regras rígidas para guiar o tempo e o modo da iniciativa, por meio do controle do juiz, a quem foram outorgados poderes de sanção de comportamentos omissivos e dilatatórios²⁸.

Também como reação ao direito comum e consagrando os ideais iluministas existe o modelo típico liberal do processo napoleônico e dos processos italiano de 1865 e alemão de 1879, que “tem em comum uma série de princípios que dão lugar a um modelo processual típico”²⁹ diferente do modelo dos soberanos iluministas. Suas principais características,

²³ TARELLO, Giovanni. *Dottrine Del processo civile : Studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*. Bolonha: Il Mulino, 1989. p. 10-11.

²⁴ TARELLO, Giovanni. *Dottrine Del processo civile : Studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*. Bolonha: Il Mulino, 1989. p. 11.

²⁵ TARELLO, Giovanni. *Dottrine Del processo civile : Studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*. Bolonha: Il Mulino, 1989. p. 11-14.

²⁶ TARUFFO, Michele. *La giustizia civile in Itália dal '700 a oggi*. Bolonha: Il Mulino, 1980. p. 70-73.

²⁷ TARUFFO, Michele. *La giustizia civile in Itália dal '700 a oggi*. Bolonha: Il Mulino, 1980. p. 38.

²⁸ TARUFFO, Michele. *La giustizia civile in Itália dal '700 a oggi*. Bolonha: Il Mulino, 1980. p. 35-36.

²⁹ TARELLO, Giovanni. *Dottrine Del processo civile : Studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*. Bolonha: Il Mulino, 1989. p. 15.

conforme o autor, seriam as seguintes: com exceção da ordenança alemã de 1877, que teria mantido a tradição germânica nesse ponto, haveria poucos casos de jurisdição voluntária, que eram tidos pelos juristas como atividades administrativas realizadas formalmente pelo judiciário; a propositura da ação seria regida pelo domínio do cidadão, que independeria da aceitação do magistrado para iniciar o processo, no qual aos juízes não seria concedido o poder de agir com espontaneidade, vigendo no procedimento o princípio dispositivo. Além disso, tratar-se-ia de um processo oral e público (em diferentes graduações) ainda que o procedimento desenvolvesse-se também por escrito³⁰.

Giovanni Tarello ainda identifica o modelo de processo autoritário como sendo aquele instituído pela reforma processual de Franz Klein na Áustria, com vigência a partir de 1898, que, se por um lado não representaria uma fratura na tradição austríaca, que já reconhecera o princípio da direção do processo pelo juiz, de outro, distanciar-se-ia dessa ao introduzir a oralidade e eliminar os últimos resíduos da prova legal, de forma que representaria uma modernização processual, antecipada quando em comparação com os outros estados europeus³¹. O processo civil austríaco incorporava o princípio do impulso do juiz, procurando negar o princípio dispositivo, ao mesmo tempo em que inseria a oralidade e a publicidade e eliminava radicalmente a prova legal, dando lugar à livre valoração da relevância dos meios de prova e das provas produzidas em juízo³².

Sem dúvidas, é a análise do *modelo de processo liberal* a que mais contribui para a compreensão das raízes do processo civil brasileiro contemporâneo. É que a ciência e a legislação processual brasileira são marcadas pela influência da doutrina italiana desenvolvida a partir do modelo liberal do *Codice de Procedura Civile* – que, por sua vez, desenvolveu-se sob influência das bases teóricas da doutrina alemã³³. Além disso, a maior parte das grandes reformas processuais europeias, que se iniciaram já no século XIX, tiveram por influência o processo napoleônico-liberal, seja pelo contato ou pelo conhecimento do *Code de Procédure Civile* de 1806 – que deixava aparente as *peculiaridades* do código, apresentando-o como uma realizável opção na contraposição ao processo do direito comum. De outro lado, como se

³⁰ TARELLO, Giovanni. *Dottrine Del processo civile : Studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*. Bolonha: Il Mulino, 1989. p. 15-17.

³¹ TARELLO, Giovanni. *Dottrine Del processo civile : Studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*. Bolonha: Il Mulino, 1989. p. 17-18.

³² TARELLO, Giovanni. *Dottrine Del processo civile : Studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*. Bolonha: Il Mulino, 1989. p. 17-23.

³³ MITIDIERO, Daniel. O processualismo e a formação do Código Buzaid, in: *Revista de Processo*, v. 35, n. 183, pp. 165-194, maio/2010. p. 173 e 186.

verá, a análise que realizamos dos processos do modelo liberal, na qual especificamos alguns elementos da legislação, coloca a própria classificação de Tarello, de que partimos, em dúvida, forte numa menor simplificação de suas características.

Analisamos, abaixo, como os processos liberais alemão e italiano estruturaram a ideia da oralidade no processo civil e, em seguida, como a doutrina de Adolf Wach e de Giuseppe Chiovenda, que pensou os problemas a partir desses sistemas liberais, desenvolveu o Princípio da Oralidade. Em seguida, demonstraremos como a superação desse modelo processual alterou a ideia da oralidade.

I.1 O Processo Liberal Europeu.

Para compreender o modelo liberal de processo civil, é necessário que seja feita uma pequena incursão no código mais influente do período, o *Code de Procédure Civile* de 1806. O código, embora tenha servido de modelo e de influência para o direito europeu, representou para o direito francês uma continuidade com o passado³⁴, em razão de lá ter a formação do direito processual civil se mantido afastada da tendência à escritura. Em apertada síntese, ele não trouxera inovações fundamentais à ordem jurídica francesa, apresentando-se como uma revisão das antigas disposições da *Ordonnance Civile* de 1667 de Louis XIV³⁵.

A própria experiência revolucionária francesa não aportara novidades para o plano *procedimental*: a lei de 3 Brumário, Ano II, tentara substituir completamente o processo civil antecedente, prevendo poucas normas, uma administração judiciária sem procedimento, sem advogados e sem despesas³⁶. Entretanto, acabou provocando, em parte, um caos, que foi remediado com a lei de 27, Ventoso, Ano VIII, que restabeleceu a utilização de advogados e

³⁴ VAN CAENEGEM, R. C., History of European Civil Procedure, in: CAPPELLETTI, Mauro (ed.), *International Encyclopedia of Comparative Law : Civil Procedure*, vol. XVI, cap. 02, Tubinga: J. C. Mohr (Paul Siebeck), 1973. p. 90.

³⁵ Entre outros: CAPPELLETTI, Mauro. *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*. Milão: Giuffrè, 1962. p. 773-774; KIP, Hans-Gerhard. *Das sogenannte Mündlichkeitsprinzip : Geschichte einer Episode des Deutschen Zivilprozesses*. Colônia – Berlim: Carl Heymanns Verlag KG, 1952. p. 26.

³⁶ TARUFFO, Michele. *La giustizia civile in Itália dal '700 a oggi*. Bolonha: Il Mulino, 1980. p. 62.

com a lei de 18, Frutidor, Ano VIII, que reprecinhou provisoriamente a *Ordonnance* de 1667, até que um novo código fosse preparado³⁷.

Quanto à preparação do *Code*, de acordo com Chiovenda,

(...) nada mais do que uma reprodução melhorada e complementada desta ordenança [de 1667] (e de outras anteriores e posteriores, como aquela de 1737 sobre falsidade) foi o projeto preparado por uma comissão nomeada por Napoleão e, após as observações da magistratura superior, as discussões do Conselho de Estado e a aprovação pelo corpo legislativo, transformado no *Code de procédure civile* que, desde 1º de janeiro de 1807, regulamenta os julgamentos na França, salvo as alterações de forma e de conteúdo realizadas pelas leis posteriores (...)³⁸.

O *Code de Procédure Civile* de 1806, porque preparado sem discussões aprofundadas e sem comparação com experiências diversas, trouxe também as características do *ancien regime*, realizando, apenas, uma racionalização do processo civil antigo – racionalização na forma da codificação, tão cara para a reorganização administrativa do estado dos iluministas³⁹. É por isso que Michele Taruffo afirma ser necessária a realização de esclarecimentos, no plano histórico, sobre a afirmação de que

a configuração de um processo integralmente deixado à iniciativa autônoma e individual dos privados, e no qual a intervenção do juiz como *longa manus* do Estado é reduzida ao mínimo, corresponde à concepção burguesa e proto-liberal das relações jurídicas, e pode, de certo modo, considerar-se propriamente como a consagração da ideologia liberal-burguesa do processo civil⁴⁰.

Referido autor esclarece que o código não fora projetado para a tutela dos interesses da *nova* classe burguesa emergente, de forma que os interesses de *toda* a burguesia não estavam totalmente satisfeitos com esse processo altamente complexo e demorado, que não favorecia a rápida circulação de bens⁴¹.

Já Cappelletti⁴² havia reconhecido que o *Code* não fora um fruto de seu tempo, sendo possível identificar a influência do *jus commune* na obra de 1806, justificando com isso o

³⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale Civile : Le Azione. Il Processo di Cognizioni*. Napoles: Jovene Editore, 1965, reimpressão 1923. p. 11; TARUFFO, Michele. *La giustizia civile in Itália dal '700 a oggi*. Bolonha: Il Mulino, 1980. p. 62.

³⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale Civile : Le Azione. Il Processo di Cognizioni*. Napoles: Jovene Editore, 1965, reimpressão 1923. p. 11

³⁹ TARUFFO, Michele. *La giustizia civile in Itália dal '700 a oggi*. Bolonha: Il Mulino, 1980. p. 62-63 e 32.

⁴⁰ TARUFFO, Michele. *La giustizia civile in Itália dal '700 a oggi*. Bolonha: Il Mulino, 1980. p. 67.

⁴¹ TARUFFO, Michele. *La giustizia civile in Itália dal '700 a oggi*. Bolonha: Il Mulino, 1980. p. 68.

⁴² CAPPELLETTI, Mauro; PERILLO, Joseph M.. *Civil Procedure in Italy*. Haia: Martinus Nijhoff, 1965. p. 39.

insucesso da *completa* adoção dos “princípios da oralidade, concentração e imediatidade”. Conforme ele, já sob influência da *Clementina Saepe, i. e.* antes mesmo da Revolução de 1789, esses princípios haviam ganho expressão mais ampla do que no *Code* em alguns locais da Europa.

De qualquer forma, foi esse código, historicamente representativo do modelo liberal de processo, que exerceu a maior influência sobre os sistemas processuais europeus. Influência realizada conjuntamente com alguns dos princípios fundamentais da Revolução Francesa, tais como a separação dos poderes, a independência judicial, a organização de funcionários públicos, a emanção da justiça exclusivamente pelo poder soberano nacional, a proibição da jurisdição privilegiada e de tribunais extraordinários⁴³.

Conforme Kip, o *Code* de 1806 não reconhecia a oralidade por meio de um dogma intolerante, na forma de um Princípio da Oralidade. Bem por isso, caso o tribunal entendesse que o procedimento oral não atingiria o objetivo, poderia ordenar que o processo desenvolvesse-se por escrito⁴⁴. O artigo 85 do código referia que seria possível restringir o direito das partes de expor oralmente o caso, caso o tribunal reconhecesse que “a paixão ou a inexperiência os imped[iria] de discutir sua causa com a decência conveniente ou com a clareza necessária para a instrução dos juizes”⁴⁵. De outro lado, quando utilizado o procedimento oral, era na audiência que os advogados apresentavam o litígio e que o magistrado sentenciava⁴⁶, sendo possível que a instrução e a deliberação ocorressem por escrito, mediante um juiz relator (*rapporteur*) (artigos 94 e 95)⁴⁷.

Diz-se que o *Codice di Procedura Civile* de 1865 e a *Civilprozessordnung* de 1877 estão inseridos no modelo de processos liberais⁴⁸ e que, por contemplarem a discussão oral e pública da causa, são considerados processos orais e públicos. Abordamos, a seguir, a análise desempenhada por Adolf Wach da sua respectiva Ordenança e de Giuseppe Chiovenda sobre

⁴³ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale Civile : Le Azione. Il Processo di Cognizioni*. Napoles: Jovene Editore, 1965, reimpressão 1923. p. 11

⁴⁴ KIP, Hans-Gerhard. *Das sogenannte Mündlichkeitsprinzip : Geschichte einer Episode des Deutschen Zivilprozesses*. Colônia – Berlim: Carl Heymanns Verlag KG, 1952. p. 26.

⁴⁵ PIGEAU, Eustache-Nicolas. *Commentaire sur le code de procédure civile, tomo 1*, Paris: Brière, Libraire-Éditeur, 1827, p. 241.

⁴⁶ KIP, Hans-Gerhard. *Das sogenannte Mündlichkeitsprinzip : Geschichte einer Episode des Deutschen Zivilprozesses*. Colônia – Berlim: Carl Heymanns Verlag KG, 1952. p. 27.

⁴⁷ PIGEAU, Eustache-Nicolas. *Commentaire sur le code de procédure civile, tomo 1*, Paris: Brière, Libraire-Éditeur, 1827, p. 250 e ss.

⁴⁸ TARELLO, Giovanni. *Dottrine Del processo civile : Studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*. Bolonha: Il Mulino, 1989. p. 14.

seu Código. Ambos os juristas, ainda que analisando códigos liberais, com pouco ou nenhum grau de “socialização” do processo civil, já tinham para si a importante concepção de que o processo não era *apenas* coisa das partes⁴⁹. Assim, o primeiro passo para uma nova concepção do processo civil estava dado.

I.1.1 O Processo Civil Liberal Alemão.

A. A *Civilprozessordnung* de 1877

Antes da promulgação da *Civilprozessordnung* em 1877, com vigência a partir de 1879, o direito processual tinha pouca uniformidade na Alemanha. A divisão da matéria em dois âmbitos normativos trazia a peculiaridade de que o processo civil comum (*gemeines*) tinha aplicação, em maior ou menor grau, subsidiária ao direito particular dos territórios (*partikuläres*)⁵⁰.

O processo comum alemão antigo, que foi substituído pela CPO de 1877, ainda que constituído de fontes históricas heterogêneas, tinha traços característicos em comum. Consagrava a *Dispositionsmaxime* e a *Verhandlungsmaxime*. Procurava a segurança e a ordem da justiça civil no princípio da escritura (*Princip der Schriftlichkeit*), a eliminação do

⁴⁹ Sobre a ação como direito autônomo e público e sobre a influência de Wach sobre a obra de Chiovenda: TARELLO, Giovanni. *Dottrine Del processo civile : Studi storici sulla formazione dek diritto processuale civile*. Bolonha: Il Mulino, 1989. p. 63; TARUFFO, Michele. *La giustizia civile in Italia dal'700 a oggi*. Bolonha: Il Mulino, 1980. p. 189; WACH, Adolf. *Der Feststellungsanspruch : ein Beitrage zur Lehre vom Rechtsschutzanspruch*. Berlin: Duncker und Humblot, 1889; CHIOVENDA, Giuseppe. Adolfo Wach. In: *Rivista di Diritto Processuale Civile*, vol. III, parte I, p. 366-369, 1926. p. 369.

⁵⁰ WACH, Adolf. *Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts*, Leipzig: Verlag von Duncker & Humblot, 1885, Livro 1. p. 130-131. Ainda, conforme Wach, em alguns territórios, o processo civil era regido exclusivamente pelas normas do direito particular (*Partikularrecht*), como o caso do direito prussiano.

arbítrio judicial através da teoria formal de provas e a organização da matéria em regras preclusivas a partir do princípio da eventualidade (*Eventualprincip*)⁵¹.

Não obstante a recepção tardia da tendência à escritura do Direito Romano-Canônico, a atividade da Câmara Imperial (*Reichskammergericht*)⁵² estimulou a criação de características singulares ao *gemeiner deutscher Zivilprozess*: o princípio da documentação, que foi levado ao extremo, combinado com um sistema de provas escritas produziu a “pura escritura”⁵³ (*quod non in actis, non est in mondo*)⁵⁴. Todos os passos e atos do processo deveriam ser feitos mediante uso da escritura⁵⁵.

O direito comum alemão significou a introdução do direito escrito do processo romano-canônico, inicialmente por iniciativa de algumas cidades específicas para uma posterior iniciativa nacional de instituir uma corte permanente, a Câmara Imperial, em 1495. Na *Reichskammergericht*, os juízes eruditos seguiam o procedimento romano-canônico, o que foi seguido pelas cortes inferiores, abandonando-se regras consuetudinárias e outras formas processuais. A “recepção” do processo romano não foi um completo sucesso, já que tornando-se o processo junto à Câmara Imperial muito técnico, vários estados escaparam de sua autoridade para julgamento das apelações, representando uma resistência política ao processo romano-canônico⁵⁶.

Para Adolf Wach, particularmente a regra segundo a qual o conteúdo do processo era identificado exclusivamente com o conteúdo dos autos, excluindo a comunicação direta do

⁵¹ WACH, Adolf. *Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts*, Leipzig: Verlag von Duncker & Humblot, 1885, Livro 1. p. 132; LENT, Friedrich. *Diritto Processuale Civile Tedesco*, Napoles: Morano Editore, 1962. p. 362.

⁵² STÜRNER, Rolf. Mündlichkeit und Schriftlichkeit im europäischen Zivilprozess, in: GEIMER, Reinhold; SCHÜTZE, Rolf A. (org.), *Recht ohne Grenzen : Festschrift für Athanassios Kaissis zum 65. Geburtstag*. Munique: sellier european law publishers, pp. 991-1004, 2012. p. 993.

⁵³ A expressão “*reiner Schriftlichkeit*” foi utilizada por Kip, quando de sua defesa da inexistência de um único “direito comum alemão” anterior à CPO de 1877 e de um “total desaparecimento da oralidade” durante o período. (KIP, Hans-Gerhard. *Das sogenannte Mündlichkeitsprinzip: Geschichte einer Episode des Deutschen Zivilprozesses*. Colônia – Berlim: Carl Heymanns Verlag KG, 1952. p. 19-25)

⁵⁴ VAN CAENEGEM, R. C., History of European Civil Procedure, in: CAPPELLETTI, Mauro (ed.), *International Encyclopedia of Comparative Law : Civil Procedure*, vol. XVI, cap. 02, Tubinga: J. C. Mohr (Paul Siebeck), 1973. p. 56. Para a visão histórica do brocado, tentando demonstrar um distanciamento do significado inicial: KIP, Hans-Gerhard. *Das sogenannte Mündlichkeitsprinzip: Geschichte einer Episode des Deutschen Zivilprozesses*. Colônia – Berlim: Carl Heymanns Verlag KG, 1952. p. 19-25.

⁵⁵ STÜRNER, Rolf. Mündlichkeit und Schriftlichkeit im europäischen Zivilprozess, in: GEIMER, Reinhold; SCHÜTZE, Rolf A. (org.), *Recht ohne Grenzen : Festschrift für Athanassios Kaissis zum 65. Geburtstag*. Munique: sellier european law publishers, pp. 991-1004, 2012. p. 995.

⁵⁶ VAN CAENEGEM, R. C., History of European Civil Procedure, in: CAPPELLETTI, Mauro (ed.), *International Encyclopedia of Comparative Law : Civil Procedure*, vol. XVI, cap. 02, Tubinga: J. C. Mohr (Paul Siebeck), 1973. p. 55-56.

juiz com as partes, retirava a possibilidade de haver percepção do real conteúdo da matéria do processo e da verdadeira intenção das partes⁵⁷.

Afora a introdução da Ordenança Geral Judiciária (AGO) prussiana de 1793, que pretendeu controlar o formalismo e colocar o juiz na busca pela verdade⁵⁸, levando o processo aos princípios inquisitoriais (*inquisitorischen Grundsätzen*)⁵⁹, foi somente a partir de 1850 que os territórios alemães iniciaram reformas de fundo em seus regulamentos processuais. E é ao desenvolvimento dos direitos particulares que se deve a adoção de elementos orais no processo civil alemão pela CPO de 1877.

A elaboração de boa parte dos ordenamentos processuais particulares que antecederam a CPO ocorreu sob influência do direito processual civil francês, a saber, do modelo do *Code de procédure civile* de 1806⁶⁰, que consagrava formas orais. Além disso, em comparação com o processo alemão, que era devagar e não suficientemente móvel, em razão das formalidades do Princípio da Escritura, o modelo francês aparecia como uma opção mais rápida e elástica⁶¹.

Conforme Leonhardt, o grande defensor da teoria da oralidade e responsável pela Ordenança Processual Civil Geral do Reino de Hannover de 1850, que se baseava no direito alemão, francês e genebrino, o significado da oralidade estava determinado pela imediatidade do juiz com os argumentos das partes⁶². Nem por isso as petições escritas e os protocolos eram ignorados por essa ordenança, já que, embora somente pudesse ser fundamento da

⁵⁷ WACH, Adolf. *Handbuch des Deutschen Zivilprozessrechts*, Leipzig: Verlag von Duncker & Humblot, 1885, Livro 1. p. 132.

⁵⁸ WACH, Adolf. *Handbuch des Deutschen Zivilprozessrechts*, Leipzig: Verlag von Duncker & Humblot, 1885, Livro 1. p. 133-135.

⁵⁹ Cfr. Wach, a essência das causas civis é incompatível com os princípios inquisitoriais, de modo que o processo civil prussiano inaugurado pela AGO de 1793 não pode durar muito tempo. (WACH, Adolf. *Handbuch des Deutschen Zivilprozessrechts*, Leipzig: Verlag von Duncker & Humblot, 1885, Livro 1. p. 134) Para uma análise do conflito trazido pela AGO entre a *Verhandlungsmaxime* e as *Instruktionsmaxime* e *Offizialmaxime*, ver: VAN CAENEGEM, R. C., History of European Civil Procedure, in: CAPPELLETTI, Mauro (ed.), *International Encyclopedia of Comparative Law : Civil Procedure*, vol. XVI, cap. 02, Tubinga: J. C. Mohr (Paul Siebeck), 1973. p. 94-95.

⁶⁰ A ocupação francesa sobre parte do território alemão foi responsável pela circulação do modelo processual napoleônico. (MILLAR, Wyness. The formative principles of Civil Procedure, in: ENGELMANN, Arthur. *A history of continental civil procedure*, Boston: Little, Brown and Company, p. 3 - 84, 1927. p. 51 e 53; BETTERMANN, Karl August. Hundert Jahre Zivilprozeßordnung – Das Schicksal einer liberalen Kodifikation, in: *Zeitschrift für Zivilprozeß*, vol. 91, caderno 4, pp. 365 – 397, out./1978. p. 369.)

⁶¹ KIP, Hans-Gerhard. *Das sogenannte Mündlichkeitsprinzip : Geschichte einer Episode des Deutschen Zivilprozesses*. Colônia – Berlim: Carl Heymanns Verlag KG, 1952. p. 29.

⁶² KIP, Hans-Gerhard. *Das sogenannte Mündlichkeitsprinzip : Geschichte einer Episode des Deutschen Zivilprozesses*. Colônia – Berlim: Carl Heymanns Verlag KG, 1952. p. 40-41.

decisão aquilo que havia sido exposto oralmente, Leonhardt entendia como de primeira importância a fixação das falas por escrito⁶³.

Adolf Wach identifica como motivos para o acaloramento em favor à Oralidade o movimento político de 1848 e a declaração, também em 1848, dos direitos fundamentais alemães. Entre eles, a publicidade e a oralidade do processo judicial, a separação do Judiciário do Executivo e a independência do Judiciário. Além disso, a Constituição Imperial de 1849 dispunha sobre a criação de uma unidade jurídica alemã no direito processual civil (§ 64)⁶⁴.

