

Autores:

Armando Ghedini Neto  
Christiano Alves Monteiro De Castro  
Cirilo Augusto Vargas  
Eduardo Oteiza  
Fernando Carbajal  
Fernando Gonzaga Jayme  
Gláucio Maciel Gonçalves  
Hilda Maria Porto de Paula Teixeira da Costa  
Humberto Theodoro Júnior  
Iago Batista  
Ismael Fernando Poli Villas Boas Júnior  
Joan Picó I Junoy  
João Alberto de Almeida  
Juan Montero Aroca  
Pedro Augusto Silveira Freitas  
Renata C. Vieira Maia  
Santiago Pereira Campos

# a Oralidade

## Processo do Séc. XXI

Renata C. Vieira Maia  
Fernando Gonzaga Jayme  
João Alberto de Almeida  
Cirilo Augusto Vargas  
Pedro Augusto Silveira Freitas  
(Orgs.)



Neste cenário, a obra que vem a público ganha maior relevo pois prestigiar a oralidade é enaltecer o diálogo processual e a maior participação das partes no processo, democratizando-o. Ademais, resgata a epistemologia do processo identificando-o como diálogo qualificado pela observância as garantias constitucionais do processo. Outro aspecto a ser destacado nesta coletânea é a conexão geracional com as teorias clássicas fundantes do princípio da oralidade com imensurável impacto na processualística contemporânea. Essas teorias foram originariamente resgatadas e conectadas com os estudos atuais do princípio da oralidade desenvolvidos por uma jovem e promissora geração de jusprocessualistas formados sob os valores do Estado Democrático de Direito.

Fernando Gonzaga Jayme



## **A oralidade, processo do Séc. XXI**



# A oralidade, processo do Séc. XXI

## **Organizadores:**

Renata C. Vieira Maia

Fernando Gonzaga Jayme

João Alberto de Almeida

Cirilo Augusto Fiuza Saldanha de Vargas

Pedro Augusto Silveira Freitas



**Diagramação:** Marcelo A. S. Alves

**Capa:** Carole Kümmecke - <https://www.behance.net/CaroleKummecke>

**O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.**



Todos os livros publicados pela Editora Fi estão sob os direitos da [Creative Commons 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR) [https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt\\_BR](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR)



Associação Brasileira de Editores Científicos

<http://www.abecbrasil.org.br>

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

---

MAIA, Renata C. Vieira et al (Orgs.)

A oralidade, processo do Séc. XXI [recurso eletrônico] / Renata C. Vieira Maia et al (Orgs.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2020.

385 p.

ISBN - 978-65-81512-87-3

Disponível em: <http://www.editorafi.org>

1. Oralidade; 2. Processo Civil; 3. Brasil; 4. Democracia; 5. Pesquisa; I. Título.

---

CDD: 340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

# Sumário

<b>Apresentação .....</b>	<b>9</b>
Fernando Gonzaga Jayme	
<b>I .....</b>	<b>14</b>
<b>La paradoja 8.1. El “derecho a ser oído” em los procesos civiles reformados</b>	
Fernando Carbajal	
<b>II .....</b>	<b>27</b>
<b>El fracaso de la oralidad en el proceso civil argentino</b>	
Eduardo Oteiza	
<b>III .....</b>	<b>45</b>
<b>La nueva ley de enjuiciamiento civil española y la oralidade</b>	
Juan Montero Aroca	
<b>IV .....</b>	<b>134</b>
<b>El principio de oralidad en el proceso civil español</b>	
Joan Picó I Junoy	
<b>V .....</b>	<b>147</b>
<b>Alguna Lecciones Aprendidas en la Aplicación del Código Procesal Modelo para Iberoamérica en Uruguay</b>	
Santiago Pereira Campos	
<b>VI .....</b>	<b>191</b>
<b>O Código de Processo Civil de 2015 e o princípio da oralidade</b>	
Humberto Theodoro Júnior	
<b>VII .....</b>	<b>210</b>
<b>O processo oral e seus descaminhos no sistema dos Juizados Especiais Cíveis</b>	
Cirilo Augusto Vargas	

VIII.....	234
<b>Oralidade no processo civil brasileiro: pontos polêmicos acerca da produção e valoração da prova oral</b>	
Christiano Alves Monteiro De Castro	
IX.....	252
<b>O processo oral, a justiça restaurativa e a Comunidade Europeia</b>	
Hilda Maria Porto de Paula Teixeira da Costa	
X.....	267
<b>Princípio da imediação: possibilidades do processo oral e estrutural</b>	
Ismael Fernando Poli Villas Boas Júnior	
XI.....	287
<b>Oralidade como técnica procedimental</b>	
Armando Ghedini Neto	
XII.....	325
<b>Da audiência preliminar à audiência de saneamento compartilhado: uma análise a partir do modelo de colaboração processual</b>	
Iago Batista	
XIII.....	340
<b>O processo oral nas instâncias recursais: aspectos dogmáticos à luz do novo Código de Processo Civil</b>	
Pedro Augusto Silveira Freitas	
Renata C. Vieira Maia	
XIV.....	360
<b>A oralidade no processo civil brasileiro</b>	
Fernando Gonzaga Jayme	
Gláucio Maciel Gonçalves	
João Alberto de Almeida	
Renata C. Vieira Maia	



## Apresentação

*Fernando Gonzaga Jayme*<sup>1</sup>

Gratidão aos Coordenadores, professores Renata Vieira Maia, João Alberto de Almeida, Cirilo Augusto Fiuza Saldanha de Vargas e Pedro Augusto Silveira Freitas, que me honraram com a responsabilidade de fazer a apresentação à comunidade jurídica desta memorável obra.

É importante ressaltar tratar-se de uma coletânea fundamental para restaurar o debate a respeito do processo oral no direito processual civil brasileiro.

Na vigência do Código de Processo Civil revogado, a oralidade esteve como que em estado de catalepsia, uma presença silenciosa, inerte e por isso, ignorada. Na Exposição de Motivos, Buzaid apontava os motivos pelos quais ele, na qualidade de autor do anteprojeto e Ministro da Justiça à época da outorga da legislação processual civil, entendia a oralidade incompatível com o nosso processo civil, a saber:

A extensão territorial do País, as promoções dos magistrados de entrância para entrância, o surto do progresso que deu lugar à formação de um grande parque industrial e o aumento da densidade demográfica vieram criar considerável embaraço à aplicação dos princípios da oralidade e da identidade da pessoa física do juiz, consagrados em termos rígidos no sistema do Código. Os inconvenientes resultavam não do sistema, mas de sua adaptação às nossas condições geográficas, a cujo respeito falharam as previsões do legislador.

Com efeito, prevaleceu no CPC de 1973 o processo escritural. Todavia, mais de quatro décadas de vigência desse Código legaram à sociedade brasileira uma crise no funcionamento do sistema judiciário sem paralelo no

---

<sup>1</sup> Professor Associado da Faculdade de Direito da UFMG

direito comparado, podendo-se afirmar, sem receio, que o modelo processual adotado foi equivocado.

Há de se considerar que na vigência do CPC de 1973, a despeito de parcela considerável da população brasileira não ter acesso formal ao Poder Judiciário, a judicialização cresceu exponencialmente e, na mesma proporção, a incapacidade de a jurisdição resolver os conflitos em tempo hábil. A crise do Poder Judiciário, portanto, tornou-se inevitável; muitas demandas para juízes insuficientes para julgá-las e um normativo processual inspirado em teorias que enaltecem o formalismo e o tecnicismo em um ambiente de restrição das liberdades. Pode-se afirmar, portanto, que, sem legitimidade democrática, ao longo de mais de quatro décadas de vigência, o CPC de 1973 ainda é um fator determinante da sistemática negação de direitos existente em nossa sociedade e um dos protagonistas da crise do sistema judicial brasileiro.

O efeito mais sensível da crise do funcionamento do sistema judiciário é a morosidade processual que é a face mais evidente da negativa de garantia de acesso à justiça. A efetiva proteção judicial só se realiza quando prestada tempestivamente, pois “justiça tardia não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta.” Importante pontuar, ainda, que a morosidade processual é um fator de agravamento da desigualdade social no Brasil, haja vista que o maior tempo de duração do processo é particularmente mais severo para a parte economicamente mais fraca, que, de modo geral, não tem como suportar os custos do processo<sup>2</sup>. Esse entendimento é corroborado pelo presidente dos EUA, Howard Taft que sobre o tema assim se manifestou:

Pode ser afirmado, como uma proposição geral, que o que tende a prolongar ou demorar o processo é uma grande vantagem para o litigante que tem a maior bolsa. O indivíduo que tem envolvido no litígio tudo o que possui é muito prejudicado em uma luta judiciária com um contendor apto, pelos seus

---

<sup>2</sup> CAPPELLETTI, Mauro. Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation: Comparative Constitutional, International, and School Trends, 25 Stan. L. Rev. 651 (1973). Disponível em [HeinOnline](#). Acesso em 10/02/2018: delay has become particularly unacceptable in the dynamics of modern societies, and particularly unbearable for the party who is not economically strong enough to endure the burdens of delay

recursos, a prolongar a lide e, portanto, a manter, pelo maior espaço de tempo possível, o outro litigante privado daquilo que realmente lhe pertence<sup>3</sup>.

O advento da legislação processual civil em vigor foi uma tentativa de atenuar a crise que assola o Poder Judiciário. Entretanto, a experiência de um triênio sob a égide da nova legislação processual civil não sinalizou para a melhoria dos indicadores de tempo de duração dos processos e simplificação procedimental. Na verdade, o CPC/2015 manteve-se fiel às mesmas bases teóricas da legislação revogada, razão pela qual deixou de promover transformações estruturais no funcionamento do serviço judiciário.

Assevera-se., ainda, que o CPC/2015 não assumiu nenhum compromisso com a oralidade. Manteve, como no CPC revogado o modelo de processo escrito. A ‘reforma do processo civil’ por ele empreendida limitou-se a qualificar o procedimento, ornamentando-o com técnicas refinadas, como os negócios processuais, a estabilização da tutela provisória antecedente, o julgamento estendido da apelação, técnicas de baixíssimo impacto na realidade, mas que foram recebidas com loas pela comunidade jurídica. Entretanto, o Conselho Nacional de Justiça, no relatório Justiça em Números de 2019, desencoraja as celebrações ao constatar que “os tempos médios decorridos entre a inicial até a sentença e entre a inicial até a baixa cresceram nos últimos três anos”<sup>4</sup>. Assim, é com grande pesar que se constata que a aprovação do Projeto não reduziu em até 50% o tempo de tramitação de processos, como vaticinara o presidente da Comissão de Juristas que elaborou o anteprojeto do CPC, Ministro Luiz Fux.

Negligenciar a oralidade no processo civil foi um equívoco do legislador. A oralidade no processo civil pode ser uma das mais eficientes maneiras de reverter os indicadores negativos relacionados à morosidade, custo do processo, formalismo e qualidade decisória. Além disso,

---

<sup>3</sup> BRASIL. Decreto-lei nº 1608/1939 (Exposição de Motivos do CPC/1939). *Diário Oficial da União*. Rio de Janeiro, 24 jul. 1939. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1608-18-setembro-1939-411638-norma-pe.html>>. Acesso em 01 maio 2017.

<sup>4</sup> Disponível em [https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica\\_em\\_numeros20190919.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf). Acesso 31/10/2019.

democratiza o procedimento, pois, conforme o § único do art. 1º da Constituição da República, o exercício do poder jurisdicional somente se legitima quando exercido diretamente, haja vista os membros do Poder Judiciário não serem eleitos. Desta maneira, a legitimidade dos provimentos jurisdicionais somente pode advir da participação direta dos destinatários do provimento. A ampliação dialógica promovida pela oralidade processual estimula a participação dos interessados na construção do provimento a que se sujeitarão. Trata-se de exercício da soberania popular na medida em que as partes, sujeitos do contraditório, de forma participativa, interferem decisivamente na construção do provimento.

Neste cenário, a obra que vem a público ganha maior relevo pois prestigiar a oralidade é enaltecer o diálogo processual e a maior participação das partes no processo, democratizando-o. Ademais, resgata a epistemologia do processo identificando-o como diálogo qualificado pela observância as garantias constitucionais do processo.

Outro aspecto a ser destacado nesta coletânea é a conexão geracional com as teorias clássicas fundantes do princípio da oralidade com imensurável impacto na processualística contemporânea, como é o caso dos trabalhos de Humberto Theodoro Jr e Juan Montero Aroca. Essas teorias foram originariamente resgatadas e conectadas com os estudos atuais do princípio da oralidade desenvolvidos por uma jovem e promissora geração de jusprocessualistas formados sob os valores do Estado Democrático de Direito.

Enfim, é oportuno ressaltar que o Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da UFMG ao financiar a publicação desta obra coloca-se em perfeita sintonia com os objetivos estatutários da Universidade Federal de Minas Gerais, centro de excelência acadêmica que tem por objetivos precípuos a geração, o desenvolvimento, a transmissão e a aplicação de conhecimentos por meio do ensino, da pesquisa e da extensão, de forma indissociada entre si e integrados na educação do cidadão, na formação técnico-profissional, na difusão da cultura e na criação filosófica, artística e tecnológica.

