

A ORALIDADE (E A ESCRITA) NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

ORALITY (AND WRITING) IN THE NEW BRAZILIAN CIVIL PROCEDURE CODE

Oscar Valente Cardoso*

Submissão: 16/11/2012

Aceito para Publicação: 15/08/2013

Sumário: INTRODUÇÃO. 1. ASPECTOS CONCEITUAIS. 2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS: PROCESSO ROMANO, DIREITO COMUM E PROCESSO CIVIL MODERNO. 2.1. Direito Romano. 2.2. Direito Comum. 2.3. Direito Processual Moderno. 3. O SURGIMENTO DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO. 4. A ORALIDADE NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO ATUAL E NO PROJETO DO NOVO CPC. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

Resumo: O artigo trata da oralidade no processo civil brasileiro, sob as perspectivas histórica e normativa, com o objetivo de examinar a regulamentação atual pelo Código de Processo Civil e o tratamento conferido pelo Anteprojeto do novo Código. Aborda aspectos conceituais e classificações da oralidade e sua evolução histórica, no Direito Romano, no *Ius Commune* da Idade Média e na Idade Moderna, especialmente em Portugal e no Brasil. No Brasil, examina-se a regulamentação da oralidade no Regulamento 737 e nos Códigos de Processo Civil de 1939 e 1973, para, ao fim, verificar a existência (ou não) de mudanças no projeto da nova codificação processual.

Palavras-Chave: Oralidade; Direito Romano; Idade Média; *Ius Commune*; Código de Processo Civil.

* Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

***Abstract:** This article deals with orality in Brazilian civil procedure, under normative and historical perspectives, in order to examine the current regulation by the Brazilian Civil Procedure Code and the treatment given by the new Code draft. It addresses conceptual aspects, and orality classifications and its historical evolution, in Roman Law, Middle Age Ius Commune and Modern Age, especially in Portugal and Brazil. In Brazil, it examines orality legal regulation, in Regulation 737, and in 1939 and 1973 Civil Procedure Code, in order to, finally, determine the existence (or not) of changes in the new Code draft.*

***Keywords:** Orality; Roman Law; Middle Age; Ius Commune; Civil Procedure Code.*

INTRODUÇÃO

Por ser anterior ao aparecimento da escrita, o processo surgiu com feição oral e gestual. Porém, gradativamente a oralidade foi perdendo espaço para a forma escrita, o que causou um afastamento entre os sujeitos do processo: não é incomum que, do início ao fim do andamento processual, as partes sequer tenham contato direto entre si e com o julgador.

Busca-se, neste artigo, analisar historicamente o papel da oralidade no processo civil, para, ao final, examiná-la no processo brasileiro.

Para esse fim, será analisada a delimitação conceitual da oralidade, seguida de sua evolução histórica (no Direito Romano, na Europa e no Brasil), para, na sequência, examinar as normas do projeto do novo CPC pátrio.

1. ASPECTOS CONCEITUAIS

Em primeiro lugar, e independentemente da incerteza legal e doutrinária acerca de sua natureza jurídica (regra, princípio ou critério), a oralidade é uma forma de realização do ato processual, ou seja, designa o modo verbal da prática dos atos (critério).

Vista como um princípio, é norma informadora de outras regras e (sub)princípios, como a identidade física do juiz, a imediatidade, a concentração dos atos (na audiência, em regra) e a irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias. Motiva a intervenção do juiz na produção da prova e exige a prática oral dos atos processuais (excepcionalmente à forma escrita). Não busca somente a celeridade e a economia processual, mas também a participação ativa e o contato direto das partes (e das provas por ela produzidas) com o julgador.

Attilio Nicora salienta que a oralidade não se confunde com a oratória, pois não indica apenas a prática de atos orais no processo, e trata-se de um “termo infeliz”, por não conseguir explicar de forma clara o conceito jurídico que representa (NICORA, 1977, p. 338). Para José Frederico Marques, a oralidade não se resume a um princípio, mas é um sistema ou procedimento oral, formado por princípios interligados: a concentração (que reduz a prática dos atos processuais, concentrando-os em um, ou em poucos atos)¹, a imediação (ou imediatidade, que determina o contato direto do juiz com as partes e as provas)² e a identidade física do juiz (quem instrui o processo deve julgá-lo) (MARQUES, 1997, p. 499-501). Daniel Mitidiero e Carlos Alberto Alvaro de Oliveira tratam a oralidade como um princípio otimizador da eficiência do processo (OLIVEIRA, MITIDIERO, 2010, p. 82-84.). Mauro Cappelletti relaciona oralidade à prova, e afirma que consiste na “criação de um ordenamento processual idôneo a propiciar uma possibilidade efetiva da livre valoração da prova testemunhal lato sensu, com a correspondente utilização ampla da prova indiciária” (CAPPELLETTI, 1962, p. 281). Jefferson Guedes utiliza a expressão “princípio da oralidade” para designar todos os princípios e subprincípios derivados daquele: “[...] a) *oralidade* aparece em sentido estrito, como realização verbal de atos, ou em sentido amplo, como sinônimo de *princípio da oralidade*; b) *processo oral* e *procedimento oral* servem para denominar a gama toda de procedimentos (e, por conseguinte, de processos) informados tanto pela *oralidade em sentido estrito* como pela *oralidade em sentido amplo*” (GUEDES, 2003, p. 171).

Portanto, a oralidade tem um significado estrito de característica do processo (prática oral de atos) e um sentido amplo de princípio informador e otimizador do processo (que abrange outras regras e princípios além da concretização verbal dos atos processuais).

Chiovenda esclarece que o processo oral exige que o juiz que o sentencia seja o mesmo que colhe os elementos de sua convicção, ou seja, que interroga as partes, ouve as testemunhas, questiona os peritos, enfim, examina com seus próprios olhos os objetos e locais controversos. Portanto, é necessário observar o princípio da *identidade física do juiz*, para que o mesmo magistrado atue do início ao fim, que as atividades processuais se desenvolvam sem interrupção em um curto lapso temporal (com a resolução dos incidentes em audiência), que o contato entre as partes e juiz seja imediato e que predomine a voz (e não a escrita) como meio de comunicação. Em suma, oralidade é uma expressão que designa um conjunto de princípios

¹ Exemplificando, na audiência há a prática de diversos atos em um só, como a oitiva das partes, das testemunhas, dos peritos e assistentes técnicos, exibição de documentos, sustentações orais, prolação de sentença e interposição de recursos, entre outros (arts. 450/457 do CPC).

² Nesse sentido é o art. 446, II, do CPC brasileiro em vigor.

interdependentes, e não apenas o modo de realização dos atos processuais (CHIOVENDA, 1949, p. 363-364).

Acrescenta-se aos conceitos citados que *a oralidade não importa na compulsoriedade da prática exclusiva de atos orais*. Há quem defenda que sequer é necessária uma prevalência numérica ou proporcional dos atos orais em relação aos escritos³, mas sim que ocorra uma primazia de critério na orientação do sistema processual⁴. Ademais, não exige a prática dos atos processuais exclusivamente pelo juiz, mas principalmente o contato direto deste com as partes, o que pode abranger a permissão para que elas questionem diretamente as testemunhas⁵. Também não é necessariamente ligada aos poderes do juiz; por exemplo, o processo inglês tradicional é oral, mas não confere poderes relevantes para o juiz.