Já Karl August Bettermann refere que não teriam sido os episódios de 1848 e 1849, mas sim a “Revolução da Fundação do Império” de 1866 a 1871 a verdadeira revolução alemã. E a ela que o direito processual existente não teria conseguido sobreviver⁶⁵.

Ainda conforme Bettermann, a CPO foi, de um lado, o resultado do desenvolvimento dos direitos particulares – com destaque para as codificações realizadas nos 25 anos anteriores a ela – e, de outro, significou o término da tradição das demais províncias jurídicas⁶⁶. É que “[e]la exigiu de uma parte substancial da população e, acima de tudo, dos juristas, uma profunda mudança e a renúncia ao ‘bom e velho direito’”⁶⁷. Entretanto, também para os estados com recém modificadas ordenanças processuais foram exigidos sacrifícios e mudanças, porque a CPO, diferentemente do *Code* de 1806 francês, não foi uma mera *racionalização* em um código. A característica das codificações efetuadas no novo Império Alemão estava na criação de uma obra jurídica nacional, estava, portanto, na unidade do império⁶⁸.

O CPO de 1877 rejeitou tanto o novo modelo de processo prussiano, como o renano e o bávaro, os quais guardavam semelhanças com *Code de procédure civile* de 1806 na graduação da Oralidade. Privilegiou os projetos de Hannover, Württemberg, Baden,

⁶³ KIP, Hans-Gerhard. *Das sogenannte Mündlichkeitsprinzip : Geschichte einer Episode des Deutschen Zivilprozesses*. Colônia – Berlim: Carl Heymanns Verlag KG, 1952. p. 44.

⁶⁴ WACH, Adolf. *Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts*, Leipzig: Verlag von Duncker & Humblot, 1885, Livro 1. p. 136-155.

⁶⁵ BETTERMANN, Karl August. Hundert Jahre Zivilprozeßordnung – Das Schicksal einer liberalen Kodifikation, in: *Zeitschrift für Zivilprozeß*, vol. 91, caderno 4, pp. 365 – 397, out./1978. p. 367.

⁶⁶ BETTERMANN, Karl August. Hundert Jahre Zivilprozeßordnung – Das Schicksal einer liberalen Kodifikation, in: *Zeitschrift für Zivilprozeß*, vol. 91, caderno 4, pp. 365 – 397, out./1978. p. 367.

⁶⁷ BETTERMANN, Karl August. Hundert Jahre Zivilprozeßordnung – Das Schicksal einer liberalen Kodifikation, in: *Zeitschrift für Zivilprozeß*, vol. 91, caderno 4, pp. 365 – 397, out./1978. p. 367.

⁶⁸ BETTERMANN, Karl August. Hundert Jahre Zivilprozeßordnung – Das Schicksal einer liberalen Kodifikation, in: *Zeitschrift für Zivilprozeß*, vol. 91, caderno 4, pp. 365 – 397, out./1978. p. 367.

Oldenburg e das confederações Nordalemã e dos Estados Imperiais Austríacos⁶⁹. O resultado era um processo com a Oralidade em alta graduação, no qual, *em princípio*, todo o material da causa deveria ser definido oralmente⁷⁰.

A principal questão para a elaboração da CPO, conforme Bettermann, teria sido aquela sobre a oralidade e a escritura no processo civil que se formaria em oposição ao direito comum. Essa questão é, por ele, reconduzida aos conceitos de Oralidade, Publicidade e Imediatidade⁷¹. Quanto à publicidade, Bettermann refere que aos “nossos bisavós”, “o processo escrito era um processo secreto e, exatamente por isso, pavoroso”⁷². Daí que se inseriu na Constituição de 1849 a determinação de que os processos judiciais deveriam ser públicos e orais, conforme referimos acima, já que a eles parecia impraticável um processo civil escrito que fosse também público. O anseio pela abertura do procedimento remeteria aos elementos fundamentais da democracia-liberal, para a qual o exercício de poder estatal e as relações estatais deveriam ser públicos, bem como à possibilidade de participação de membros e representantes do povo⁷³. Com relação ao princípio da imediatidade, quereria significar que o juiz a sentenciar deveria conhecer o caso e os envolvidos de forma direta, sem o intermédio de um terceiro ou de apenas um dos membros do tribunal. Para isso, o juiz não poderia formar a ideia do litígio por meio das petições, mas por meio das partes e de seus representantes, que se colocariam em contato direto, possibilitando-se a conversa com as partes e a realização do contraditório⁷⁴.

O terceiro capítulo da CPO tratava do processo, em cujo primeiro título cuidava do trato oral da causa, dispondo no § 119 que o “trato das partes sobre o litígio é oral frente ao

⁶⁹ STÜRNER, Rolf. Mündlichkeit und Schriftlichkeit im europäischen Zivilprozess, in: GEIMER, Reinhold; SCHÜTZE, Rolf A. (org.), *Recht ohne Grenzen : Festschrift für Athanassios Kaissis zum 65. Geburtstag*, Munique: sellier european law publishers, pp. 991-1004, 2012. p. 1001-1002.

⁷⁰ VAN CAENEGEM, R. C., History of European Civil Procedure, in: CAPPELLETTI, Mauro (ed.), *International Encyclopedia of Comparative Law : Civil Procedure*, vol. XVI, cap. 02, Tubinga: J. C. Mohr (Paul Siebeck), 1973. p. 93; Utilizamos a expressão *em princípio*, pois, como veremos (no ponto a seguir), Wach contrapõe-se em parte à interpretação de que todo o material da causa deveria ser definido oralmente. (WACH, Adolf. *Die Mündlichkeit im oesterreichischen Civilprocess-Entwurf*, Viena: Manz'sche K. U. K. Hof – Verlags – U. Universit. – Buchhdlg., 1895. p. 4)

⁷¹ BETTERMANN, Karl August. Hundert Jahre Zivilprozeßordnung – Das Schicksal einer liberalen Kodifikation, in: *Zeitschrift für Zivilprozeß*, vol. 91, caderno 4, pp. 365 – 397, out./1978. p. 369.

⁷² BETTERMANN, Karl August. Hundert Jahre Zivilprozeßordnung – Das Schicksal einer liberalen Kodifikation, in: *Zeitschrift für Zivilprozeß*, vol. 91, caderno 4, pp. 365 – 397, out./1978. p. 369; a frase é também um jogo de palavras (*Ihnen war der Aktenprozeß ein heimlicher Prozeß und gerade deswegen unheimlich*).

⁷³ BETTERMANN, Karl August. Hundert Jahre Zivilprozeßordnung – Das Schicksal einer liberalen Kodifikation, in: *Seitschrift für Zivilprozeß*, vol. 91, caderno 4, pp. 365 – 397, out./1978. p. 370-371.

⁷⁴ BETTERMANN, Karl August. Hundert Jahre Zivilprozeßordnung – Das Schicksal einer liberalen Kodifikation, in: *Seitschrift für Zivilprozeß*, vol. 91, caderno 4, pp. 365 – 397, out./1978. p. 371-372.

tribunal de conhecimento”. A utilização de escritos preparatórios é reconhecida no § 120 da CPO, enquanto o § 121 dispunha sobre o conteúdo necessário dessas petições, que conteriam a qualificação das partes, os pedidos, a especificação dos fatos relevantes, o esclarecimento quanto às afirmações de fato da parte contrária, a designação dos meios de prova e o esclarecimento quanto aos meios de prova apresentados indicados pela parte contrária. Além da assinatura da parte ou de seu procurador (§121, n. 6, CPO). Também deveriam ser instruídas com os documentos que as partes indicavam nos escritos se já tivessem posse sobre os mesmos, e, se já fossem de conhecimento os documentos da parte contrária, ou se esses fossem de tamanho considerável, bastaria que a parte fizesse a designação exata dos mesmos para garantir o exame (§122, 3, CPO). A audiência, então, era regulada em pormenores a partir do § 127 da CPO, que também determinava o conteúdo dos protocolos que registrariam a audiência (§§ 145 e 146, CPO).

B. O conceito de Oralidade para Adolf Wach.

Wach tratou especificamente do tema da Oralidade no processo civil em dois grandes ensaios, entre os quais está o clássico *Oralidade e Escritura* publicado em seu livro de Conferências sobre a Ordenança Processual Civil do Império⁷⁵. É por meio desses que chegamos ao seu conceito de Oralidade.

De início, cabe ressaltarmos que o jurista alemão já não compreendia adequada a visão de que a Oralidade e a Escritura estivessem em uma relação de princípios formativos contraditórios, tal qual era a tônica das discussões para o estabelecimento de uma nova ordem processual. Segundo Wach,

A “oralidade” deve ser entendida como a imediatidade da percepção do material do processo pelo juiz de conhecimento. Ela dispõe que somente pode ser fundamento de uma sentença aquilo que foi percebido pelo juiz de forma imediata. A “escritura”

⁷⁵ WACH, Adolf. *Vorträge über die Reichs-Civilprozessordnung*, Bona: Adolph Marcus, 1896; Em espanhol, é possível encontrar o ensaio, da edição de 1879, traduzido no livro WACH, Adolf. *Conferencias sobre la Ordenanza Procesal Civil Alemana*, trad. KROTOSCHIN, Ernesto, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1958. Ver, ainda, o ensaio WACH, Adolf. *Die Mündlichkeit im oesterreichischen Civilprocess-Entwurf*, Wien: Manz'sche K. U. K. Hof – Verlags – U. Universit. – Buchhdlg., 1895.

é o absoluto princípio da documentação. Ela diz que o conteúdo do processo e o conteúdo dos autos correspondem-se. No processo oral, pode haver escritura e, no processo escrito, a fala. Nesse, entretanto, a escritura é a forma essencial da apresentação dos atos processuais e a linguagem oral é apenas acréscimo. No outro, no processo oral, a forma essencial da apresentação é a comunicação oral e imediata do material litigioso ao juiz de conhecimento, enquanto a escritura sozinha é meio de lembrança e de autenticação⁷⁶.

Assim, porque não se trataria de uma questão *principlológica* a escolha da forma processual, mas de conveniência⁷⁷, a melhor das formas para os atos processuais é aquela que é mais conveniente. “E a forma mais conveniente é aquela que garante de forma mais segura o conhecimento do seu conteúdo no momento decisório, pelas pessoas encarregadas de obtê-lo, sem impor sacrifícios e dificuldades desproporcionais ao Estado e às partes”⁷⁸.

O conceito de Wach é de uma Oralidade relativa, que divide espaço com um uso ampliado da escritura, que serve tanto para a documentação, que recebe o material do processo, como também para transmitir o conhecimento do conteúdo do material litigioso e da sentença em alguns casos⁷⁹. Entretanto, essa concepção de que seria necessário unir as vantagens do processo oral com as vantagens do processo escrito não era geral no momento da elaboração da CPO – muito embora o modelo processual da ordenança imperial pudesse ser considerado “útil e saudável”⁸⁰.

Para o jurista alemão,

[o] ideal do processo oral é a sintetização de todos os argumentos das partes, alegações, apresentações de provas, defesas de provas e, possivelmente, a produção de provas em uma só audiência. O ideal é inalcançável, e o trabalho do legislador e do tribunal somente pode ser o de aproximar o máximo possível o processo da ideia⁸¹.

Tendo em vista que a concentração objetivada com a oralidade da CPO estava em jogo pela eliminação do princípio da eventualidade, Wach pensou na troca de escritos preparatórios e no poder de condução processual do juiz como meios de auxílio⁸².

⁷⁶ WACH, Adolf. *Vorträge über die Reichs-Civilprozessordnung*, 2 ed., Bona: Adolph Marcus, 1896. p. 1.

⁷⁷ WACH, Adolf. *Vorträge über die Reichs-Civilprozessordnung*, 2 ed., Bona: Adolph Marcus, 1896. p. 1-2.

⁷⁸ WACH, Adolf. *Vorträge über die Reichs-Civilprozessordnung*, 2 ed., Bona: Adolph Marcus, 1896. p. 2.

⁷⁹ WACH, Adolf. *Vorträge über die Reichs-Civilprozessordnung*, 2 ed., Bona: Adolph Marcus, 1896. p. 3-4.

⁸⁰ WACH, Adolf. *Vorträge über die Reichs-Civilprozessordnung*, 2 ed., Bona: Adolph Marcus, 1896. p. 5.

⁸¹ WACH, Adolf. *Vorträge über die Reichs-Civilprozessordnung*, 2 ed., Bona: Adolph Marcus, 1896. p. 15.

⁸² WACH, Adolf. *Vorträge über die Reichs-Civilprozessordnung*, 2 ed., Bona: Adolph Marcus, 1896. p. 15 e 49.

Quanto aos escritos preparatórios, eles transmitiriam as informações das partes e do juiz sobre *status causae et controversiae* e sobre o material probatório existente, sem que fossem partes integrantes do processo – *i. e.*, o conteúdo dos escritos não seria fundamento escrito para a sentença; eles não vinculariam ou significariam um prejuízo jurídico por si só⁸³. É que o fundamento para a decisão judicial somente poderia ser o material litigioso trazido em audiência.

A petição inicial (demanda, *Klage*), entretanto, cumpriria uma dupla função, porque não seria apenas um dos escritos preparatórios, mas também parte integrante do material para a sentença. Especialmente naquilo que dispunha sobre “exata indicação do objeto e do fundamento da pretensão requerida”, assim como no “pedido determinado” que é requerido, (§192, CPO) a petição inicial seria material para a sentença; em todo o mais, seria mero escrito preparatório⁸⁴.

Mas é no poder de condução processual do juiz que Wach entendia estar a força para sintetizar o material litigioso na audiência e peneira-lo e estrutura-lo adequadamente. Defendia a utilização da soberania do juiz juntamente com a pressão de custos para esse fim, com base no §251(II) da CPO, que dispunha sobre a possibilidade de o tribunal impor total ou parcialmente as custas processuais à parte vencedora que, com a apresentação *ulterior* de “argumentos de ataque ou de defesa”, adiasse a resolução do litígio se ela, de acordo com a livre convicção judicial, teria podido trazer a argumentação em tempo. É que o §251(I) estabelecia a regra de que todos os argumentos deveriam ser apresentados até o final da audiência oral, ao fim da qual seria proferida sentença. O § 256(II) estendia a possibilidade de impor as custas processuais na forma do §251(II) para a apresentação *ulterior* de meios e defesas de prova. Para o jurista alemão,

(...) “ulterior” é tudo o que foi trazido e que, em relação lógica com outros recursos jurídicos (*Rechtsbehelfe*) e com a *bona fides* do trânsito jurídico processual, deveria ter sido trazido anteriormente. “Ulterior” não significa “após o momento permitido”, mas sim “após o momento sincero”. Trazido de forma “ulterior” não é o que é trazido na primeira audiência; não é a réplica após a defesa, nem a defesa que deriva da reconvenção apresentada tardiamente. No entanto, “ulterior” é o fundamento de

⁸³ Entretanto, a troca de escritos preparatórios era obrigatória para processos com advogados, havendo uma obrigação de participação, de modo que por não cumprimento do dever processual poderia ser imputadas sanções a parte, conforme a lei de custas judiciais, WACH, Adolf. *Vorträge über die Reichs-Civilprozessordnung*, 2 ed., Bona: Adolph Marcus, 1896. p. 15-17.

⁸⁴ WACH, Adolf. *Vorträge über die Reichs-Civilprozessordnung*, 2 ed., Bona: Adolph Marcus, 1896. p. 19.

defesa sucessivo, quando era possível a conexão contingente (*Eventualverbindung*)⁸⁵.

Além disso, Wach reconhecia o poder do juiz para realizar a concentração oral no §252 da CPO, que garantia ao juiz a possibilidade de rejeitar os argumentos de defesa aduzidos de forma *ulterior* se entendesse que o réu tivesse agido com propósito protelatório ou em razão de grave negligência⁸⁶. Além disso, o juiz poderia encerrar a audiência oral quando considerasse a matéria já devidamente discutida (§127(IV), CPO)⁸⁷.

Adolf Wach concordava com a decisão do legislador de não imputar ao processo o *falso* Princípio da Oralidade, elegendo – ao contrário – uma forma mista, livre de doutrinarianismo e proposta a utilizar a forma mais útil dos atos processuais. De outro lado, reconhecia que a CPO teria estruturado um processo orientado tendencialmente a um processo oral ideal inalcançável, de forma que para realizar o máximo possível desse ideal de processo houve por bem dar valor aos escritos preparatórios e ao poder de condução processual do juiz. Ele ainda refere que o êxito da administração da justiça dependeria, em alto grau, da lealdade das partes e do esmero e da habilidade do juiz.

A necessidade de preservar a identidade física do juiz durante todo o processo deveria ser interpretada de modo atenuado na CPO, pois, conforme Wach o §280 da CPO que determina que a sentença somente poderia ser proferida pelo juiz que tenha participado da audiência não determinaria uma repetição. De acordo com ele, na mudança, deverá haver uma nova audiência, mas não uma nova instrução nem repetição das decisões já prolatadas⁸⁸. É que a oralidade não deveria consagrar o “princípio da ruminação das alegações já apresentadas”⁸⁹.

Dentro da tendência em fortalecer o poder judicial, que Wach identificava como a superação da ausência de poder no direito comum alemão⁹⁰, a CPO dava ao juiz uma ampla disposição de dividir o material judicial e de proferir sentenças parciais ou interlocutórias (*Zwischenurtheile*). O jurista esclarece que a aplicação desse poder de divisão da causa

⁸⁵ WACH, Adolf. *Vorträge über die Reichs-Civilprozessordnung*, 2 ed., Bona: Adolph Marcus, 1896. p. 33-34.

⁸⁶ WACH, Adolf. *Vorträge über die Reichs-Civilprozessordnung*, 2 ed., Bona: Adolph Marcus, 1896. p. 34.

⁸⁷ WACH, Adolf. *Vorträge über die Reichs-Civilprozessordnung*, 2 ed., Bona: Adolph Marcus, 1896. p. 36.

⁸⁸ WACH, Adolf. *Vorträge über die Reichs-Civilprozessordnung*, 2 ed., Bona: Adolph Marcus, 1896. p. 6.

⁸⁹ WACH, Adolf. *Die Mündlichkeit im oesterreichischen Civilprocess-Entwurf*, Viena: Manz'sche K. U. K. Hof – Verlags – U. Universit. – Buchhdlg., 1895. p. 5.

⁹⁰ WACH, Adolf. *Vorträge über die Reichs-Civilprozessordnung*, 2 ed., Bona: Adolph Marcus, 1896. p. 37.

somente poderia ocorrer quando o ponto do litígio fosse autônomo, como, por exemplo, a discussão sobre os pressupostos processuais⁹¹, de forma que nesse caso poderia haver uma sentença parcial decidindo sobre o ponto. Contra qualquer sentença de primeira instância que terminasse o processo (*Endurtheile*), sem exceção, o recurso adequado era a apelação (*Berufung*), com aplicação excepcional também para as sentenças interlocutórias⁹², cujo recurso adequado era a Reclamação (*Beschwerde*) conforme o § 352 da CPO, que cumpriria o papel da *Querel* e da apelação interlocutória (*Zwischenppellation*) do direito comum⁹³.

Dessa forma, o processo oral que defende vai largamente identificado com a imediatidade do conhecimento das alegações das partes por meio de uma audiência oral concentrada. Entretanto, sob a perspectiva da apresentação do caso, na qual está incluída a preparação do material do processo, ele via como forma adequada aquela em que fixado o objeto da demanda na petição inicial e em que preparada a audiência por meio de escritos preparatórios. Para Wach, era na audiência principal (entre nós, de instrução e julgamento) que a oralidade encontrava assento, para a realização do conhecimento imediato das alegações e dos fatos pelo juiz.

I.1.2 O Processo Civil Liberal Italiano.

A. O *Codice de Procedura Civile* de 1865.

Assim como na Alemanha, os estados italianos tinham seus próprios regulamentos de processo civil no início dos anos 1800. Foi só após a proclamação do Reino da Itália em 1861 que houve a adoção de um *regulamento italiano* de processo civil *uniforme* para toda a nação – isso aconteceu em 1865, com o *Codice de Procedura Civile*. Antes dele, no entanto,

⁹¹ WACH, Adolf. *Vorträge über die Reichs-Civilprozessordnung*, 2 ed., Bona: Adolph Marcus, 1896. p. 38.

⁹² WACH, Adolf. *Vorträge über die Reichs-Civilprozessordnung*, 2 ed., Bona: Adolph Marcus, 1896. p. 245.

⁹³ WACH, Adolf. *Vorträge über die Reichs-Civilprozessordnung*, 2 ed., Bona: Adolph Marcus, 1896. p. 246.

diversos foram os regulamentos processuais no território italiano, que influenciaram na formação do *Codice*.

O direito comum italiano, aplicável somente quando a legislação local especial não o derogava, constituiu um processo cujos princípios fundamentais eram romanos, o que não impediu que muitos institutos germânicos tivessem a ele aderido. Conforme Giuseppe Chiovenda, teriam sido os resíduos do formalismo germânico que teriam feito do processo comum ordinário excessivamente longo, complicado e difícil – ao mesmo tempo, entretanto, o desenvolvimento do direito processual teria promovido uma pluralidade de processos sumários no território italiano⁹⁴.

Ainda de acordo com o jurista, quando os vários estados italianos passaram a legislar sobre a matéria processual, acabou-se por modificar o processo ordinário ainda mais, sob influência, desta vez, nos diversos princípios do processo sumário da *Clementina saepe*. Como um todo, muito embora as singularidades dos regulamentos processuais particulares, diminuiu-se a importância da *litis contestatio*, admitiu-se o juízo em contumácia e reduziu-se a possibilidade de dilatar os prazos para os atos processuais. Quanto à utilização da oralidade, se, por um lado, foi diminuída a imediatidade, em razão da prática do inquérito das testemunhas não mais pelo juiz, mas por um terceiro (*interrogator*), comumente havia os institutos das disputas orais finais e das informações orais ao juiz no processo ordinário⁹⁵.

Como exemplos de especificidades da legislação estadual, Chiovenda refere à previsão de que o juiz poderia, sob vigência da legislação de Parma, regulamentar prazos para a apresentação dos argumentos das partes “segundo as exigências do caso singular”. Do lado oposto, para Piemonte, os prazos processuais eram todos fixos e sucessivos para as partes, com caráter preclusivo, de modo que não era possível aduzir novos argumentos, a não ser que ocasionados pela última manifestação da parte contrária⁹⁶.

Essa legislação dos estados italianos não era completa, de modo que havia uma pluralidade de fontes: a legislação do estado, as leis romanas, canônicas e a jurisprudência

⁹⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale Civile : Le Azione. Il Processo di Cognizioni*. Napoles: Jovene Editore, 1965, reimpressão 1923. p. 03-04.

⁹⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale Civile : Le Azione. Il Processo di Cognizioni*. Napoles: Jovene Editore, 1965, reimpressão 1923. p. 06-07.

⁹⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale Civile : Le Azione. Il Processo di Cognizioni*. Napoles: Jovene Editore, 1965, reimpressão 1923. p. 07.

prática, de modo que se vivia em um ambiente de incerteza sobre a legislação aplicável e sobre a forma de aplicá-la.