Congratulações aos Coordenadores, em nome de quem também parablenizo todos aqueles que contribuíram para brindar a comunidade jurídica com obra tão relevante para a reflexão dos desígnios do processo civil brasileiro.

Belo Horizonte, outubro de 2019.

# I

## **La paradoja 8.1. El “derecho a ser oído” em los procesos civiles reformados**

*Fernando Carbajal*<sup>1</sup>

### **1. Resumen**

El apartado 8.1 del Pacto Interamericano de Derechos Humanos – Pacto de San José de Costa Rica consagra el “derecho a ser oído”. Esta garantía convencional se halla en la génesis del proceso de reforma procesal civil y constituye la base doctrinaria del juicio por audiencia.

La audiencia es el único modo material de asegurar que las partes sean oídas por el juez, por lo cual el cumplimiento de la manda convencional exige el establecimiento de procesos por audiencias orales.

Sin embargo, los procesos civiles reformados en América Latina exhiben una paradoja: surgidos del movimiento de reforma procesal que postula el juicio por audiencias, no incluyen reglamentaciones procesales que recepten de forma adecuada el modo de ejercer el “derecho a ser oído” en los procesos civiles. En cambio, tienden a mantener la declaración de parte como medio de convicción, cuya producción se halla condicionada al ofrecimiento de la contraparte.

De esta forma, se omite considerar y reglamentar la declaración de la parte por su propia decisión e iniciativa, lo cual adquiere relevancia en

---

<sup>1</sup> Especialista en Derecho Procesal. Capacitador para la reforma procesal. Docente de litigación oral penal y civil. Argentina.

el escenario de los procesos orales por el impacto que puede tener en el proceso de convicción del juez.

## **2. Introducción**

La Paradoja 8.1 expresa la contradicción entre la norma convencional que inspira la reforma procesal civil propendiendo al juicio por audiencias, que encuentra su origen en el Apartado 8.1 del Pacto de San José de Costa Rica, y las normas procesales dictadas a su amparo que, paradójicamente, no contemplan la oportunidad y el modo de ejercer “el derecho a ser oído” en la extensión que requeriría la manda convencional.

La omisión de reglamentación halla origen en una –todavía– deficiente conceptualización doctrinaria del tema, lo cual se traduce en una vulneración, real o potencial del “derecho a ser oído” establecido por el artículo 8 inciso 1° de la Convención Americana de Derechos Humanos - Pacto de San José de Costa Rica.

Por lo expuesto ponemos a discusión la necesidad de establecer cuáles son las consecuencias procesales de esta garantía del sistema interamericano de derechos identificada, en el idioma español, como el “derecho a ser oído” en el marco de los procesos civiles reformados, proponiendo algunos cursos de acción que permitan cumplir con la manda del sistema interamericano de derechos humanos.

## **3. Análisis comparado**

Sin pretender agotar el estudio de la realidad de todos los procesos civiles de la región, lo cual supera el objetivo de este artículo, a modo de ejemplo analizaremos algunas normas procesales verificando el tratamiento dado a la declaración de parte en los procesos civiles.

Los códigos procesales tradicionales sólo admiten la declaración de parte como “prueba confesional” a instancias de la contraparte, pero

no prevén la posibilidad de que sea citada a brindar declaración en su propio caso y como estrategia propia.

Por ejemplo el Código Procesal Civil y Comercial Nacional de la República Argentina (CPCC – Ar) al reglamentar la audiencia preliminar, establece que en dicha oportunidad el juez “recibirá la prueba confesional si ésta hubiera sido ofrecida por las partes” (CPCC- Ar, art. 360). Los artículos 404 y siguientes que reglamentan esta declaración, refieren a la misma como medio que ofrece una parte para obtener la confesión de la otra, mediante el sistema tradicional de la “absolución de posiciones”, que no consiste en un interrogatorio, sino en un conjunto de afirmaciones que deben ser respondidas por “sí” o por “no”, sin perjuicio de las explicaciones ampliatorias que pueda dar el o la ponente.

Asimismo, el artículo 415 cuando contempla el interrogatorio de las partes reglamenta la posibilidad de hacerse recíprocamente las preguntas, es decir el examen cruzado, pero no se prevé el interrogatorio a la propia parte<sup>2</sup>.

En similar sentido el código chileno establece, de modo terminante que: “Fuera de los casos expresamente previstos por la ley, todo litigante está obligado a declarar bajo juramento, contestada que sea la demanda, sobre hechos pertenecientes al mismo juicio, **cuando lo exija el contendor o lo decrete el tribunal** en conformidad al artículo 159.” (De la confesión en juicio, Art. 385).

De tal modo sigue la lógica tradicional que reglamenta la “confesión judicial” como instrumento de la contraparte para intentar lograr de su contraria el reconocimiento de hechos que lo perjudican y aportar elementos de convicción contrarios a los intereses del propio declarante, sin contemplarse la posibilidad de la parte de comparecer personalmente ante la persona juzgadora por su propia voluntad, en su propio beneficio y por su decisión.

---

<sup>2</sup> CPCC – Ar, art. 415: “El juez podrá interrogar de oficio a las partes en cualquier estado del proceso y éstas podrán hacerse recíprocamente las preguntas y observaciones que juzgaren convenientes, en la audiencia que corresponda, siempre que el juez no las declare superfluas o improcedentes por su contenido o forma.”



El código de Costa Rica<sup>3</sup> aún aplicado durante 2017 establece en su artículo 333: “Deber de declarar. En cualquier estado del proceso, el juez podrá ordenar la comparecencia de las partes para interrogarlas sobre los hechos de la demanda. Cuando el juez no lo ordene de oficio, cada parte podrá solicitar la declaración de la parte contraria, bajo juramento, en cualquier estado del proceso, hasta antes de la sentencia de primera instancia. A la misma parte no podrá pedírsele más de una vez declaración sobre los mismos hechos.” En este caso la reglamentación es igualmente terminante.

La fuerza cultural de este modo de ver este medio de prueba se ha trasladado a los nuevos códigos procesales reformados que en este tema mantienen la lógica anterior sin hacerse cargo adecuadamente del mandato convencional.

Por ejemplo, el nuevo código nicaragüense innova de manera sustancial respecto al modo de realizar el interrogatorio: “Las preguntas del interrogatorio se formularán oralmente y de manera concreta, clara y precisa.” (Ley 902, 2015, preguntas y contenido, art 255), abandonando el método ritualizado y formalizado de las posiciones. Pese a ello, en lo sustancial mantiene la conceptualización de este acto como un medio de obtener la confesión de la parte adversa<sup>4</sup> e incluso el artículo 258 autoriza que la parte sea interrogada por su propio abogado o abogada. Técnica –y paradójicamente– un virtual “contra examen de la propia parte”, reglamentación procesal que resulta confusa e inadecuada.

Pero ello no modifica la posibilidad del profesional de interrogar a su cliente o, más propiamente, no significa que el derecho a ser oído en forma directa por la persona juzgada que corresponde al sujeto

---

<sup>3</sup> Se trata del código aún vigente y aplicable, no el nuevo código reformado que será luego también citado.

<sup>4</sup> El artículo 254 al reglamentar la procedencia establece: “Una parte puede solicitar a la autoridad judicial el interrogatorio de las demás partes del proceso civil, sobre hechos y circunstancias de los que tengan noticia y que guarden relación con el objeto del proceso (...) El interrogatorio también podrá ser solicitado por un colitigante respecto de otro, siempre y cuando exista oposición o conflicto de intereses entre ambos en ese proceso. Cuando la parte legítima que actúa en el proceso no sea el sujeto de la relación jurídica controvertida o el titular del derecho discutido, se podrá solicitar el interrogatorio de dicho sujeto o titular.” (Ley 902, 2015).

sustancial, se halle condicionado a la citación de la contraparte, siendo este el punto que nos ocupa.

Por su parte, el novel y todavía inaplicado código costarricense establece en el artículo 42 que: “Las partes tienen el deber de declarar sobre hechos propios o ajenos y podrán formularse preguntas recíprocamente (...)” y sobre los efectos se prevé que:

“La admisión de hechos propios, de forma expresa o tácita, permite presumirlos como ciertos y constituye prueba contra la parte declarante, salvo que se trate de derechos indisponibles, que el declarante no tenga facultades para confesar en representación o se contradiga con las demás pruebas. El mismo efecto tendrán las afirmaciones espontáneas realizadas en el proceso. Si la parte no compareciera, sin justa causa, no llegara a la hora señalada, rehusara declarar, respondiera de forma evasiva o no llevara consigo documentos de apoyo, cuando fueran necesarios, se producirán los efectos de la admisión tácita del interrogatorio, ya sea de hechos propios o ajenos.”

Como se advierte se mantiene la misma lógica que proscribe la declaración a instancias de la propia parte y su conceptualización como un instrumento procesal para obtener la confesión, cuya realización depende de la iniciativa de la contraria.

Así planteada la realidad existente se destaca, a trazo grueso, que el proceso de reforma procesal civil en curso no parece aún haberse hecho cargo de la demanda del sistema americano de derechos humanos de establecer un modelo procesal que asegure y garantice todos los estándares del debido proceso que surgen del sistema supranacional, en particular el “derecho a ser oído” entendido como “derecho a la audiencia”; y conforme veremos en el apartado siguiente, en este aspecto existen deudas pendientes que afectan el acceso a la justicia.

#### **4. Fundamentos teóricos de la propuesta**

El artículo 8 inciso 1° de la Convención Americana de Derechos Humanos - Pacto de San José de Costa Rica, establece que: “Toda persona

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

La manda convencional es clara y no exige el más mínimo esfuerzo interpretativo si nos atenemos al texto normativo, pues lo obvio no requiere explicaciones complementarias.

El “derecho a ser oído” es el derecho de la persona que puede verse afectada por la sentencia, a ser oída por la autoridad judicial antes de resolver cualquier cuestión que afecte sus derechos.

La necesidad de explicaciones complementarias sólo surge cuando la fuerza de la cultura inquisitorial, escrituraria y ritual, pretende cambiar el significado literal de la norma y se propone “reinterpretarla” según la óptica de esa cultura escrita, pues allí aparecen las explicaciones alternativas respecto a que “ser oído” es lo mismo que “ser leído”, y otras argumentaciones que tergiversan la indiscutible claridad de la norma.

El otro aspecto relevante de la manda convencional es su extensión, pues se ha cuidado de aclarar que esta garantía alcanza a todos los procesos, cualquiera sea la naturaleza de los derechos debatidos, en enunciación no limitativa, por lo cual no hay posibilidad de controversia.

Cualquiera sea la naturaleza de la obligación o el tipo y entidad del derecho controvertido, el juez o jueza tiene el deber de “oír” a la persona que resultará afectada por la decisión judicial<sup>5</sup>.

Es justamente la vigencia de esta manda convencional supranacional, junto a argumentos vinculados al fracaso evidente del sistema escrito y la potencial mayor eficacia y celeridad del juicio por audiencia, lo que ha

---

<sup>5</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos: “La Corte observa que el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención se aplica a los órdenes mencionados en el numeral 1 del mismo artículo, o sea, la determinación de derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. Baena Ricardo y otros Vs. Panamá, sentencia 2 de febrero de 2001 - Párr. 125.

impulsado el proceso de reforma procesal hacia el sistema de juicios orales por audiencias, tanto en el ámbito de la justicia penal como en el civil.

La profesora colombiana Carolina Villadiego Burbano (2010) realiza un impecable y completo análisis al afrontar el estudio de la oralidad en la justicia civil desde la perspectiva de los estándares del debido proceso que impone el sistema interamericano de derechos humanos, llegando a consideraciones que compartimos plenamente y hacemos propias tanto en el análisis argumental como en las conclusiones.

En primer término la autora propone cómo debe interpretarse el “derecho a ser oído”, aclarando desde el inicio que:

“(…) no puede ser oído públicamente quien es leído a través de escritos que entrega al juez de conocimiento en desarrollo del proceso judicial, salvo que estos sean leídos públicamente por el tribunal, en cuyo caso se necesita realizar una audiencia pública para leerlos. Sin embargo, esta última opción no tiene en cuenta el derecho que tiene la persona a hablar públicamente frente al tribunal que decide su causa y únicamente se limita a ‘ser oído’ a través de la lectura de sus escritos.”. (Villadiego Burbano, 2010).

Compartimos que el “derecho a ser oído” previsto en la CIDH requiere la existencia de una audiencia por ser el único modo posible de cumplir con el acto de la expresión oral ante el juez.

También coincidimos que la garantía no se satisface con la “oralización del escrito” confeccionado por el abogado o abogada, pues existe un derecho de la parte sustancial, es decir la persona cuyos derechos pueden resultar afectados por la sentencia, de ser oída directa y personalmente por el juez que habrá de resolver el caso. Derecho que, por cierto, tiene como contracara necesaria la correlativa facultad de su oponente de someterlo al contraexamen, como medio de hacer efectivo el principio de la contradicción que se halla en la médula del proceso adversarial.