A oralidade abrange outros subprincípios, listados por Chiovenda: (a) o predomínio (e não a exclusividade) da palavra como meio de expressão, admitindo-se o uso da escritura na preparação e na documentação; não basta a oitiva das partes e testemunhas, seguida por debates orais em audiência, para caracterizar um processo como oral, mas sim quando forem orais todos os atos que demandam a valoração de uma declaração; de outra parte, a prática de atos escritos não é incompatível com a oralidade, pois a escrita é usada para perpetuar o pensamento e possui dupla função: prepara o exame da causa (por meio da petição inicial e da resposta do réu, e eventuais réplica e tréplica, que delimitam a demanda) e documenta tudo o que for importante para o processo (especialmente durante a realização da audiência, a fim de auxiliar o juiz a proferir a sentença e permitir que as instâncias superiores tenham acesso aos atos praticados)⁶; (b) a imediação (ou imediatidade) da relação entre o julgador e as pessoas cujas declarações ele deve valorar: o contato direto em audiência do juiz com partes, testemunhas, peritos, etc., é imprescindível para a valoração da prova e a formação do convencimento⁷; (c) a identidade física do juiz: decorre dos dois princípios anteriores e considera que só o magistrado que acompanhou o desenvolvimento e a instrução do processo

³ Attilio Nicora afirma que é instintiva a relação com a prevalência dos atos orais sobre os escritos como uma característica inerente à oralidade, o que, reitera-se, consiste em uma confusão da oralidade com a oratória (NICORA, 1977, p. 338). Com o mesmo entendimento: MORATO, 1938, p. 12.

⁴ Com esse entendimento: OLIVEIRA, MITIDIERO, 2010, p. 82. Na Exposição de Motivos do CPC brasileiro de 1939, o Ministro Francisco Campos destacou que “[...] no processo chamado oral, a escrita representa uma grande função. O processo oral funda-se em uma larga base escrita. Nele a escrita continua a representar o seu papel próprio, específico e indispensável”.

⁵ Desenvolvendo o assunto, a partir de normas do Código de Processo Penal: CARDOSO, 2009, p. 83-91.

⁶ Francisco Morato desenvolve a mesma ideia e afirma que “a palavra é necessária à comunicação, o escrito é necessário à documentação das decisões das partes” (MORATO, 1938, p. 14).

⁷ A imediação “(...) consiste em fazer o juiz assistir à produção das provas donde tirar sua convicção, isto é, entrar em relações diretas com as testemunhas, peritos e objetos do juízo, de modo a colher de tudo uma impressão imediata e pessoal; (...) só no procedimento oral pode ser plena e eficazmente aplicado” (MORATO, 1938, p. 14).

e, principalmente, que participou da audiência, seja o mesmo que irá prolatar a sentença, pois suas impressões, convicções e reflexões sobre a prova diretamente obtida ou presenciada não se transferem para outro julgador⁸; (d) a concentração da análise da causa a um período único (debates) concretizado em uma audiência (ou em poucas audiências entre datas próximas): busca a aplicação da identidade física do juiz e que as provas sejam devidamente valoradas e o processo julgado em um curto espaço temporal, para que o juiz tenha lembrança dos atos praticados e suas impressões sobre eles no momento da sentença; (e) e a irrecorribilidade imediata (ou “inapelabilidade”) das decisões interlocutórias: auxilia na concentração da causa e evita incidentes dilatórios, pois a oralidade e a concentração não são eficazes caso se permita a impugnação de incidentes de forma separada do mérito (CHIOVENDA, 1969, p. 251-257).

Logo, reitera-se, a preeminência de atos orais sobre os escritos é apenas uma entre as várias características da oralidade.

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS: PROCESSO ROMANO, DIREITO COMUM E PROCESSO CIVIL MODERNO

Historicamente, o processo civil surgiu sob a forma oral e a escritura não acompanhou o surgimento da escrita, ou seja, mesmo com a criação e o desenvolvimento da grafia, a maior parte dos povos manteve o processo oral por um longo período. O processo escrito se desenvolveu somente com a popularização do papel, que possibilitou o uso mais amplo e menos dispendioso de documentos e de manifestações escritas (GUEDES, 2003, p. 18).

Assim, o processo pré-romano era oral, como, por exemplo, entre os gregos, maias, pérsias e sumérios⁹. Uma das exceções era o Egito, cujo processo continha uma fase inicial escrita, mas se desenvolvia oralmente¹⁰.

⁸ Chiovenda afirma que isso é dispensável e indiferente no processo escrito, como se o processo fosse um quadro, uma estátua ou edifício que pudesse ser projetado por uma pessoa e concluído por outra, ao invés de ser fruto de uma cadeia ordenada de pensamentos (CHIOVENDA, 1969, p. 255).

⁹ O Código de Hammurabi, de aproximadamente 1.700 a.C., possuía regras que demonstravam a existência de um processo exclusivamente oral, por meio de debates e a oitiva de testemunhas, como, por exemplo: “9. Se alguém perder algo e encontrar este objeto na posse de outro: se a pessoa em cuja posse estiver o objeto disser ‘um mercador vendeu isto para mim, eu paguei por este objeto na frente de testemunhas’ e se o proprietário disser ‘eu trarei testemunhas para que conheçam minha propriedade’, então o comprador deverá trazer o mercador de quem comprou o objeto e as testemunhas que o viram fazer isto, e o proprietário deverá trazer testemunhas que possam identificar sua propriedade. O juiz deve examinar os testemunhos dos dois lados, inclusive o das testemunhas. Se o mercador for considerado pelas provas ser um ladrão, ele deverá ser condenado à morte. O dono do artigo perdido recebe então sua propriedade e aquele que a comprou recebe o dinheiro pago por ela das posses do mercador”.

¹⁰ Sobre as origens orais do processo civil: GUEDES, 2003, p. 18.

2.1. Direito Romano

No Direito Romano, os processos das *legis actiones*, *per formulas* e *cognitio*, progressivamente se sucederam no tempo, após períodos de existência comum. Estima-se que as *legis actiones* tenham surgido no século VIII a.C., o processo *per formulas* teve início (formalmente) no século II a.C., e a *cognitio* despontou no século I a.C.¹¹.

No período das *legis actiones*, o processo era marcado pela oralidade (todo o rito se dava por meio de fórmulas orais, e mais tarde escritas no processo *per formulas*)¹², mas acompanhada por um formalismo oral e (inicialmente) também gestual. O formalismo relaciona-se com outra característica, que é a *tipicidade*: as *legis actiones* eram modos formais de agir, correspondentes a tipos. Ou melhor, a *legis actio* possuía uma dupla tipicidade, externa e interna: as situações jurídicas eram tuteladas apenas se o costume, a interpretação, a Lei das XII Tábuas ou outra lei indicassem a correspondente *legis actio*¹³. De outro lado, atos não abarcados pelas espécies legais não eram admissíveis e não tinham eficácia.

Chiovenda destaca que o processo romano era predominantemente oral, em face da função processual da prova, conforme demonstram as fontes remanescentes (como as orações de Cícero, documentos processuais e o *Corpus Iuris Civilis*). Também era concentrado, pois o juiz ouvia as partes, ordenava uma inspeção ocular (que era por ele próprio efetivada no dia seguinte), examinava pessoalmente os lugares e os indícios para, ao final, proferir a sentença (CHIOVENDA, 1949, p. 364); em regra, o processo era concluído em um dia, antes do pôr do sol.

O processo das *legis actiones* se desenvolvia oralmente na presença do rei ou do magistrado e, a partir de 367 a.C., do pretor. Suas atribuições se resumiam ao controle da regularidade formal dos atos, o que abrangia a autorização ou o impedimento do seguimento do processo, quando fosse constatada a existência (ou não) da situação jurídica alegada. Essa atividade era denominada *ius dicere* ou *iurisdictio* (noção não totalmente equivalente à noção atual de jurisdição). Iniciava-se com a declaração de uma fórmula oral pelo autor, algumas

¹¹ Nesse sentido, Azevedo e Tucci afirmam que as *legis actiones* existem desde a fundação de Roma em 754 a.C. e perdurou até o fim da República, que o processo *per formulas* foi instituído pela *Lex Aebutia*, entre 149 e 126 a.C. (e posteriormente oficializado pela *Lex Julia privatorum*, de 17 a.C.), e a *extraordinaria cognitio* surgiu juntamente com o Principado em 27 a.C., perdurando até a derrocada do Império Romano do Ocidente (TUCCI, AZEVEDO, 2001, p. 39).

¹² Max Kaser lista a oralidade, a imediação e a publicidade do julgamento entre os princípios processuais fundamentais do Direito Romano (KASER, 1992, p. 428).