No entanto, o desenvolvimento para o direito processual unitário italiano passou pela experiência do direito estrangeiro, seja pelo austríaco ou pelo francês. O Regulamento Geral Judiciário de Giuseppe II de 1781 entrou em vigor em Lombardia e em Vêneto nos anos, respectivamente, de 1785 e de 1798. No entanto, embora tenha recebido uma nova redação para Vêneto em 1803⁹⁷, não encontrou maior influência na legislação dos estados italianos – quando mais, em comparação com a influência da legislação francesa.

A disciplina jurídica processual francesa entrou em vigor no território italiano na medida em que ocorria a dominação napoleônica, de modo que em 1809, na queda de Napoleão, a Itália⁹⁸ encontrava-se, pela primeira vez, sob égide de uma legislação processual unitária na forma de um código. A vigência da legislação francesa, dada às particularidades da formação do seu direito processual, significava uma radical inovação a quase todos os estados italianos⁹⁹.

Com o Tratado de Paris de 1814, que marcou o fim da dominação francesa sobre a Itália, retornaram os antigos soberanos aos seus domínios e iniciou-se a restauração; no entanto, isso não significou um retorno completo aos ordenamentos anteriormente vigentes, porque o contato com a legislação francesa sinalizou o início de uma nova fase histórica. É que nos estados italianos pré-unitários, surgiu a clara exigência de uma nova legislação processual, que viesse a substituir integralmente os velhos ordenamentos, cujo intento marcou a primeira metade dos anos '800¹⁰⁰. Sendo que, em alguns dos territórios houve a clara intenção de utilizar-se do código francês como modelo¹⁰¹, preservada, como exceções, a

⁹⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale Civile : Le Azione. Il Processo di Cognizioni*. Naples: Jovene Editore, 1965, reimpressão 1923. p. 08.

⁹⁸ Com exceções, como a do Reino da Sardenha e do Reino da Sicília, conforme TARUFFO, Michele. *La giustizia civile in Itália dal '700 a oggi*. Bolonha: Il Mulino, 1980. p. 68-69.

⁹⁹ TARUFFO, Michele. *La giustizia civile in Itália dal '700 a oggi*. Bolonha: Il Mulino, 1980. p. 69.

¹⁰⁰ TARUFFO, Michele. *La giustizia civile in Itália dal '700 a oggi*. Bolonha: Il Mulino, 1980. p. 69.

¹⁰¹ CAPPELLETTI, Mauro; PERILLO, Joseph M.. *Civil Procedure in Italy*. Haia: Martinus Nijhoff, 1965, p. 40; VAN CAENEGEM, R. C., History of European Civil Procedure, in: CAPPELLETTI, Mauro (ed.), *International Encyclopedia of Comparative Law : Civil Procedure*, vol. XVI, cap. 02, Tubinga: J. C. Mohr (Paul Siebeck), 1973, p. 94.

vigência em Lombardo-Vêneto do Regulamento Austríaco, e a parca influência francesa na Toscana¹⁰².

Pode-se traçar como caráter geral dos códigos pré-unitários o fato de a legislação processual ter passado a ser estabelecida mediante um código, com o intento de racionalização. Além disso, porque nos processos dos estados italianos imperava o “princípio pelo qual o processo é ‘coisa das partes’”, o princípio dispositivo, Taruffo afirma que, em certo grau,

[s]e pode falar, a respeito, de um “modelo liberal” de processo civil, por significar que a intervenção do Estado – através do juiz na administração da justiça civil vem reduzida ao mínimo (controle sobre a regularidade formal dos atos, resolução dos incidentes, decisão), enquanto, ao contrário, a completa gestão do processo é atribuída à iniciativa dos privados¹⁰³.

Ele relembra que o modelo de processo dispositivo também existia no direito comum; entretanto, não por isso poder-se-ia referi-lo como um processo liberal. O processo liberal apenas nasceu quando o modelo dispositivo livrou-se definitivamente “das amarras, do formalismo, dos arcaísmos e das infinitas complicações que, no direito comum, terminavam por bloquear o funcionamento, tornando-se um instrumento mais ágil, simples e eficaz”¹⁰⁴, correspondendo, assim, aos anseios da burguesia¹⁰⁵.

Ao que nos interessa no presente trabalho, cabe ainda referir mais um grupo de caracteres comuns aos ordenamentos italianos que tiveram influência do *Code* de 1806, exceção feita, portanto, ao domínio que teve o Regulamento Austríaco. Trata-se dos princípios da livre valoração da prova, da publicidade das audiências e da obrigação em motivar as sentenças¹⁰⁶. De outro lado, o Regulamento de Lombardo-Vêneto de 1815, a que

¹⁰² CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale Civile : Le Azione. Il Processo di Cognizioni*. Naples: Jovene Editore, 1965, reimpressão 1923. p. 13.

¹⁰³ TARUFFO, Michele. *La giustizia civile in Itália dal '700 a oggi*. Bolonha: Il Mulino, 1980. p. 101.

¹⁰⁴ TARUFFO, Michele. *La giustizia civile in Itália dal '700 a oggi*. Bolonha: Il Mulino, 1980. p. 102.

¹⁰⁵ Taruffo refere que na variante “burocrática” do modelo, representada pela adoção do Regulamento Austríaco, dominava uma tendência de “canalizar” a iniciativa das partes, para que não houvesse abuso do poder dispositivo sobre o processo; entretanto, ainda sim, trata dele como um processo do modelo liberal. Sobre essa variante, embora se pudesse argumentar contra o caráter liberal, com base na visão que o juiz conteria um poder de condução “inquisitória e autoritária” sobre o processo, o processo garantia um espaço ao livre “jogo” das partes, e o juiz somente conduzia o andamento do processo quando requerido pelas partes. Dessa forma, trata-se de um processo liberal, baseado no princípio dispositivo e inspirado na finalidade de realizar um processo rápido e fortemente estruturado. (TARUFFO, Michele. *La giustizia civile in Itália dal '700 a oggi*. Bolonha: Il Mulino, 1980. p. 102 e 70-73.)

¹⁰⁶ TARUFFO, Michele. *La giustizia civile in Itália dal '700 a oggi*. Bolonha: Il Mulino, 1980. p. 102-103.

referimos como exceção acima, consagrava como processo ordinário um procedimento formal e integralmente escrito, no qual a assunção das provas, embora realizada pelo juiz, era escrita e secreta – utilizando-se numerosas regras legais –, e a sentença não era motivada¹⁰⁷.

Com a proclamação do Reino da Itália em 1863 surgiu a intenção de realizar uma unificação legislativa em todos os setores do ordenamento jurídico – assinalada pela pressa em ver publicada e em vigência uma legislação uma para a Itália. Quanto ao direito processual, o *Códice de Procedura Civile* de 1865 foi o resultado de uma obra pessoal de Giuseppe Pisanelli, sobre a qual houve discussões apenas de forma breve e dispersas, concluindo com poucos resultados e quase nenhuma mudança. Para Taruffo, o projeto de Pisanelli, que foi tornado código, representava uma “piemontesização” do processo civil, porque significara a extensão a todo o Reino da Itália da legislação de Piemonte, com o aporte de pequenas modificações reconduzíveis ao código napolitano¹⁰⁸.

Da mesma forma, Chiovenda afirma que a fonte imediata da formação do novo código teria sido, particularmente, o código sardo-piemontês, vigente em várias regiões italianas à época da promulgação do *Codice*¹⁰⁹.

Com o fim de maximizar a tutela da liberdade das partes no processo, o procedimento ordinário vai informado por um largo domínio privado em seu formalismo. A instrução era realizada de forma escrita e precedente à audiência de discussão oral por meio da troca ilimitada de petições pelas partes, sem qualquer intervenção do juiz (artigo 165). Dar-se-ia por encerrada a fase processual apenas quando uma das partes deixasse de responder à última manifestação da contrária (artigo 173), após o que, ainda antes da audiência, iniciar-se-ia a fase de declarações finais¹¹⁰. Concluída a instrução, era chegado o momento da audiência de discussões orais, momento no qual o processo conteria uma “complexa documentação escrita, composta dos atos das partes, das provas documentais e dos verbais relativos à

¹⁰⁷ TARUFFO, Michele. *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*. Bolonha: Il Mulino, 1980. p. 70-71.

¹⁰⁸ TARUFFO, Michele. *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*. Bolonha: Il Mulino, 1980. p. 107-114.

¹⁰⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale Civile : Le Azione. Il Processo di Cognizioni*. Napoles: Jovene Editore, 1965, reimpressão 1923. p. 14-15.

¹¹⁰ TARUFFO, Michele. *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*. Bolonha: Il Mulino, 1980. p. 115-116.

assunção de provas orais ocorrida”¹¹¹. A discussão oral, de seu turno, consistia na leitura das conclusões e no desenvolvimento sucinto das razões sobre as quais ele se fundava¹¹².

Em breve síntese, podemos dizer, juntamente com Michele Taruffo¹¹³ e Giuseppe Chiovenda¹¹⁴, que a formação do *Codice de Procedura Civile* de 1865 conduziu a uma lei representativa de um retorno a uma versão piorada do *Code de Procédure Civile* de 1806, que reduziu o encontro entre o juiz e as partes a uma formalidade.

B. O conceito de Oralidade para Giuseppe Chiovenda.

Como já referido, Chiovenda parte da premissa de que a formação do direito processual moderno, e especificamente o italiano, teria sido o resultado da fusão de diversos elementos histórico-jurídicos, especialmente dos processos romano e do germânico. Analisando a contribuição dos elementos de forma qualitativa, o jurista conclui que o processo romano teria sido desnaturado pela inserção de diversos institutos do processo germânico, que se caracterizaria como um processo primitivo, e pela prática judiciária¹¹⁵.

Nesse sentido está a afirmação do autor de que tanto o processo romano clássico como o processo germânico seriam orais. No entanto, enquanto o primeiro seria eminentemente oral pela função que era dada à prova (principalmente a testemunhal), o segundo seria oral em razão do fato de o povo não conhecer a escritura, de forma que os julgamentos ocorreriam nas assembleias¹¹⁶.

¹¹¹ TARUFFO, Michele. *La giustizia civile in Itália dal '700 a oggi*. Bolonha: Il Mulino, 1980. p. 118.

¹¹² TARUFFO, Michele. *La giustizia civile in Itália dal '700 a oggi*. Bolonha: Il Mulino, 1980. p. 118-119.

¹¹³ TARUFFO, Michele. *La giustizia civile in Itália dal '700 a oggi*. Bolonha: Il Mulino, 1980. p. 114.

¹¹⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale Civile : Le Azione. Il Processo di Cognizioni*. Napoles: Jovene Editore, 1965, reimpressão 1923. p. 15; CHIOVENDA, Giuseppe. Processo Oral, in: *Processo Oral : Coletânea de Estudos de Juristas Nacionais e Estrangeiros*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1940. p. 45-46.

¹¹⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale Civile : Le Azione. Il Processo di Cognizioni*. Napoles: Jovene Editore, 1965, reimpressão 1923. p. 01-04.

¹¹⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. L'idea romana nel processo civile moderno, in: *Saggi di Diritto Processuale Civile*, vol. III, Milão: Giuffrè, 1993. p. 87-88.

Giuseppe Chiovenda aponta a suposta diferença entre a utilização do elemento germânico no processo civil do Império Alemão para aquela do processo civil do Reino da Itália, consagrada no *Codice de Procedura Civile* de 1865. Para ele,

[o] elemento germânico penetrou em nossa lei talvez mais do que nas leis modernas alemãs; estas excluíram os institutos de origem germânica como, por exemplo, a oposição de terceiros e a chamada do terceiro em garantia, que nossa lei recebeu da legislação francesa¹¹⁷.

Assim, ao tratar do “problema fundamental” do caráter escrito ou oral do processo civil, utiliza-se da experiência histórica para demonstrar que o processo oral seria em grande medida melhor e em maior conformidade com as exigências da vida moderna. Bem por isso, conforme Chiovenda, as notáveis reformas processuais ocorridas no século XIX teriam concluído pela adoção da oralidade – de forma mais tardia do que no campo do processo penal, porque aqui não teria se apresentado como um princípio político, mas como um princípio técnico-jurídico¹¹⁸.

O problema da oralidade do processo civil unitário italiano remeteria já à preparação do Código Sardo de 1854, que, conforme Chiovenda, teria sido o modelo do *Codice* de 1865. Se a colocação da questão de ser preferível um sistema oral ou escrito no processo civil teria sido equivocada, porque ignorava que qualquer processo moderno seria necessariamente misto, a conclusão pela escolha do último teria sido acertada. No entanto, o jurista demonstra, com isso, que a compreensão da oralidade já era de todo equivocada¹¹⁹. Pois se observando apenas o elemento exterior do processo seria fácil chegar a uma conclusão equivocada sobre a índole do processo.

O jurista refere, “[p]or exemplo, o fato de o nosso código admitir a audiência e a discussão oral poderia fazer crer que o nosso processo seria oral. Ao contrário, o fato de o regulamento austríaco admitir a escritura poderia fazer crer que o processo austríaco seria escrito”¹²⁰. É que ao lado da própria oralidade, haveria uma série de consequências processuais que não seriam de igual modo importante, de forma que o Princípio da Oralidade

¹¹⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale Civile : Le Azione. Il Processo di Cognizioni*. Napoles: Jovene Editore, 1965, reimpressão 1923. p. 15.

¹¹⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale Civile : Le Azione. Il Processo di Cognizioni*. Napoles: Jovene Editore, 1965, reimpressão 1923. p. 677-678.

¹¹⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale Civile : Le Azione. Il Processo di Cognizioni*. Napoles: Jovene Editore, 1965, reimpressão 1923. p. 679.

¹²⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale Civile : Le Azione. Il Processo di Cognizioni*. Napoles: Jovene Editore, 1965, reimpressão 1923. p. 680.

deveria ser entendido como uma fórmula não apenas representativa da admissão de elementos orais no processo, mas também de todas essas consequências (os subprincípios a ele inerentes).

Analisando o artigo 176 do *Codice* e o artigo 221 do regulamento judiciário, Chiovenda aduz que a mera previsão da discussão oral para o processo civil italiano, porque não supunha um real debate oral, não teria realizado o Princípio da Oralidade. É que o fato de as partes exporem por escrito os motivos de fato de direito em que se apoia o litígio, tornariam a discussão oral supérflua, bem como, em razão do fato de vir após a instrução da causa já realizada pelo juiz delegado¹²¹. Dessa forma, Chiovenda, para que tivesse realizada a concentração da causa, propunha a conciliação entre a preclusão e a discussão oral. Entendia que já na petição inicial deveria ser fixado o objeto litigioso, de modo que a *trattazione* frente ao juiz ocorresse de forma mais concentrada¹²², sobre o objeto litigioso já formado e estabilizado.

O modelo de processo oral de Chiovenda referia-se principalmente ao procedimento probatório e à utilização do Princípio da Oralidade na Audiência de Instrução e Julgamento, de modo que é nessa perspectiva que devemos entender a necessidade de haver a estabilização da causa antes da audiência. Entretanto, conforme Vittorio Denti, a concentração do debate já no início do processo, que é necessária ao bom desenvolvimento da Oralidade na instrução da causa, não poderia se realizar sem uma fase anterior de preparação “análoga ao *pre-trial procedure* americano”¹²³. Assim, a imposição de preclusões rígidas e o impedimento de que a causa seja adequada às respectivas defesas das partes era inconciliável e pensava a causa como uma criação unilateral do autor¹²⁴.

A importância da oralidade estaria na forma de colocação em contraposição das razões de ambas as partes, que conduziria a uma definição mais preparada e melhor da causa, como um reflexo da importância já conhecida do debate oral nas relações públicas, agora a ser estendida para as privadas. De forma alguma isso excluiria a necessidade da escritura, que

¹²¹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale Civile : Le Azione. Il Processo di Cognizioni*. Napoles: Jovene Editore, 1965, reimpressão 1923. p. 681.

¹²² DENTI, Vittorio. L'oralità nelle riforme del processo civil, in: *Rivista di Diritto Processuale*, a. XXV, pp. 434-443, 1970. p. 437-438.

¹²³ DENTI, Vittorio. L'oralità nelle riforme del processo civil, in: *Rivista di Diritto Processuale*, a. XXV, pp. 434-443, 1970. p. 438

¹²⁴ DENTI, Vittorio. L'oralità nelle riforme del processo civil, in: *Rivista di Diritto Processuale*, a. XXV, pp. 434-443, 1970. p. 438

cumpriria, segundo o jurista da península itálica, um duplo papel: o de preparação da *trattazione* da causa e o de documentação. O papel de preparação da escritura no processo oral não se referiria à forma de declaração dos argumentos, que seriam tidos como trazidos na audiência apenas – com exceção da petição inicial. Tratar-se-ia, em verdade, do anúncio das declarações a serem feitas à audiência, na qual haveria manifestação pela confirmação, modificação, retificação e abandono das razões adiantadas por meio dos escritos. Quanto à documentação, serviria, em especial, para o registro do ocorrido nas audiências. Nesse sentido, oralidade significaria que o juiz deveria conhecer as atividades processuais de forma imediata e não com base nos escritos¹²⁵.

Para além da prevalência da utilização da palavra falada como forma de dedução das partes, Chiovenda ainda apontava os seguintes elementos necessários para a atuação do Princípio da Oralidade em sua plenitude: (i) a necessidade de que o juiz do processo oral seja o mesmo do início da causa até a decisão final, em razão de a impressão de um juiz não ser transferível para o seu sucessor na causa e de o processo não ser como que uma obra de arte – que pode ser iniciada por um artista e terminada por outro -, mas ser constituído de uma concatenação de raciocínios; (ii) o princípio da concentração da audiência oral também seria importante pelos mesmos motivos, de forma que o processo oral deveria ser o mais concentrado possível, em uma só audiência ou em poucas audiências próximas entre si – em contraste com a divisão do processo em diversas fases -; (iii) também por isso, seria necessário que as decisões interlocutórias, em geral, não fossem recorríveis¹²⁶.

Somado a isso, a atitude do juiz do processo civil moderno não mais poderia ser aquela passiva de outros tempos, porque, conforme Chiovenda, o Estado seria interessado no processo civil. O juiz deveria ter, portanto, uma autoridade direta para *empurrar* a lide, para formar no juízo uma convicção que seja a mais justa, tendo ele o papel de

(...) participar diretamente na lide, solicitando às partes para esclarecer os pontos obscuros, propor novas provas, dar indicações de fato mais importantes; chamando

¹²⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale Civile : Le Azione. Il Processo di Cognizioni*. Napoles: Jovene Editore, 1965, reimpressão 1923. p. 682-683.

¹²⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale Civile : Le Azione. Il Processo di Cognizioni*. Napoles: Jovene Editore, 1965, reimpressão 1923. p. 683-686.

as partes pessoalmente para a audiência, dispondo de forma oficiosa de meios instrutórios e assim por diante¹²⁷.

Com o intuito de retirar a influência do *formalismo germânico* do processo civil italiano, Chiovenda defendia um projeto de reforma¹²⁸, orientado aos seguintes objetivos, entre outros: unidade da *cassazione*, redução ao mínimo das formas processuais, *oralità* do procedimento, preferência pelo rito *sommario* e pelo julgamento do *giudice único*.¹²⁹

O processo oral de Chiovenda era identificado com a imediatidade do conhecimento das alegações das partes por meio de uma audiência oral concentrada, tendo em vista a aptidão de contraposição das razões das partes. Sob a perspectiva da apresentação do caso, na qual está incluída a preparação do material do processo, ele via como forma adequada aquela em que havia preparação da audiência por meio de escritos preparatórios que apenas anunciassem as razões, sendo que deveria ser a audiência o momento do conhecimento das atividades processuais, de forma imediata e oral.

I. 2 A Socialização do Processo Civil Europeu.

Partindo-se de um agrupamento de processos civis em um modelo de processo liberal europeu, marcado pelo predomínio do princípio dispositivo, é possível identificar um posterior afastamento a esse modelo de processo como “coisa das partes”. Entretanto, como restou acima demonstrado, a própria caracterização dos processos alemão e italiano, da CPO de 1877 e do CPC de 1865 respectivamente, deve receber atenuações pela doutrina, ou ao menos especificações e observações de fundo.

¹²⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale Civile : Le Azione. Il Processo di Cognizioni*. Napoli: Jovene Editore, 1965, reimpressão 1923. p. 689.

¹²⁸ Chiovenda *literalmente* participou de *projetos de reforma* do processo italiano (Para publicação do projeto de 1901: CHIOVENDA, Giuseppe. *Saggi di Diritto Processuale Civile*, Roma: Foro italiano, 1931, p.1-196. Para publicação do projeto do pós-guerra de 1920, em espanhol: CHIOVENDA, Giuseppe. Relación sobre el Proyecto de reforma del procedimiento elaborado por la comisión de postguerra, in: *Ensayos de Derecho Procesal Civil*, vol. II, trad. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires: Bosch y Cía, 1949, p. 219-353). No entanto, aqui não nos referimos somente às diretrizes utilizadas no projetos, mas às concepções reformistas do jurista em sentido mais amplo.

¹²⁹ TARELLO, Giovanni. *Dottrine Del processo civile : Studi storici sulla formazione dek diritto processuale civile*. Bologna: Il Mulino, 1989, p. 62.

É que, se por um lado podemos caracterizar um processo civil como liberal pela impossibilidade de o Estado-juiz realizar ingerências no *iter* procedimental, de outro, deveremos reconhecer o fato de o processo comum ter sido também, em grande parte, dominado pelo princípio dispositivo, o que acaba por esvaziar o nosso conceito primeiro de processo liberal. Ora, se o processo liberal pretendia substituir o domínio do direito comum sobre ele, não o poderia ter feito somente pelo poder de disposição das partes. Esse, ao invés de ser uma oposição entre os modelos, é um verdadeiro denominador comum.

Conforme referimos acima, na esteira de Taruffo, o processo italiano somente passou a responder aos anseios da burguesia (liberal) quando deixou para trás o engessamento procedimental do formalismo do direito comum. Nesse sentido, o modelo liberal de processo civil opõe-se mais às formas e ao procedimento do direito comum que à suposta inexistência de domínio das partes sobre o processo. Não se pode é confundir a maior ou menor autoridade do juiz no processo com as características que permitem tê-lo como adequado ou não para uma sociedade civil burguesa-liberal.

A história, na figura do processo civil dos déspotas esclarecidos, demonstrou que a superação do processo do direito comum pode ser realizada seja na adoção de um processo civil completamente dominado pelas partes, seja também na adoção de um processo civil em que o juiz tem certa ingerência sobre o procedimento; seja utilizando-se de elementos orais, seja utilizando somente o elemento escrito. Além disso, a consequência do modelo processual em que as partes detinham controle sobre o momento de encerramento da fase instrutória foi certamente em sentido contrário aos interesses da burguesia, que ansiava por um processo mais rápido.

Os processos de direito comum alemão e italiano eram processos com alto poder de disposição das partes. Entretanto, eles não detinham a flexibilidade e a rapidez desejada pela classe burguesa, o que poderia ser identificado em maior ou menor grau com o Princípio da Escritura que vigia. De outro lado, o *Code de Procédure Civile* de 1806, altamente conformado pelo direito comum francês, trazia elementos orais importantes e também realizada o princípio dispositivo, bem por isso, é possível dizer que ele realizada os anseios liberais mais que o processo comum dos outros dois países.