Luego de un sesudo análisis y con fundamento en los precedentes jurisprudenciales del sistema interamericano de derechos humanos, Villadiego Burbano (2010) afirma que: “Se puede concluir que el derecho a la audiencia en el sistema interamericano de derechos humanos es un

elemento central del debido proceso, pues es la interpretación más adecuada del ‘derecho a ser oído’ contenido en el artículo 8.1 de la Convención Americana”, fundando estas conclusiones en cuatro argumentos que desarrolla con precisión:

“En primer lugar, es la interpretación más adecuada si se considera que otros instrumentos internacionales de derechos humanos consagran el debido proceso con cláusulas de oralidad, pues establecen la obligación de oír públicamente a la persona, situación que solo se puede garantizar a través de una audiencia. En segundo lugar, es la única interpretación posible si se quiere garantizar el principio de inmediación establecido en el primer numeral del artículo 8º. En tercer lugar, es la interpretación realizada por órganos e instituciones del sistema internacional e interamericano de derechos humanos, en particular, el Comité de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el Centro de Estudios de Justicia de las Américas, y finalmente, esta interpretación es la más adecuada si se pretende hacer un análisis equitativo entre las garantías establecidas en la versión en inglés y en español del artículo 8.1 de la Convención”.

Queda así planteada la paradoja que es nuestra preocupación y motiva este escrito, la cual puede expresarse en los siguientes términos:

El proceso de reforma procesal civil en curso en latinoamérica constituye una derivación necesaria de la adecuada interpretación del artículo 8.1 de la CIDH, Pacto de San José Costa Rica. El “derecho a ser oído” exige como componente insustituible el “derecho a la audiencia”, por lo cual el debido proceso legal solo puede implementarse válidamente si se implementa un proceso civil por audiencias.

Sin embargo, se observa la paradoja en que los Estados que avanzan en los procesos de reforma con el objeto de implementar juicios por audiencias para asegurar el derecho de las partes a ser oídos, omiten reglamentar de manera adecuada el modo y forma de ejercer ese derecho en el proceso, adoptando normas procesales que limitan, impiden, o condicionan, al interés de la contraria, la posibilidad de “ser oído” en los términos exigidos por la propia Convención, es decir como acto personal de la parte de expresarse oralmente ante la persona juzgadora que debe resolver su caso.

En estos términos dejamos planteada la paradoja y sugerimos deben realizarse acciones que permitan superarla; estableciendo la necesaria correlación que debe existir entre el juicio por audiencias y la posibilidad de la parte de ser citada a declarar en su propio juicio a instancias de su propio interés.

Sobre el punto destacamos que corresponde a los legisladores asegurar que las leyes sean adecuadas a las mandas convencionales supranacionales, pero corresponde a los jueces llevar a cabo el control de convencionalidad de las normas, y en su caso, realizar la interpretación que permita y asegure la plena y efectiva vigencia de las garantías.

Así lo ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos en “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, sentencia de 26 de septiembre de 2006 al expresar que:

“La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, **el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.** En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”. (El destacado nos pertenece).

Por ello, la eventual omisión del legislador de regular la posibilidad o el modo de hacer efectivo “el derecho a ser oído” no puede justificar la negativa a permitirle a la parte interesada ejercer ese derecho en el proceso, correspondiendo al juez establecer la forma de asegurar la efectividad de la garantía y la supremacía del orden internacional de los derechos

humanos respecto a las normas internas de los Estados, en ejercicio del control de convencionalidad que ha establecido la CIDH<sup>6</sup>.

Este deber de los jueces de adecuar la norma procesal a la manda convencional se funda en el principio denominado de “Instrumentalidad y adaptabilidad de las formas procesales” adecuadamente receptado en las “Bases para la reforma procesal Civil y comercial” del Ministerio de Justicia de la República Argentina y consagra que: “Al interpretar una norma procesal o ante un vacío legal, el juez deberá tener en cuenta que el fin del proceso es la efectividad de los derechos sustanciales. En caso de duda, se deberá recurrir a las normas constitucionales y a los tratados incorporados a la Constitución Nacional. La instrumentalidad de las formas procesales asume que la meta principal del proceso es la efectividad de las normas sustanciales. En tal sentido, se concibe al proceso civil como un marco necesario e indispensable para la prestación del servicio de justicia. Dicha finalidad primordial explica y justifica que, en aras de la preservación y defensa del derecho de fondo comprometido, pueda darse válidamente un sacrificio de la observancia estricta de la normativa procesal, cuando ello no genere indefensión” (Bases, 2017, p. 18).

No podemos soslayar que la omisión de reglamentación procesal generará en cada legislación un sinnúmero de preguntas sobre el modo de realizar la declaración de parte a su propia instancia. ¿Con o sin juramento?, ¿puede ejercerse la facultad de abstención?, ¿qué reglas se aplicarán a esta declaración?, por enunciar sólo algunas.

Al analizar la legislación de Chile, Marín Verdugo plantea un conjunto de desafíos interesantes desde la perspectiva del derecho procesal interno

---

<sup>6</sup> En sentido coincidente con “Almonacid Arellano” puede verse: La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006, párr.173; Boyce y otros Vs. Barbados. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007; Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006; y más recientemente ha ratificado este criterio en numerosas sentencias: Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008, párr.1806; Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009, párr. 3397; Caso Fernández Ortega y otros. Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010, párr. 2368; Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010, párr.2199; Caso Liakat Ali Alibux Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 201410, párr. 151

de dicho país: “Se sostendrá que en el contexto de los nuevos sistemas por audiencias chilenos, en los que el juez debe valorar la prueba en concreto, dicha exclusión carece de sentido y las partes deben ser admitidas para declarar voluntariamente. Se sostendrá también que las nuevas reglas de la prueba lo permiten, analizándolas pormenorizadamente. Asimismo se contestará a los argumentos esgrimidos para justificar la mantención de esta exclusión y, finalmente, se propondrá una manera de rendir la declaración de la parte como testigo en conformidad a las nuevas reglas de la prueba.” (Marín Verdugo, 2010, Resumen).

El autor señala un camino interesante a recorrer en los otros países de la región respecto a la necesidad de discutir en concreto, y sobre la base de la legislación local, cuál es el modo de instrumentar la declaración voluntaria de la parte en los procesos civiles reformados, entendiendo que la justificación convencional que proponemos nos releva de justificar en las normas internas el derecho de la parte de declarar a su sola voluntad.

Sin embargo, el análisis y ponderación de la legislación local, constitucional como procesal, resultará necesaria tanto a los fines de impulsar los cambios legislativos como para fijar los estándares respecto al modo en que debe prestarse la declaración de parte en los procesos civiles reformados, cuando los códigos omitan su específica reglamentación.

## 5. Conclusiones

De los argumentos brevemente expuestos, que podrán ser ampliados en estudios doctrinarios más sesudos, queda demostrado que la garantía convencional denominada “derecho a ser oído” previsto por el art. 8.1 del Pacto de San José de Costa Rica lleva implícito que el debido proceso civil debe cumplir con los siguientes estándares mínimos:

- Establecimiento del juicio por audiencias públicas, como medio de asegurar el derecho de las partes a ser oídas por el juez.
- El “derecho a ser oído” solo se satisface si la parte, sustancial, tiene la posibilidad real y efectiva de expresarse oralmente ante el juez encargado de resolver su caso,



- considerándose insuficiente la posibilidad de la lectura de instrumentos escritos o la ex- presión oral del abogado que lo represente.
- El derecho a ser oído no puede hallarse condicionado ni limitado a la voluntad de la contraparte, debiendo asegurarse el derecho de la parte de declarar ante el juez a su sola petición.
  - La omisión legislativa no puede impedir la aplicación directa de la manda convencional, por lo cual aun cuando no estuviera expresamente legislado debe autorizarse la declaración de la parte en los términos y con la extensión indicada, por aplicación directa del artículo 8.1 del Pacto de San José de Costa Rica.

## 6. Propuestas de acción

Revertir una tendencia legislativa tan fuerte y un sistema de prácticas fundado en fuerzas culturales arraigadas, no resulta tarea sencilla. Sin embargo la identificación del problema es un primer paso ineludible.

Para intentar producir avances concretos, proponemos los siguientes cursos de acción:

- a. Sugerir a los Estados que tengan en curso de implementación procesos de reforma procesal civil, o prevean realizarlos, la inclusión en las leyes o reglamentaciones procesales de la declaración de la parte en tanto reglamentación del derecho a ser oído en los términos y con la extensión indicada, adecuando dicha reglamentación a las normas constitucionales nacionales.
- b. Sugerir a los órganos de capacitación judicial incluir esta problemática en los cursos de capacitación que se dicten con miras a la implementación de procesos civiles reformados, impulsando la generación de buenas prácticas que permitan el cumplimiento de la garantía, aun en caso de omisión legislativa de su reglamentación, mediante la aplicación directa del Pacto de San José de Costa Rica.
- c. Invitar a los operadores del sistema en el marco de sus roles a establecer como buena práctica, realizadora de los principios del debido proceso, la aplicación directa de la manda convencional en la forma descripta, aun en caso de omisión legislativa.

## 7. Referencias

CódigoProcedimientoCivildeChile, texto online en Biblioteca del Congreso de Chile: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=22740&idParte=0>

Código Procesal Civil de Costa Rica, Ley N° 7130 de 16 de agosto de 1989 (Texto vigente al 15/12/2008), versión on line en <https://iberred.org/sites/default/files/cdigo-procesal-civil-costa-rica.pdf>

Código Procesal Civil de Costa Rica, Ley No. 9342 del 13 de febrero del 2016, en vigencia desde octubre de 2018, versión publicada en: <http://www.puntojuridico.com/se-publico-nuevo-codigo-procesal-civil-que-regira-en-treinta-meses/>

Código Procesal Civil de la República de Nicaragua, Ley 902, 09 de octubre de 2015. Texto on line en <http://www.poderjudicial.gob.ni/pjupload/leyes/ley-902-codigo-procesal-civil.pdf>

Código Procesal Civil y Comercial Nacional de la República Argentina, Texto actualizado de la Ley N° 17.454 (T.O. 1981). Texto on line en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/ane-xos/15000-19999/16547/texact.htm#7>

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969. Recuperado de: [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_b-32\\_convencion\\_america\\_sobre\\_derechos\\_humanos.htm](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_america_sobre_derechos_humanos.htm)

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, en Cuadernillo de Jurisprudencia de la CIDH N° 7, pág. 4. Versión on line en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33825.pdf>

Marín Verdugo, Felipe (2010). Declaración de la parte como medio de prueba. Revista Ius et Praxis, Año 16, N° 1, 2010, pp. 125 - 170 ISSN 0717 - 2877.

Universidad de Talca - Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Disponible: <http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v16n1/arto6.pdf>

Ministerio de Justicia de la República Argentina (2017). Bases para la reforma procesal Civil y comercial. Disponible on line en: <https://www.justicia2020.gob.ar/wp-content/uploads/2017/06/Bases-para-la-Reforma-de-la-Justicia-Civil-y-Comercial.pdf>

Villadiego Burbano, C. (2010). La oralidad en la justicia civil como elemento del debido proceso: un enfoque de derechos humanos. Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/ccso/v10n18/v10n18a03.pdf>

## II

### El fracaso de la oralidad en el proceso civil argentino

*Eduardo Oteiza*<sup>1</sup>

#### 1. La oralidad como idea símbolo

En Argentina la escritura, como forma de documentar la ocurrencia de los actos del proceso civil y como criterio imperante en las reglas y las prácticas que definen la actividad del juez y de las partes, ha dominado en desmedro de la posibilidad de alternar una adecuada cuota de oralidad en algunas de sus etapas. Además, en términos generales, la ineficiencia es una cualidad negativa del sistema procesal civil argentino. En consecuencia, poco puede aportarse al debate sobre “oralidad y escritura en un proceso civil eficiente”, lema del Coloquio de Valencia, en un ambiente en que domina solamente uno de esos factores.

Sobre el tema abordado por el profesor Peyrano, la prueba entre la oralidad y la escritura, sólo me animaría a sostener en términos muy generales, que la tradición ha impuesto en Argentina una suerte de oralidad actuada en materia de prueba<sup>2</sup>, que ha desvirtuado cada intento encaminado a lograr una mayor inmediación entre el juez, las partes y el material probatorio. En cuanto a la oralidad o la escritura como factores de eficiencia del proceso civil, encargado al profesor Taruffo, diría que el dominio

---

<sup>1</sup> Profesor Derecho Procesal. Universidad Nacional de La Plata. Argentina.

<sup>2</sup>DÍAZ, C., *Instituciones de Derecho Procesal*, Buenos Aires, 1968, utiliza el término la verdad actuada. Sostiene que es una caricatura de la oralidad ya que se pretende volcar todo lo ocurrido en actas. Sostiene DÍAZ: “como género híbrido carece de las ventajas de ambos tipos procesales; en ella se dicta, no se habla, y se dicta para que se lea, no para que se escuche perdiéndose así simultáneamente las ventajas de la escritura y las ventajas de la oralidad”.

irrestricto de la escritura es una de las causas para la ineficiencia del proceso civil argentino.