¹³ Acerca do formalismo das *legis actiones*: PUGLIESE, 1991, p. 63; OLIVEIRA, 2003, p. 16.

ações admitiam a *provocatio sacramento* (aposta verbal), a instrução era oral (oitiva de pessoas e debates) e, por fim, a sentença era proferida verbalmente¹⁴, que possibilitava a *manus iniectio* (oral) e impedia a rediscussão do caso por meio de uma nova *legis actio*.

O período *per formulas* trouxe o início da escrita no processo romano, a partir da *Lex Aebutia* (ou *Lex Aebutia de formulis*), de 149 a.C.¹⁵, que eliminou as formas e solenidades orais exigidas pela Lei das XII Tábuas (OLIVEIRA, 2003, p. 18). No processo formulário a exposição da lide pelas partes se dava sem formas rigorosas e o pretor elaborava uma fórmula escrita, com a nomeação do juiz privado (*iudex privatus*) e os fatos controversos, para ser instruído e decidido por este. Manteve-se a característica da bipartição do procedimento, com a primeira fase se desenvolvendo perante o pretor e a segunda diante do juiz privado. A etapa do *in iure* seguia oral: a apresentação do pedido, a *in ius vocatio* do réu e a sua defesa, até chegar à fórmula, escrita pelo magistrado, com o “programa do processo”: a nomeação do *iudex* e as questões de fato e de direito que seriam objeto da instrução e da decisão, ou seja, uma instrução escrita ao juiz que decidiria a causa¹⁶. A segunda etapa (*apud iudicem*) retornava à oralidade, com os debates das partes, a produção de provas e a prolação da sentença em audiência; gradativamente os documentos ganharam força como meio de prova, até prevalecer sobre as testemunhas (GUEDES, 2003, p. 20). Esse novo procedimento ampliou os poderes dos magistrados, ao se desenvolver com base na fórmula escrita em cada caso (OLIVEIRA, 2003, p. 19). Apesar da introdução da escritura e da consequente prática de atos escritos, o processo *per formulas* se manteve oral¹⁷.

No período da *cognitio* (processo cognitório), juntamente com o fim da bipartição (o processo passou a ter suas etapas realizadas perante juízes funcionários públicos, delegados do Imperador) se concretizou a primazia da escrita sobre a oralidade. Os atos praticados oralmente eram reduzidos a termo; por outro lado, determinados atos aparentemente orais eram precedidos da forma escrita, como as sentenças, escritas e em seguida publicadas

¹⁴ Acompanhada da fórmula sacramental “*do, dicco, addico*”, que compreendia respectivamente a admissibilidade da demanda, a declaração do direito aplicável e a aprovação do contrato arbitral firmado pelas partes para a decisão por um juiz privado (durante o período em que o processo foi bipartido nas fases *in iure* e *apud iudicem*).

¹⁵ A *Lex Aebutia* deu início ao período do processo formulário, com procedimento similar ao mencionado, com a exposição da lide sem formas rigorosas e a elaboração da fórmula escrita pelo pretor. Nesse sentido: OLIVEIRA, 2003, p. 18. Acrescenta-se que não se sabe ao certo o teor da *Lex Aebutia*, havendo opiniões diversas acerca de sua influência sobre a superação das *legis actiones* pelo processo *per formulas* (PUGLIESE, 1991, p. 274).

¹⁶ Sobre a fórmula e suas características: KASER, 1992, p. 444-445; PUGLIESE, 1991, p. 284-286.

¹⁷ Nas palavras de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “[...] um processo dominado pelo princípio do livre convencimento do juiz, que pretenda realizar seriamente esse princípio, não pode deixar de ser oral” (OLIVEIRA, 2003, p. 20).

verbalmente¹⁸. Não se admitia o pedido oral; caso o autor não soubesse ou pudesse escrever, o *libellus* oralmente manifestado era reduzido a termo pelo tabulário¹⁹. Em resumo, pedido, resposta e sentença eram escritos, e os atos praticados em audiência reduzidos a termo.

Mesmo assim, nessa época o Imperador Adriano (que governou Roma de 117 a 138 d.C.) publicou um Edito no qual recomendava aos juízes ouvir diretamente as testemunhas, ainda que viessem de uma localidade distante e à custa do Tribunal, a fim de evitar delegações e diligências não realizadas diretamente pelo magistrado. Em suas palavras, *alia est auctoritas praesentium testium, alia testimoniorum quae recitari solent*, ou seja, *um é o valor do testemunho de pessoa presente, e outro é o testemunho apenas lido*²⁰. Não deveria o juiz conferir o mesmo valor ao depoimento de testemunha que não viu e ouviu diretamente, mas sobre a qual apenas leu seu depoimento escrito. O Edito de Adriano também previa que, ao julgar, o magistrado não devia se servir de atas ou termos, porque ele próprio havia ouvido as pessoas: *ipsos interrogare soleo*. Para Chiovenda, essas três palavras *resumem todo o conteúdo da oralidade*, resgatado 1.600 anos após por Mario Pagano na Itália, Bentham na Inglaterra e Mittermaier na Alemanha, no fim do século XVII e início do século XIX (CHIOVENDA, 1949, p. 364).

Acrescenta-se que a oralidade foi mantida no processo romano mesmo após a introdução da escrita, diante da apresentação oral da contestação e da sentença, além do contato direto entre juiz e partes; e também no processo canônico, oral e público, até que progressivamente os atos do tribunal e das partes foram se restringindo à forma escrita (CHIOVENDA, 1930, p. 219-220).

Em suma, o processo romano surgiu sob a forma oral e foi gradualmente incorporando atos escritos. Contraditoriamente, isso significou um *abrandamento* do formalismo, pois os atos praticados oralmente (e gestualmente) deviam observar modos e rituais rígidos, e seu descumprimento obstava o reconhecimento do direito material²¹.

¹⁸ De acordo com: KASER, 1992, p. 471; OLIVEIRA, 2003, p. 22.

¹⁹ Conforme descrito por: FIUZA, 2002, p. 55. Recorda-se que, na época, utilizavam-se tábuas de madeira cobertas com uma camada de cera para a escrita. Desse tempo veio a expressão “tábula rasa”, ou tábula raspada, que equivalia a uma folha de papel em branco, apagada.

²⁰ Acerca dessa norma: CHIOVENDA, 1949, p. 364.

²¹ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira destaca o formalismo que caracterizava as *legis actiones*, com fórmulas verbais e ritos simbólicos como condições de validade dos atos processuais. Afirma que o formalismo excessivo fazia com que o mero uso de uma única palavra distinta daquela prevista em lei causava a invalidade do ato e podia importar na perda do pedido. Cita como exemplo um caso referido por Gaio, no qual um pleito acerca do corte de árvores foi julgado improcedente porque o autor utilizou a palavra “vinhas” (espécie) ao invés de “árvores” (gênero e a palavra mencionada na Lei das XII Tábuas) (OLIVEIRA, 2003, p. 16-17). Esse exemplo está nas Institutas de Gaio, IV.11 (GAIUS, 2004, p. 183).

2.2. Direito Comum

Na Idade Média, com a formação do *Ius Commune* (Direito Comum) na Europa, o processo se consolidou como escrito, ganhando importância a figura do notário. A partir do domínio Longobardo (século IV) teve início a inserção das tradições jurídicas germânicas sobre os usos e a prática do Direito Romano. Os costumes dos Longobardos se fundiram ao direito dos romanos: inicialmente de forma oral e posteriormente transmutados para a forma escrita, que regulavam as relações jurídicas entre os próprios germânicos²². Nesse período prevaleceu o *ordo judicarius*, modelo isonômico de busca da descoberta do direito subjetivo por meio do processo, apoiado em pressupostos lógicos e semânticos que definiram os seus principais aspectos; exemplo disso foi o uso da expressão *iudicium* para denominar o processo, identificando-o com a formação da decisão judicial (MITIDIERO, 2011, p. 89-90).