As formas pelas quais a Alemanha e a Itália pretenderam superar a herança do direito escrito foram diferentes. Enquanto a *Civilprozessordnung* de 1870 consagrava a utilização da oralidade para o conhecimento imediato das alegações e dos fatos pelo juiz, conjuntamente com uma pequena diminuição do domínio das partes sobre o processo, o *Codice de Procedura Civile* de 1865 consagrava uma utilização superficial da oralidade, mantendo o domínio das partes sobre o processo. Daí que se o *Codice* pode ser facilmente enquadrado no *modelo liberal* de Tarello, já a *CPO* merece certa especificação no enquadramento, que realizamos acima – não tanto pela “socialização” da legislação, mas também pelos critérios utilizados pelo modelo.

De qualquer forma, importante é ressaltar que Wach e Chiovenda, partindo do processo civil descrito, já defendiam uma postura mais ativa do juiz na condução processual para que a Oralidade atingisse a sua finalidade de permitir a imediatidade entre o magistrado e o material do processo, em especial, na instrução e julgamento da causa.

I.2.1 O Advento da Socialização no Processo Civil Europeu.

Os processos civis liberais foram o resultado de transformações em grande medida marcadas pela oposição aos fundamentos do sistema judiciário da sociedade feudal¹³⁰. Isto é, as revoluções liberais europeias, desde a Revolução Francesa em 1789, considerando também os movimentos libertários (*libertari*) e constitucionalistas de 1848 e 1849, inauguraram Estados Liberais, que adequaram o processo civil aos *valores* de seu tempo nas diversas formas.

Entende Cappelletti, que teria sido através da concepção do Estado Liberal que importantes avanços teriam ocorrido no campo processual. Desde a supressão da jurisdição privilegiada na França, à abolição do princípio do *secret de l'enquêtê* através da ideia de *égalité* e de publicidade do processo. Também dessa forma, a evolução do sistema de prova

¹³⁰ CAPPELLETTI, Mauro. Libertà individuale e Giustizia Sociale, in: *Rivista di Diritto Processuale*, a. XXVII, n. 1, pp. 11-34, jan.-mar./1972. p. 14.

legal para o método de livre apreciação judicial da prova¹³¹. Isso é dizer que as mais importantes transformações no processo civil ocorreram em razão da alteração da concepção das relações entre os particulares e a autoridade e dos particulares entre si – concepções essas que variaram no decorrer do tempo e em razão do lugar. Inaugurando, portanto, diferentes processos civis.

Bem por isso, é possível dizer, juntamente com Rudolf Wassermann, que os fundamentos do Estado Liberal trouxeram ao processo civil as estruturas de pensamento individualistas, uma alta abstração e uma irremediável confiança de que a razão regia as ações humanas e de que a sociedade estaria melhor organizada se as forças naturais dos homens fossem deixadas livres¹³².

Entretanto, a história jurídica demonstra que essa concepção liberal do processo foi perdendo lugar e força, sendo substituída gradualmente por uma nova ideologia para o processo. Passou-se entender, por exemplo, que a ideologia liberal negava a dependência que tem o ser humano das relações sociais, abstraindo-se das relações reais entre os sujeitos, já que a ciência processual era informada apenas pela igualdade formal e ignorando o exame da igualdade substancial¹³³.

De outro lado, já no panorama da época liberal, embora a influência do socialismo jurídico tenha sido diminuta, a evolução no plano da cultura jurídica foi determinante para que alguns juristas pensassem o processo civil fora do plano privatístico do processo liberal. A concepção e definição do direito de ação como de natureza pública (sem que houvesse uma ideologia política diversa da liberal)¹³⁴, como aquela de Wach e de Chiovenda, foi essencial para o início dessa transformação no processo civil. Entretanto, Chiovenda e Wach, porque inseridos na fase metodológica do processualismo, já que bem próximos do nascimento da ciência processual civil, são impulsionados pela premente necessidade de criação e coordenação de novos e autônomos conceitos, de modo que não aproximam-se da ideologia dita socializante.

¹³¹ CAPPELLETTI, Mauro. Libertà individuale e Giustizia Sociale, in: *Rivista di Diritto Processuale*, a. XXVII, n. 1, pp. 11-34, jan.-mar./1972. p. 14 – 15.

¹³² WASSERMANN, Rudolf. *Der soziale Zivilprozeß : Zur Theorie und Praxis des Zivilprozesses im sozialen Rechtsstaat*. Neuwied, Darmstadt: Luchterhand, 1978, p. 28-29.

¹³³ WASSERMANN, Rudolf. *Der soziale Zivilprozeß : Zur Theorie und Praxis des Zivilprozesses im sozialen Rechtsstaat*. Neuwied, Darmstadt: Luchterhand, 1978, p. 49.

¹³⁴ TARUFFO, Michele. *La giustizia civile in Itália dal '700 a oggi*. Bolonha: Il Mulino, 1980. p. 186-187.

Em síntese, é possível dizer que o século XX é descrito como o século de passagem do *Estado Liberal* ao *Estado Social* e do *Estado de Direito* (*Stato di diritto* ou *Rechtsstaat*) ao Estado Social de Direito (*Stato sociale di diritto* ou *sozialer Rechtsstaat*)¹³⁵. O processo civil, porque deve se amoldar à ideologia que fora *positivada* na maior parte das vezes na Constituição¹³⁶, teve seus institutos transformados. Assim, foi a modificação da compreensão do Direito e da função do Estado que deu suporte às transformações fundamentais no processo civil.

I.2.2 O Impacto da Socialização sobre o Processo Civil sobre o Princípio da Oralidade.

A. Socialização do Processo Civil Alemão

Assente que a Ordenança Processual Civil de 1877 respondia aos anseios liberais na forma do procedimento já detalhado, é chegado o momento de desenvolver a história da *CPO* para compreender a forma que a socialização do processo civil tomou na Alemanha, analisando algumas das mudanças tomadas.

A *Novelle* de 1909 era carregada da compreensão publicística do processo civil que já existia na *CPO*. Em razão da novela, nos procedimento junto ao *Amtsgericht*, houve uma diminuição ainda maior do domínio das partes sobre o processo¹³⁷, através da possibilidade de o juízo tomar algumas medidas preparatórias e de discutir algumas alegações da parte sem pedido da parte contrária¹³⁸. A utilização dos escritos preparatórios havia gerado críticas quanto ao esvaziamento de sua função, haja vista que para a utilização do conteúdo das

¹³⁵ CAPPELLETTI, Mauro. Libertà individuale e Giustizia Sociale, in: *Rivista di Diritto Processuale*, a. XXVII, n. 1, pp. 11-34, gennaio-marzo 1972. p. 11

¹³⁶ SCHWAB, Karl Heinz; GOTTWALD, Peter. *Verfassung und Zivilprozeß*. Bielefeld: Gieseking Verlag, 1984, p. 2-3.

¹³⁷ WASSERMANN, Rudolf. *Der soziale Zivilprozeß : Zur Theorie und Praxis des Zivilprozesses im sozialen Rechtsstaat*. Neuwied, Darmstadt: Luchterhand, 1978, p. 59.

¹³⁸ WASSERMANN, Rudolf. *Der soziale Zivilprozeß : Zur Theorie und Praxis des Zivilprozesses im sozialen Rechtsstaat*. Neuwied, Darmstadt: Luchterhand, 1978, p. 60.

petições na fundamentação da sentença, os argumentos deveriam ser levados à audiência na forma oral. A prática renana, onde vigeu fortemente o direito processual francês do *Code*, inclusive havia dado nenhuma aplicação às petições preparatórias. De outro lado, o direito de realizar questões (*Fragerecht*) do juiz, que constava já na CPO, ditava que o juiz não deveria de forma inerte ouvir as partes na audiência, se não que poderia realizar perguntas sobre elementos que teriam sido esquecidos e que já constassem das petições escritas¹³⁹. Dessa forma, a novela veio para permitir que no processo junto ao *Amtsgericht*, no qual havia a concepção de que as partes precisariam de um maior auxílio, o juiz pudesse realizar ordens que contribuíssem para o esclarecimento dos fatos. Poderia ele, inclusive, chamar testemunhas mencionadas nas petições, ordenar o comparecimento pessoal das partes e realizar inspeção judicial¹⁴⁰. Posteriormente, por meio da *Novelle* de 1923 foi estendida essa norma para os *Landgericht* e *Oberlandesgericht*.

Conforme Gottwald, a reforma que de fato quebrou a concepção liberal do processo civil foi a *Erich Emminger Novelle* de 1924, que restringiu o princípio dispositivo e aumentou os poderes do juiz, limitando a possibilidade de as partes adiarem a audiência àquelas causas em que dessem razões suficientes para a realização de novas audiências – procurando concentrá-la, portanto. De outro lado, o §139 da ZPO outorgava aos juízes o poder para que eles usassem sua influência para estimular a apresentação de requerimentos, alegações conclusivas e oferecimento de provas suficientes, bem como, determinava que os magistrados coordenassem a preparação do caso para a audiência¹⁴¹. Após, a reforma de 1933, que trouxe a ideia do processo judicial como uma instituição pública social, delineou o dever de as partes dizerem a verdade – entre outras mudanças.¹⁴² Ambas as reformas, embora os anos em que foram introduzidas, não foram resultado de um pensamento jurídico nacional-socialista, mas

¹³⁹ KIP, Hans-Gerhard. *Das sogenannte Mündlichkeitsprinzip : Geschichte einer Episode des Deutschen Zivilprozesses*. Colônia – Berlim: Carl Heymanns Verlag KG, 1952. p. 74 e 75.

¹⁴⁰ KIP, Hans-Gerhard. *Das sogenannte Mündlichkeitsprinzip : Geschichte einer Episode des Deutschen Zivilprozesses*. Colônia – Berlim: Carl Heymanns Verlag KG, 1952. p. 76 e 77; BETTERMANN, Karl August. Hundert Jahre Zivilprozeßordnung – Das Schicksal einer liberalen Kodifikation, in: *Seitschrift für Zivilprozeß*, vol. 91, caderno 4, pp. 365 – 397, out./1978. p. 377.

¹⁴¹ GOTTWALD, Peter. Simplified Civil Procedure in West Germany, in *American Journal of Comparative Law*, n. 31, pp. 687-701, 1983. p. 688.

¹⁴² GOTTWALD, Peter. Simplified Civil Procedure in West Germany, in *American Journal of Comparative Law*, n. 31, pp. 687-701, 1983. p. 689.

frutos de vivas discussões da ciência e da prática jurídica,¹⁴³ de forma que se mantiveram em vigor ainda depois da queda do regime totalitário.

O aparecimento do processo civil social na Alemanha foi identificado por Rudolf Wassermann a partir da mudança de compreensão do papel do direito na sociedade, que teria de uma parte a função de um espelho, porque abrange as tendências sociais existentes, e parte a de guia da sociedade, porque “é a ferramenta com a qual a vida social deve ser posta na realização de determinados fins”¹⁴⁴. E o funcionamento do direito como meio de desenvolvimento social é, ele próprio, o resultado de processos sociais, entre os quais o da lei fundamental alemã e a da sua escolha pela democracia e por um Estado Social¹⁴⁵. O jurista então identifica que houve uma ativação do princípio do Estado de Direito nos processos judiciais, de modo que até mesmo vinculação do juiz ao direito deveria ser repensada – tendo em vista o espaço de decisão que o legislador deixa a ele por meio das cláusulas gerais e conceitos indeterminados – sem que a separação de poderes seja abandonada¹⁴⁶. Um modelo processual que corresponda ao Estado de Direito Social deveria partir da concepção de que o processo não serve apenas para as partes, mas para a sociedade em geral, e da liberação da constatação de igualdade social nos casos em que ela não existe. Entretanto, ressalta que o Estado Social não pode ser confundido com um Estado-Providência total, porque no centro do sistema de valores não estaria o Estado, nem mesmo a sociedade, mas sim o sujeito, como pessoa concreta e não como abstração¹⁴⁷. E dessa forma vai justificada a proposta de uma comunidade de trabalho processual, no lugar de um domínio processual do juiz ou das partes¹⁴⁸.

Nasce na doutrina alemã, portanto, a concepção do juiz como um ajudante imparcial das partes, colocado no interesse do objetivo do processo, que é o dar proteção jurídica para a parte que tem o direito, sendo necessário conceder poderes ao juiz, retirando-o de uma

¹⁴³ WASSERMANN, Rudolf. *Der soziale Zivilprozeß : Zur Theorie und Praxis des Zivilprozesses im sozialen Rechtsstaat*. Neuwied, Darmstadt: Luchterhand, 1978, p. 60.

¹⁴⁴ WASSERMANN, Rudolf. Justiz und Gesellschaft, in: *Justiz im sozialen Rechtsstaat*, Neuwied, Darmstadt: Luchterhand, 1974. p. 16.

¹⁴⁵ WASSERMANN, Rudolf. Justiz und Gesellschaft, in: *Justiz im sozialen Rechtsstaat*, Neuwied, Darmstadt: Luchterhand, 1974. p. 20.

¹⁴⁶ WASSERMANN, Rudolf. *Der soziale Zivilprozeß : Zur Theorie und Praxis des Zivilprozesses im sozialen Rechtsstaat*. Neuwied, Darmstadt: Luchterhand, 1978. p. 78-80.

¹⁴⁷ WASSERMANN, Rudolf. *Der soziale Zivilprozeß : Zur Theorie und Praxis des Zivilprozesses im sozialen Rechtsstaat*. Neuwied, Darmstadt: Luchterhand, 1978. p. 84-85.

¹⁴⁸ WASSERMANN, Rudolf. *Der soziale Zivilprozeß : Zur Theorie und Praxis des Zivilprozesses im sozialen Rechtsstaat*. Neuwied, Darmstadt: Luchterhand, 1978. p. 86 e ss.

posição inerte. De outro lado, deve seguir garantida a esfera de liberdade das partes que é constitucionalmente garantida e que possibilita o exercício do direito de autodeterminação do indivíduo. Wasserman conduz o discurso para o nascimento da cooperação no processo civil, que, para ele, deveria existir entre todos os participantes do processo¹⁴⁹.

No ponto da utilização da oralidade, uma relevante mudança ocorreu por meio da prática judicial da 20ª Câmara Civil do Tribunal Regional de Stuttgart, conduzida pelo presidente da câmara em 1967, Rolf Bender. De acordo com o § 272 b da ZPO, antes da audiência, o magistrado deveria realizar todas as ordens necessárias para que o processo pudesse chegar ao seu fim nessa audiência. Assim, para que fosse atingida a devida concentração da audiência principal (de instrução e julgamento), a prática criou uma reunião da câmara realizada duas semanas antes da audiência principal, na qual ela debateria as questões processuais e materiais da causa e o material probatório já apresentado nos autos – tudo isso sendo gravado¹⁵⁰. Os resultados da reunião, uma opinião escrita sobre a problemática da causa, seriam recebidos pelas partes juntamente com a notificação para o comparecimento pessoal na audiência principal, na qual seria devidamente instruída a causa de forma concentrada. Tamanho o sucesso da prática, em especial considerando o aceleração da causa, ela foi objeto de incorporação à ZPO em 1976, para colocar à disposição do juiz um “instrumentário flexível para a *preparação* abrangente da audiência principal”, pela escolha de um procedimento escrito ou de uma audiência preliminar¹⁵¹.

B. Socialização do Processo Civil Italiano

O *Codice de Procedura Civile* italiano de 1865 resolveu o problema da unificação da legislação processual em um tratamento racional do direito processual; entretanto, ele nunca foi visto na Itália como um ponto de chegada satisfatório e destinado a durar no tempo, mas

¹⁴⁹ WASSERMANN, Rudolf. *Der soziale Zivilprozeß : Zur Theorie und Praxis des Zivilprozesses im sozialen Rechtsstaat*. Neuwied, Darmstadt: Luchterhand, 1978. p. 86 e ss.

¹⁵⁰ Erfolg in System. Der Spiegel, 1968, n. 34, p. 27-28.

¹⁵¹ GREGER, Reinhard. Cooperação como Princípio Processual, trad. KOCHER, Ronaldo, in: *Revista de Processo*, a. 37, n. 206, pp. 123-134, abr./2012. p. 129; HESS, Burkhard. *Zivilprozeßrecht : ein Studienbuch*, Munique: Beck, 2011. p. 89-90.

sim como um ponto de partida para uma boa e nova legislação. Bem por isso, a história demonstra a ocorrência de numerosas tentativas de reformá-lo parcialmente ou substituí-lo completamente desde os seus primeiros anos de vigência e, em especial, até o início da primeira guerra mundial¹⁵².

Destacou-se, nas reformas legislativas dos anos iniciais de 1900, a reforma do procedimento sumário em 1901. Consistiu no recebimento e na racionalização do procedimento que a prática judiciária consagrara, na qual se estendera a aplicação do procedimento sumário para a maioria dos casos. Significou, portanto, em uma formalização de um novo rito processual “normal”, conservando-se o rito ordinário para algumas hipóteses excepcionais, em que ao juiz era garantida uma maior direção sobre todo o procedimento e às partes era assegurada uma ampla fase de instrução¹⁵³.

Durante os anos seguintes, ainda que tenham ocorrido mudanças políticas no país, não houve qualquer avanço efetivo na forma de considerar os problemas da justiça civil, continuando-se o fluxo das tentativas de reformas parciais. Ainda que existente uma sensibilidade difusa sobre os problemas reais da justiça civil, agravado pela mudança de atitude social na Itália, faltava vontade e capacidade política para realizar uma reforma radical do processo para acabar com gravíssimos problemas do direito processual¹⁵⁴.

A renovação ideológica ocorreu a partir das bases firmadas pela *Costituzione repubblicana* de 1947. Antes disso, não houve grandes mudanças, mesmo porque, conforme Cappelletti, à ideologia fascista não interessaria a transformação das relações entre privados, mas aquelas entre privados e a autoridade¹⁵⁵. Por isso, o *Codice de Procedura Civile* de 1940-1942, que substituiu o CPC de 1865, teria significado verdadeiramente mais um autoritarismo legislativo do que judiciário¹⁵⁶. Já conforme Taruffo, a finalidade essencial do legislador teria sido de realizar um processo mais simples e rápido, de modo que pretendia diminuir o arbítrio das partes, aumentando os poderes do juiz. Entretanto, enquanto um

¹⁵² TARUFFO, Michele. *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*. Bolonha: Il Mulino, 1980. p. 151-152 e 156 e ss.

¹⁵³ TARUFFO, Michele. *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*. Bolonha: Il Mulino, 1980. p. 167-173.

¹⁵⁴ TARUFFO, Michele. *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*. Bolonha: Il Mulino, 1980. p. 183.

¹⁵⁵ CAPPELLETTI, Mauro. Libertà individuale e Giustizia Sociale, in: *Rivista di Diritto Processuale*, a. XXVII, n. 1, pp. 11-34, gennaio-marzo 1972. p. 17.

¹⁵⁶ CAPPELLETTI, Mauro. Libertà individuale e Giustizia Sociale, in: *Rivista di Diritto Processuale*, a. XXVII, n. 1, pp. 11-34, gennaio-marzo 1972. p. 18.

processo rápido e simples teria sido atingido apenas de forma parcial e limitada, a prevalência dos poderes do juiz sobre os poderes das partes seria de todo duvidosa¹⁵⁷.

A Constituição Italiana, com vigência a partir de 1948, teve o importante papel de trazer entre os princípios fundamentais as garantias processuais – presença típica das constituições elaboradas após regimes totalitários na Europa. Assim, ainda que muitas das garantias sejam resultado da consagração em nível constitucional de institutos e regras já conhecidas no processo civil, a colocação dessas no plano constitucional modificou profundamente o significado político das mesmas, como ocorreu, por exemplo, no direito de ação. E é a partir desse ponto histórico que passou-se a conceber uma democratização ou socialização do processo civil, *i. e.*, vendo-se nas garantias constitucionais processuais a potencialidade de modificar as raízes ideológicas do processo civil¹⁵⁸.

“A garantia do acesso à justiça”, conforme Taruffo, significaria “não somente a eliminação de obstáculos e limites formais ao exercício da ação”, mas “dos condicionamentos e discriminações sociais e econômicas que pudessem limitar e excluir *de fato* o acesso à justiça”.¹⁵⁹ Enquanto o direito de ação passou a ser visto como um direito de paridade real entre as partes e de possibilidade de realização de sua defesa através de um procedimento realmente em contraditório. Esses, os valores cardiais de um “*giusto processo*”, traduzidos em uma Constituição inspirada no princípio do Estado Social de Direito¹⁶⁰.

E foi a partir da Constituição que Cappelletti procurou sustentar o seu projeto de reforma¹⁶¹, defendendo a constitucionalização do processo civil¹⁶² e a necessidade de adequar o processo à Lei Maior. Aduzia, nessa esteira, que o direito constitucional afirmava, mediante a constitucionalização do direito de ação, o acesso a todos da tutela jurisdicional, o que implicaria na diminuição do formalismo. A Constituição ainda prescrevia um conceito factual de igualdade, o qual também se referia às partes no processo, conduzindo a um dever de colaboração das partes e a uma função social-assistencial do juiz, que somente poderia atuar

¹⁵⁷ TARUFFO, Michele. *La giustizia civile in Itália dal '700 a oggi*. Bolonha: Il Mulino, 1980. p. 281.

¹⁵⁸ TARUFFO, Michele. *La giustizia civile in Itália dal '700 a oggi*. Bolonha: Il Mulino, 1980. p. 310-311 e ss.

¹⁵⁹ TARUFFO, Michele. *La giustizia civile in Itália dal '700 a oggi*. Bolonha: Il Mulino, 1980. p. 313.

¹⁶⁰ TARUFFO, Michele. *La giustizia civile in Itália dal '700 a oggi*. Bolonha: Il Mulino, 1980. p. 313 e 314.

¹⁶¹ CAPPELLETTI, Mauro. Libertà individuale e Giustizia Sociale, in: *Rivista di Diritto Processuale*, a. XXVII, n. 1, pp. 11-34, gennaio-marzo 1972. p. 30 e ss.

¹⁶² CAPPELLETTI, Mauro. L'oralità nel processo italiano : ideale contro realtà, in: *Giustizia e Società*. Milano: Edizioni di Commità, 1977, p. 141.

em um processo oral, em que o juiz estivesse em relação direta e imediata com as partes, os fatos e as provas¹⁶³.

Cappelletti propunha uma releitura da obra de Chiovenda, colocando-o ao lado de Franz Klein no movimento de reforma que refletisse as novas exigências sociais: “aquela de uma justiça não meramente formal, aparente e burguesa, que é limitada e acessível somente às classes sociais cultas e ricas, mas de uma justiça efetiva, real e acessível a todos”¹⁶⁴. Assim, Cappelletti alinhava-se à proposta em direção à Oralidade; porém, fundamentava-a no fato que um “processo essencialmente ‘escrito’ não pode ser um processo facilmente acessível para os analfabetos, aos pobres, aos ignorantes, isto é (e mais corretamente) àqueles cuja cultura não coincide com a cultura e a linguagem ‘oficiais’”¹⁶⁵ e, com isso, criticava a proclamação abstrata do *Codice de Procedura Civile* de 1940 do Princípio da Oralidade, sem ter realizados aquelas características essenciais a ele (os subprincípios de Chiovenda),¹⁶⁶ e também a reforma de 1950 que teria agravado ainda mais os defeitos do código, afastando ainda mais o juiz dos fatos¹⁶⁷.