Sin embargo, creo que este informe puede ser de mayor interés si se ocupa de analizar cómo la cultura y los comportamientos arraigados en los operadores del sistema argentino han incidido en el fracaso de la oralidad. Desde esa óptica procuraré mostrar el debate producido en Argentina sobre la oralidad y la escritura, en las últimas décadas, y repasar las distintas frustraciones de los intentos de implementar códigos y leyes que logren un balance adecuado entre la oralidad y la escritura. El enfoque que entiendo puede ser más útil desde el escenario argentino, para el Coloquio y para el trabajo de los ponentes generales, es aquél que aborde a la oralidad como idea símbolo, desde una perspectiva que guarda correspondencia con el enfoque que Cappelletti<sup>3</sup> desarrollara en el VIII Congreso Internacional de Derecho Comparado de 1970, cuando explicó que la idea símbolo de oralidad excede el estudio sobre las proporciones de actuaciones orales o escritas presentes en cada ordenamiento. Representa un concepto más amplio y elocuente vinculado con una manera de concebir el proceso y la relación entre el juez y las partes. De allí que el propósito de éste informe nacional refiera a las razones que han impedido lograr un proceso civil que combine la oralidad y la escritura como elementos que en sus adecuadas proporciones contribuyen a mejorar la eficiencia de la justicia.

## **2. Caracterización del modelo de proceso civil argentino**

Argentina permanece aferrada a un proceso civil caracterizado por la falta de intermediación entre el juez y las partes, la delegación de funciones, la ausencia de concentración de sus distintas fases, la escasa publicidad y el predominio de la escritura como práctica habitual de los actos del proceso. Esas características influyen sobre su bajo nivel de eficiencia, medido

---

<sup>3</sup> CAPELLETTI, M., Procédure écrite e procédure orale, presentada en el VIII Congreso Internacional de Derecho Comparado, organizado por la Academia Internacional de Derecho Comparado, Pescara, 29 de agosto al 5 de septiembre de 1970. Consultada la traducción de SENTÍS MELENDO, S. en CAPELLETTI, M., La ORALIDAD y las pruebas en el proceso civil, Buenos Aires, 1972, p. 52

en términos de duración razonable, costo sustentable y capacidad para producir decisiones justas apoyadas tanto en un grado adecuado de veracidad de los hechos alegados por las partes como en su capacidad para aplicar el derecho<sup>4</sup>.

Mi descripción sobre el modelo de proceso civil argentino prescinde de algunos aspectos que deben ser aclarados. Se trata de un fenómeno complejo y el esbozo de sus rasgos centrales determina que ciertas cuestiones deban omitirse. Aclararé algunos aspectos que permiten entender mejor la caracterización realizada.

Me ocuparé de Argentina en su conjunto no obstante tratarse de un país federal. El sistema federal establecido en la Constitución reconoce la atribución de las Provincias y de la Ciudad de Buenos Aires de organizar en sus territorios las instituciones que administran justicia<sup>54</sup>. De allí que cada una de ellas cuente con una legislación procesal propia que ha evolucionado en forma diversa. Hay, sin perjuicio de ello, fuertes similitudes en el desarrollo de cada una de las legislaciones locales y en las prácticas asociadas a ellas. Los rasgos comunes de esas regulaciones y la forma en que han sido empleadas e interpretadas permiten encontrar elementos que explican las razones por las cuales ellas fueron diseñadas de un determinado modo.

Adrede he utilizado la expresión aferrarse. Argentina se mantiene aferrada a una determinada forma de concebir el proceso civil. Hay razones profundamente arraigadas que explican porqué el proceso civil argentino respeta un determinado diseño y resiste los sucesivos intentos de cambio. La perspectiva que aquí utilizaré toma centralmente en cuenta las ideas, creencias, valores y normas compartidas por una sociedad sobre el proceso civil y sobre las formas utilizadas para resolver los conflictos

---

<sup>4</sup> Sobre los parámetros para medir la eficiencia del proceso civil sigo aquí la posición de ZUCHERMAN, A. "Justice in Crisis: Comparative Dimension of Civil Procedure", en *Civil Justice in Crisis*, editor ZUCHERMAN, A, Oxford, 2003, pp. 3- 52.

<sup>5</sup> De acuerdo con la Constitución Nacional las provincias conservan todo el poder no delegado al Gobierno Federal (art. 121), dictan sus propias constituciones bajo el sistema representativo y republicano y deben asegurar la administración de justicia (art. 5°). La reforma constitucional de 1994 dotó a la ciudad de Buenos Aires de un régimen de gobierno autónomo con facultades propias de legislación y jurisdicción (art. 129).

que exceden al ámbito penal<sup>6</sup>. La tradición hispana, abandonada en gran medida en España luego de la reforma procesal del 2001, permanece vigente en Argentina.

En mi descripción abarco todos aquellos procesos civiles en los cuales hay un conocimiento pleno de las pretensiones<sup>7</sup> de las partes y son utilizados para resolver los conflictos no penales. El proceso de conocimiento constituye la base estructural sobre la cual se articulan cada uno de los procesos especiales y los procesos ejecutivos. Examinar sus pautas es útil para comprender el comportamiento general del proceso civil. Además la idea de proceso civil como todo aquel que es tratado fuera del ámbito del proceso penal permite examinar cómo son juzgadas cuestiones que si bien requieren un tratamiento especial por la materia a ellas vinculada, como las cuestiones de familia, laborales, pequeñas causas, temas colectivos o conflictos con el Estado, utilizan un proceso estructurado siguiendo pautas similares.

He tomado las nociones de intermediación, de uso limitado de la delegación, de publicidad y de concentración de las fases del proceso debido a su correspondencia con aquellas manifestaciones de la actividad procesal que pueden ser brindadas en forma oral o escrita. En un proceso fragmentado, con fuerte delegación de la actividad procesal en los auxiliares del juez, limitado en cuanto al conocimiento público y sin intermediación dominará el uso de la escritura. Por el contrario, la intermediación entre el juez y las partes, el carácter público del proceso, con concentración, acentúan la necesidad de la forma oral. La combinación de las expresiones orales o escritas tiene una directa relación con cómo se conciba la interrelación entre el juez y las partes y la dinámica del proceso.

El concepto de eficiencia tomado en mi descripción parte de los estándares empleados por Zuckerman<sup>8</sup> para examinar los compromisos y

---

<sup>6</sup> Un visión de gran interés sobre la cultura dominante y la forma de resolver los conflictos puede consultarse en CHASE, O., *Law, culture and ritual*, Nueva York, 2005, en especial capítulos 1, 2 8 y 9.

<sup>7</sup> No me ocuparé de los procesos ejecutivos y monitorios ya que con respecto a los mismos la oralidad tiene menores efectos. Sin embargo tengo en cuenta que ellos ocupan en Argentina un 70% de la actividad de los juzgados y su adecuada regulación es un aspecto central de toda reforma.

<sup>8</sup> Ob. cit.

sacrificios realizados por los Estados para lograr un sistema de justicia eficiente. El costo, el tiempo y la aptitud para producir decisiones sustentadas sobre hechos probados en el desarrollo del proceso, con una adecuada aplicación del derecho, son elementos empleados para valorar el rendimiento de los distintos sistemas. En Argentina las diversas jurisdicciones destinan cerca de un 4% de su presupuesto a la administración de justicia<sup>9</sup>. Ese gasto compite con el requerimiento de otras áreas que el Estado debe atender y el servicio que presta es considerado de baja calidad por gran parte de la población<sup>10</sup>. La demora en la respuesta se mide en años y no en meses. Además la ausencia de inmediación, la delegación, la fragmentación y la práctica escrita obstaculizan la posibilidad de obtener decisiones apoyadas en hechos verificados en el proceso.

Los referidos parámetros de eficiencia deben ser estudiados en su relación con dos cuestiones con las cuales se encuentran directamente relacionados. En primer lugar, la administración de justicia está al servicio del derecho al debido proceso, reconocido tanto en el plano constitucional, de acuerdo con el art. 18 de la Constitución Argentina, como en el transnacional, al haber suscripto el Estado la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>11</sup>, cuyo art. 8 lo consagra expresamente. No se trata de una eficiencia vacía o sólo inclinada a evitar los obstáculos a las rápidas transacciones económicas. Su dimensión se vincula con un valor más trascendente que guarda correspondencia con el pacto democrático que subyace al texto constitucional. El segundo es la importancia que se le asigna a un sistema eficiente de administración de justicia en un mundo

---

<sup>9</sup> Una estimación aproximada sobre el presupuesto dedicado al servicio judicial por el Poder Judicial de la Nación puede encontrarse en: <http://www.reformajudicial.jus.gov.ar/estadisticas/>. Un detalle sobre la ley 26.337 que aprueba el presupuesto del Estado Nacional para el año 2008 puede consultarse en: <http://www.mecon.gov.ar/onp/html/presutexto/ley2008/>.

<sup>10</sup> De acuerdo con el informe elaborado por la Corporación Latinobarómetro Argentina es uno de los países de América Latina con mayor desconfianza sobre el servicio de justicia. Ver el informe preparado para el año 2007 en: <http://www.latinobarometro.org/>.

<sup>11</sup> En el plano normativo, el compromiso internacional de Argentina, fue primero expresado mediante la ratificación de la Convención (febrero de 1984), con el dictado de la ley 23.054 (marzo de 1984) y el reconocimiento de la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (agosto de 1984), y luego fortalecido por la reforma constitucional de 1994, que en el art. 75 inc. 22 le otorgó jerarquía constitucional a la Convención.

globalizado<sup>12</sup>. Las transformaciones ocurridas en las últimas décadas en el plano socio-económico han influido de diversas maneras sobre la justicia. Existe una mayor información sobre el comportamiento de cada sistema y se advierte una preocupación creciente por los defectos de la justicia de cada país, que alienta el examen de su rendimiento específico. Los organismos multilaterales de crédito han dedicado inversiones relevantes, muchas veces desacertadas en su orientación, al mejoramiento de la justicia. Esa preocupación ha precipitado los estudios sobre la justicia desde una visión que analiza su eficacia en el contexto de las distintas políticas públicas de justicia. Se analiza el fenómeno de la justicia y su costo en el contexto de otras políticas públicas que también atienden necesidades trascendentes de la población como la salud y la educación.

### 3. La fuertes raíces de proceso canónico romano

Debemos ahora volver la mirada al siglo doce para detenernos sobre las ideas que todavía hoy dominan el proceso civil en Argentina y en la mayoría de los países latinoamericanos<sup>13</sup>. La organización de una justicia jerárquica, apoyada en la máxima *quod non est in actis non est in mundo*, descrita en profundidad por Damaska<sup>14</sup> sobrevive en las ideas, creencias,

---

<sup>12</sup> Ver HABERMAS, J., "La constelación posnacional y el futuro de la democracia", La constelación posnacional, Barcelona, 2000, cap. IV, consultada la traducción de Diez, L., quien destaca qué desafío que representa una economía globalizada para el Estado Nación. Con respecto al efecto de la globalización sobre la administración de justicia ver: TARUFFO, M., "Racionalita e crisi della legge processuale", Sui confini. Scritti sulla giustizia civile, Bologna, 2002, pp. 53-65, puede consultarse la traducción de Quintero, B., Bogotá, 2006 y PÉREZ PERDOMO, R., FRIEDMAN, L., "Introducción. Culturas jurídicas latinas de Europa y de América en tiempos de globalización", Culturas jurídicas latinas de Europa y de América en tiempos de globalización, FIX-FIERRO, H., FRIEDMAN, L., PÉREZ PERDOMO, R. México, 2003. Consultar en la citada obra el capítulo sobre Argentina de BERGOGLIO, M. "Argentina: los efectos de la institucionalización democrática". Ver también BINDER, A., OBANDO, J., De las "Repúblicas Aéreas" al Estado de Derecho, Buenos Aires, 2004, en especial el capítulo XVII, pp.715-738.

<sup>13</sup> Sobre la herencia del proceso hispano en América Latina ver: MERRYMAN, J., CLARK, D., HALEY, J. The civil tradition: Europe, Latin America and East Asia, Virginia, 1994, pp. 350-399 y KARST, K., ROSENN, K., Law and development in Latin America, Los Ángeles, 1975, pp. 1063. También BINDER, A., OBANDO, "DE LA" cit., capítulo XVI, pp. 683-712.

<sup>14</sup> DAMASKA, M. R. Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal, Santiago de Chile, 2000, consultada la traducción de Morales Vidal, A., pp. 55-70 y 355-364. Coincide con la descripción del proceso canónico romano realizada por MERRYMAN, H., The civil law tradition. An introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America, California, 1985, pp. 6-14 y 111-123, traducido por Suárez, E. México, 1997 y por CAPPELLETTI, M., Proceso, ideología, sociedad, Buenos Aires, 1974, pp. 35-39.



prácticas y reglas vinculadas al proceso civil argentino. Una de las características de aquél proceso canónico romano que se mantiene como práctica habitual del proceso civil argentino consiste en que un empleado del tribunal, como aquellos acturarii y notarii del Medioevo, reciba las pruebas, una por una, en fases fragmentadas y desconcentradas, y prepare el expediente para que luego el juez decida y otros jueces se pronuncien en distintas etapas de revisión.