Chiovenda relembra que o processo germânico era oral, mas foi perdendo esse aspecto após as invasões bárbaras e o início de suas influências recíprocas com o processo romano. Isso ocorreu porque a oralidade germânica existia como consequência do desconhecimento da escrita pelos povos (que tratava de negócios jurídicos na assembleia), ou seja, era diferente da oralidade romana vinculada à prova. A oralidade no processo germânico incidia em um processo no qual as provas se davam conforme o sistema das ordálias e o juiz decidia de modo vinculado a um suposto juízo divino (que “conduzia” o resultado da ordália), o que posteriormente foi substituído pelo sistema da prova tarifada, que também não conferia liberdade para o julgador atribuir valor às provas. Consequentemente, a oralidade tinha um aspecto formal no processo germânico, que se perdeu automaticamente com o uso da escrita e com a mudança subjetiva do julgador, das assembleias para os juízes (CHIOVENDA, 1949, p. 365).

Este processo escrito que substituiu o processo oral romano foi denominado de processo ordinário romano-canônico ou italiano medieval, e dividia os atos processuais em fases separadas, pois a oitiva das partes e testemunhas era realizada por um juiz diferente daquele que sentenciaria o processo, frequentemente interrompido pelos recursos contra as *interlocutionae*. Especialmente a partir do século XII (início do renascimento jurídico) ocorreu um aumento da formalidade, não havia oralidade ou a concentração de atos, a oitiva

²² Sobre a formação e o desenvolvimento do Direito Comum: CAMPITELLI, 1987, p. 79-101.

das testemunhas era sigilosa (pois se buscava evitar influências externas), não havia contato imediato do juiz com as partes, o sistema escrito rígido vedava que as partes se manifestassem oralmente em qualquer ato, e introduziu-se o sistema da prova legal ou tarifada (CAMPITELLI, 1987, p. 94-95; OLIVEIRA, 2003, p. 27).

Em decorrência da limitação dos poderes judiciais surgiu o princípio da escritura, segundo o qual os atos processuais deviam ser realizados por escrito ou reduzidos a termo, a fim de que o juiz decidisse exclusivamente com base nos atos escritos (*acta scripta*). Essa documentação dos atos objetivava tutelar as partes *contra falsum assertionem iniqui iudicis*, ou seja, contra iniquidades e falsidades nos motivos das decisões²³.

2.3. Direito Processual Moderno

O paradigma processual da Idade Média se manteve na maior parte dos países europeus até que, diante da confluência de alguns fatores (renovação do método científico e sua incidência sobre a ciência jurídica, mudanças políticas do final do século XVIII e os estudos sobre o Direito Público), a doutrina processual inseriu-se no novo Direito Público, surgiram os estudos históricos do Direito e, com isso, ganhou força o princípio do livre convencimento do juiz, ao lado do retorno às instituições romanas e à reforma sucessiva dos processos penal e civil de quase todos os países europeus (CHIOVENDA, 1949, p. 365).

No início do século XIX, discutiu-se na Alemanha (parcialmente) invadida a imposição das leis napoleônicas, especialmente o Código de Processo Civil: enquanto o processo comum germânico era complexo e “pesado”, o processo francês era simplificado, flexível, mais célere e apoiado na oralidade e na publicidade (CHIOVENDA, 1930, p. 183-184). No final do século XIX, Franz Klein promoveu ampla reforma sobre a legislação processual austríaca, pois via o processo ao mesmo tempo como um relevante instrumento público e social e como um mal social (*sozial Übel*), que deveria ser resolvido do modo mais célere possível. Para atingir esse fim, usavam-se como meios os princípios da oralidade, da publicidade e da livre valoração das provas, o que se exigia a atribuição da direção efetiva (e não somente formal) do processo pelo juiz (OLIVEIRA, 2003, p. 58).

Na época (final do século XIX e início do XX), Chiovenda considerava que eram orais, na Europa: (a) o processo inglês, que, apesar de um procedimento preliminar escrito,

²³ Conforme descrito em: OLIVEIRA, 2003, p. 25. Por exemplo, no século XIV foi consolidada a romanização do processo francês, com a superação do formalismo germânico pelos princípios romano-canônicos. Entre as inovações ocorridas, Chiovenda cita a substituição da oralidade pela forma escrita (CHIOVENDA, 1930, p. 214-216).

desenvolvia-se na audiência, com a oitiva das partes e das testemunhas; (b) o processo civil francês, a partir do Código de 1806 (que por força das conquistas de Napoleão, de 1799 a 1815, influenciou as principais reformas processuais na Europa continental no século XIX), por ter conferido destaque aos debates orais e na sua influência sobre a formação da convicção do julgador e a sentença²⁴; (c) o processo alemão, com o *Civilprozessordnung* de 1877, apoiado na imediatidade do juiz em relação às partes, testemunhas e peritos, e na irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias (lei posteriormente usada como base na elaboração dos Códigos processuais civis de Japão, China, Dinamarca, Finlândia e Noruega, todos baseados na oralidade)²⁵; (d) e o processo civil da maioria dos Cantões suíços, influenciados pelas normas francesas ou alemãs (CHIOVENDA, 1969, p. 224-230).

Contraditoriamente, a superação do procedimento escrito germânico pelo retorno à oralidade romana foi fortemente influenciada pela doutrina da escola histórica alemã, e entre os países que não realizaram essa reforma processual estava, também incongruentemente, a Itália, ou seja, o berço da oralidade. Para encerrar este tópico, recorda-se que Chiovenda buscou fazer do processo moderno um processo oral e vaticinou que “[...] a oralidade acabará sendo reconhecida como uma característica essencial de um processo moderno” (CHIOVENDA, 1949, p. 366).

3. O SURGIMENTO DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Como consequência direta da colonização portuguesa, o processo civil brasileiro surgiu como um processo português, influenciado pelos elementos romano e germânico (como já se viu no *Ius Commune* e na formação do processo da modernidade)²⁶.

²⁴ Acrescenta Chiovenda que o processo francês nunca foi completamente escrito, existindo um nexo entre o processo francês moderno e o processo medieval que existia antes das reformas de Luis XIV, com respeito à oralidade (CHIOVENDA, 1930, p. 219). Essa tradição ainda se mantém na França, conforme prevê o art. 7º do Código de Processo Civil em vigor no país: “o juiz não pode basear sua decisão em fatos que não estão no debate” (“*Le juge ne peut fonder sa décision sur des faits qui ne sont pas dans le débat*”).

²⁵ O autor afirma ainda que a abordagem da oralidade não importa no conflito entre os princípios romanos e germânicos, tendo em vista que comum a ambos, e que o retorno à oralidade no processo alemão moderno é como um retorno ao processo romano (CHIOVENDA, 1930, p. 219-220).

²⁶ Acerca da formação do Direito Processual português e as influências do Direito castelhano sobre ele: TUCCI, AZEVEDO, 2009, p. 21-41. Os dados sobre as Ordenações portuguesas referidos neste texto foram extraídos, em sua maior parte, da obra citada. Na análise de Mitidiero, o processo civil das Ordenações (Afonsinas, Manuelinas e Filipinas) é tipicamente o processo civil do Direito Comum da Idade Média, influenciado pelos elementos romano, canônico e germânico da antiguidade: com soluções de força, adiamento de execução à cognição, o contraditório e a imparcialidade, o procedimento escrito e secreto, norteados pelos princípios dispositivo e da demanda, com prevalência das partes sobre o juiz, além da divisão do processo em etapas bem delimitadas (para propiciar a aplicação da preclusão) e das normas rígidas acerca das provas (MITIDIERO, 2005, p. 36-36). Em síntese, processo escrito, juiz distante e desconhecido, com valoração limitada das provas.

As Ordenações portuguesas eram similares aos ordenamentos jurídicos dos países europeus da época, com um processo escrito que mantinha o juiz distante da instrução: as testemunhas eram ouvidas de modo secreto por um inquiridor, na presença de um tabelião que reduzia os depoimentos a termo, e as partes eram cientificadas de seu teor *a posteriori*, em um momento de abertura e publicação das oitivas²⁷. Havia a previsão de embargos das partes antes da abertura das inquirições, versando sobre a ausência da oitiva de testemunhas, ou a indicação de novas, entre outras questões. Na sequência, em virtude do sistema da prova legal, incumbia ao juiz analisar as inquirições e, na existência de apenas “meia prova” em favor do autor (como, por exemplo, a apresentação de apenas uma testemunha ou de confissão extrajudicial), deveria lhe oportunizar a possibilidade de prestar juramento decisório. Citam-se outras regras relativas à prova tarifada: o documento escrito tinha prevalência sobre a prova testemunhal; era necessária a escritura pública como prova de negócios jurídicos sobre bens móveis valorados em mais de 4.000 réis ou imóveis acima de 60.000 réis (OLIVEIRA, 2003, p. 31-32).