Em forma de síntese, a oralidade cumpriria um duplo papel para Cappelletti. O primeiro deles, caracterizava-a como um programa de reforma para aqueles países em que o princípio não tivesse ainda atuado substancialmente. O foco dado pelo jurista era especialmente sobre o direito probatório¹⁶⁸, para que fossem abolidos todos os resíduos do sistema de provas legais e a substituição por um sistema de valoração crítica do juiz, com institutos simples, flexíveis e orais em relação imediata com o órgão que decidiria a questão, bem como, para que a audiência não fosse resumida a uma discussão oral superficial sobre questões de *direito*, mas sim como meio de garantir as vantagens da imediatidade na assunção

¹⁶³ CAPPELLETTI, Mauro. L'oralità nel processo italiano : ideale contro realtà, in: *Giustizia e Società*. Milano: Edizioni di Commità, 1977, p. 142.

¹⁶⁴ CAPPELLETTI, Mauro. L'oralità nel processo italiano : ideale contro realtà, in: *Giustizia e Società*. Milano: Edizioni di Commità, 1977, p. 135-136.

¹⁶⁵ CAPPELLETTI, Mauro. L'oralità nel processo italiano : ideale contro realtà, in: *Giustizia e Società*. Milano: Edizioni di Commità, 1977, p. 136.

¹⁶⁶ CAPPELLETTI, Mauro. L'oralità nel processo italiano : ideale contro realtà, in: *Giustizia e Società*. Milano: Edizioni di Commità, 1977, p. 137.

¹⁶⁷ CAPPELLETTI, Mauro. L'oralità nel processo italiano : ideale contro realtà, in: *Giustizia e Società*. Milano: Edizioni di Commità, 1977, p. 139.

¹⁶⁸ Como ele mesmo registra em CAPPELLETTI, Mauro. Processo orale e processo scritto nel mondo contemporaneo, in: *Giustizia e Società*. Milano: Edizioni di Commità, 1977, p. 217.

e discussão das provas, de forma a concentrar a discussão sobre os *factos*¹⁶⁹. De outro lado, a oralidade principalmente aludiria à progressiva socialização do direito processual.

Por socialização do processo civil, Cappelletti referia às reformas que deveriam ser realizadas na linha da Ordenança Processual Civil da Áustria de Franz Klein, que colocou o processo civil como um instrumento existente para o bem social, no qual o juiz não estaria destacado do “duelo jurídico” entre as partes, mas a ele foi outorgada a tarefa de guia e propulsão processual, “não somente *técnica e formal* (...), mas também *material*”¹⁷⁰. Defendia, portanto, que o caráter ativo e assistencial do juiz para com as partes seria melhor exercido no contato direto e pessoal da oralidade¹⁷¹. A maior utilização da Oralidade no Processo Civil e a outorga de poderes ao juiz, para que ele seja ativo no procedimento, inserem-se dentro das tendências de Acesso à Justiça identificados por Cappelletti¹⁷².

Ponto de relevo, para Vittorio Denti, teria sido a superação da percepção meramente processual do direito de ação, ocorrida através da introdução do tema do *due process* na cultura italiana. A garantia do *giusto processo* teve origem no artigo 10 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela ONU em 1948 e foi também incorporada pela Convenção Europeia dos Direitos Humanos em 1950¹⁷³. A perspectiva do direito constitucional, a *azionabilità* dos direitos e dos interesses legítimos

não é reconduzível nem à ação em sentido abstrato, nem à ação em sentido concreto, mas vai considerada como a projeção no plano da jurisdição das formas de tutela (real, obrigacional, ressarcitória, inibitória etc.) que o ordenamento prevê para as situações subjetivas singulares¹⁷⁴.

Refere Denti que a evolução do conteúdo do direito ao processo justo passa também pela questão do acesso à justiça, mas também pela temática das chamadas tutelas diferenciadas. Ambas questões relacionadas à transição de uma perspectiva garantística-

¹⁶⁹ CAPPELLETTI, Mauro. Processo orale e processo scritto nel mondo contemporaneo, in: *Giustizia e Società*. Milano: Edizioni di Comunità, 1977, p. 210-213.

¹⁷⁰ CAPPELLETTI, Mauro. Processo orale e processo scritto nel mondo contemporaneo, in: *Giustizia e Società*. Milano: Edizioni di Comunità, 1977, p. 214.

¹⁷¹ CAPPELLETTI, Mauro. L'oralità nel processo italiano : ideale contro realtà, in: *Giustizia e Società*. Milano: Edizioni di Comunità, 1977, p. 214-215.

¹⁷² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 76.

¹⁷³ DENTI, Vittorio. Valori costituzionali e cultura processuale, in: *Rivista di Diritto Processuale*, a. 39, n. 3. pp. 443-463, jul.-set./1984. p. 445.

¹⁷⁴ DENTI, Vittorio. Valori costituzionali e cultura processuale, in: *Rivista di Diritto Processuale*, a. 39, n. 3. pp. 443-463, jul.-set./1984. p. 448.

formal do estado liberal à consequência da atuação dos direitos sociais reconhecidos na constituição¹⁷⁵.

¹⁷⁵ DENTI, Vittorio. Valori costituzionali e cultura processuale, in: *Rivista di Diritto Processuale*, a. 39, n. 3. pp. 443-463, jul.-set./1984. p. 448.

2 O Princípio da Oralidade no Processo Civil Brasileiro

Assim como é possível perceber a influência da concepção de Estado Liberal no formalismo do processo civil europeu, no Brasil, ocorreu semelhante intersecção. A razão para tanto é que a cultura processual brasileira em certo ponto de sua história recebeu influência direta da doutrina italiana no século XX. A bem dizer, a doutrina processual brasileira *nasceu* a partir da cultura processual italiana, o que significa que importou a própria ideologia legislativa europeia. De outro lado, a própria concepção das funções de Estado coadunava-se com aquela ideologia, de modo que havia uma atmosfera própria para as ideias do processo liberal. Em um segundo momento, entretanto, tal qual ocorreu na Europa, foi necessário o rompimento com essa ideologia pretensamente neutra, buscando-se a finalidade social do processo civil.

Ao mesmo tempo em que essa evolução de fundo realizava-se, várias foram as alterações pelas quais passou o ordenamento processual civil brasileiro, nascido já em Portugal e trazido para nossas terras por meio dos colonizadores. Passou-se desde a utilização das Ordenações Filipinas portuguesas à promulgação de um código processual unitário eminentemente oral para uma posterior evolução técnica na forma do Código Buzaid. Passadas diversas transformações, que alteraram o núcleo desse código, resultou-se no denominado Código Buzaid hoje vigente.

Demonstraremos, a seguir, a evolução no processo civil brasileiro nas perspectivas metodológica, legislativa e doutrinária, demonstrando, ao fim, a tendência do Processo Civil do Estado Constitucional brasileiro.

II.1 A Oralidade no processo civil pré-Estado Constitucional

O caminho realizado na ciência jurídica europeia até o processualismo também foi realizado em certa medida no Brasil. Como referimos acima, Bülow tinha o intento, como próprio da ciência jurídica de sua época, de promover a construção de “conceitos jurídicos em que não se imiscuissem questões culturais” e criar uma ciência processual totalmente autônoma do direito material e, por isso, atemporal¹⁷⁶. Após, Adolf Wach contribuiu para a construção da nova ciência jurídica, seja pela consolidação de seus estudos na matéria a partir do ângulo da relação jurídica processual, seja a partir do conceito de ação¹⁷⁷, no que exerceu influência sobre Chiovenda e no nascimento da Escola Processual Italiana¹⁷⁸.

Formado o processualismo em terras europeias, a ciência processual autônoma, preocupada com as fontes romanas e com os conceitos e os institutos jurídicos, pode ser tida como concretizada, no Brasil, com a vinda de Liebman, aluno de Giuseppe Chiovenda¹⁷⁹. É que por obra de Liebman, atingiu-se um alto desenvolvimento técnico do direito processual civil brasileiro, que depois teve de ser superado em razão do reconhecimento que, apesar da autonomia do processo civil, esse é um instrumento do direito material. Entretanto, a análise da ideia da oralidade no processo civil brasileiro requer um resgate histórico ainda maior, já que em 1939, por exemplo, o Código de Processo Civil brasileiro inaugurou um processo oral, também sob influência da literatura europeia.

II.1.1 O Regulamento n. 737 e os códigos processuais estaduais.

Enquanto colônia de Portugal, vigia no Brasil o direito processual civil português, formado por meio de uma tardia influência do direito romano-canônico, em que se destacava a escritura e a lentidão.

¹⁷⁶ MITIDIERO, Daniel. O processualismo e a formação do Código Buzaid, in: *Revista de Processo*, v. 35, n. 183, pp. 165-194, maio/2010. p. 168-169.

¹⁷⁷ MITIDIERO, Daniel. O processualismo e a formação do Código Buzaid, in: *Revista de Processo*, v. 35, n. 183, pp. 165-194, maio/2010. p. 170.

¹⁷⁸ MITIDIERO, Daniel. O processualismo e a formação do Código Buzaid, in: *Revista de Processo*, v. 35, n. 183, pp. 165-194, maio/2010. p. 171.

¹⁷⁹ MITIDIERO, Daniel. O processualismo e a formação do Código Buzaid, in: *Revista de Processo*, v. 35, n. 183, pp. 165-194, maio/2010. p. 174-175.

Declarada a independência brasileira, a lei de 20 de outubro de 1823 manteve o processo civil vinculado ao livro III das Ordenações Filipinas portuguesas, acrescentadas das normas extravagantes¹⁸⁰. No procedimento ordinário filipino não vigia a regra da eventualidade, de modo que sofreu várias críticas quanto à alongada duração dos processos, tendo em vista que o autor poderia aditar o libelo, abrindo-se novo prazo para o réu respondê-lo¹⁸¹. Após o ajuizamento da demanda, cabia ao magistrado a tentativa de conciliar as partes e, não se viabilizando, formular perguntas para a ordem do processo e para a decisão do caso, podendo proferir a sentença desde logo. O libelo, mediante leitura, e a contestação eram apresentados na própria audiência¹⁸².

Em 1850, com o Código Comercial brasileiro, foram introduzidas algumas melhoras às causas comerciais, que, ainda no mesmo ano, foram aprofundadas pelo Regulamento 737¹⁸³. O Código Comercial estabeleceu procedimentos para processar mais breve e sumariamente as causas comerciais, desobrigando os litigantes a seguir estritamente todas formas ordinárias existentes nos processos de direito civil (artigo 22), dispensou a conciliação prévia e impediu o recurso de apelação para causas de até dois contos de réis¹⁸⁴. Foi o Regulamento 737 que consistiu em um verdadeiro progresso no direito processual civil, de forma que, juntamente com Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, podemos afirmar que o código pode “ser inserido como autêntico ponto de passagem para o formalismo moderno, nada obstante permaneça ainda imbuído da concepção do processo como coisa privada das partes, usual no processo europeu-continental da época”¹⁸⁵.

O regulamento tentou simplificar as formas processuais, procurando concentrar o procedimento mediante o uso dos escritos. Circunscrevia, todavia, a livre convicção do magistrado na valoração de provas, vez que tarifava por diversos dispositivos a avaliação de

¹⁸⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do Formalismo no processo civil : proposta de um formallismo-valorativo*, 4ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 31-32.

¹⁸¹ TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do Processo Civil Lusitano*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 121-122 e 124.

¹⁸² TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do Processo Civil Lusitano*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 123-124 e 131.

¹⁸³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do Formalismo no processo civil : proposta de um formallismo-valorativo*, 4ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 32.

¹⁸⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do Formalismo no processo civil : proposta de um formallismo-valorativo*, 4ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 70.

¹⁸⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do Formalismo no processo civil : proposta de um formallismo-valorativo*, 4ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 71.

provas. Ponto relevante do novo regulamento é que estabelecia a aplicação das Ordenações somente de forma subsidiária (artigo 743)¹⁸⁶.

O Processo civil, entretanto, somente escapou das Ordenações somente em 1890, com o Decreto 763, que estendeu a vigência do Regulamento 737 às causas civis¹⁸⁷.

Quanto à apresentação da causa sob a vigência do Regulamento 737, ao autor cabia iniciar a ação ordinária por meio de simples petição que poderia reduzir-se ao simples requerimento de citação da parte ré (artigo 67) ou desde já expor os fatos, sobre os quais se fundaria a causa, os pedidos e a indicação de provas (artigo 66 e parágrafos). De qualquer forma, na audiência para a qual a citação levava o réu, o autor deveria propor a ação identificando os elementos do artigo 66 já referidos, após o que o juiz concederia o prazo de dez dias ao réu para apresentar contestação (artigo 73). Oferecida a contestação, ao autor e ao réu eram concedidos os prazos sucessivos de 10 dias para apresentação de réplica e tréplica (artigo 101); porém, caso limitassem-se a negação, a causa logo ficaria “em prova a requerimento de alguma das partes” (artigo 102). Após a instrução, ainda havia os escritos das alegações finais (artigos 223 e seguintes) e a publicação da sentença em audiência ou por meio de intimação das partes (artigo 233).

A situação pouco mudou com a promulgação da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891, porque essa havia outorgado competência legislativa privativa do Congresso Nacional somente para “legislar sobre o direito civil, comercial, criminal da República e o processual da Justiça Federal” (no seu artigo 34, n. 23º), deixando o direito processual civil da Justiça Estadual a ser regulamentado pelos estados. É que embora a competência estadual tenha provocado uma inflação de códigos processuais estaduais, houve pouco afastamento e quase nenhum caso de afastamento do histórico Regulamento 737 de 1850.

O procedimento ordinário da Justiça Federal em primeira instância guardava semelhanças com o Regulamento 737 na forma de apresentação da causa pelo autor (artigo 118 do Decreto nº. 848, de 1890), no oferecimento da petição inicial em audiência (artigo

¹⁸⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do Formalismo no processo civil : proposta de um formallismo-valorativo*, 4ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 70-71.

¹⁸⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do Formalismo no processo civil : proposta de um formallismo-valorativo*, 4ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 32 e 71.

119), na concentração de argumentos na contestação (artigo 140) e na abertura para apresentação de réplica e tréplica (artigo 142). Após a dilação probatória, que em comparação com o Regulamento 737 trazia uma outorga maior ao juiz na valoração das provas, as alegações finais eram apresentadas por escrito (artigo 178).

Quanto aos processos civis dos Estados, de forma uníssona, a doutrina afirma que a maioria dos estados utilizava da legislação que a antecederam como modelo, isto é, o Regulamento 737, trazendo poucas inovações¹⁸⁸, de forma que deixaremos de abordar as particularidades dos ordenamentos estaduais.

Com o advento da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1935, houve mudança na competência legislativa sobre o direito processual civil, dispondo, a partir de então, a União de competência privativa para legislar sobre “direito penal, comercial, civil, aéreo e processual, registros públicos e juntas comerciais” (artigo 5º, inciso XIX, alínea ‘a’). Entretanto, foi somente em 1939, já sob égide de uma outra constituição federal, que surgiu o primeiro código de processo civil da era republicana.

II.1.2 O Código Processual Civil de 1939.

Quando já vigia a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937, que repetiu a norma de sua antecessora prevendo que a competência privativa para legislar “o direito civil, o direito comercial, o direito aéreo, o direito operário, o direito penal e o direito processual” era da União (artigo 16, inciso XVI), estabeleceu-se o Código de Processo Civil unitário de 1939, encerrando-se a fase dos códigos estaduais.

¹⁸⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Os novos rumos do Processo Civil Brasileiro, in: *Revista de Processo*, v. 20, n. 78, p. 133-144, abr.-jun./ 1995. p. 133; MOREIRA, José Carlos Barbosa. Quelques Aspects de la Procédure Civile Brésilienne et de ses rapports avec d’autres systèmes juridiques, in: *Revue internationale de droit comparé*, a. 34, n. 4, pp. 1215-1224, out.-dez./1982. p. 1215; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do Formalismo no processo civil : proposta de um formallismo-valorativo*, 4ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 71; GUEDES, Jefferson Carús. *O Princípio da Oralidade : Procedimento por audiências no Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 41 e 42.

Tendo o Estado Novo como pano de fundo, inaugurado por uma Constituição que concedia “decisiva preeminência” ao Poder Executivo sobre os demais poderes, o Governo da nova ordem jurídica, “animada do espírito autoritário”, empreendeu a reforma do processo civil¹⁸⁹. A nova lei processual pretendia banir a “concepção liberal e individualista” do processo, dando lugar ao *interesse público*, e também concretizar o “império do direito objetivo” no lugar do mero “interêsse privado das partes litigantes”¹⁹⁰, para realizar um processo civil que proovesse “justiça acessível e rápida”¹⁹¹ por meio de um código de processo que fosse uma “obra unitária, completa, plastica e harmonica”¹⁹², resultando em uma justiça “mais eficaz”¹⁹³.

O novo código constituiu “notável aprimoramento da técnica processual sob o influxo das doutrinas modernas em voga na Europa”¹⁹⁴, acolhendo o instituto do despacho saneador, o Princípio da Oralidade processual e a imediatidade do juiz. Conforme Alvaro de Oliveira, essa mudança ocorrida no processo civil por meio de uma legislação única e uniforme para o Estado Novo possivelmente decorreu “mais das premissas autoritárias informadoras do fascismo do que da corrosão do Estado liberal”¹⁹⁵. Bem por isso, teria existido uma resistência inicial ao modelo processual utilizado, justificando-a na repulsa à ditadura¹⁹⁶.

De acordo com Pedro Batista Martins, autor do Anteprojeto do Código de Processo Civil de 1939, o código teria “subvertido o velho sistema em que se apoiava o processo escrito e liberal” que o antecedia, através de uma inspiração no direito comparado e, em especial, no modelo do regulamento austríaco de processo, conforme registra:

¹⁸⁹ PINTO, Bilac. Aspectos da Reforma Processual Brasileira, in: *Processo Oral : Coletânea de Estudos de Juristas Nacionais e Estrangeiros*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1940, p. 26 e 27.

¹⁹⁰ Relembrando que o legislador deveria fazer uma obra adequada à “democracia autoritária” do Estado Novo, GUIMARÃES, Luís Machado. O Processo Oral e o Processo Escrito, in: *Processo Oral : Coletânea de Estudos de Juristas Nacionais e Estrangeiros*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1940, p. 23.

¹⁹¹ PINTO, Bilac. Aspectos da Reforma Processual Brasileira, in: *Processo Oral : Coletânea de Estudos de Juristas Nacionais e Estrangeiros*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1940, p. 26.

¹⁹² MORATO, Francisco. A Oralidade, in: *Processo Oral : Coletânea de Estudos de Juristas Nacionais e Estrangeiros*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1940, p. 10.

¹⁹³ LIMA, Hermes. A Reforma do Processo Civil, in: *Processo Oral : Coletânea de Estudos de Juristas Nacionais e Estrangeiros*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1940, p. 123.

¹⁹⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do Formalismo no processo civil : proposta de um formallismo-valorativo*, 4ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 84.

¹⁹⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do Formalismo no processo civil : proposta de um formallismo-valorativo*, 4ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 84.

¹⁹⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do Formalismo no processo civil : proposta de um formallismo-valorativo*, 4ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 86.

O direito processual, até há pouco, era tratado pelos nossos doutrinadores com o mais soberano desprezo. Os que a êle se dedicavam eram considerados como meros praxistas, que constituíam uma subespécie de juristas, especializados no estudos das etiquetas forenses, suas origens e finalidades. Mesmo depois que Oscar Bülow, em 1868, com a sua teoria da relação jurídica processual, adaptou ao processo métodos científicos e que a Áustria decretou o seu Código de Processo Civil, as nossas concepções teóricas do processo se mantiveram inalteráveis.

De quando em vez um espírito mais inquieto, impressionado com a inadequação do sistema processual vigente às exigências da vida moderna, abalçava-se a estudar o assunto no direito comparado e verificava, com surpresa, que o direito processual já não era um simples cerimonial litúrgico¹⁹⁷.

Bem por isso, o código haveria dilatado os poderes do juiz, “dando-lhe um duplo conteúdo – decisório e ordinatório”. O último deles concedido para realizar “um dos ideais de justiça – que é a solução rápida dos litígios”. Da mesma forma, ao juiz teriam sido concedidos poderes instrutórios, colocando-o em busca da “verdade substancial”¹⁹⁸.

Consagrava-se, com isso, o assim chamado *processo oral*; sem negar, no entanto, o papel da Escritura na fase postulatória e na organização do processo através do despacho saneador, *i. e.*, reconhecendo a “necessidade das comunicações prévias escritas, para se fixar claramente a *res in judicium deducta*”¹⁹⁹.

A ação havia início por meio de petição escrita (artigo 158), que, salvo motivo de força maior ou caso de prova contrária, deveria já ser instruída com a prova documental existente para fundamentar o pedido (artigos 159 e 223). Porque essa constituiria a “única base escrita da ação”, deveria expor de forma que não causasse dúvidas a *causa petendi* ou o objeto da demanda²⁰⁰. O réu interviria na formação do contraditório através da contestação escrita (artigo 180), que também deveria ser instruída com todos os documentos (artigo 223). É que uma vez estabelecido o contraditório por escrito, deveria ser possível “o perfeito conhecimento das questões controvertidas” pelo juiz²⁰¹, uma vez que a partir dela vai, em regra, negada a alteração do pedido ou de sua causa (artigo 181). Após a apresentação da contestação, os autos eram conclusos ao juiz para o despacho saneador (artigo 293), no qual

¹⁹⁷ MARTINS, Pedro Batista. Sôbre o Código de Processo Civil, in: *Revista Forense*, a. XXXVI, v. LXXI, pp. 5-13, jan./1940. p. 7-8.

¹⁹⁸ MARTINS, Pedro Batista. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 1, 2ª ed., Rio de Janeiro – São Paulo: Forense, 1960, p. 10.

¹⁹⁹ GUIMARÃES, Luís Machado. O Processo Oral e o Processo Escrito, in: *Processo Oral : Coletânea de Estudos de Juristas Nacionais e Estrangeiros*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1940, p. 22.

²⁰⁰ MARTINS, Pedro Batista. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 2, 2ª ed., Rio de Janeiro – São Paulo: Forense, 1960, p. 266.

²⁰¹ MARTINS, Pedro Batista. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 2, 2ª ed., Rio de Janeiro – São Paulo: Forense, 1960, p. 266.

“o juiz não limita a sua tarefa à limpeza do processo, preparando-o para que na audiência, a sua atividade e a das partes se circunscreva, quanto o possível, ao tratamento do mérito”²⁰², conforme o artigo 296, inciso II.

O debate oral, previsto no artigo 269, após o qual deveria se seguir a prolação da sentença na mesma audiência (artigo 271), aconteceria em seguida à fixação pelo juiz do objeto da demanda e dos pontos em que manifestada a divergência – o que ocorreria após a instrução probatória – na mesma audiência para a garantia dos princípios fundamentais da oralidade²⁰³. A redação original do código referia que o juiz fixaria os pontos a que deveria se limitar o debate oral, o que foi alterado – com alegado caráter interpretativo – para se evitar que os magistrados delimitassem soberanamente a demanda em 1942²⁰⁴. Certo era que ao juiz incumbia fixar o objeto da demanda e os pontos de divergência.

Conforme Pontes de Miranda, a fixação do objeto da demanda pelo juiz “[e]xige ciência jurídica suficiente para dizer em termos técnicos e ao mesmo tempo fáceis, o que a ganga de argumentos, bebida no interesse das partes, ou a própria insuficiência dos procuradores, não conseguiu expressar com a clareza e a precisão que se impõem”²⁰⁵.