El derecho canónico romano es recibido en Argentina en su variante hispana. Las Siete Partidas de 1258, bajo el reinado de Alfonso el Sabio, en especial la tercera, influyeron sobre el derecho heredado por las colonias americanas<sup>1514</sup>. La colonización abarca un largo proceso de más de tres siglos iniciado bajo el poder de los reyes católicos. Los territorios de las Indias Occidentales quedan incorporados a la Corona Castellana, ya que con el Tratado de Tordesillas (1494) los reyes católicos legitiman el dominio de las tierras conquistadas por la Corona en América. La dinastía de los Habsburgo (casa de Austria), con el reinado de Carlos V, entre 1517 y 1556, fundador del absolutismo español, consolida el dominio en América. Una de las manifestaciones jurídicas que caracterizan al período de la casa de Austria es la Recopilación de las leyes de Indias (1680). Se trató de un intento por ordenar las disposiciones vigentes en distintas épocas y desprovisto de sistematicidad, no obstante estar inspirado en la obra codificadora romana, en especial en el Corpus Iuris de Justiniano. El siglo XVII es el comienzo de la decadencia española.

Durante la dinastía de los Borbones (siglo XVII) a los Virreynatos de México y Perú, se agrega el del Río de La Plata (1776). El formalismo y el dominio de la escritura en el derecho continental europeo se acentúan en los territorios colonizados. La resolución de conflictos civiles se realizaba por delegación de los poderes reales en tierras distantes. La

---

<sup>15</sup> Sobre la incidencia de la Partida tercera en el derecho procesal argentino ver: ALSINA, H., Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial, Buenos Aires, 1963, t. I, 218-228. El título 19 de la Partida Tercera, sobre los escribanos es un fiel testimonio sobre el peso de la escritura. En la Ley 2 se dice que los escribanos deben ser sabedores de escribir bien y entendidos del arte de la escribanía, de manera que sepan bien tomar las razones y las posturas que los hombres pusieren entre sí ante ellos, y deben ser hombres que guarden secretos...

documentación de todo lo ocurrido brindaba seguridad a los funcionarios encargados de las cosas de la justicia y a las partes. Karst y Rosenn han demostrado que la legislación procesal de las colonias, heredadas de los reinos de España y Portugal, fue cuanto menos tan confusas y caóticas como la ley sustancial impuesta en esos territorios<sup>16</sup>.

En 1810, en plena crisis de España producto de la invasión napoleónica, se produce la Revolución de Mayo. Con ella comienza el proceso argentino de independencia que culmina en 1816. La institucionalización del país bajo una Constitución demoró cerca de cuatro década. La Constitución Argentina de 1853 tomó como modelo a la Constitución de Filadelfia de 1787. El derecho constitucional argentino adopta el sistema institucional diseñado para los Estados Unidos de Norteamérica. La Corte Suprema Argentina de similares características que la de los Estados Unidos ha seguido la jurisprudencia de ésta última. Como ejemplo menciono que en el caso Sojo<sup>17</sup> (1887) en el que la Corte Suprema Argentina debía pronunciarse sobre su propia competencia para entender en un pedido de un periodista detenido por la Cámara de Diputados de la Nación, en una discutible decisión de ésta última, siguió expresamente el precedente de su par de los Estados Unidos, en el caso *Marbury vs. Madison*<sup>18</sup>(1803), en cuanto a su capacidad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes. No obstante la adhesión al modelo norteamericano la Constitución puso en manos del Congreso el dictado de códigos en materia civil, comercial y penal siguiendo la tradición racionalista del derecho continental europeo (ver art. 75 inc. 11 del actual texto de la CN). Además de la adhesión a las ideas de pensadores como Montesquieu y Rousseau la inspiración de la codificación napoleónica tuvo marcada incidencia en la legislación dictada por el Congreso luego de la institucionalización definitiva del país.

Las corrientes de pensamiento norteamericana y francesa influyeron sólo tangencialmente en la legislación procesal civil. La fuente principal del

---

<sup>16</sup> Ver KARST y ROSENN, "Law", cit. p. 51.

<sup>17</sup> Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación T. 32:120.

<sup>18</sup> 1 Cranch 137, 2 L.Ed. 60.

Código Procesal Civil Argentino de 1880, que con reformas rigió hasta 1968, fue la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855. Alsina<sup>19</sup> demostró que de los ochocientos artículos del Código Procesal de 1880, trescientos noventa y dos fueron tomados de la Ley de Enjuiciamiento de 1855. Es interesante observar la explicación de Montero Aroca<sup>20</sup> sobre la larga vida de las Leyes de Enjuiciamiento, de la segunda mitad del siglo XIX, cuando sostiene que en España se coincidía sobre los beneficios de mantener la legislación tradicional; consideraban que un proceso escrito, complejo y fragmentado constituía una garantía para la seguridad jurídica y su lentitud se debía exclusivamente al volumen de asuntos. Algo similar, tal vez no planteado tan francamente, es compartido en silencio por los operadores del proceso civil argentino y por quienes comentan la ley sin propiciar mayores cambios.

#### **4. Las reformas al proceso civil argentino. Avances y retrocesos**

En la búsqueda de los ejes principales de las reformas procesales en Argentina es conveniente observar los desarrollos ocurridos en el ámbito nacional y luego tratar la evolución sucedida en las provincias. Sin perjuicio que la Constitución adopte el sistema federal y otorgue autonomía a las provincias, en los hechos ellas se encuentran condicionadas por la política nacional. Las decisiones de política pública definidas en el ámbito nacional gravitan en las provincias<sup>21</sup>. Hay un factor demográfico que acentúa el peso de los sucesos que ocurren en Buenos Aires, entendida como el área que ocupa: la ciudad<sup>22</sup> y el Gran Buenos Aires<sup>23</sup>, ya que allí reside un tercio

---

<sup>19</sup> ALSINA, H, "Influencia de la ley española de Enjuiciamiento Civil de 1855 en la legislación procesal", Revista de Derecho Procesal, Buenos Aires, 1955.

<sup>20</sup> MONTERO AROCA, J., "La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española y la oralidad", Derecho PUC, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2000, 53, p. 588.

<sup>21</sup> Esa tendencia es preponderante durante los gobiernos de facto que, entre 1930-1983, alternaron con los gobiernos constitucionales.

<sup>22</sup> 2.776.138 habitantes.

<sup>23</sup> 8.684.437 habitantes.

de la población argentina<sup>24</sup>. Se concentra allí gran parte del poder político y económico del país<sup>25</sup>.

Durante la primera mitad del siglo XX comienza un movimiento de reforma liderado por Jofré (1924), Lascano (1935) y Fernandez (1958), quienes elaboraron proyectos legislativos de Códigos Procesales Civiles con oralidad para la justicia Nacional y modificaban la base escrituraria del Código de 1880<sup>26</sup>. Durante los años sesenta hay un intenso debate sobre las ventajas y desventajas de la oralidad, instalado como consecuencia de la necesidad de reformar el Código Procesal Civil Nacional. Un importante número de reuniones de académicos y de operadores del sistema judicial, además de una discusión pública de la doctrina sobre los beneficios y debilidades de la oralidad, animaron las discusiones de aquellos años. La ley 17.454, de 1968<sup>27</sup>, que sustituye el Código Procesal de 1880, lejos de innovar sobre las bases escriturarias, las ratificó<sup>28</sup>. Colombo<sup>29</sup>, uno de los redactores de la reforma, sostenía su desconfianza sobre la posibilidad de implantar la oralidad. La realidad, afirmaba, en caso de diseñarse un proceso que recepte la oralidad puede generar a un nuevo desencanto. No explica Colombo cuales eran las razones que impedían enfrentar aquello que define como la realidad, ni intenta desentrañar las causas del evitable desencanto que hubiera podido haber significado intentar una reforma sustancial en el proceso civil. La invocación a la realidad sin explicaciones puede significar simplemente la falta

---

<sup>24</sup> La población total de Argentina es de 36.260.130 de habitantes. De sus

23 provincias solamente 7 superan el millón de habitantes.: Buenos Aires (13.827.203), Córdoba (3.066.801), Entre Ríos (1.158.147), Mendoza (1.579.651), Salta (1.079.051), Santa Fe (3.000.701) y Tucumán (1.338.523)

<sup>25</sup> Refiero a los efectos de dicha circunstancia sin valorarlos.

<sup>26</sup> Ver PALACIO, L., Derecho Procesal Civil, Buenos Aires, 1994, T. 1, pp. 106-134. Con respecto al proyecto de Lascano, PALACIO recuerda que si bien fue proyectado para la Provincia de Buenos Aires, luego fue adaptado para el ámbito nacional (p. 111).

<sup>27</sup> La reforma nacida durante el gobierno militar conocido como “la revolución argentina” (1966-1973) fue seguida por un gran número de provincias: Catamarca, Corrientes, Chaco, Chubut, Entre Ríos, Formosa, La Pampa, Misiones, Neuquén, Río Negro, Salta, Santa Cruz, Santiago del Estero, San Juan, San Luis y Tucumán.

<sup>28</sup> Ver las críticas de MORELLO, A., “El nuevo código procesal civil para la Nación”, *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 1967, sec. Doctrina, pp. 873- 888, quien consideró que dicho Código proscribió la oralidad.

<sup>29</sup> COLOMBO, C., “La reforma procesal y la expectativa del justiciable”, *La Ley*, 1960, T. 96, pp.895-907. Otro de los redactores de la Ley 17.454, Arrayagaray, descreía de los beneficios de la oralidad. Ver sus trabajos: ARRAYAGARAY, C., “El destino de la oralidad en Argentina”, *La Ley*, Buenos Aires, 1950, t. 60, sec. Doctrina, T. 60, pp. 834-849. y “Acerca del juicio oral”, *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 1963, pp. 8691.

de convicción sobre la capacidad de realizar los esfuerzos indispensables que deben dedicarse a una reforma del sistema.

En el año 1981 se reformó el Código, con la sanción de la ley 22.434, sobre dos ejes principales. El primero consistió en el incremento de la delegación de algunas actividades, antes reservadas al juez, para permitir que él atendiera las audiencias. El segundo fue establecer la nulidad de la audiencia de posiciones (o confesional) si el juez no estaba presente<sup>30</sup>. La experiencia demostró que la delegación funcionó pero las audiencias siguieron sin ser tomadas por los jueces. La nulidad establecida por la ley no fue aplicada a pesar que los jueces delegaban la audiencia en el personal del juzgado. El objetivo de la reforma, si bien fue malogrado, significó un reconocimiento de la necesidad de modificar las prácticas procesales que consentían que el juez actuara sin intermediación y no atendiera las audiencias. Es discutible el mecanismo utilizado para lograr el referido propósito pero es evidente que se trata de un intento por revertir la falta de intermediación.

El debate sobre el agotamiento del modelo utilizado para estructurar el proceso civil renació en los años noventa. Durante esos años Argentina intentó llevar adelante una reforma de la administración del Estado. Además el desencanto por el funcionamiento de la justicia se había tornado evidente. Morello, Arazi, Eisner y Kaminker prepararon, por pedido del Poder Ejecutivo, un proyecto de Código Procesal Civil<sup>31</sup>, que fue construido tomando como ejemplo el Código Procesal Modelo para Iberoamerica<sup>32</sup> y la experiencia del Código General del Proceso de la República del Uruguay<sup>33</sup>. El proyecto de Código Procesal Civil de Morello, Arazi, Eisner y Kaminder proponía la

---

<sup>30</sup> Art. 125 bis. El citado artículo promovía que el juez intentará conciliar a las partes en dicha audiencia de absolución de posiciones.

<sup>31</sup> ARAZI, R., EISNER, I., KAMINKER, M., MORELLO, A., Anteproyecto de Reformas al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Buenos Aires, 1993. Señalan los autores que “los principios que informan al Reforma son los de intermediación, concentración, economía procesal y publicidad, enmarcados en la necesidad de que el proceso esté al servicio de los intereses y derechos sustanciales que debe garantizar y el incanjeable respeto a la garantía de la defensa en juicio” (p. 8).

<sup>32</sup> Publicado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal - Secretaría General - Montevideo, 1988.