Genericamente, nas três Ordenações incidia o princípio inquisitivo, o processo era dividido em etapas rígidas e autônomas, as partes detinham a iniciativa para dar início e impulsionar o processo, as decisões interlocutórias eram sujeitas a recurso e produziam efeitos de coisa julgada²⁸, os prazos eram extensos e prorrogáveis (OLIVEIRA, 2003, p. 32-33).

As Ordenações Afonsinas²⁹, concluídas no ano de 1446 (no reinado de Dom Afonso V), eram divididas em cinco livros, sendo o Livro III destinado ao processo civil. Apesar de predominantemente escrito, o processo tinha características da oralidade (mesmo com a redução a termo dos atos): o pedido era, em regra, formulado oralmente (e reduzido a termo pelo tabelião ou o escrivão)³⁰; adotava-se a imediatidade³¹ e a identidade física do juiz³²;

²⁷ Por exemplo, vide Título XXXXII do Livro III das Ordenações Manuelinas.

²⁸ Por exemplo, os Títulos LXVII e LXXII do Livro III das Ordenações Afonsinas regulamentavam, respectivamente, as “sentenças interlocutórias” (todas as sentenças ou mandados do juiz anteriores à sentença definitiva) e as apelações cabíveis contra elas.

²⁹ Surgidas em virtude da insegurança jurídica e dos problemas para a administração da Justiça causados pela elevada quantidade de leis então existentes – algo, pois, que não é um “privilegio” da atualidade.

³⁰ O Título XXVIII (“Em caso o autor deve formar seu libelo por escrito”) previa as situações em que o pedido deve ser apresentado por escrito, e que, em regra, “(...) não seja o autor constrangido a formar sua petição por escrito, e poderá bem dizê-la pela palavra: e o Tabelião, ou Escrivão, que escrever perante o Julgador, que da demanda conhecer, deve escrever essa petição assim posta pela palavra, (...)”.

³¹ O Título XVII (“Do Autor, que não compareceu ao termo para que citou seu Contendor”) determinava o comparecimento de autor e réu perante o juiz, prevendo sanções para a ausência do primeiro (pagamento de custas na primeira ausência e perempção na segunda), que também era qualificada como revelia. Já o Título XXVII (“Do Réu, que foi citado, e não compareceu em Juízo, como se dará contra ele revelia”) regulamentava a revelia do réu que não se apresentasse diante do juiz; são peculiares as razões contidas no dispositivo para sancionar a revelia, reproduzindo norma editada por Dom Fernando (que governou Portugal de 1345 a 1383): “O Rei Dom Fernando da Louvada Memória em seu tempo fez Lei, a qual depois confirmou o Rei Dom João, meu Avô de famosa, e esclarecida memória, em esta forma que se segue. 1. Segundo a Doutrina dos Sabedores, e nos

autor e réu se apresentavam diante do juiz para apresentar provas e nomear as testemunhas a ser ouvidas em audiência³³; podiam apresentar juramento oral³⁴; e os embargos à execução eram orais³⁵. Logo, o processo civil no Brasil surgiu antes de seu “descobrimento” em 22 de abril de 1500, quando já vigoravam em Portugal as Ordenações Afonsinas³⁶.

Em 1521 foram publicadas de forma definitiva as Ordenações Manuelinas, nova consolidação, com as leis editadas após as Ordenações Afonsinas. Daniel Mitidiero destaca que, enquanto as Ordenações Afonsinas efetuaram a *sistematização* do Direito Português, as Manuelinas promoveram sua *divulgação*, ou seja, tornaram-no público, especialmente após a criação da imprensa (MITIDIERO, 2005, p. 32). Também eram divididas em cinco livros, com o Livro III destinado ao processo civil, que era igualmente escrito, mas com a oralidade presente desde o pedido inicial, que era apresentado oralmente (reduzido a termo pelo tabelião ou o escrivão)³⁷; foram mantidas a imediatidade³⁸, o juramento (Título LXXXV), a apresentação de autor e réu diante do juiz para apresentar provas e nomear testemunhas (Título XLII). De outro lado, não havia previsão expressa da oralidade nos embargos à execução (Título LXXI) e não se repetiu a regra da identidade física do juiz (o Título XXVIII tratava somente de regras de suspeição e substituição), tendo em vista que a instrução não era acompanhada diretamente por ele.

mostra a mui certa experiência da coisa, a tardança, e prolongamento daquilo, que os homens desejam, geram continuamente ódio, e malquerença, e trazem dano (...).”

³² O Título XXXVIII (“Se o Julgador, ou Voguado é enfermo, ou embargado, que não pode julgar, ou voguar, como se proverá sobre ele”) trazia regras de substituição do juiz que, excepcionalmente, não pudesse julgar o processo por ele instruído. Quanto à outra função referida na norma, no português arcaico se utilizavam expressões como “voguado”, “vozeiro”, “arrazoador”, “procurador” e “solicitador” para designar a profissão de quem exercia o *ius postulandi* em juízo.

³³ O Título LXI (“Das testemunhas, que devem ser perguntadas, e quase não”) previa o seguinte: “Depois que o julgador assinar termo às partes para darem suas provas, deve-lhes mandar, que nomeem as testemunhas, que entendem a darem o Feito, e se as partes forem presentes, devem-nas nomear logo em essa Audiência, ou em outro dia a mais tardar; (...)”.

³⁴ O juramento estava previsto no Título CXVIII das Ordenações Afonsinas. Trata-se de instituto derivado da *provocatio sacramento* do Direito Romano, uma aposta na qual cada parte depositava uma quantia em dinheiro (*summa sacramenti*), posteriormente devolvida à parte vencedora, ficando retido e convertido para o Estado o montante da parte vencida. Essa prática surgiu com o juramento e o dinheiro era usado para que a parte vencida (e que mentiu no juramento) pudesse compensar a declaração falsa prestada à sua divindade e, mais tarde, ao Estado, como uma pena punitiva pela ação desleal em juízo (*poena temere ligantium*). Sobre o assunto: KASER, 1992, p. 435-436; PUGLIESE, 1991, p. 69.

³⁵ Conforme dispunha o Título LXXXVIII (“Das Execuções, que se fazem geralmente pelas Sentenças”).

³⁶ Sobre o assunto: PACHECO, 1999, p. 25.

³⁷ Conforme o Título XIX (“Quando será o autor obrigado formar seu libelo por escrito”), o autor só era obrigado a apresentar pedido escrito quando o valor pleiteado fosse superior a mil reais brancos.

³⁸ O Título VII (“Dos que podem e devem ser citados que compareçam pessoalmente em Juízo”) determinava o comparecimento pessoal do réu em juízo, o Título XIII (“Do Autor, que não compareceu ao termo para que citou seu contendor, ou compareceu e se ausentou”) previa o comparecimento de autor e réu perante o juiz, enquanto o Título XIV (“Em que modo se procederá contra o Réu que for revel, e não comparecer ao termo, para que foi citado”) tratava da revelia do réu que não se apresentasse diante do juiz.

As Ordenações Filipinas foram promulgadas em 1603, para revisar as leis vigentes por ordem do rei Filipe I. Sua divisão seguia os cinco Livros, com o processo tratado no Livro Terceiro. Da mesma forma que as anteriores, as Ordenações Filipinas mantiveram a característica essencialmente escrita do processo, com alguns aspectos orais: o pedido inicial apresentado oralmente ao tabelião ou ao escrivão (Título XXX), a imediatidade (Título VII), a apresentação de autor e réu perante o juiz para apresentação de provas e indicação de testemunhas (Título LV) e o juramento (Título LII)³⁹. Constituíram a principal fonte do Direito Processual no Brasil durante um intervalo de tempo extenso: permaneceram em vigor mesmo após a Independência em 07/09/1822, por força de lei publicada em 20/10/1823⁴⁰. Posteriormente, foram parcialmente revogadas pelo Código Comercial em 1850 (para os processos de matéria comercial) e totalmente afastadas por meio do Regulamento 763 (Decreto nº 763), de 19/09/1890⁴¹. Portanto, as Ordenações Filipinas foram a fonte do processo civil no Brasil por quase 300 anos, de 1603 a 1890.