Em apertada síntese, a oralidade no Código de Processo Civil de 1939 vigia no que tange à instrução da causa, respeitando as regras da imediação, da concentração e da identidade física do juiz na produção de provas. Quanto à apresentação da causa, de outro lado, o papel da troca de petições ocorrida antes da audiência não era o de preparar o debate oral, mas efetivamente de realizar declarações por meio dos escritos²⁰⁶. De outro lado, o debate oral ocorria a partir da delimitação dos pontos controvertidos realizada pelo juiz em audiência, de modo que a organização, especificamente na determinação do *thema decidendum*, ocorria de forma oral.

²⁰² MARTINS, Pedro Batista. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 3, tomo 2, 2ª ed., Rio de Janeiro – São Paulo: Forense, 1960, p. 389.

²⁰³ MARTINS, Pedro Batista. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 3, tomo 2, 2ª ed., Rio de Janeiro – São Paulo: Forense, 1960, p.158

²⁰⁴ PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo III, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 473-475

²⁰⁵ PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo III, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 472

²⁰⁶ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Audiência de Instrução e Julgamento : Aspectos teóricos e práticos*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 06.

O fato de o juiz fixar o objeto da demanda após a instrução probatória merece mais duas observações. A primeira delas é referente ao fato de caber ao juiz determinar os pontos controvertidos a serem debatidos nos debates orais, demonstrando o maior poder concedido ao magistrado, acentuando-se, assim, a assimetria entre juiz e partes no momento de organização do material litigioso. A outra observação é relativa ao momento da fixação do *thema decidendum*, já posterior à instrução probatória e antes dos debates orais, o que demonstra uma falta de técnica, já que dava abertura à produção de provas impertinentes para a decisão da causae ao alongamento da fase instrutória se no momento da delimitação dos pontos controvertidos, fosse entendido necessário realizar novas provas sobre outros pontos.

Para Pontes de Miranda, o Princípio da Oralidade informaria que podem ser fundamentos das decisões não somente as alegações realizadas por escrito, mas também as orais, dando-se mais valor aos atos realizados de “viva voz”, do que aqueles por escrito. Entretanto, Pontes de Miranda reconhece o papel que a “fixidez da escrita” teria no processo civil de modo que ela não poderia ser excluída do processo. As vantagens do processo oral, para ele, seriam a de que se gastaria menos tempo, a de que seria possível obter uma impressão direta do caso, a de que o juiz poderia denunciar os pontos duvidosos e a de que o advogado poderia se esforçar para *desanuviar-lhe* a primeira vista dos fatos²⁰⁷.

Nos dizeres de Barbosa Moreira, o Código de 1939, ainda que com os “inúmeros defeitos de que padecia”, foi instrumento

(...) de uma tentativa de modernização, extremamente significativa como projeto, embora de êxito apenas parcial na prática. Precedera-o, aliás, na consagração de princípio então em grande voga, como o da oralidade e o da concentração, o Dec-lei 960/38 o processo da execução fiscal²⁰⁸.

Além do que, foi por meio desse que a doutrina da fase *processualista* pode se desenvolver no Brasil, sendo que ao longo de sua vigência os juristas concentraram-se em

²⁰⁷ PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo I, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 24-25.

²⁰⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Os novos rumos do Processo Civil Brasileiro, in: *Revista de Processo*, v. 20, n. 78, pp. 133-144, abr.-jun./ 1995. p.133.

temas de índole essencialmente técnica. Foi esse, portanto, “o período por excelência da construção dogmática do direito processual no Brasil”²⁰⁹

II.1.3 O Código Buzaid.

A doutrina brasileira reconheceu a necessidade de realizar uma nova reforma processual, identificando no ordenamento jurídico como um todo e, especificamente, no Código Processual Civil de 1939 alguns dos motivos para que o processo não realizasse uma prestação jurisdicional eficaz e rápida.

Para Barbosa Moreira, a utilização da oralidade no código teria ido “longe demais” ao dispor como obrigatória a realização de audiência também para os casos em que não houvesse contestação sobre os fatos e que não houvesse necessidade de inquirir testemunhas ou interrogar as partes²¹⁰. Essa crítica, entretanto, parte da premissa de que a audiência seria direcionada somente para a instrução probatória e não para a delimitação do objeto da demanda, para a fixação dos pontos controvertidos e para a realização dos debates orais – o que, embora possa ser uma finalidade discutível, é atendível pela obrigatoriedade em realizar as audiências.

Galeno Lacerda identifica a omissão dos procedimentos sumários como um dos entraves à prestação jurisdicional, cuja “imposição formal das audiências” e o “excessivo número de recursos” fariam com que o processo se arrastasse “até extremos insuportáveis”. O meio de superar esses entraves passaria pela alteração das normas da própria Constituição Federal sobre competência e funcionamento do Poder Judiciário. Em nível federal, o procedimento deveria ser simplificado e diversificado, “em função da natureza da lide e da realidade vária, política, social e econômica, dos núcleos populacionais do país”, enquanto

²⁰⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Os novos rumos do Processo Civil Brasileiro, in: *Revista de Processo*, v. 20, n. 78, pp. 133-144, abr.-jun./ 1995. p.134.

²¹⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Quelques Aspects de la Procédure Civile Brésilienne et de ses rapports avec d'autres systèmes juridiques, in: *Revue internationale de droit comparé*, a. 34, n. 4, pp. 1215-1224, out.-dez./1982. p. 1216.

aos estados competiria a organização judiciária dúctil às reformas e realidades²¹¹. Defendia, portanto, a pluralização dos chamados procedimentos sumários. Além disso, a partir da distinção entre a decisão sobre os pressupostos processuais e as condições de ação e sobre o direito material, Galeno defendia que por meio do despacho saneador, isto é, antes da audiência, já deveria ser realizada a decisão sobre o material de direito processual da causa²¹².

Alfredo Buzaid, jurista responsável pela elaboração do anteprojeto de código de processo civil que viria a ser o Código de Processo Civil de 1973, teve nítida influência da literatura italiana da primeira metade do século XX e da processualística alemã do final do século XIX²¹³. A repercussão da influência marcou o código essencialmente no plano técnico, ao que se deve o progresso do direito processual legislado²¹⁴. No afã de dar autonomia ao processo civil, entretanto, as ligações ao direito material eram evitadas²¹⁵. Bem por isso, o Anteprojeto de Código de Processo Civil apresentado por Alfredo Buzaid não dispunha sobre os procedimentos especiais, mas apenas sobre o processo de conhecimento, o processo de execução e o processo cautelar, já que interessaria ao processo civil apenas os conceitos processuais puros²¹⁶.

Após a fase exegética e procedimentalista do direito processual civil, passou-se a construir a dogmática jurídica da disciplina e era por essa dogmática que Buzaid era influenciado. Nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco, “[é] compreensível que isso tenha deixado impregnada de um conceitualismo talvez excessivo”²¹⁷ a legislação processual de 1973. Daniel Mitidiero esclarece que dado o neutralismo científico que o Código Buzaid pressupunha, a disciplina do processo civil, que nascia da importação da literatura europeia, tinha presente os “dados sociais da Europa do final do século XIX”. Era, portanto, um “Código individualista, patrimonialista, dominado pela ideologia da liberdade e da segurança

²¹¹ LACERDA, Galeno. Considerações sobre a Reforma Processual, in: *Revista de Direito Processual Civil*, a. 3, vol. 6, pp. 127-141, jul.-dez./ 1962. p. 128-129.

²¹² LACERDA, Galeno. *Despacho Saneador*. 2ª ed. Porto Alegre: Fabris, 1985.

²¹³ Para um relato da influência da processualística alemã e da doutrina italiana na formação do Código Buzaid, através da ligação estabelecida por Liebman, MITIDIERO, Daniel. O processualismo e a formação do Código Buzaid, in: *Revista de Processo*, v. 35, n. 183, pp. 165-194, maio/2010. p. 173-177.

²¹⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Os rumos do Processo Civil Brasileiro, in: *Revista de Processo*, v. 20, n. 78, pp. 133-144, abr.-jun./ 1995. p. 134.

²¹⁵ MITIDIERO, Daniel. O processualismo e a formação do Código Buzaid, in: *Revista de Processo*, v. 35, n. 183, pp. 165-194, maio/2010. p. 178.

²¹⁶ MITIDIERO, Daniel. O processualismo e a formação do Código Buzaid, in: *Revista de Processo*, v. 35, n. 183, pp. 165-194, maio/2010. p. 178-179.

²¹⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Evoluzione della Scienza Processuale Latino-Americana in mezzo secolo, in: *Rivista di Diritto Processuale*, a. LIII, n. 1, pp. 26-35, jan.-mar. / 1998. p. 29.

jurídica, pensado a partir da ideia de dano e preordenado a prestar tão somente uma tutela jurisdicional repressiva”²¹⁸.

É que o Código Buzaid não estava aberto à revolução cultural que ocorria na Europa em favor da maior efetividade do processo, não estando inspirado pela visão crítica do sistema processual com o empenho específico de universalizar a tutela jurisdicional e a uma ordem jurídica justa²¹⁹ - revolução consubstanciada na expressão do Acesso à Justiça. Muito mais, o código veio a consolidar o modelo processual brasileiro, por meio de renovações em alguns dos institutos processuais e introdução de mudanças tal qual a do despacho saneador. Também Dinamarco refere que se trata de “um Código *individualista* como o de antes e o estilo de processo e procedimentos que oferece é o mesmo”²²⁰.

Conforme Barbosa Moreira, teria sido mantida com o Código Buzaid a mesma divisão de trabalho existente no Código de 39, consagrando, de outro lado, uma evolução ocorrida na Europa, de modo que estava mantido o princípio dispositivo, porque o juiz não poderia começar um processo ou encerrá-lo, bem como não poderia se pronunciar para além da demanda; porém, é reconhecido um papel ativo do juiz, especificamente na instrução probatória²²¹. Já quanto à oralidade do procedimento ordinário, entende que o código manteve o que era verdadeiramente essencial ao princípio da oralidade: o “contato direto entre o juiz, de um lado, e as partes ou as testemunhas, de outro” quando necessário para melhor entendê-los na busca pela verdade²²², concluindo, portanto, em favor da previsão dos julgamentos antecipados do litígio.

Quanto à utilização da oralidade no Código de Processo Civil de 1973, houve uma atenuação do processo oral com relação à legislação antecedente. Primeiramente com a permissão de que, em caso de transferências, promoções ou aposentadoria do juiz a causa pudesse ser instruída e julgada pelo juiz sucessor, tendo em vista que a experiência haveria

²¹⁸ MITIDIERO, Daniel. O processualismo e a formação do Código Buzaid, in: *Revista de Processo*, v. 35, n. 183, pp. 165-194, maio/2010, p. 182.

²¹⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma do Código de Processo Civil*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p.24.

²²⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma do Código de Processo Civil*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p.25.

²²¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Quelques Aspects de la Procédure Civile Brésilienne et de ses rapports avec d’autres systèmes juridiques, in: *Revue internationale de droit comparé*, a. 34, n. 4, pp. 1215-1224, out.-dez./1982. p. 1216-1217.

²²² MOREIRA, José Carlos Barbosa. Quelques Aspects de la Procédure Civile Brésilienne et de ses rapports avec d’autres systèmes juridiques, in: *Revue internationale de droit comparé*, a. 34, n. 4, pp. 1215-1224, out.-dez./1982. p. 1217

“demonstrado que a vinculação estreita do juiz ao processo (...) transforma-se em um obstáculo à marcha regular do procedimento, sobretudo em um país de dimensões territoriais como o Brasil”²²³. Além disso, a previsão do Agravo de Instrumento no novo código teria vindo para substituir a não impugnabilidade das decisões interlocutórias que levariam o processo adiante, muitas vezes já comprometido de graves e insanáveis vícios²²⁴. Por fim, ainda mais mitigado estaria o Princípio da Oralidade com a possibilidade do julgamento antecipado da lide, sem a realização de audiências, em caso de revelia do demandado ou de não ser necessária a produção de provas orais²²⁵.

Findo o prazo para apresentação de contestação do réu, no procedimento ordinário, o processo poderia ser resolvido na forma puramente escrita, ou no processo oral do código de 73. O “processo escrito” é aquele em que, já na fase saneadora²²⁶, o juiz identifica a ocorrência de uma das seguintes hipóteses de extinção do processo sem julgamento do mérito (artigo 267, incisos II a V):

- II - quando ficar parado durante mais de 1 (um) ano por negligência das partes;
- III - quando, por não promover os atos e diligências que lhe competir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias;
- IV - quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo;
- V - quando o juiz acolher a alegação de preempção, litispendência ou de coisa julgada;

O processo também resultaria em um procedimento escrito quando o juiz julgasse antecipadamente a lide, *i. e.*, quando já superada a fase de saneamento e já se analisando o mérito da causa, identifica-se que a questão seja “unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não havendo necessidade de produzir prova em audiência” ou quando ocorrida a revelia (artigo 330). Nesses casos, o juiz não passaria à fase oral do procedimento, tendo em vista a ligação histórica da oralidade com a instrução da causa.

Nesse sentido, foi a incorporação do despacho saneador (artigo 331) no Código de Processo Civil, com o objetivo de declarar o processo livre de vícios e irregularidades e em

²²³ DINAMARCO, Cândido R. Linee della riforma del processo civile brasiliano, in: *Rivista di Diritto Processuale*, a. 28, n. 3, pp. 435-441, jul.-set. / 1973. p. 438

²²⁴ DINAMARCO, Cândido R. Linee della riforma del processo civile brasiliano, in: *Rivista di Diritto Processuale*, a. 28, n. 3, pp. 435-441, jul.-set. / 1973. p. 438.

²²⁵ DINAMARCO, Cândido R. Linee della riforma del processo civile brasiliano, in: *Rivista di Diritto Processuale*, a. 28, n. 3, pp. 435-441, jul.-set. / 1973. p. 438.

²²⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Procedimento ordinário no novo código de processo civil, *Revista Forense*, v. 70, n. 246, pp. 20-29, jun./1974. p. 22.

condição de prosseguir à fase instrutória. Dessa forma, somente haveria a prolação de despacho saneador quando não ocorridos o julgamento conforme o estado do processo ou a extinção do processo. Nota-se, aqui, a diferença que havia com o Código de Processo Civil de 1939, no qual o despacho saneador “limpava o processo de suas irregularidades, assegurando o exame do mérito” e ordenava “providências saneadoras e ainda decisões terminativas do processo sem apreciação do mérito”²²⁷.

Não havendo o julgamento na forma das hipóteses acima, o processo conduzir-se-ia à formalização do saneamento do processo na forma do despacho saneador (artigo 331), no qual o juiz deferiria a realização de prova pericial e das demais provas requeridas e designaria a audiência de instrução e julgamento. A fixação dos pontos controvertidos sobre os quais a prova deve incidir, entretanto, somente ocorre no início da audiência de instrução e julgamento, tal é a dicção do artigo 451, de forma que não é possível que as partes preparem-se devidamente para a audiência de instrução e julgamento, na qual ocorrem os debates orais (artigo 454). Bem por isso, a prática utiliza-se dos memoriais como forma substitutiva dos debates orais, prolongando ainda mais o tempo do processo (artigo 454, §3º).

Para Enrico Tullio Liebman, o Código de Processo Civil instituiria um processo oral, no qual a oralidade teria sido concebida como instrumento para garantir

a concentração das atividades instrutórias na audiência, o contato imediato do juiz com os meios de prova, a livre convicção do juiz na apreciação das provas, a direção do processo nas mãos do órgão jurisdicional e, acima de tudo, a concepção do processo como instrumento público de administração da justiça²²⁸.

Assim, partindo de uma concepção onde a oralidade tinha função preponderante na instrução e no julgamento da causa, mas não na organização do material litigioso, Liebman conclui que nenhuma lide poderia ser julgada sem a prévia realização de uma audiência. Sua observação tem como endereço certo a possibilidade que o Código de Processo Civil concedia

²²⁷ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 3. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 589.

²²⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: José Bushatsky, 1976. p. 109

para que o juiz julgasse a causa antecipadamente. Para Liebman todas as decisões de mérito deveriam ser antecedidas da audiência²²⁹.

Diametralmente oposto a Liebman nesse ponto, classificando-o como situado no “plano de pura técnica processual”²³⁰, Galeno Lacerda afirma que a audiência de instrução e julgamento não seria essencial no processo brasileiro, já que os seus objetivos (provar discutir e julgar) poderiam ou não ser realizados na audiência, visto que nem todas seriam realizadas na audiência, que as provas e a discussão pertenceriam ao poder de disposição da parte ou do juiz e que a prolação da sentença poderia ser realizada após a audiência²³¹. Não sendo elemento essencial do processo, já não haveria impedimentos contra a realização de decisão de mérito por ocasião do despacho saneador.

A apresentação da demanda e a organização do processo continuavam a ser realizados, em geral, na forma escrita. O despacho saneador representava uma evolução em direção à aceleração procedimento; entretanto, era realizado de forma unilateral e escrita pelo juiz. De mesma forma, quando ocorrida na audiência a fixação dos pontos controvertidos, embora o fosse de forma oral, ocorria unilateralmente pelo juiz, o que significava muito mais uma forma de delimitar a cognição do juiz do que organizar a instrução do processo e os debates orais, visto que na audiência as partes já deveriam trazer as provas. O único foco do princípio da oralidade era ainda a sua utilização na instrução da causa.

No que diz respeito à utilização da Oralidade para a organização do processo ou para o conhecimento da matéria de forma imediata e oral pelo juiz, as mudanças apenas se realizaram com as reformas do Código de 1973. A verdadeira evolução da legislação processual, ainda que o Código Buzaid já tivesse sofrido as primeiras mudanças no *vacatio legis* e que a doutrina se mostrasse irrequieta desde 1975²³², somente ocorreria mais tarde, com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – não somente pela

²²⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: José Bushatsky, 1976. p. 112.

²³⁰ LACERDA, Galeno. *Despacho Saneador*. Porto Alegre: Livraria Sulina, 1953. p. 143.

²³¹ LACERDA, Galeno. *Despacho Saneador*. Porto Alegre: Livraria Sulina, 1953. p. 143-144.

²³² Cfr. GUEDES, Jefferson Carús. *O Princípio da Oralidade : Procedimento por audiências no Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 93, n. (1).

dimensão conferida a “assuntos processuais”²³³, como também pela verdadeira mudança de paradigma da ordem jurídica brasileira.

II.2. A Oralidade no Processo Civil do Estado Constitucional

O Estado típico da Era Liberal, no campo da supremacia do Direito, é definido como Estado Legislativo, no qual a lei valia em razão da autoridade que a proclamava e nada mais. Desde então, a concepção que se tem do Direito passou por uma transformação que a amarra diretamente aos direitos positivados na Constituição, dando ao princípio da legalidade o qualitativo de *substancial*²³⁴. Ademais, no campo das garantias individuais, os direitos fundamentais deixaram de ter o papel apenas de proteção da liberdade *frente* ao Estado, como também passaram a conferir à sociedade *meios* para o seu justo desenvolvimento, a *proteger* os direitos dos particulares entre si e a estruturar vias para que os cidadãos *participem* da atividade pública estatal²³⁵. A essas transformações, o processo civil não poderia passar ileso, *i. e.* com as estruturas que representavam as concepções de um Estado que fora historicamente superado. Assim, se é correto que a técnica processual deve ser direcionada a uma finalidade social, também é verdade que se deve buscá-la na Constituição Federal.

O Estado Constitucional constitui Estado de Direito e Estado Democrático²³⁶. A partir dessa base conceitual, várias são as exigências feitas à organização do Poder Judiciário e do Processo Civil.

²³³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Os novos rumos do Processo Civil Brasileiro, in: *Revista de Processo*, v. 20, n. 78, pp. 133-144, abr.-jun./ 1995. p.135.

²³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil : Volume 1 : Teoria Geral do Processo*. 2a. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 21.

²³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil : Volume 1 : Teoria Geral do Processo*. 2a. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 65.

²³⁶ Utilizamos a expressão de Canotilho (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3ª ed., Coimbra: Almedina, 1999, p. 89) para designar a ordem jurídica inaugurada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, paradigma *normativo* da ciência processual. Sobre o processo civil do Estado Constitucional, consultar: MITIDIERO, Daniel. *Processo Civil e Estado Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007; MITIDIERO, Daniel (coord.). *O Processo Civil no Estado Constitucional*. Salvador: Jus Podium, 2012.; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *O formalismo no processo civil : Proposta de um formalismo-valorativo*. 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 2010; OLIVEIRA, Carlos

A Constituição de 1988, porque incorporou diversos valores éticos através de *normas* jurídicas, passou a orientar também o formalismo do processo civil, sendo necessário ser feita uma verdadeira revisão de conceitos até então utilizados sem uma análise dos seus aspectos funcionais. O próprio contraditório revestiu-se de outro aspecto, qual seja o de influenciar na decisão judicial, o que justifica outros institutos como o dever de motivação das decisões judiciais, até mesmo para verificar se foi tomado em conta a participação da parte no processo²³⁷.

A partir da percepção de que o Processo Civil é influenciado pela Constituição de um Estado e pela própria Teoria do Estado que é tomada por fundamento, a promulgação da nova constituição não poderia deixar de trazer resultados ao direito processual civil. Além do que, o movimento de reforma europeu consubstanciado na expressão Acesso à Justiça, como se viu, partiu da idéia de uma verdadeira constitucionalização do processo, de modo que a ideia da influência sobre o processo civil já não era nova em termos globais.

Conforme Marinoni, é fundamental para a teoria do processo o desenvolvimento da ideia de Estado e da noção de historicismo, já que o “tratamento sério da teoria do processo não prescinde da reflexão sobre o Estado, a cultura e a realidade social de cada época”²³⁸. Bem por isso, no livro *Novas Linhas do Processo Civil*, ele pretende demonstrar que pela razão de a jurisdição e os demais institutos processuais retirarem “a sua cor”²³⁹ da noção de Estado, esses deveriam ser repensados criticamente a partir da ideia de Democracia Social.²⁴⁰ E é por essa razão que o tema do Acesso à Justiça renovou a teoria do processo civil, já que a ideia de acesso refere-se a Democracia Social, que entre nós remonta à inauguração do Estado Constitucional Brasileiro.

Marinoni ainda refere que

[c]ontudo, como é regra no campo das ciências sociais, também o conceito de acesso à justiça não pode ser definido como as fórmulas matemáticas. A noção de democracia está em constante mutação, razão pela qual os fatores que inspiraram

Alberto Alvaro de. (org.) *Processo e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004; ZANETI JR., Hermes. *Processo Constitucional : O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007

²³⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *O formalismo no processo civil : Proposta de um formalismo-valorativo*. 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 2010, p. 48 e ss.

²³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*. São Paulo: Revista dos tribunais, 1993. p. 13.

²³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*. São Paulo: Revista dos tribunais, 1993. p. 16

²⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*. São Paulo: Revista dos tribunais, 1993. p. 17

Cappelletti, há alguns anos atrás, não são, necessariamente, os que devem nos preocupar. Na verdade, necessária é a consideração do atual Estado brasileiro para o discurso acerca dos institutos fundamentais do processo²⁴¹.

Importante é que o processualista certifique-se de que “toda técnica processual, além de não ser ideologicamente neutra, deve estar sempre voltada a uma finalidade social”²⁴². E nesse sentido, há quem fale na descoberta da função social do processo. Essa funcionalização social não significaria, todavia, um retorno à “velha absorção do indivíduo pela sociedade”, mas de uma nova busca por “limites à autonomia privada, com vistas a preservar a convivência social desejável”²⁴³.