<sup>33</sup> Ley 15.982. Ver el balance sobre el funcionamiento del Código General del Proceso en PEREIRA, S., “Una experiencia exitosa. La reforma procesal civil en Uruguay”, Justicia civil y comercial. Una reforma pendiente. Bases para el diseño de la reforma procesal, editores SILVA, J., GARCIA, J., LETURIA, F., Santiago de Chile, 2006, pp. 749-786.

implementación de un proceso de conocimiento por audiencias, que abandonaba el predominio de la comunicación escrita, dirigido por un órgano jurisdiccional monocrático, que los autores insistieron que debía entender en un promedio de sólo 420 causas al año. La iniciativa no fue tratada por el Congreso. Sin embargo, el Código Procesal fue reformado por la ley 24.573, de 1995, que consagró la mediación obligatoria como etapa previa e incorporó la celebración de una audiencia preliminar que debía ser conducida por el juez, recaudo que debía ser cumplido para no ser nulificada<sup>34</sup>. Los jueces siguieron siendo renuentes, con honrosas excepciones, a cumplir con las tareas impuestas por la audiencia preliminar. La ley 24.573 reconoce nuevamente que resulta conveniente una mayor intermediación. El camino escogido era el correcto. La audiencia preliminar permite la juez tomar contacto con las partes en una fase preliminar del proceso y ordenar cómo se llevará adelante la etapa dedicada a la prueba.

La ley 24.588, de 2001, reforma parcialmente nuevamente el Código Procesal y reformula ciertos aspectos de la audiencia preliminar. Es significativo que mantenga el deber del juez de asistir a la audiencia preliminar y al mismo tiempo suprima la sanción de nulidad en caso que el juez no conduzca las audiencias, antes vigente. La supresión pareciera reconocer el peso de una tradición renuente a la participación de los jueces en ese tipo de audiencia pero supone una suerte de hipocresía legislativa ya que dice imponer un determinado comportamiento pero elimina la nulidad prevista para el caso de incumplimiento del deber que ella misma establece<sup>35</sup>. A las reformas comentadas sobrevivió la obligación de levantar acta por el secretario<sup>36</sup>, reminiscencia de la oralidad actuada criticada por Díaz.

---

<sup>34</sup> Art. 360, primer párrafo.

<sup>35</sup> Las sucesivas reformas a la legislación procesal nacional las comenté en OTEIZA, E., "Los procesos de conocimiento amplio", Reformas al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, coordinador FALCÓN, E., Buenos Aires, 2002, pp. 121-157. Sobre el alcance del deber del juez de conducir la audiencia preliminar puede consultarse a COLERIO, J., "¿Es facultativo para el juez convocar a la audiencia preliminar?", en Revista de Derecho Procesal, Buenos Aires, 2005-1, pp. 329-334.

<sup>36</sup> Art. 125, inc. 5º del Código Procesal Nacional.

El 5% del personal del Poder Judicial Nacional son jueces. El promedio es de unos 20 empleados por juez<sup>37</sup><sup>36</sup>. Esas cifras demuestran que la delegación es un fenómeno que trasciende a las normas procesales que regulan la actividad del juez y las partes. El sistema en su conjunto está estructurado sobre una base burocrática jerárquica en la cual los jueces tienen como principal función resolver, en el mejor de los casos, las cuestiones que documentan en el expediente judicial preparado por sus auxiliares. Papeles y más papeles, funcionarios y más funcionarios y una cultura que se ha acostumbrado a tolerar la falta de inmediación y de concentración, bajo el pretexto de una pretendida realidad y del exceso de tareas, muchas veces generado por esas mismas prácticas, explican el fracaso de las sucesivas reformas<sup>38</sup>.

En la Provincia de Buenos Aires, en 1947, se adoptó la oralidad en materia laboral con tribunales colegiados que recibían la prueba en una audiencia llamada de vista de causa<sup>39</sup>. Durante los años sesenta la polémica sobre la oralidad también fue muy intensa en la Provincia<sup>40</sup>. Al igual que en el ámbito Nacional, los debates son acallados en el año 1968 por la sanción de la ley 7425, que sigue las aguas del Código Procesal Nación y

---

<sup>37</sup> Ver el informe sobre Argentina preparado por el Centro de Estudios por las Américas, CEJA, en <http://www.cejamericas.org/>.

<sup>38</sup> Ver FUCITO, F., "Algunos mitos en las concepciones de la reforma judicial", *Jurisprudencia Argentina*, 1994, T. IV, p. 822, quien destaca que "la experiencia ha demostrado que el proceso escrito tal como lo entendemos y lo practicamos, con mayores o menores facultades del juez y del secretario, con audiencias preliminares o sin ellas, no modifica la realidad de la demora judicial ni la estructura real de la administración de justicia... El juez ha compartido y sigue compartiendo la decisión, en la medida que no puede controlar todo el despacho; en cuanto no se entera de mucho de lo que ocurre con "sus expedientes"; cuando los empleados toman pequeñas pero acumulativas decisiones, errando sin control en despachos proyectados por ellos y firmados sin lectura crítica, en los extractos que hacen de los testimonios según les dicta su leal saber y entender, en los confrontes que exigen recaudos superfluos, y que siempre obedecen a remotas órdenes impartidas, en la "lógica" acumulación de expedientes importantes con otros intrascendentes para darles igual trato (en confronte, certificaciones, desgloses, etc), en la demora del trabajo por causas personales (licencias sin reemplazos, etc.), en las notificaciones de oficio o la elevación a Cámara por falta de tiempo para la "revisión del expediente". Todo esto es poder, porque lo otorga la posición real y sus atributos, con independencia del ocupante. Para que los jueces sean únicos responsables del proceso, éste no debe ser burocratizado, el papeleo debe reducirse al mínimo y deben desaparecer muchas figuras "jurisdiccionales" informales intermedias del esquema burocrático de administración".

<sup>39</sup> El sistema se pone en vigencia en el año 1947 con el dictado de la ley 5.178, luego reformada en el año 1995 por la ley 11.653.

<sup>40</sup> Ver MORELLO, A. La reforma procesal civil en Buenos Aires, La Plata, 1967, pp. 26-53, comenta los proyectos de reforma a la legislación de 1880, con las modificaciones de 1905 (ley 2958), culminada con el proyecto de Código Procesal Civil de 1966.

permanece vigente sin haberse intentado ninguna mejora tendiente a incrementar la participación del juez en las audiencias. Entre los intentos fallidos de implantar una adecuada cuota de oralidad en el proceso civil menciono la paradigmática experiencia de la ley 7861, de 1972, que intentó iniciar una experiencia piloto con unos pocos tribunales colegiados orales a los que luego sobrevendría la creación de nuevos órganos jurisdiccionales según las necesidades que se fueran recogiendo con el correr del tiempo. Los tribunales colegiados debían ocuparse centralmente de cuestiones de familia y accidentes de tránsito. Al proyectarla se pensó que los pocos tribunales colegiados creados recibirían un promedio de 600 causas cada uno. El número de causas rápidamente se triplicó, no se crearon nuevos tribunales, y las demoras de las agendas para fijar las audiencias de prueba hicieron naufragar la experiencia, formando un criterio negativo en torno a la oralidad<sup>41</sup>. Similar destino enfrentó la ley 11.453, de 1993<sup>42</sup>, que volvió a intentar una nueva experiencia en materia de oralidad en los procesos de familia, también bajo la promesa de ser una experiencia piloto a la que luego se le adicionarían los tribunales que resultaran necesarios. Por esa ley se crearon tribunales colegiados encargados de llevar adelante procesos por audiencias. El sistema estaba organizado con una etapa previa a cargo de un consejero de familia y la intervención de un juez de trámite con revisión de sus decisiones ante el pleno del tribunal colegiado. Un vez más la falta de creación de nuevos órganos y la sobrecarga de tareas llevaron a diferir las audiencias. Esa situación determinó que el intento perdiera su impulso original al dictarse la 13.634, de 2007, que suprime los tribunales colegiados y designa a sus miembros a cargo de nuevos juzgados.

---

<sup>41</sup> Ver sobre la experiencia de la ley 7867, MORELLO, A., SOSA, G. BERIZONCE, R. Códigos procesales en lo civil y comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación, Buenos Aires, 1992, T. I, pp. 600-605. La provincia de Santa Fe desarrolló una experiencia semejante. La ley 5.531, de 1962 (parcialmente reformada por la ley 8501 de 1979 y por la ley 10.1160 de 1992, crea Tribunales Colegiados de Instancia Única, que hoy se dividen en Tribunales Colegiados de Familia y Tribunales Colegiados de Responsabilidad Extracontractual. Ver CECCHINI, F., SAUX, E., La oralidad en el proceso civil. Tribunales colegiados de Familia y responsabilidad extracontractual, Santa Fe, 1992, pp. 107-185.

<sup>42</sup> La ley 12.318, de 1999, incrementó la competencia del juez de trámite. Ver BERIZONCE, R., BERMEJO, P., AMENDOLARA, Z. Tribunales y proceso de familia, La Plata, 2004, pp. 37-59 en donde los autores desarrollan las ventajas del juez monocrático en el proceso civil oral.



La oralidad en el resto de las provincias tuvo un inicio promisorio con la sanción, en los años cincuenta, de los Códigos Procesales de Jujuy<sup>43</sup> y La Rioja<sup>44</sup> que la incorporaron en determinados procesos. Las voces que bregaban por la idea símbolo de la oralidad en la década del sesenta, también vieron que se alejaba la posibilidad de concretar una reforma que desarrollara la oralidad, la concentración, la inmediación y procurara evitar la delegación, al reproducir la gran mayoría de las provincias el sistema de la ley nacional 17.454. En los años noventa nuevamente volvió a discutirse sobre la necesidad de mejorar el servicio de justicia. Solamente la provincia de Tierra del Fuego<sup>45</sup> implementó una efectiva reforma diseñada como una adaptación del proyecto de Código Procesal Civil de Morello, Arazi, Eisner y Kaminker, cuyo modelo es el proceso por audiencias ante un órgano jurisdiccional monocrático. En cambio otras Provincias prefirieron seguir las aguas de las reformas nacionales e incorporar a la estructura de sus Códigos la audiencia preliminar. Así lo hicieron con distintas variantes: La Pampa<sup>46</sup> (1998), Corrientes<sup>47</sup> (2000), Formosa<sup>48</sup> (2002), Río Negro<sup>49</sup> (2006), Entre Ríos<sup>50</sup> (2007) y Chaco<sup>51</sup> (2007). Esos intentos si bien tienen la ventaja de desarrollarse en áreas de menor densidad demográfica, en los cuales muchas veces la relación juez-habitantes es más adecuada, hecho que incide en una menor sobrecarga, al mismo tiempo corren el riesgo de frustrarse si no hay un cambio cultural con respecto a la idea símbolo de la oralidad y si la estructura burocrática de soporte de los juzgados permanece intacta<sup>52</sup>.

---

<sup>43</sup> La ley 1967, que continúa en vigencia, puso en vigencia el Código Procesal Civil proyectado por Snopek en 1949.

<sup>44</sup> El Código, también vigente, se sanciona bajo la ley 1575 (1950) y luego es modificado por las leyes 3372 y 3374.

<sup>45</sup> Ver Ley 147 de 1994.

<sup>46</sup> Ley 1828. Establece que la nulidad de la audiencia preliminar no celebrada por el juez, que no puede ser convalidada y podrá declararse de oficio o a pedido de parte (arts. 35 inc. 1° y 343).

<sup>47</sup> Decreto Ley 14/2000. Si bien incorporó el deber de asistir a las audiencias bajo pena de nulidad, el Decreto Ley 24/2000 suspendió la vigencia de la audiencia preliminar hasta cuando el Superior Tribunal lo considere conveniente.

<sup>48</sup> Ley 404. En su art. 358 señala que no se celebrará la audiencia si el juez no se hallare presente.

<sup>49</sup> La ley 424 incorpora la audiencia preliminar.

<sup>50</sup> La ley 9776 prevé el carácter indelegable de la audiencia preliminar.

<sup>51</sup> La ley 5971 regula que el juez debe asistir a la audiencia preliminar bajo pena de nulidad (arts. 34 inc. 1° y 338 bis)

<sup>52</sup> Sobre la incidencia del Código Modelo en Argentina puede consultarse el fundado trabajo de DE LOS SANTOS, M., "El "Código Modelo" (proceso por audiencias) y su influencia en la República Argentina", en *Jurisprudencia Argentina*, 2004, T. III, p. 890.

## 5. La realidad como freno o como generador de cambios

Hasta aquí he hablado del peso de la tradición como factor que condiciona el modelo de proceso civil argentino y limita las posibilidades de cambiar ciertos comportamientos de los operadores judiciales. Debo ahora señalar que esa tradición convive con los profundos cambios sufridos en Argentina desde el reestablecimiento de la democracia. El modelo de proceso civil caracterizado por la falta de intermediación entre el juez y las partes, la delegación de funciones, la ausencia de concentración de sus distintas fases, la escasa publicidad y el predominio de la escritura como práctica habitual de los actos del proceso guarda una nítida relación con el sistema político imperante en una sociedad jerárquica en la cual poca o ninguna atención efectiva se presta a la participación social en la Administración de Justicia. Si bien desborda los límites de éste informe tratar los vínculos entre el ejercicio del poder en una sociedad democrática y el modelo de proceso civil, cabe sostener que el modelo vinculado a la idea símbolo de la escritura convive mejor con el absolutismo o con sus formas modernas de autocracia que un proceso tributario de la idea símbolo de la oralidad.