O Regulamento 737 (Decreto nº 737, de 25/11/1850), sobre o processo comercial, passou a incidir ao processo civil por força do citado Regulamento 763⁴². Apesar de poucas formalidades, o processo do Regulamento 737 era predominantemente escrito. Quanto à oralidade, destacavam-se: a tentativa de conciliação prévia (judicial ou extrajudicial) em audiência, que condicionava a propositura judicial do pedido (arts. 23/34)⁴³; a concentração dos atos em audiência (arts. 27, 32, 127 e 223)⁴⁴; e a publicação da sentença em audiência, como regra (arts. 233 e 235). Os arts. 236/245 tratavam das ações sumárias, que iniciavam com uma petição escrita, mas traziam a concentração dos atos em audiência e a possibilidade

³⁹ Comentando o processo português a partir do fim da Idade Média, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira afirma que as mudanças jurídicas derivadas da Revolução Francesa (especialmente os Códigos Napoleônicos e o fim da influência do Direito Medieval sobre o processo) não produziram reflexos sobre o Direito Processual das Ordenações. A posterior Lei da Boa Razão, de 1769, influenciada pelo Iluminismo e que trazia um preceito racional de validação das normas jurídicas, também não provocou alterações relevantes sobre o processo português (OLIVEIRA, 2003, p. 33).

⁴⁰ Que “declara em vigor a legislação pela qual se regia o Brasil até 25 de Abril de 1821 e bem assim as leis promulgadas pelo Senhor D. Pedro, como Regente e Imperador daquela data em diante, e os decretos das Cortes Portuguesas que são especificados”.

⁴¹ Sobre o histórico legislativo: OLIVEIRA, 2003, p. 33.

⁴² Que determinava em seu art. 1º: “São aplicáveis ao processo, julgamento e execução das causas cíveis em geral as disposições do regulamento n. 737 de 25 de novembro de 1850, exceto as que se contêm no título 1º, no capítulo 1º do título 2º, nos capítulos 4º e 5º do título 4º, nos capítulos 2º, 3º e 4º e secções 1ª e 2ª do capítulo 5º do título 7º, e no título 8º da primeira parte”.

⁴³ Destaca-se o art. 33, que previa debates orais e apresentação de provas na audiência conciliatória: “Comparecendo as partes por si ou seus procuradores (art. 26), lida a petição, poderão discutir verbalmente a questão, dar explicações e provas, e fazer reciprocamente as propostas que lhes convier. Ouvida a exposição, procurará o Juiz chamar as partes a um acordo, esclarecendo-as sobre seus interesses, e inconvenientes de demandas injustas”.

⁴⁴ O réu era citado para o comparecimento em audiência para se buscar a conciliação e, no insucesso desta, apresentar contestação. Existindo necessidade de dilação probatória, previa-se o prazo de 20 dias para esse fim, o que incluía a designação de nova audiência para a oitiva das partes e das testemunhas.

da apresentação da defesa do réu de forma oral ou escrita na própria audiência, seguida da instrução, com a sentença proferida na audiência seguinte. Contudo, o art. 241 determinava a redução a termo de todos os atos praticados oralmente.

A Constituição brasileira de 1891 permitiu que os Estados criassem seus Códigos de Processo, ao limitar a atribuição do Congresso Nacional para legislar apenas sobre o direito processual da Justiça Federal (art. 34, 23º). Porém, essa autoridade não foi exercida por todos os Estados; vários deles reproduziram as normas do Regulamento 737, e destacavam-se como originais os Códigos da Bahia e de São Paulo.

Com a Constituição de 1934 a União passou a ter competência privativa para legislar sobre direito processual (art. 5º, XIX, 'a'), o que ainda se mantém na Constituição de 1988 (art. 22, I).

Passados quase 50 anos de aplicação do Regulamento 737 ao processo civil, em 18/09/1939 foi finalmente promulgado o primeiro Código de Processo Civil brasileiro (Decreto-Lei nº 1.608/39), que entrou em vigor no dia 01/02/1940. O CPC de 1939 dedica longa a passagem à oralidade na Exposição de Motivos (elaborada por Francisco Campos, Ministro da Justiça na época)⁴⁵. Inicialmente, defende a incorporação da oralidade como parte indispensável do sistema ideal, posto que utilizada com êxito em quase todos os países europeus (e, apesar de Chiovenda, a Itália constituía exceção ao seu uso)⁴⁶. Em seguida são apontadas diversas críticas ao uso da oralidade no processo civil, mas todas elas confundem a oralidade com a mera prática verbal dos atos, equívoco que será desfeito adiante. O Código de 1939 previa a fixação dos pontos controversos para ser debatidos oralmente em audiência (art.

⁴⁵ Daniel Mitidiero afirma que o CPC brasileiro de 1939 veio para substituir os Códigos estaduais (e que contrariavam a cultura do centralismo jurídico) e “(...) mesclava alguns elementos modernos com institutos tipicamente pertencentes ao direito intermédio”. Observava os princípios da oralidade e da publicidade, conferindo ao juiz o poder de direção do processo. Possua tanto elementos romanos e germânicos quanto manteve as influências lusitanas (MITIDIERO, 2005, p. 37).

⁴⁶ “ORALIDADE, CONCENTRAÇÃO E IDENTIDADE DO JUIZ. (...) O processo oral atende a todas as exigências acima mencionadas: confere ao processo o caráter de instrumento público; substitui a concepção duelística pela concepção autoritária ou pública do processo; simplifica a sua marcha, racionaliza a sua estrutura e, sobretudo, organiza-o no sentido de tornar mais adequada e eficiente a formação da prova, colocando o juiz em relação a esta na mesma situação em que deve colocar-se qualquer observador que tenha por objeto conhecer os fatos e formular sobre eles apreciações adequadas ou justas. O ponto é importante. No processo em vigor o juiz só entra em contato com a prova testemunhal ou pericial através do escrito a que foi reduzida. Não ouviu as testemunhas, não inspecionou as coisas e os lugares. Qual o grau de valor que conferirá ao depoimento das testemunhas e das partes, se não as viu e ouviu, se não seguiu os movimentos de fisionomia que acompanham e sublinham as palavras, se no escrito não encontra a atmosfera que envolvia no momento o autor do depoimento, as suas palavras ou o seu discurso? Que juízo formará sobre a situação dos lugares e a condição das coisas, descritas no laudo pericial, se de uma e de outra não tem nenhuma impressão pessoal?”. O destaque à oralidade no CPC foi precedido de intensa campanha doutrinária pela adoção de um processo oral no Brasil. A Revista Forense nº 74, de maio de 1938, foi dedicada à oralidade, com artigos de juristas brasileiros e estrangeiros, como Giuseppe Chiovenda, José Alberto dos Reis, Francisco Morato, Bilac Pinto, Eduardo Augusto Garcia, Cunha Barreto, Lucio Bittencourt, Hans Semon e Victor Nunes Leal.

269) e adotou os princípios da identidade física do juiz (art. 120, parágrafo único)⁴⁷, da publicidade dos atos processuais (art. 5º), a não interrupção da audiência, os debates orais e a sentença proferida em audiência (arts. 270/271). Por outro lado, a petição inicial, a contestação e a reconvenção deveriam ser obrigatoriamente escritas (arts. 158, 160 e 190).

Logo, apesar de sempre apresentar características orais, historicamente o processo civil brasileiro é escrito, com exceção do CPC de 1939, que seguiu a doutrina de Chiovenda e adotou um processo oral, mas que vigorou no país durante apenas 34 anos.

4. A ORALIDADE NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO ATUAL E NO PROJETO DO NOVO CPC

O CPC de 1973 (Lei nº 5.869/73), em vigor desde 01/01/1974, traz, na sua Exposição de Motivos (redigida por Alfredo Buzaid, Ministro da Justiça e autor do projeto)⁴⁸, uma preocupação específica com a oralidade e suas implicações para o processo⁴⁹.