Essa visão de um processo civil social, entretanto, não deixou de despertar críticas por parte da doutrina, a qual Barbosa Moreira nomeia de Neoprivatismo no Processo Civil, não sem antes fazer um gracejo:

É duvidosa a designação que melhor convém ao pensamento criticado neste trabalho. Visto que seus representantes aludem, com aspas manifestamente depreciativas, a processo civil “social”, talvez se pudesse cogitar de designá-la, com análogas aspas, como processo civil “anti-social”. Mas não desejamos ferir, com tão antipático rótulo, as suscetibilidades de juristas ilustres, que nos merecem todo o respeito²⁴⁴.

Em resumo, o movimento de acesso à justiça, no Brasil influenciado pela promulgação da Constituição Federal de 1988, não quer significar mera admissão ao processo, mas um amplo acesso à ordem jurídica justa²⁴⁵, por meio de um processo justo, “sinônimo do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, célere e adequada”²⁴⁶. Nas palavras de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira,

[r]ealmente, se o processo, na sua condição de autêntica ferramenta de natureza pública indispensável para a realização da justiça e da pacificação social, não pode ser compreendido como mera técnica mas, sim, como instrumento de realização de

²⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*. São Paulo: Revista dos tribunais, 1993. p. 17

²⁴² MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*. São Paulo: Revista dos tribunais, 1993. p. 24.

²⁴³ CALMON DE PASSOS, J. J. Função Social do Processo, in: *Revista Forense*, a. 94, vol. 343, pp. 85-94, jul.-set. / 1998. p. 86.

²⁴⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O Neoprivatismo no Processo Civil, in: Fredie Didier Jr. (org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*, 6ª ed., revista e ampliada, Salvador: JusPodivm, 2008. p. 41.

²⁴⁵ CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo, in: Fredie Didier Jr. (org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*, 6ª ed., revista e ampliada, Salvador: JusPodivm, 2008. p. 157.

²⁴⁶ CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo, in: Fredie Didier Jr. (org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*, 6ª ed., revista e ampliada, Salvador: JusPodivm, 2008. p. 157.

valores e especialmente de valores constitucionais, impõe-se considerá-lo como direito constitucional aplicado²⁴⁷.

A Constituição Federal de 1988 afirmou um compromisso de o Estado prestar tutela jurisdicional “mediante um processo justo, acessível e realizado em tempo razoável”²⁴⁸.

Conforme Dinamarco:

Ao definir e explicitar muito claramente garantias e princípios voltados à *tutela constitucional do processo*, a nova Constituição tornou crítica a necessidade não só de realizar um processo capaz de produzir resultados efetivos na vida das pessoas (efetividade da tutela jurisdicional), como também de fazê-lo logo (tempestividade) e mediante soluções aceitáveis segundo o direito posto e a consciência comum da nação (justiça)²⁴⁹

A partir dessa percepção de instrumentalidade do processo civil com relação ao direito material, mas também ao direito constitucional, a teoria processual brasileira é representada por duas fases metodológicas que superaram o processualismo: a fase metodológica do instrumentalismo e a fase do formalismo-valorativo. A diferença essencial entre as duas está no enfoque dado aos institutos fundamentais do processo, ao eleger como polo metodológico a jurisdição, como o faz o instrumentalismo, ou o processo, como o faz o formalismo-valorativo.

As reformas legislativas ocorridas no processo civil brasileiro tiveram por pano de fundo a ideia da instrumentalidade e do acesso à justiça; entretanto, partindo de uma ciência processual com o polo metodológico localizado no próprio processo, algumas outras tendências são identificáveis no uso da Oralidade no processo civil.

II.2.1 O Código Reformado.

²⁴⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais, in: Fredie Didier Jr. (org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*, 6ª ed., revista e ampliada, Salvador: JusPodivm, 2008. p. 230.

²⁴⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma da Reforma*. 3ªed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 29.

²⁴⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma da Reforma*. 3ªed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 29.

A fase metodológica da Instrumentalidade do Processo é a negação da natureza e do objetivo puramente técnico do sistema processual, afirmando a permeabilidade da ciência processual “aos valores tutelados na ordem político-constitucional e jurídico-material”²⁵⁰. Dessa forma, partindo-se da concepção dada ao “Estado social contemporâneo” como um tipo de Estado que “pretende chegar ao valor *homem* através do culto à *justiça*”²⁵¹, essa fase metodológica tem na jurisdição o centro da teoria processual²⁵², porque corresponde à “visão publicista do sistema, como instrumento do Estado, que ele usa para o cumprimento de objetivos seus”²⁵³.

O Código de Processo Civil de 1973 passou por numerosas reformas legislativas, de modo que é possível identificar duas fases, a do Código Buzaid, mais próxima da versão aprovada original, e a do Código Reformado, qual seja aquela resultado das diversas alterações ocorridas na vigência do Código de Processo Civil de 1973²⁵⁴. Naturalmente, o primeiro impacto no ordenamento processual foi justamente o da promulgação da Constituição Federal de 1988; muito embora, parte da doutrina processual, atenta ao movimento de reforma que ocorria na Europa, consubstanciado no tema do Acesso à Justiça, já defendia reformas no plano processual.

Já em 1973, Ada Pellegrini Grinover, no livro *As Garantias Constitucionais do Direito de Ação*, chamava atenção ao tema da influência do Direito Constitucional sobre o Processo Civil e concluiu que o texto constitucional de 1969 não apenas garantiria, por meio da previsão do direito de ação, uma tutela jurídica entendida como direito de resposta do Estado em relação ao pedido do autor, mas sim uma “tutela qualificada contra qualquer forma de denegação de justiça”²⁵⁵.

²⁵⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 22

²⁵¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 31

²⁵² DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 77

²⁵³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 81.

²⁵⁴ Utilizamos as expressões *Código Buzaid* e *Código Reformado* na esteira de MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil : comentado artigo por artigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2009, vol. I. Também admitindo uma mudança que justifique a análise do CPC/73 em uma fase anterior às reformas e após, GUEDES, Jefferson Carús. *O Princípio da Oralidade : Procedimento por audiências no Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003; DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma do Código de Processo Civil*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p.25 e ss.;entre outros.

²⁵⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Garantias Constitucionais do Direito de Ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 157.

Já de acordo com Cândido Dinamarco, a Constituição da República foi importante para o processo civil por ter definido as garantias e os princípios “voltados à *tutela constitucional do processo*” e por ter fortalecido “o arsenal de medidas integrantes da *jurisdição constitucional das liberdades*”²⁵⁶. Teria ainda despertado na doutrina que o bom processo seria aquele capaz de oferecer justiça efetiva para o maior número de pessoas possível, de forma a consagrar como um objetivo de reforma a universalização²⁵⁷.

A profunda influência de Mauro Cappelletti nas reformas legislativas ocorridas no Brasil via-se pelo discurso reformista para ampliar o acesso à justiça, de forma a reconhecer nelas a integração à “*onda renovatória* consistente na remodelação interna do processo civil, com vista a fazer dele um organismo mais ágil, coexistencial e participativo”²⁵⁸. Dinamarco identifica nas leis reformistas quatro finalidades específicas: “a) simplificar e agilizar o procedimento; b) evitar ou pelo menos minimizar os males do decurso do tempo de espera pela tutela jurisdicional; c) aprimorar a qualidade dos julgamentos; e d) dar efetividade à tutela jurisdicional”²⁵⁹.

No que toca à apresentação da demanda e a organização do processo, a principal reforma realizada no Código Processual civil ocorreu com a inserção da audiência preliminar, correspondendo à tendência do Código de Processo Civil Tipo para a América Latina que previa semelhante audiência.

Conforme Torello Giordano, as circunstâncias que deram impulso à tarefa do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual não teria sido outra que a consciência de que os povos latino-americanos teriam “a impostergável necessidade de fazer efetivo o imperativo histórico da unidade latino-americana”, vista essa como o único caminho viável para o desenvolvimentos dos países da região²⁶⁰. Além do que, por meio do intento de realizar um código processual civil uniforme para todos os países da América Latina, sanar-se-iam os diversos problemas pelos quais passariam esses países. Para o autor, muitos dos defeitos e das

²⁵⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma do Código de Processo Civil*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p.27.

²⁵⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. Nasce um novo processo civil, in: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 2.

²⁵⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. Nasce um novo processo civil, in: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 7.

²⁵⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. Nasce um novo processo civil, in: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 7.

²⁶⁰ TORELLO GIORDANO, Luís. Principales lineamientos del anteproyecto de Código Procesal Civil-Modelo para Iberoamerica, in: *Revista de Processo*, a. 14, n. 53, pp. 108-121, jan.-mar./1989. p. 109

carências que afetam os regulamentos processuais nacionais teriam a mesma origem, sendo próprios das raízes históricas do processo civil na região, “já que várias de suas características, como a escritura, com a conseqüente falta de imediação, o desenvolvimento desconcentrado e em fases preclusivas, as fortes limitações dos poderes do tribunal” teriam sido mantidas “não obstante as reformas”²⁶¹.

O movimento de unificação regional que se ensaiava com o Código Processual Modelo para a Ibero América estava dentro de uma tendência unificadora dos sistemas processuais como um todo, com exemplo para as tentativas de aprovação de um Código Processual Uniforme para a Europa²⁶². A partir da perspectiva do direito comparado e identificando quatro grupos de processo civil no globo (o anglo-saxão, o soviético, o de civil law vigente no continente europeu e o de civil law “hispano-americano”)²⁶³, identificava-se como característica desse último modelo a escritura e a falta de imediação. Essas peculiaridades e a grande limitação de poderes do juiz e a multiplicidade de recursos pretendiam reverter com o Código-Tipo²⁶⁴.

A propósito, naquele mesmo período de reformas na América Latina, Portugal propunha alterações em sua legislação processual, utilizando o Código Modelo como inspiração. Nesse sentido, Carlos Manuel Ferreira da Silva que refere que as Linhas Orientadoras da reforma portuguesa eram semelhantes ao Código-Tipo e que o “saneamento do processo constitui, a par da fixação definitiva do objeto da lide, o cerne da audiência preliminar”²⁶⁵, já que a conciliação goza de autonomia objetiva, podendo ocorrer a qualquer tempo do processo, ou mesmo antes ou depois de finalizado o processo.

Com influência do direito processual civil austríaco, o Código Modelo pretende formar um processo por audiências, em que, na primeira audiência do processo, o juiz poderia ordenar o comparecimento das partes. Na audiência, pretendia-se realizar os fins de evitar o

²⁶¹ TORELLO GIORDANO, Luís. Principales lineamientos del anteproyecto de Código Procesal Civil-Modelo para Iberoamérica, in: *Revista de Processo*, a. 14, n. 53, pp. 108-121, jan.-mar./1989. p. 110.

²⁶² VESCOVI, Enrique. Hacia um proceso civil universal, in: *Revista de Processo*, a. 24., v. 93, pp. 179-190, jan.-mar./1999. p. 181

²⁶³ VESCOVI, Enrique. Hacia um proceso civil universal, in: *Revista de Processo*, a. 24., v. 93, pp. 179-190, jan.-mar./1999. p. 180 – 181.

²⁶⁴ VESCOVI, Enrique. Hacia um proceso civil universal, in: *Revista de Processo*, a. 24., v. 93, pp. 179-190, jan.-mar./1999. p. 181.

²⁶⁵ SILVA, Carlos Manuel Ferreira da. A Audiência preliminar no Código Modelo de Processo Civil para a América Latina e nas Linhas Orientadoras da Nova Legislação Processual Civil Portuguesa, in: *Revista de Processo*, v. 18, n. 71, pp. 171-179, jul.-set. / 1993. p. 174.

litígio, por meio da conciliação, ou delimitar o seu objeto de depurar o procedimento, realizando o chamado saneamento na própria audiência. Além disso, em boa medida, pode-se remontar a origem desse instituto também ao *pretrial* anglo-saxão²⁶⁶. O artigo 300 do código determinava que as partes deveriam comparecer pessoalmente a audiência preliminar, na qual seriam ratificadas a demanda e a contestação, “podendo-se alegar novos fatos sempre que não modifiquem o pedido ou a defesa”, assim como realizar esclarecimentos (artigo 300 (1)), o autor apresentaria resposta às exceções do demandado (artigo 300 (2)) e realizava-se a tentativa de conciliação (artigo 300 (3)). Realizadas as atividades de depuração, incluindo-se a produção de provas sobre as exceções e o pronunciamento judicial sobre o saneamento (artigo 300 (4) e (5)). Por fim, fixava-se de forma definitiva o objeto do processo e da prova, havendo pronúncia do juiz sobre os meios de prova (artigo 300 (6)).

De volta ao Brasil, desde que consolidado o Código Reformado, com seu *novo núcleo* já estável, talvez por influência do Código-Modelo para a Ibero América, houve por bem a adoção da audiência preliminar. A inovação foi introduzida pela Lei 8.952/1994, que inseriu uma audiência de conciliação, saneamento, fixação de pontos controvertidos e definição da prova a ser produzida. Posteriormente, o artigo 3º da Lei 10.444/2002 passou a denominar a então “audiência de conciliação” de “audiência preliminar”, contribuindo à explicitação do seu conteúdo para além da tentativa de conciliação²⁶⁷.

O artigo 331 do Código de Processo Civil, tanto na forma da Lei 8.952/1994 quanto na da Lei 10.444/2002, vincula a audiência preliminar à possibilidade de haver transação entre as partes.

Em seu texto original, a audiência de conciliação *poderia* ocorrer se não ocorresse a extinção do processo (art. 329) ou o julgamento antecipado da lide (art. 330) e a causa versasse sobre direitos disponíveis. Tentar-se-ia obter a conciliação e, *não sendo possível*, o juiz fixaria os pontos controvertidos, decidindo as questões processuais pendentes e determinando as provas a serem produzidas. A leitura atenta à previsão de audiência de conciliação demonstra que o objetivo primordial da utilização de elementos orais nesse

²⁶⁶ Secretaría General del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. *El código procesal civil modelo para Iberoamerica*. Montevideo: 1988, p. 35;

²⁶⁷ A denominação “audiência de conciliação” já era amplamente criticada pela doutrina. Ver, por todos, WAMBIER, Luiz Rodrigues. A nova audiência preliminar (art. 331 do CPC), in: *Revista de Processo*, v. 80, out./1995. p. 31 e ss.

momento do processo era o de facilitar a conciliação. Não obstante os sentidos mínimos do dispositivo do artigo 331, houve quem interpretasse o dispositivo a dar obrigatoriedade à audiência preliminar ainda nos casos em que se tratasse de direitos indisponíveis (entendendo ser possível a transação dos efeitos patrimoniais das relações jurídicas indisponíveis) ou quando a transação não se demonstrasse possível, vindo a importância do conteúdo até então secundário da audiência: a organização do processo²⁶⁸.

A redação dada pela lei de 2002 ao artigo 331 também condicionava a audiência preliminar à não ocorrência das hipóteses previstas nos artigos 329 e 330. O legislador utilizou a expressão “direitos que admitam transação”, procurando solucionar a questão sobre os direitos indisponíveis, e flexibilizou a ocorrência das audiências preliminares através do parágrafo 3º do artigo. A partir de então, se as circunstâncias da causa evidenciassem a improbabilidade da transação, o juiz poderia, desde logo, afastar a sua realização.

A Lei 10.444/2002 trouxe, portanto, mudanças significativas; porém, a nosso ver, retrógradas. Se por um lado, ao renomear a “audiência de conciliação” para “audiência preliminar”, tentou deixar claro que o objetivo daquele encontro não é somente o de tentar obter conciliação entre as partes, mas de organizar o processo, de outro, o parágrafo 3º vinculou ainda mais a ocorrência da audiência à possibilidade de transação. O dispositivo que consta do parágrafo referido praticamente anulou a utilização da audiência preliminar como momento de organização do processo, já que, a partir dele, nos casos em que a lei afasta a possibilidade de transigir ou em que o juiz tem a “forte impressão de que as partes não pretendem negociar um acordo”²⁶⁹, o saneamento do processo será feito exclusivamente por escrito e unilateralmente pelo juiz.

O processo civil brasileiro já conhecia a delimitação dos pontos controvertidos em audiência; no entanto, antes da reforma processual, essa ocorria na audiência de instrução e julgamento. A mudança legislativa, nesse sentido, teria um significado ligado à garantia do contraditório, na dimensão voltada “à convocação do juiz a participar do processo e dialogar com as partes”, informando previamente aos litigantes sobre os pontos que irá exigir serem

²⁶⁸ Entre outros: NERY JUNIOR, Nelson. Audiência Preliminar e Saneamento do Processo, in: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Saraiva, 1996, p. 339. TUCCI, Rogério Lauria. A nova fase saneadora do processo civil brasileiro, in: Id., *ibidem*, p. 360. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma do Código de Processo Civil*. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 1995, p. 122.

²⁶⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma da Reforma*. 3ªed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 109.

provados ao fim da instrução²⁷⁰. A base da atividade realizada na audiência, entretanto, era vista ainda como desenvolvimento do poder inquisitório do juiz²⁷¹, o que não suprimia a imposição legal de diálogo, no sentido de que às partes deveriam ser informadas as provas que o magistrado esperava e sobre quais os pontos da causa²⁷².

II.2.2 Tendências na utilização da Oralidade no Processo Civil

Não há como se negar as positivas contribuições do Instrumentalismo ao processo civil, como ressaltamos nos parágrafos que antecederam; entretanto, há alguns refinamentos a serem feitos. Dessa forma, a doutrina que coloca o processo civil na perspectiva do Formalismo-Valorativo desenvolve de diferentemente a ideia de que o processo é instrumento ao direito material. O afastamento entre as duas linhas metodológicas é sintetizado a seguir.

Para o Instrumentalismo, a jurisdição ocupa o polo metodológico da ciência processual, entendida como a atividade de declaração da vontade concreta da lei; porém, trata-se de uma visão apequenada da função judicial, porque “longe de apenas declarar o direito”, a jurisdição “opera verdadeira reconstrução da ordem jurídica mediante o processo, tendo por matéria-prima as afirmações de seus participantes a respeito da situação litigiosa”²⁷³. O Formalismo-Valorativo percebe, portanto, as inovações nas teorias de interpretação e argumentação como material a interferir, ou a modificar, a função do juiz no processo. Já por isso, em razão de a jurisdição tratar de uma verdadeira reconstrução jurídica, a própria participação no processo teve de ser repensada.

²⁷⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma do Código de Processo Civil*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p.133.

²⁷¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma do Código de Processo Civil*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p.118.

²⁷² DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma do Código de Processo Civil*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p.136.

²⁷³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. vol. 1. São Paulo: Atlas, 2010. p.15; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil : Proposta de um formalismo-valorativo*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 21.

Um segundo ponto de destaque na superação da fase metodológica da Instrumentalidade no processo pelo Formalismo-Valorativo é a compreensão de que as relações entre a Constituição e o Processo Civil não se esgotam nas garantias constitucionais, mas interferem na própria forma de pensar as normas jurídicas materiais e processuais, que são matéria-prima da jurisdição, bem como de pensar no processo pela perspectiva dos direitos fundamentais²⁷⁴.

O ponto de destaque, entretanto, está na retirada da jurisdição como foco metodológico da ciência processual, haja vista ser um quadro unilateral, que “ignora a dimensão essencialmente *participativa* que a *democracia* conquistou no direito contemporâneo”²⁷⁵. Ela vai substituída pelo próprio processo, valorizando-se a participação e o contraditório, na forma de cooperação.

Resta insubsistente a crítica da colocação do processo no foco metodológico da ciência processual que é feita com fundamento na suposta tecnicidade que com isso seria conferida ao processo civil, por se tratar de uma visão *avalorativa* do processo. Processo não se trata de mera técnica, mas de “fenômeno cultural”²⁷⁶ e, por isso, o formalismo do processo vai alinhado a valores sociais²⁷⁷ positivados na carta constitucional.

Dessa forma, vão alteradas diversas concepções e variados institutos do processo civil. O contraditório é maior exemplo disso, visto que foi superado o seu conteúdo de mera bilateralidade de instância, insuficiente para um processo civil alinhado com a participação no processo, propondo-se o conteúdo de efetiva influência. Impõe-se um verdadeiro diálogo do juiz com as partes²⁷⁸, conforme Carlos Alberto Alvaro de Oliveira:

[o] diálogo judicial torna-se, no fundo, dentro dessa perspectiva, autêntica garantia de democratização do processo, a impedir que o poder oficial do órgão judicial e a aplicação da regra *iura novit curia* venham a se transformar em instrumento de

²⁷⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. vol. 1. São Paulo: Atlas, 2010. p. 15; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil : Proposta de um formalismo-valorativo*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 21.

²⁷⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. vol. 1. São Paulo: Atlas, 2010. p. 15; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil : Proposta de um formalismo-valorativo*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 22.

²⁷⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil : Proposta de um formalismo-valorativo*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 23.

²⁷⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil : Proposta de um formalismo-valorativo*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 98 e ss.

²⁷⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O Juiz e o Princípio do Contraditório, in: *Revista de Processo*, a. 18, n. 71, pp. 31-38, jul.-set. / 1993. p. 35.

opressão e autoritarismo, servindo às vezes a um mal explicado tecnicismo, com obstrução à efetiva e correta aplicação do Direito²⁷⁹.

E, para que seja garantido e realizado o efetivo contraditório, o juiz já não pode se limitar ao papel de inércia que antes exercia. De outro lado, é preciso manter o respeito ao princípio dispositivo²⁸⁰, já que não se pretende substituir as partes pelo Estado, reificando o indivíduo. O Estado Democrático de Direito deve permitir o livre desenvolvimento do indivíduo e de sua personalidade, e, por isso, vai mantido o princípio dispositivo. O que muda é que “constitui dever do Juiz controlar o rápido, regular o leal desenvolvimento do processo”²⁸¹, de forma que, também por força do contraditório, a ele são imputados os deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio²⁸².

Ao Estado Constitucional brasileiro corresponde o Modelo Cooperativo do processo civil, em que a relação entre as partes e o juiz passa a ser compreendida como isonômica no *iter* processual, determinada pelo princípio da colaboração no processo civil, passando a ser assimétrica somente nas decisões judiciais²⁸³. E, tendo em mente que essa deve ser isonômica também na formação e na estabilização do objeto litigioso²⁸⁴, bem como na organização (no saneamento) do processo²⁸⁵, devemos verificar se o papel da Oralidade nessas duas etapas do processo.

No que aqui nos limitamos a analisar, a forma de apresentação do caso, compreendidas aí a formação e a organização do processo, quer parecer-nos que é conveniente a utilização da oralidade, entendida como *imediatez* entre o juiz, as partes e a matéria do processo. Além de que essa prática realiza o próprio modelo de processo civil consentâneo ao Estado Constitucional.

²⁷⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O Juiz e o Princípio do Contraditório, in: *Revista de Processo*, a. 18, n. 71, pp. 31-38, jul.-set. / 1993. p. 36.

²⁸⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O Juiz e o Princípio do Contraditório, in: *Revista de Processo*, a. 18, n. 71, pp. 31-38, jul.-set. / 1993. p. 32; GREGER, Reinhard. Cooperação como Princípio Processual, trad. KOCHER, Ronaldo, in: *Revista de Processo*, a. 37, n. 206, pp. 123-134, abr./2012.

²⁸¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O Juiz e o Princípio do Contraditório, in: *Revista de Processo*, a. 18, n. 71, pp. 31-38, jul.-set. / 1993. p. 32.