La sociedad argentina y sus prácticas políticas han sufrido en las últimas décadas profundas transformaciones. La cíclica alternancia entre gobiernos civiles y militares que dominó la vida política durante cinco lustros fue abandonada a partir de 1983. Los juicios a las Juntas Militares fueron un hito trascendente de la historia reciente. Ellos fueron desarrollados en forma oral y pública y permitieron comprender los peores efectos de una dictadura y el alcance de las violaciones a los derechos humanos perpetradas por el gobierno militar que gobernó el país entre 1976 y 1983.

Los Poderes Ejecutivos electos luego de 1983 siguieron la tradición de no tolerar las integraciones de la Corte Suprema que no coincidieran con su propia orientación política<sup>53</sup>. Ante el cuestionamiento a la propia

---

<sup>53</sup> Una descripción sobre los cambios producidos en la Corte Suprema Argentina y el sistema político la he desarrollado en OTEIZA, E. La Corte Suprema. Entre la justicia sin política y la política sin justicia, La Plata, 1994, pp. 47-85. Ver sobre el tema de la tradición a la inestabilidad en las integraciones de la Corte Suprema en OTEIZA, E. "La

legitimidad de la Corte Suprema, por los sucesivos cambios de jueces, su última integración ha comenzado a desarrollar una política judicial consistente en convocar a audiencias públicas cuando los casos que deba tratar revistan particular relevancia.

Si bien hay antecedentes previos sobre audiencias públicas convocadas por la Corte Suprema<sup>54</sup>, destaco lo ocurrido en el caso: Mendoza<sup>55</sup>, vinculado a la contaminación del Riachuelo, en el cual comenzó a desarrollar la práctica de llamar a audiencias públicas. Ese caso atrajo la atención de una sociedad atenta al problema ambiental, entre otras razones por la conciencia que despertó el conflicto con Uruguay, con motivo de la instalación de fábricas de celulosa. En forma consistente con la estrategia desarrollada en el caso: Mendoza la Corte Suprema dictó la Acordada n° 30<sup>56</sup> que reglamenta el sistema de audiencias públicas que adopta. Los jueces en forma unánime entendieron que era necesario alentar la participación social y la difusión pública de los casos en que se discutieran temas de basta repercusión y trascendencia. El sistema de audiencias dijo la propia Corte permitirá poner a prueba directamente ante los ojos del país, la eficacia y objetividad de la administración de justicia que ella realiza. La Acordada de la Corte Suprema muestra la importancia social de exhibir la tarea de los tribunales, al ser aplicable el principio según el cual: *Justice must not only be done but must be seen to be done*. La reglamentación de las audiencias públicas por la Corte Suprema es una señal importante que exhibe el significado de una justicia abierta que demuestra públicas sobre el valor que le asigna a su propia tarea. La Acordada es también un interesante mensaje sobre una forma de hacer justicia con participación de la ciudadanía. La tradición medieval de una justicia

---

inestabilidad como tradición y la crisis económica”, en La Corte y los derechos, Asociación por los derechos civiles, Buenos Aires, 2005, pp. 197-201.

<sup>54</sup> Ver VERDAGUER, A., “Importancia de las audiencias públicas ante la Corte Suprema Corte”, en XXII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Paraná, 2003, T. II, pp.47-56.

<sup>55</sup> Sentencia del 6/9/2006, puede consultarse en : <http://www.csjn.gov.ar/>

<sup>56</sup> El texto de la Acordada 30/2007 puede consultarse en: <http://www.csjn.gov.ar/>

férreamente escrituraria es cuestionada desde el vértice del sistema judicial con los fundamentos expuestos al impulsar las audiencias públicas.

Entre los distintos autores que se han ocupado de la oralidad en Argentina destaco las opiniones vertidas por Peyrano<sup>57</sup>, ya que además de tratar los argumentos a favor y en contra de incorporar prácticas con oralidad concluye que debe tenerse particularmente en cuenta la realidad a la que ella se aplica. En sus palabras la realidad manda en esta materia. Es cierto que la realidad continúa mandando a la luz de la experiencia de las reformas a las que fue sometido el proceso civil en Argentina. La cultura de los operadores del sistema y la falta de atención del Estado a las necesidades de la Administración de Justicia han contribuido a los sucesivos fracasos. También lo es que la crisis es muy aguda y que hay fuertes razones para materializar un cambio. La relevancia del derecho al debido proceso en un Estado Democrático debería instar la discusión sobre el modelo de proceso civil que logre garantizarlo. La necesidad de justificar el gasto en Justicia, como política pública que debe dar razones a la hora de explicar su propia eficiencia, en competencia con otros requerimientos, debería propiciar un cambio. Las ventajas en términos de seguridad jurídica y desarrollo económico también deberían ser un elemento convincente para auspiciar una reforma en la Administración de Justicia. De allí que la realidad, tan teñida de subjetividad como lo demostraron Kant y Lacan, más que un freno puede ser un desafío.

---

<sup>57</sup> PEYRANO, J., El proceso civil. Principios y fundamentos, Buenos Aires, 1978, pp. 303-330.

### III

## La nueva ley de enjuiciamiento civil española y la oralidad <sup>1</sup>

*Juan Montero Aroca* <sup>2</sup>

#### 1. En tierra mítica

Está llegando el momento adecuado para que algún historiador del Derecho afronte el desafío de escribir la historia de la oralidad y de la escritura en el proceso civil. Esa historia, que deberá escribirse tanto desde la constatación de la existencia de mitos jurídicos como desde la superación de los mismos y de la adecuación a la experiencia, será muy difícil de redactar. Debo reconocer que en más de una ocasión he tenido que resistir a la tentación de hacer ese estudio y que mi resistencia se ha basado en el convencimiento de que me falta la necesaria imparcialidad. He sido durante demasiado tiempo uno de los afectados por el mito de la oralidad en el proceso civil y soy uno de los que están superándolo y empezando a intentar comprender la realidad.

En 1975, en ocasión académicamente comprometida, hube de redactar lo que entonces se llamaba “Memoria sobre el concepto del Derecho procesal”, y entonces asumí, en su mayor parte, el mito de la oralidad que estaba difundido en la doctrina<sup>3</sup>. El paso del tiempo me ha hecho recapacitar y me he dado cuenta de que aquellas veinte páginas respondieron a

---

<sup>1</sup> Texto base de la conferencia pronunciada en las XVII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, celebradas en San José, Costa Rica, los días 18 a 20 de octubre de 2000. (Publicas inicialmente .....)

<sup>2</sup> Catedrático de Derecho Procesal en la Universidad de Valencia. Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. España

<sup>3</sup> Un año después se convirtió en el libro titulado *Introducción al Derecho Procesal. Jurisdicción, acción y proceso*, Madrid, 1976; 2.<sup>a</sup> edición, 1979.

un momento de juvenil falta de criterio propio y de asunción de la fe recibida de los mayores sin atisbos críticos. Todos estos años después me están imponiendo, no una conversión a fe distinta, pero sí entrar en una fase de crisis de la vieja fe. El momento actual requiere ejercitar “la funesta manía de pensar” y, obviamente, de pensar por cuenta propia, hasta lograr que la vieja fe deje de ser una mera creencia para ser conocimiento científico.

No voy a escribir, pues, ni ahora ni después, la historia de los principios de escritura y de oralidad en el proceso civil, pero sí pretendo recapacitar sobre lo que han sido y lo que deben ser, y hacerlo aprovechando la ocasión de la nueva Ley procesal civil española, promulgada como Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, con la que se ha producido en España, y precisamente en el último año del siglo XX, el acontecimiento jurídico más importante de este Siglo. Un cuerpo jurídico como es un código procesal civil sólo es equiparable en su trascendencia social a un código civil, pero es mucho más trascendente que otros cuerpos legales, como el código penal o las leyes hipotecarias.

Los organizadores de estas XVII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal han demostrado sensibilidad a la hora de darse cuenta de que un código, que eso es realmente la llamada tradicionalmente Ley de Enjuiciamiento Civil en España, es un hito en el desarrollo de las normas reguladoras de la justicia civil. Después de siglos de un modelo de proceso, que ha arraigado muy profundamente en el solar hispano americano, se ha regulado un nuevo modelo. No se trata de una simple actualización o adecuación de la vieja Ley a las nuevas necesidades; se trata de un cambio de modelo. La ruptura con lo anterior puede ser ocasión adecuada para que reflexionemos sobre cómo ha sido el viejo modelo procesal civil del derecho hispánico, basado en la escritura, que fue el mismo que en el de la mayoría de los países iberoamericanos<sup>4</sup>, y sobre cómo es el nuevo, basado en la oralidad sin excesos que desvirtúen lo que la oralidad realmente debe significar.

---

<sup>4</sup> Pueden verse MONTERO, Análisis crítico de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su centenario, Madrid, 1982; La Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855. La consolidación del proceso común, en “L’Educazione Giuridica.

*Sección Primera*  
***El viejo modelo procesal escrito***  
***(o el proceso de la LEC de 1881)***

## **2. Las partidas y el proceso ordinario**

Las Partidas son, sin duda, el monumento jurídico más importante de nuestra historia (la de todos los países de lengua española), no superadas hasta ahora ni siquiera por la codificación, pues gravitaron durante seis siglos sobre la vida española y durante cuatro sobre la de Iberoamérica<sup>5</sup>, llegando vivas hasta el siglo XIX.

### **I. Características esenciales**

Sin atender aquí a la discutida atribución de Las Partidas al reinado de Alfonso X (1252- 1284), ni a su finalidad política, ni a su estilo claramente doctrinal y justificador de lo que se ordena, sí hay que destacar:

Dada la situación del siglo XIII la obra sólo podía estar basada en la recepción del *ius commune*. Esto es algo que la doctrina española, desde la más antigua<sup>6</sup>, no ha discutido<sup>7</sup>, pues en Las Partidas se encuentran ejemplos sobrados incluso de traducción de textos romanos.

El descubrimiento de la obra de Justiniano, a finales del siglo XI y principios del XII, supuso un nuevo método de estudiar el Derecho, sobre todo en la Escuela de Bolonia, en el que importa su consideración, primero, de que ese Derecho no era algo del pasado sino algo positivo y vigente todavía en el Imperio, lo que lo legitimaba políticamente, y, después, de

---

VI/2. Modelli storici della procedura continentale”, Perugia, 1994, págs. 347-458, y en “Ensayos de Derecho Procesal”; Barcelona, 1996, págs. 169-275; La herencia procesal española, México, UNAM, 1994; Derecho Jurisdiccional, II. Proceso civil (con G. Colomer, Montón y Barona), 9.ª edición, Valencia, 2000, págs. 11 y ss.

<sup>5</sup> COUTURE, Trayectoria y destino del derecho procesal civil en Hispanoamérica, en “Estudios de derecho procesal civil”, I, 2.ª edición, Buenos Aires., 1978, pág. 304.

<sup>6</sup> Diego de COVARRUBIAS, Opera omnia, II, Ginebra, 1723, folio 88, en Variarum resolutionum, I, XIV, 1.

<sup>7</sup> Debe verse PÉREZ MARTIN, El derecho procesal del “ius commune” en España, Murcia 1999.

que el mismo se correspondía con la razón natural, con la *ratio iuris*, lo que explica su gran prestigio y su inmediata difusión.

Atendido su contenido tuvieron una inmediata difusión y gran éxito entre la nueva clase de juristas profesionales que se estaba formando en el espíritu del Derecho común, si bien, correlativamente, provocó el rechazo del hombre común, que pretendía seguir rigiéndose por sus fueros y costumbres.

Antes de Las Partidas no puede citarse en España nombre alguno de jurista procesalista, y cuando aparecen esos nombres se trata de colaboradores de Alfonso X en su redacción, que o son italianos de origen o han estudiado en ese país. El nombre más importante es el de Jacobo de las Leyes, que fue el autor de la Partida III, la procesal. Estos juristas aparecen como un grupo o casta que cultiva una nueva ciencia, de la que queda excluido el pueblo llano, incluso por la lengua utilizada.

Asumido en Las Partidas el Derecho común se produjo, por un lado, el rechazo de las mismas por el pueblo, lo que impidió incluso que llegaran a promulgarse como ley vigente, y, por otro, el que se difundiera entre los juristas, dándose el contrasentido de que una norma no promulgada fuera aplicada por los tribunales.

Hay que recordar que Las Partidas fueron la última fuente, aplicable sólo de modo supletorio, desde el Ordenamiento de Alcalá (1348) y pasando por las Leyes de Toro (1505), pero que ello no impidió que de hecho su influencia llevara a que se aplicara como fuente primera. En la legislación posterior se parte implícitamente de que la norma aplicable es la contenida en Las Partidas, y se trata de ir llenando lagunas de la misma o de modificarla en aspectos concretos.

## II. El proceso

En la concepción del Derecho común las partes son “las dueñas de los pleitos” (los “señores de los pleytos”) y por eso la Partida III se inicia con el estudio de las partes (demandador y demandado), siguiendo con el juez,



para referirse después a los personeros o procuradores y a los *boceros* o abogados. Su principio básico es el de que el proceso es un drama entre tres personas, que sólo se inicia por una de las partes, de modo que ninguna persona puede ser obligada a demandar.