Desse modo, o Código de 1973 não adotou um processo oral. Ao mencionar que, a fim de observar as peculiaridades da extensão territorial do país, Buzaid optou por uma “oralidade mitigada”, nada mais fez do que substituir o processo oral pelo escrito. Como se verá adiante, não existe processo misto, mas (predominantemente) oral ou escrito, razão pela qual a mitigação de uma característica importa na primazia da outra.

⁴⁷ “Se, iniciada a instrução, o juiz falecer ou ficar, por moléstia, impossibilitado de julgar a causa, o substituto mandará repetir as provas produzidas oralmente, quando necessário”.

⁴⁸ Sobre a elaboração, influências, cenário cultural e principais aspectos do Código de Processo Civil de 1973: MITIDIERO, 2010, p. 165/194.

⁴⁹ “II – *Do Processo Oral*. 13. O projeto manteve, quanto ao processo oral, o sistema vigente, mitigando-lhe o rigor, a fim de atender a peculiaridades da extensão territorial do país. O ideal seria atingir a oralidade em toda a sua pureza. Os elementos que a caracterizam são: a) a identidade da pessoa física do juiz, de modo que este dirija o processo desde o seu início até o julgamento; b) a concentração, isto é, que em uma ou em poucas audiências próximas se realize a produção das provas; c) a irrecorribilidade das decisões interlocutórias, evitando a cisão do processo ou a sua interrupção contínua, mediante recursos, que devolvem ao Tribunal o julgamento da decisão impugnada. Falando de processo oral em sua pureza, cumpre esclarecer que se trata de um tipo ideal, resultante da experiência legislativa de vários povos e condensado pela doutrina em alguns princípios. Mas, na realidade, há diversos tipos de processo oral, dos quais dois são os mais importantes: o austríaco e o alemão. Entre estes, a diferença, que sobreleva notar, concerne ao princípio da concentração. Ocorre, porém, que o projeto, por amor aos princípios, não deve sacrificar as condições próprias da realidade nacional. O Código de Processo Civil se destina a servir ao Brasil. Atendendo a estas ponderações, julgamos de bom aviso limitar o sistema de processo oral, não só no que toca ao princípio da identidade da pessoa física do juiz, como também quanto à irrecorribilidade das decisões interlocutórias. O Brasil não poderia consagrar uma aplicação rígida e inflexível de princípio da identidade, sobretudo porque, quando o juiz é promovido para comarca distante, tem grande dificuldade para retornar ao juízo de origem e concluir as audiências iniciadas. O projeto preservou o princípio da identidade física do juiz, salvo nos casos de remoção, promoção ou aposentadoria (art. 137). A exceção aberta à regra geral confirma-lhe a eficácia e o valor científico. ‘O que importa’, diz Chiovenda, ‘é que a oralidade e a concentração sejam observadas rigorosamente como regra’”.

Assim, o Código de 1973, em suas duas fases (antes e depois do início das reformas em 1994)⁵⁰, manteve um processo escrito, com alguns elementos orais: a identidade física do juiz (art. 132)⁵¹, a imediatidade (art. 446, II)⁵², a publicidade dos atos processuais e da audiência (arts. 155 e 444), a realização de audiência preliminar conciliatória, com a fixação dos pontos controversos (art. 331); a produção de provas em audiência como regra (art. 336); a possibilidade de oitiva do perito ou do assistente técnico em audiência para prestar esclarecimentos (art. 435); a não interrupção da audiência como regra, os debates orais e a sentença proferida em audiência (em regra) (arts. 453/456); a apresentação oral do agravo retido contra decisão interlocutória proferida em audiência (art. 523, § 3º); a suscitação oral de contradições na transcrição dos atos processuais praticados diante do juiz (art. 169, §§ 2º e 3º, inseridos pela Lei nº 11.419/2006); e a prevalência da oralidade no procedimento sumário, com a concentração de atos em audiência: a decisão oral da impugnação ao valor da causa ou de controvérsia sobre a natureza da demanda, a apresentação de resposta oral ou escrita pelo réu, os debates e a sentença oral. De outro lado, permite a substituição de memoriais orais por escritos, quando existir questões complexas de fato ou de direito (art. 454, § 3º).

O art. 336 do CPC estabelece a prova oral como regra no processo civil: “Salvo disposição especial em contrário, as provas devem ser produzidas em audiência”.

Acerca da necessidade da forma escrita para a documentação do que for relevante para o processo, o Código de Processo Civil brasileiro possui regra que autoriza apenas às partes a gravação dos depoimentos das testemunhas, mas obriga a documentação do ato para o processo: “Art. 417. O depoimento, datilografado ou registrado por taquigrafia, estenotipia ou outro método idôneo de documentação, será assinado pelo juiz, pelo depoente e pelos procuradores, facultando-se às partes a sua gravação”.

Por outro lado, a oralidade incide nos Juizados Especiais Cíveis desde o pedido inicial até o cumprimento da decisão, ressalvada a forma escrita para os atos essenciais; é permitida a gravação das audiências, com a documentação limitada ao que for reputado essencial para o processo; nos termos do art. 13, § 3º, da Lei nº 9.099/95: “Apenas os atos considerados essenciais serão registrados resumidamente, em notas manuscritas, datilografadas, taquigrafadas ou estenotipadas. Os demais atos poderão ser gravados em fita magnética ou

⁵⁰ Daniel Mitidiero utiliza a expressão Código Buzaid para salientar a existência do sistema processual criado por Alfredo Buzaid (vigente de 1976/1994) e para diferenciá-lo do sistema atual, que denomina de “Código Reformado” (vigente a partir de 1994, com as reformas realizadas até 2006) (MITIDIERO, 2010, p. 176).

⁵¹ “O juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor”.

⁵² “Compete ao juiz em especial: (...) proceder direta e pessoalmente à colheita das provas”.

equivalente, que será inutilizada após o trânsito em julgado da decisão” (regra incidente sobre os Juizados Especiais Cíveis Estaduais, Federais e da Fazenda Pública).

Ainda, o art. 33 da Lei nº 9.099/95 positivou o do princípio da concentração dos atos instrutórios, em virtude do qual “[...] os atos processuais devem ser, tanto quanto possível, reunidos em um mesmo momento, impedindo que o procedimento se delongue em um número indefinido de etapas e fases”. Com base nesse princípio, pode ser indeferida a expedição de cartas precatórias ou a realização de outras provas exteriores à audiência de instrução e julgamento⁵³. Além disso, caso uma das partes apresente documentos novos na audiência, a parte contrária deve se manifestar sobre eles no ato, sem a interrupção deste ou a concessão de prazo para impugnação (art. 29, parágrafo único, da Lei nº 9.099/95).

A Lei nº 10.259/2001 inovou ao admitir expressamente o recebimento de petições por meio eletrônico (art. 8º, § 2º). Deriva desse critério a possibilidade de gravação de atos processuais não essenciais, a qual pode ser inutilizada após o trânsito em julgado da sentença (arts. 13, § 3º, e 36, ambos da Lei nº 9.099/95).

A despeito de o Código de Processo Civil em vigor possuir uma grande quantidade de elementos orais, os atos praticados oralmente são reduzidos a termo ou são facultativamente praticados na forma oral ou escrita. Por essa razão, apesar da intenção de Alfredo Buzaid, e mesmo após as reformas de 1994/2006, o processo do Código de Processo Civil de 1973 é escrito (na denominada – de forma equivocada – “oralidade mitigada”).