²⁸² MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 84 e ss.

²⁸³ Amplamente: MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

²⁸⁴ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 119 e ss.

²⁸⁵ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 131 e ss.

É que embora a formação do objeto litigioso se inicie com a apresentação da demanda e da defesa direta ou indireta de mérito e ao órgão jurisdicional incumba exercer um controle prévio e inicial sobre a viabilidade do processo²⁸⁶, a estabilização do mérito da causa, que hoje se dá após a contestação do réu (Arts. 264 e 303), deveria ter maior elasticidade a partir do diálogo judiciário²⁸⁷. E essa maior modificabilidade do objeto litigioso não só encontra maior efetividade quando há audiência preliminar, como poderia encontrar nessa o seu momento preclusivo. A troca inicial de petições deveria ser compreendida como forma de preparação da audiência preliminar, na qual, “quando as circunstâncias da causa evidenciarem a oportunidade dessa alteração como algo que promova uma solução mais rápida do litígio e que patrocine sensível economia de atos processuais”²⁸⁸, poder-se-ia modificar o objeto litigioso e ao fim da mesma haveria a estabilização do material da causa.

Quanto à organização do processo, entendida como a pré-exclusão de vícios dos atos processuais e de demais problemas que inviabilizem o julgamento de mérito, a delimitação do *thema probandum* (*i. e.* dos fatos controvertidos), o acertamento dos encargos probatórios e a admissão dos meios de provas postulados, bem como o julgamento do processo sem resolução do mérito²⁸⁹, o “momento de excelência para o deslinde de tais atos”²⁹⁰ é a audiência preliminar, na qual a Oralidade propicia a imediatidade entre às partes e o juiz sobre o *thema decidendum* e a matéria a ser provada. O contraditório compreendido como *participação* e *influência* tem a sua ótima atividade no debate oral, que deve ser proporcionado pela audiência preliminar.

A audiência preliminar deve passar a ser vista na perspectiva da colaboração no processo civil, na qual o juiz convida as partes a corrigir ou completar suas petições, finaliza o saneamento do processo, apreciando e discutindo quaisquer exceções dilatórias referentes a vícios processuais, assinala eventuais imprecisões na exposição da matéria fática – dentro dos

²⁸⁶ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 123.

²⁸⁷ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 130.

²⁸⁸ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 130.

²⁸⁹ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 132.

²⁹⁰ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 132.

limites do material deduzido no processo – e prepara o processo para o julgamento²⁹¹. Não é específico objetivo da audiência preliminar a promoção da conciliação no processo, porque essa, além de gozar de autonomia objetiva, é um dos fins do próprio processo e deve ser sempre incentivada²⁹².

O processo vai preparado na audiência preliminar através da delimitação do material fático-probatório que será objeto da instrução probatória, pela indicação das provas que as partes pretendem produzir ou que sejam produzidas, distribuindo-se adequada e previamente o ônus do encargo probatório, e também pela designação da audiência de instrução e julgamento²⁹³.

Propomos a utilização da Oralidade como *regra* para a estabilização do objeto litigioso e à organização do processo, retirando da Audiência preliminar o seu *atrelamento condicional* à tentativa de conciliação no processo civil. Assim, mais fácil se realizariam os valores de economia, efetividade e de aproximação à verdade, que são prometido pelo dever do Estado de oferecer e realizar uma tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva.

²⁹¹ Semelhante exposição de objetivos para a audiência preliminar foi apresentada como tema de reforma em Portugal, conforme SILVA, Carlos Manuel Ferreira da. A Audiência preliminar no Código Modelo de Processo Civil para a América Latina e nas Linhas Orientadoras da Nova Legislação Processual Civil Portuguesa, in: *Revista de Processo*, v. 18, n. 71, pp. 171-179, jul.-set. / 1993.

²⁹² Perceba-se que não se está a negar a importância de incentivar a conciliação em todos os momentos do processo, inclusive no cedo termo da audiência preliminar. O que se ressalta é que a audiência preliminar não tem o fim de fazer conciliar e, por isso, não pode ter sua ocorrência determinada pela maior ou menor possibilidade de as partes transigirem.

²⁹³ Ver, SILVA, Carlos Manuel Ferreira da. A Audiência preliminar no Código Modelo de Processo Civil para a América Latina e nas Linhas Orientadoras da Nova Legislação Processual Civil Portuguesa, in: *Revista de Processo*, v. 18, n. 71, pp. 171-179, jul.-set. / 1993. p. 73.

CONCLUSÃO

É possível apontar importantes diferenças entre a *Civilprozessordnung* de 1870 e o *Codice de Procedura Civile* de 1865, já que a Alemanha e a Itália pretenderam superar a herança do direito escrito de formas diferentes. A primeira consagrava a utilização da oralidade na colocação do juiz em contato direto com a discussão e a instrução da causa, enquanto a segunda apenas utilizava a oralidade de forma superficial. Além disso, enquanto a ordenança alemã confiava ao juiz uma ingerência sobre a condução do processo, o código italiano ainda mantinha forte o domínio das partes.

Trabalhando com esses dois códigos, em alguns pontos reconduzíveis a um modelo liberal típico, em outros apresentando distinções que poderiam até mesmo colocar em dúvida a colocação dos dois regulamentos processuais em um mesmo modelo, Wach e Chiovenda chegaram a conclusões bem próximas sobre a utilização da oralidade no processo civil. É que, como notório, Chiovenda, o percussor da escola processual italiana, teve como base conceitual a construção realizada pela doutrina alemã, da qual fez parte Wach. Daí a concepção comum entre ambos de uma maior publicização do direito processual civil.

Para Adolf Wach, o Princípio da Oralidade é identificado com a imediatidade do conhecimento das alegações das partes por meio da audiência oral, que deveria ser o mais possível concentrada. É que na audiência principal a causa era tida como apresentada, de modo que somente aquilo que fosse aduzido oralmente ao juiz poderia ser fundamento para a sentença. Quanto à preparação do material do processo, Wach defende que os limites da discussão fossem colocados já por meio dos escritos preparatórios da audiência. É que a oralidade encontra assento na audiência principal, em que o juiz conhecia imediatamente as alegações e as provas.

O processo oral de Chiovenda era identificado com a imediatidade do conhecimento das alegações das partes por meio de uma audiência oral concentrada, tendo em vista a aptidão de contraposição das razões das partes. Sob a perspectiva da apresentação do caso, na qual está incluída a preparação do material do processo, ele via como forma adequada aquela em que havia preparação da audiência por meio de escritos preparatórios que apenas

anunciassem as razões, sendo que deveria ser a audiência o momento do conhecimento das atividades processuais, de forma imediata e oral.

O desenvolvimento do processo civil alemão rumo à configuração do processo civil do Estado Social acontece pela colocação do juiz na posição de ajudante imparcial das partes, colocado no interesse objetivo do processo, fortalecendo, ainda mais, a concepção publicista do direito processual civil. Assim, ao magistrado foram reconhecidos os poderes de condução do processo e a ele foram imputados deveres, nascendo com isso a noção de cooperação no processo civil alemão. Determinou-se, em tempos menos remotos, a utilização da oralidade na própria preparação da audiência principal, como modo de garantir maior efetividade à tratção oral.

No direito processual italiano, a socialização ocorreu por influência da constituição republicana que publicizava o processo civil, garantindo, assim, os fundamentos para que a concepção publicista pudesse tomar maior forma, na espécie do Acesso à Justiça. Esse movimento ressaltava francamente a importância da oralidade, especialmente para garantir a livre valoração da prova pelo juiz, abolindo os resquícios ainda existentes do direito comum. De outro lado, a oralidade foi símbolo de simplificação e maior acesso à Justiça Civil.

O desenvolvimento do direito processual civil brasileiro começa verdadeiramente a partir do Regulamento 737, que embora tenha mantido a concepção do processo como coisa privada das partes, como nas Ordenações portuguesas, significava uma evolução no formalismo processual. Pretendeu-se utilizar formas simples e concentradas, mediante o uso dos escritos e delimitando fortemente a livre valoração da prova pelo juiz.

De outro lado, o Código de Processo Civil de 1939 representou uma efetiva mudança no formalismo processual, ao instituir um processo oral em que o juiz tivesse poderes de condução processual. O papel da escritura, entretanto, era reservado à preparação da fixação do objeto litigioso, que acontecia efetivamente na audiência de instrução probatória, para a realização dos debates orais após a produção de provas.

No afã de dar autonomia ao processo civil, influenciado pela fase metodológica do processualismo, o Código Buzaid evitava as ligações do direito material com o direito processual, de modo que a preocupação centrava-se apenas nos conceitos processuais dito

puros. Assim, a legislação brasileira de 1973 manteve-se afastada do movimento europeu que ocorria na mesma época, reconhecendo o caráter instrumental do processo civil e a influência que o direito constitucional e a teoria do estado tinham sobre seus institutos. Inegável, entretanto, o grande avanço técnico que representou o Código Buzaid. Quanto à utilização da oralidade, representou uma menor graduação em comparação com o código de 1939, possibilitando o julgamento antecipado da lide sem a realização das audiências.

Com o advento do Estado Constitucional brasileiro, o processo civil ganhou tratamento constitucional, por meio das garantias fundamentais processuais. Além disso, firmando-se um Estado Democrático de Direito e Social, a própria concepção sobre o papel do Estado modificou, alterando-se com isso as técnicas processuais, que agora deveriam ser direcionadas a uma finalidade social. Dessa forma surgiram os movimentos de reforma, consolidando um verdadeiro novo código, que adota a audiência de conciliação, saneamento, fixação de pontos controvertidos e definição da prova a ser produzida, preparando-se a audiência de instrução e julgamento de forma oral. A ciência processual civil, nesse período, fixando como polo metodológico a jurisdição, reconhecia a função da audiência de saneamento como um desenvolvimento do poder inquisitório do juiz, de modo que o juiz convocaria as partes, quando entender adequado (por meio do exame da probabilidade de ocorrer a conciliação), para esclarecer unilateralmente em que termos a causa se desenvolverá.

Não só por meio da perspectiva metodológica do Instrumentalismo que foi superada a era processualista do direito processual civil, mas também pelo Formalismo-Valorativo. A diferenciação essencial entre os dois tipos de compreensão sobre o processo está no polo metodológico que é colocado pela ciência processual, porque enquanto naquele centraliza-se na jurisdição, nesse, o polo é o próprio processo. Sem desprezar os valores que condicionam o formalismo do processo, de modo que fica superada aquela visão meramente técnica do instituto-chave.

Sendo o processo polo metodológico, os valores da participação e da democracia agem mediante seu emprego, renovando as bases metodológicas do processo. O contraditório, revestido de cooperação, não ignora o princípio dispositivo, mas também submete o juiz, de modo que instituem-se os deveres do juiz na condução do processo.

E, a partir dessas bases metodológicas, a colaboração encontra lugar ótimo na audiência preliminar, já que é ambiente propício para que o juiz exerça seus deveres de cooperação. Através do emprego desses na tratção oral prvia ao julgamento da causa, a preparao para a instruo e para os debates processuais adquire uma forma concreta e participativa. Daí que aos deveres do juiz no modelo de colaborao processual corresponde o dever de o Estado prever a utilizao da audiência preliminar como ambiente para o exerccio da colaborao na preparao da causa e noo condicion-la a maior ou menor probabilidade de ocorrncia da conciliao.

BIBLIOGRAFIA

- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O Neoprivatismo no Processo Civil, in: Fredie Didier Jr. (org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*, 6ª ed., revista e ampliada, Salvador: JusPodivm, 2008.
- BETTERMANN, Karl August. Hundert Jahre Zivilprozeßordnung – Das Schicksal einer liberalen Kodifikation, in: *Zeitschrift für Zivilprozeß*, vol. 91, caderno 4, pp. 365 – 397, out./1978.
- BÜLOW, Oskar. *Die Lehre von den Proceßbeinreden und die Proceßvoraussetzungen*. Gießen: Verlag von Emil Roth, 1868.
- CALMON DE PASSOS, J. J. Função Social do Processo, in: *Revista Forense*, a. 94, vol. 343, pp. 85-94, jul.-set. / 1998.
- CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo, in: Fredie Didier Jr. (org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*, 6ª ed., revista e ampliada, Salvador: JusPodivm, 2008.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3ª ed., Coimbra: Almedina, 1999.
- CAPPELLETTI, Mauro. *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*. Milão: Giuffrè, 1962.
- CAPPELLETTI, Mauro. Libertà individuale e Giustizia Sociale, in: *Rivista di Diritto Processuale*, a. XXVII, n. 1, pp. 11-34, jan.-mar./1972.
- CAPPELLETTI, Mauro. L'oralità nel processo italiano : ideale contro realtà, in: *Giustizia e Società*. Milano: Edizioni di Commità, 1977.
- CAPPELLETTI, Mauro. Processo orale e processo scritto nel mondo contemporaneo, in: *Giustizia e Società*. Milano: Edizioni di Commità, 1977.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.
- CAPPELLETTI, Mauro; PERILLO, Joseph M.. *Civil Procedure in Italy*. Haia: Martinus Nijhoff, 1965.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. *Audiência de Instrução e Julgamento : Aspectos teóricos e práticos*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1983..
- CHASE, Oscar G; HERHKOFF, Helen; SILBERMAN, Linda; TANIGUCHI, Yasuhei; VARANO, Vincenzo; ZUCKERMAN, Adrian. *Civil Litigation in Comparative Context*, St. Paul, MN: Thomson West, 2007.
- CHIOVENDA, Giuseppe. Adolfo Wach. In: *Rivista di Diritto Processuale Civile*, vol. III, parte I, p. 366-369, 1926.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Ensayos de Derecho Procesal Civil*, vol. II, trad. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires: Bosch y Cía, 1949.
- CHIOVENDA, Giuseppe. L'idea romana nel processo civile moderno, in: *Saggi di Diritto Processuale Civile*, vol. III, Milão: Giuffrè, 1993.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale Civile : Le Azione. Il Processo di Cognizioni*. Napoles: Jovene Editore, 1965, reimpressão 1923
- CHIOVENDA, Giuseppe. Processo Oral, in: *Processo Oral : Coletânea de Estudos de Juristas Nacionais e Estrangeiros*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1940.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Saggi di Diritto Processuale Civile*, Roma: Foro italiano, 1931.

- DENTI, Vittorio. L'oralità nelle riforme del processo civil, in: *Rivista di Diritto Processuale*, a. XXV, pp. 434-443, 1970. p. 437-438.
- DENTI, Vittorio. Valori costituzionali e cultura processuale, in: *Rivista di Diritto Processuale*, a. 39, n. 3. pp. 443-463, jul.-set./1984.
- DINAMARCO, Cândido R. Linee della riforma del processo civile brasiliano, in: *Rivista di Diritto Processuale*, a. 28, n. 3, pp. 435-441, jul.-set. / 1973.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma da Reforma*. 3ªed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma do Código de Processo Civil*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. Nasce um novo processo civil, in: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito : Técnica, Decisão, Dominação*. 5ª ed., São Paulo: Editora Atlas, 2007.
- GOTTWALD, Peter. Simplified Civil Procedure in West Germany, in *American Journal of Comparative Law*, n. 31, pp. 687-701, 1983.
- GREGER, Reinhard. Cooperação como Princípio Processual, trad. KOCHER, Ronaldo, in: *Revista de Processo*, a. 37, n. 206, pp. 123-134, abr./2012.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Garantias Constitucionais do Direito de Ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.
- GUEDES, Jefferson Carús. *O Princípio da Oralidade : Procedimento por audiências no Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- GUIMARÃES, Luís Machado. O Processo Oral e o Processo Escrito, in: *Processo Oral : Coletânea de Estudos de Juristas Nacionais e Estrangeiros*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1940.
- HESS, Burkhard. *Zivilprozeßrecht : ein Studienbuch*, Munique: Beck, 2011.
- KIP, Hans-Gerhard. *Das sogenannte Mündlichkeitsprinzip : Geschichte einer Episode des Deutschen Zivilprozesses*. Colônia – Berlim: Carl Heymanns Verlag KG, 1952.
- LACERDA, Galeno. Considerações sôbre a Reforma Processual, in: *Revista de Direito Processual Civil*, a. 3, vol. 6, pp. 127-141, jul.-dez./ 1962.
- LACERDA, Galeno. *Despacho Saneador*. 2ª ed. Porto Alegre: Fabris, 1985.
- LENT, Friedrich. *Diritto Processuale Civile Tedesco*, Napoles: Morano Editore, 1962.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: José Bushatsky, 1976.
- LIMA, Hermes. A Reforma do Processo Civil, in: *Processo Oral : Coletânea de Estudos de Juristas Nacionais e Estrangeiros*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1940.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil : Volume 1 : Teoria Geral do Processo*. 2a. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*. São Paulo: Revista dos tribunais, 1993.

- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil : comentado artigo por artigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- MARTINS, Pedro Batista. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 1, 2ª ed., Rio de Janeiro – São Paulo: Forense, 1960.
- MARTINS, Pedro Batista. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 2, 2ª ed., Rio de Janeiro – São Paulo: Forense, 1960.
- MARTINS, Pedro Batista. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 3, tomo 2, 2ª ed., Rio de Janeiro – São Paulo: Forense, 1960.
- MARTINS, Pedro Batista. Sôbre o Código de Processo Civil, in: *Revista Forense*, a. XXXVI, v. LXXI, pp. 5-13, jan./1940.
- MILLAR, Wyness. The formative principles of Civil Procedure, in: ENGELMANN, Arthur. *A history of continental civil procedure*, Boston: Little, Brown and Company.
- MITIDIERO, Daniel (coord.). *O Processo Civil no Estado Constitucional*. Salvador: Jus Podium, 2012.
- MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil : Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MITIDIERO, Daniel. O processualismo e a formação do Código Buzaid, in: *Revista de Processo*, v. 35, n. 183, pp. 165-194, maio/2010.
- MITIDIERO, Daniel. *Processo Civil e Estado Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- MORATO, Francisco. A Oralidade, in: *Processo Oral : Coletânea de Estudos de Juristas Nacionais e Estrangeiros*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1940.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Evoluzione della Scienza Processuale Latino-Americana in mezzo secolo, in: *Rivista di Diritto Processuale*, a. LIII, n. 1, pp. 26-35, jan.-mar. / 1998.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Procedimento ordinário no novo código de processo civil, *Revista Forense*, v. 70, n. 246, pp. 20-29, jun./1974.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Os novos rumos do Processo Civil Brasileiro, in: *Revista de Processo*, v. 20, n. 78, p. 133-144, abr.-jun. / 1995.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Quelques Aspects de la Procédure Civile Brésilienne et de sés rapports avec d'autres systèmes juridiques, in: *Revue internationale de droit comparé*, a. 34, n. 4, pp. 1215-1224, out.-dez./1982.
- NERY JUNIOR, Nelson. Audiência Preliminar e Saneamento do Processo, in: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Saraiva, 1996.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. (org.) *Processo e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil : Proposta de um formalismo-valorativo*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O Juiz e o Princípio do Contraditório, in: *Revista de Processo*, a. 18, n. 71, pp. 31-38, jul.-set. / 1993.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2009, vol. I.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do Formalismo no processo civil : proposta de um formalismo-valorativo*, 4ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais, in: Fredie Didier Jr. (org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*, 6ª ed., revista e ampliada, Salvador: JusPodivm, 2008.
- PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 3. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- PIGEAU, Eustache-Nicolas. *Commentaire sur le code de procédure civile*, tomo 1, Paris: Brière, Libraire-Éditeur, 1827.
- PINTO, Bilac. Aspectos da Reforma Processual Brasileira, in: *Processo Oral : Coletânea de Estudos de Juristas Nacionais e Estrangeiros*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1940.
- PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo III, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- SCHWAB, Karl Heinz; GOTTWALD, Peter. *Verfassung und Zivilprozeß*. Bielefeld: Giesecking Verlag, 1984.
- Secretaría General del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. *El código procesal civil modelo para Iberoamerica*. Montevideo: 1988.
- SILVA, Carlos Manuel Ferreira da. A Audiência preliminar no Código Modelo de Processo Civil para a América Latina e nas Linhas Orientadoras da Nova Legislação Processual Civil Portuguesa, in: *Revista de Processo*, v. 18, n. 71, pp. 171-179, jul.-set. / 1993.
- STÜRNER, Rolf. Das Zivilrecht der Moderne und die Bedeutung der Rechtsdogmatik, in: *Juristen Zeitung*, vol. 67, n. 1, pp. 10-24, jan./2012.
- STÜRNER, Rolf. Mündlichkeit und Schriftlichkeit im europäischen Zivilprozess, in: GEIMER, Reinhold; SCHÜTZE, Rolf A. (org.), *Recht ohne Grenzen : Festschrift für Athanassios Kaissis zum 65. Geburtstag*. Munique: sellier european law publishers, pp. 991-1004, 2012.
- TARELLO, Giovanni. *Dottrine Del processo civile : Studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*. Bolonha: Il Mulino, 1989.
- TARUFFO, Michele. *La giustizia civile in Itália dal '700 a oggi*. Bolonha: Il Mulino, 1980.
- TARUFFO, Michele. Orality and writing as factors of efficiency in civil litigation, in: CARPI, Federico. ORTELLS, Manuel. *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. Valencia: Universidad di Valencia, 2008.
- TARELLO GIORDANO, Luís. Principales lineamientos del anteproyecto de Código Procesal Civil-Modelo para Iberoamerica, in: *Revista de Processo*, a. 14, n. 53, pp. 108-121, jan.-mar./1989.
- TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do Processo Civil Lusitano*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- TUCCI, Rogério Lauria. A nova fase saneadora do processo civil brasileiro, in: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Saraiva, 1996.
- VAN CAENEGEM, R. C., History of European Civil Procedure, in: CAPPELLETTI, Mauro (ed.), *International Encyclopedia of Comparative Law : Civil Procedure*, vol. XVI, cap. 02, Tubinga: J. C. Mohr (Paul Siebeck), 1973.
- VESCOVI, Enrique. Hacia um proceso civil universal, in: *Revista de Processo*, a. 24., v. 93, pp. 179-190, jan.-mar./1999.
- WACH, Adolf. *Conferencias sobre la Ordenanza Procesal Civil Alemana*, trad. KROTOSCHIN, Ernesto, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1958.

WACH, Adolf. *Der Feststellungsanspruch : ein Beitrage zur Lehre vom Rechtsschutzanspruch*. Berlin: Duncker und Humblot, 1889.

WACH, Adolf. *Die Mündlichkeit im oesterreichischen Civilprocess-Entwurf*, Viena: Manz'sche K. U. K. Hof – Verlags – U. Universit. – Buchhdlg., 1895.

WACH, Adolf. *Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts*, Leipzig: Verlag von Duncker & Humblot, 1885, Livro 1.

WACH, Adolf. *Vorträge über die Reichs-Civilprocessordnung*, 2 ed., Bona: Adolph Marcus, 1896.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. A nova audiência preliminar (art. 331 do CPC), in: *Revista de Processo*, v. 80, out./1995.

WASSERMANN, Rudolf. *Der soziale Zivilprozeß : Zur Theorie und Praxis des Zivilprozesses im sozialen Rechtsstaat*. Neuwied, Darmstadt: Luchterhand, 1978.

WASSERMANN, Rudolf. *Justiz im sozialen Rechtsstaat*, Neuwied, Darmstadt: Luchterhand, 1974.

ZANETI JR., Hermes. *Processo Constitucional : O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.