E essa orientação segue no projeto do novo Código de Processo Civil (PL nº 166/2010 do Senado Federal), que estabelece um processo civil escrito, com alguns elementos de oralidade, conforme os dispositivos do PL originário: (a) a oralidade é listada como um princípio informador da conciliação e da mediação (art. 134), mantendo-se a realização de audiência preliminar conciliatória (art. 333); (b) a identidade física do juiz (art. 112); (c) é prevista a redução a termo de todos os atos judiciais proferidos oralmente (art. 160), o que constitui um retrocesso, especialmente diante da informatização e dos processos judiciais eletrônicos, que permitem com maior facilidade e menores custos a gravação (inclusive a audiovisual) dos atos processuais (o parágrafo único do referido art. 160 utiliza expressões como “taquígrafo” e “datilógrafo”, fazendo o Código voltar ao século XIX); (d) a suscitação oral de contradições na transcrição dos atos processuais praticados diante do juiz (art. 164, §

⁵³ O Enunciado nº 24 dos Juizados Especiais Estaduais Cíveis de Belo Horizonte prevê que “é dispensável a expedição de carta precatória nos Juizados Especiais Cíveis, cumprindo-se os atos nas demais comarcas, mediante via postal, por ofício do Juiz, fax, telefone ou qualquer outro meio idôneo de comunicação”. De semelhante teor é o Enunciado nº 33, do Fórum Permanente de Juízes Coordenadores dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Brasil.

2º); (e) a substituição de memoriais orais por escritos, quando existir questões complexas de fato ou de direito (art. 359, § 2º); (f) a publicidade dos atos processuais e da audiência (arts. 152 e 363); (g) a produção de provas em audiência como regra (art. 428); (h) a possibilidade de oitiva do perito ou do assistente técnico em audiência para prestar esclarecimentos (art. 458); (i) a não interrupção da audiência como regra, os debates orais e a sentença proferida em audiência (em regra) (arts. 358/361).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Viu-se a ocorrência de substituições históricas sucessivas entre oralidade e escrita, que alternadamente caracterizaram o processo civil.

Conforme ressalva Attilio Nicora, a *oralidade* não se confunde com a *oratória*, ou seja, não indica apenas a prática de atos orais no processo. E mais: a oralidade não é a ditadura da oratória, do verbo ou da fala, tampouco impede a documentação de determinados atos processuais (como a sentença ou, pelo menos, sua parte dispositiva). Há um predomínio, mas não a exclusividade do uso da palavra oral. Acerca do uso da escrita, Francisco Morato afirma que “no procedimento escrito, a escritura é a *forma* das deduções, enquanto que, no oral, não é senão o *registro* das declarações ou deduções que se vão fazer na audiência” (MORATO, 1938, p. 14).

A oralidade compreende a publicidade, a imediação do juiz, a irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias, a concentração de atos e a identidade física do juiz. Logo, a prevalência de atos orais sobre os escritos é apenas uma entre suas características.

Ademais, a prática de atos orais não significa que o processo seja oral, do mesmo modo que a realização de atos escritos não quer dizer que o processo seja escrito⁵⁴.

Conforme constou da Exposição de Motivos do CPC brasileiro de 1939, o processo oral atende confere caráter público ao processo, simplifica-o, racionaliza-o e organiza-o, situando o juiz em relação a prova em uma condição de observador direto. No procedimento oral o juiz desempenha um papel mais ativo e presente, pois mantém contato imediato com as partes, advogados, peritos, etc.

Conforme destacam Mortara e Chiovenda, a oralidade (e a concentração de atos dela derivada) permite a simplificação do processo e sua celeridade⁵⁵ (o que não significa que a

⁵⁴ Nesse sentido: CHIOVENDA, 1969, p. 251.

oralidade necessariamente simplifica e acelera o andamento processual). Nas palavras de Morato, a oralidade “[...] comunica vida e eficácia ao processo” e “assegura na prática o verdadeiro sentido e finalidade das leis”, além de trazer como vantagens: a publicidade das decisões judiciais, a celeridade, a economia judicial, faz com que a convicção do julgador seja efetivamente formada após ouvir os advogados e as próprias partes, e obsta “[...] que os juízes julguem sem ouvir e examinar suas razões”, pois “na oralidade a audiência é forçada” (MORATO, 1938, p. 11 e 16).

Apesar de sempre apresentar características orais, historicamente o processo civil brasileiro é escrito, com exceção do CPC de 1939, que seguiu a doutrina de Giuseppe Chiovenda e adotou um processo oral, mas que vigorou no país durante apenas 34 anos.

Criticando a falta de eficiência e o formalismo existente no processo escrito, Pérez-Ragone e Vélez afirmam que há uma “invisibilidade virtual” do juiz no processo, por não existir o contato direto com as partes, tampouco com os meios de prova por elas produzidos (PÉREZ-RAGONE, VÉLEZ, 2009, p. 365). Aproximadamente um século antes, Chiovenda criticou o processo escrito dos primeiros Códigos italianos, ao afirmar que o Código Processual italiano de 1865 “[...] não chegou ao extremo de negar às partes o direito de ver o rosto de seu juiz na audiência em que a causa se encerra; mas reduziu esse encontro do juiz e as partes a uma mera formalidade” (CHIOVENDA, 1969, p. 232).

No Brasil, o CPC atual e o projeto do novo CPC negam esse direito à parte, que em muitos processos não conhece o juiz de seu processo, ou até mesmo a parte contrária.

REFERÊNCIAS

CAMPITELLI, Adriana. Processo. I. Processo civile: b) Diritto intermedio. In: *Enciclopedia del Diritto*. v. XXXVI. Milano: Giuffrè, 1987, pp. 79-101.

CAPPELLETTI, Mauro. *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità: contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile*. Parte Prima. Milano: Giuffrè, 1962.

CARDOSO, Oscar Valente. *Direct examination e cross-examination no processo civil brasileiro*. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, nº 75, pp. 83-91, jun. 2009.

⁵⁵ Nesse sentido, e analisando o princípio da oralidade a partir da obra de Mortara: CHIOVENDA, 1924, p. 6-7. Todavia, Chiovenda ressalva que, à época (ou seja, em 1924, na Itália), as vantagens abstratas da oralidade ainda eram desejáveis (e não efetivas), pois encontravam obstáculos em sua aplicação prática.

CHIOVENDA, Giuseppe. La idea romana en el proceso civil moderno. In: CHIOVENDA, Giuseppe. *Ensayos de derecho procesal civil*. v. I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1949, pp. 351-372.

CHIOVENDA, Giuseppe. L'oralità e la prova. *Rivista di diritto processuale civile*, Padova, n° I, vol. I, pp. 5-32, 1924.

CHIOVENDA, Giuseppe. Relación sobre el proyecto de reforma del procedimiento elaborado por la comisión de postguerra. In: CHIOVENDA, Giuseppe. *Ensayos de derecho procesal civil*. v. II. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1969.

CHIOVENDA, Giuseppe. Romanesimo e germanesimo nel processo civile. In: CHIOVENDA, Giuseppe. *Saggi di diritto processuale civile*. v. I. Roma: Foro Italiano, 1930, pp. 181-224.

GUEDES, Jefferson Carús. *O princípio da oralidade: procedimento por audiências no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: RT, 2003.

FIUZA, César. Algumas linhas de processo civil romano. In: FIUZA, César. *Direito processual na história*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GAIUS. *Institutas do jurisconsulto Gaio*. São Paulo: RT, 2004.

KASER, Max. *Direito privado romano*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1992.

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. v. I. Campinas: Bookseller, 1997.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2. ed. São Paulo: RT, 2011.

MITIDIERO, Daniel. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MITIDIERO, Daniel. O processualismo e a formação do Código Buzaid. *Revista de Processo*, São Paulo, n° 183, pp. 165-194, maio 2010.

MORATO, Francisco. A oralidade. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n° 74, Fascículo 419, pp. 11-18, maio 1938.

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

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n° 90, pp. 55-84, jun. 2003.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. v. 1. São Paulo: Atlas, 2010.

PACHECO, José da Silva. *Evolução do processo civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PÉREZ-RAGONE, Álvaro; VÉLEZ, Diego Palomo. Oralidad y prueba: comparación y análisis crítico de las experiencias reformadoras del proceso civil en Alemania y España. *Revista de derecho de La Pontificia Univesidad Católica de Valparaíso*, Valparaíso, nº XXII, pp. 363-406, jan./jun. 2009.

PUGLIESE, Giovanni. *Istituzioni di diritto romano*. Torino: G. Giappichelli, 1991.

TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: RT, 2001.