A partir de ahí el *solemnis ordo iudiciarius* respondía a la concepción de que las partes tenían que disponer con toda amplitud de los medios de ataque y de defensa que consideraran oportunos, planteando sin limitaciones el litigio que las separaba, porque se trataba de acabar para siempre con dicho litigio, de modo que la sentencia que se dictara tenía que producir los efectos de cosa juzgada material, no siendo posible otro proceso posterior. Lo anterior iba unido a la creencia de que ese proceso necesitaba un procedimiento complicado, lento y formalista y, por tanto, originador de un elevado coste, pues se trataba de ofrecer a las partes las mayores posibilidades para su defensa.

Junto con lo anterior caracterizará también a ese proceso el que se realiza de modo casi exclusivamente escrito, lo cual responde a necesidades sociales de muy variada concepción. Se trataba, por un lado, de controlar la actuación del juez, tanto en lo que se refiere a la realización de los actos procesales como en el contenido de las resoluciones judiciales, pero se trataba, también, de la idea de que la escritura suponía seguridad jurídica. La consecuencia fue la consagración de un brocardo que implica toda una manera de ver el proceso: *quod non est in actis non est in mundo*.

En el sistema del Derecho común el proceso ordinario es el proceso único, en el sentido de que no existen procesos especiales. Un proceso es ordinario cuando por medio del mismo pueden conocerse todo tipo de objetos o pretensiones, y un proceso es especial cuando está previsto para que por medio de él los órganos jurisdiccionales conozcan sólo de un objeto o pretensión determinada (retracto, desahucio, por ejemplo), y lo que estamos diciendo es que el proceso ordinario de Las Partidas estaba previsto para todos los objetos, pues en todos ellos se trataba de ofrecer la misma defensa plena a las partes.

Esta concepción es la que se asume en Las Partidas y la que se va a mantener en la base del proceso civil hasta la codificación, ya en el siglo XIX. Naturalmente en esos seis siglos se dictaron miles de normas dadas, bien en Cortes, bien por el rey, que fueron completando o modificando la regulación de aquéllas. Lo más grave es que esas normas no contenían disposición derogatoria, lo que produjo un fenómeno de acumulación normativa, en la que lo más difícil era llegar a saber qué es lo que estaba en vigor.

Las recopilaciones posteriores (Ordenamiento de Díaz de Montalvo, de 1484, el Libro de Bulas y Pragmáticas de Ramírez, de 1505, y la Nueva Recopilación, de 1567), fueron significando modificaciones parciales, pero la concepción del proceso ordinario no se alteró. Se siguió creyendo que un proceso, para decidir de modo definitivo una cuestión entre partes, necesitaba de muchas complicaciones, que eran imprescindibles si se quería ofrecer a aquéllas todas las posibilidades que precisaba su derecho de defensa.

### 3. Los procesos plenarios rápidos

La ineficacia de un proceso como el ordinario civil para solucionar con eficacia los conflictos entre partes, llevó a configurar un nuevo tipo procesal que, sin dejar de ser ordinario (de referirse a cualquier objeto) y plenario (en el que se producía cosa juzgada), significara reducir el tiempo y el dinero. Este nuevo tipo de proceso fue el plenario rápido.

El nuevo proceso tiene sus manifestaciones tanto en el Derecho canónico, principalmente en las Decretales de Clemente V *Saepe contingit* (de 1306) y *Dispendiosam* (de 1311), como en el Derecho civil, en el que las reformas provienen de los estatutos de las ciudades mercantiles italianas, y en los dos casos se trataba de la supresión de formalidades superfluas y concesión de facultades procesales (no materiales) al juez para repelerlas, de la suavización del principio de preclusión en aras de la elasticidad, de la limitación o supresión de apelaciones independientes contra las resoluciones interlocutorias, de acortamiento de los plazos, y, sobre todo, de predominio de la oralidad frente a la escritura.

## I. En el ámbito mercantil

La recepción en España de la idea del proceso plenario rápido se produce, como es lógico, de modo mucho más acusado en el ámbito del Derecho mercantil, dándose lugar a la creación de un proceso para y entre mercaderes. Las manifestaciones primeras deben registrarse en la corona de Aragón, pero las que van a tener trascendencia posterior son las del reino de Castilla.

En la corona de Aragón el origen se encuentra en las ordenanzas dadas por Pedro III a Valencia, después de que en 1283 creara el Consulado del Mar de esta ciudad, que fueron adoptadas después por Palma de Mallorca, para regir el nuevo Consulado creado en 1343 por Pedro IV, y que se comunicaron en 1347 a Barcelona, cuando el mismo Pedro IV constituyó el tribunal consular. En el reino de Castilla el origen debe buscarse en la creación de los consulados, empezando por el de Burgos, en 1494, cuando los Reyes Católicos conceden jurisdicción al prior y cónsules de la universidad de mercaderes para que conozcan de los pleitos entre ellos, y a partir de ahí se inicia una muy compleja evolución con la creación de consulados en distintas ciudades. Con el paso del tiempo las ordenanzas de mayor prestigio fueron las de Bilbao de 1737.

Realmente estamos aquí ante la creación de tribunales especiales mercantiles, en los que la potestad jurisdiccional se atribuye al prior y a los cónsules del Consulado, además de la regulación de un nuevo proceso. Este supuso una ruptura de concepción procedimental con el ordinario y básicamente respondía a estas características:

- 1.) Conciliación previa obligatoria: Si al principio el intento de conciliación fue voluntario, pronto se dispuso de modo obligatorio que el prior y cónsules debían intentar la conciliación entre las partes.
- 2.) Prohibición de la intervención de abogados: Desde las Ordenanzas de Burgos la misma existencia del Consulado se justificó con un ataque a los abogados, hasta el extremo de que en aquéllas se decía que los pleitos entre mercaderes “nunca se concluían ni fenecían, porque se presentaban escritos de libelos de letrados, por

manera de que por mal pleyto que fuese, los sostenían los letrados, de manera que los hacían inmortales”.

- 3.) Oralidad: Frente al proceso ordinario civil totalmente escrito, el mercantil pretendió encontrar la rapidez en la oralidad.

La fórmula tradicional fue: “*simpliciter et de plano, ac sine strepitu et figura iudicii procedi mandamus*” (de la *Saepe contingit*); “*simpliciter et de plano, absque juditorum strepitu et figura, sine libello litis contestatione et aliis solemnitate et ordinibus iudiciorum etiam substancialibus*” (Estatuto de Forli de 1369); “lo libren y determinen breve y sumariamente según estilo de mercaderes, sin dar luengas ni dilaciones ni plazos de abogados” (Ordenanzas de Burgos de 1494).

- 4.<sup>a</sup>) Aumento de los poderes procesales del juzgador: La oralidad y una cierta indeterminación procedimental, supuso la posibilidad de que el prior y los cónsules no se sintieran constreñidos por una legalidad estricta en la forma, pero ello desde luego no afectó a sus poderes materiales; éstos siguieron en manos de las partes.

También aquí hay fórmula que se repite en las distintas normas: “la verdad sabida y la buena fe guardada”, o “atendida la sola verdad del hecho, según se ha acostumbrado a hacer a uso y estilo de mar”.

## II. En el civil

Si el proceso mercantil rompe con el civil e inicia una vía propia, en la que el proceso plenario rápido aparece como alternativa al proceso ordinario, en el campo del proceso civil se manifestaron también algunos deseos de reforma. Estas se plasmaron en una doble dirección:

- a) Por un lado se trató de simplificar el proceso ordinario, sobre lo que se dispusieron medidas concretas relativas, por ejemplo, a permitir que se dicte sentencia aunque faltase alguna formalidad de las que “deben de ser puestas según la su-tileza del Derecho” (en 1348), a la limitación de número escritos de las partes, fijando incluso el máximo de sus hojas (desde 1387 y con reiteración, lo que demuestra su incumplimiento), a la prohibición de las sentencia ilíquidas (en 1558), a la necesidad de declarar la rebeldía sólo una vez, no tres (en 1564), etc.,

aunque hay que dudar de la efectividad de todas estas medidas de aceleración del proceso.

- b) Por otro se procedió a la creación de un proceso plenario rápido, pues, aunque con algún antecedente en Las Partidas, en 1534 se permitió un juicio rápido para asuntos civiles de pequeña cuantía, que fue manteniéndose en disposiciones posteriores, con sucesivas elevaciones de la cuantía. Su parentesco con el proceso mercantil es evidente y se encuentra aquí el origen del juicio verbal que se plasmó en las leyes de enjuiciamiento civil.

Como puede comprobarse la extensión de la idea del proceso plenario rápido al campo civil fue muy limitada, y no supuso una verdadera alteración de éste. Con todo, lo que importa destacar ahora es la existencia de dos sistemas procesales durante muchos siglos, sistemas que permanecieron incomunicados entre sí, y especialmente que los juristas centraron su atención en el civil, sin atender al mercantil.

Los juristas hispano americanos que publican desde Las Partidas hasta la Novísima Recopilación están inmersos en la creencia de que el proceso ordinario es el juicio tipo por excelencia, y que sobre el deben centrar sus esfuerzos de estudio y divulgación. Los juicios plenarios rápidos, y especial el mercantil, no son merecedores de su atención, con la excepción de Hevia de Bolaños que en 1603 y desde Lima da un ejemplo de modernidad<sup>8</sup>.

En cualquier caso debe advertirse que en los procesos plenarios rápidos, sean mercantiles o civiles, no se produjo modificación alguna respecto de las facultades materiales del juez. Estos procesos son distintos del ordinario en el procedimiento, y con ello se está diciendo que asumen, por un lado, el principio de oralidad y que, por otro, aumentan los poderes procesales del juez, lo que manifestaba principalmente en la atribución de facultades para la dirección formal del proceso (y así la posibilidad de rechazar de oficio maniobras dilatorias de las partes).

---

<sup>8</sup> HEVIA DE BOLAÑOS, Curia filipica, Lima, 1603.

## **4. La codificación de los procesos civil y mercantil**

El siglo XIX conoce en su inicio la independencia de los países americanos, si bien la ruptura de la unidad procesal es algo que se va a ir produciendo a lo largo del Siglo. Lo normal es que, en el inicio de la independencia política, se disponga de entrada que las leyes españolas quedan subsistentes mientras se van dictando las normas propias de cada república. A lo largo del Siglo se va a ir produciendo la codificación y aquí atenderemos a la española, pues se trata de mostrar cómo se ha llegado a la Ley 1/2000.

Los dos sistemas procesales, el civil y el mercantil, llegan al siglo XIX sin relación entre sí y en los dos se advierte pronto la aspiración de codificar. La codificación no va a suponer la unificación de los dos sistemas, sino la consolidación de los mismos, hasta que desaparece el mercantil.

### **I. La codificación del proceso mercantil**

El sistema procesal mercantil, o del proceso plenario rápido, llegó al siglo XIX con problemas derivados de dos causas. La primera se refería a la multiplicación de consulados con regulaciones diferentes, lo que provocaba confusión y largas cuestiones de competencia entre ellos. La segunda atendía a la indeterminación procedimental, origen de prácticas diferentes y de arbitrariedad por los priores y cónsules. Se estaba así ante la necesidad de unificar y regular.

A ello atendió el Código de Comercio de 1829 y la Ley de Enjuiciamiento sobre los negocios y causas de Comercio de 1830. El Código regulaba la “Administración de justicia en los negocios de comercio”, basado en los tribunales comercio, constituidos por el prior y dos cónsules, conociendo de la segunda y tercera instancia las Audiencias y luego, del recurso de injusticia notoria, el Consejo de Castilla (luego el Tribunal Supremo). La Ley regulaba dos clases de juicios:

- 1.) El de mayor cuantía perdió alguno de los elementos que lo caracterizaban como plenario rápido, sobre todo el de la simplicidad, aproximándose al proceso

- ordinario civil. Basta advertir que constaba de primera instancia, segunda, tercera y recurso de injusticia notoria, aparte de que la oralidad sufrió un gran retroceso.
- 2.) El de menor cuantía era el clásico juicio verbal, con demanda escrita preparatoria y citación de las partes a juicio, realizándose éste en audiencia única, no admitiéndose apelación contra la sentencia.

Esta Ley de Enjuiciamiento se mantuvo en vigor hasta 1868, por lo que a lo largo de la mayor parte del siglo XIX tuvimos en España tribunales especiales mercantiles y proceso propio. El Decreto de Unificación de Fueros supuso la desaparición de los tribunales y del proceso mercantiles, sin que las normas que habían regulado el segundo tuvieran influencia alguna en la regulación del proceso civil, el ordinario.

## II. Hacia la codificación del proceso civil

La regulación del proceso civil en el inicio del siglo XIX se encontraba en La Partida III y en el Libro XI de la Novísima Recopilación de 1805. El inicio de las reformas se encuentra en la Constitución de 1812 y, especialmente, en algunos decretos que dieron las Cortes de Cádiz, produciéndose después sucesivamente hasta la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855. Los pasos más importantes fueron:

- a) En el Decreto de 9 de octubre de 1812, Reglamento de las Audiencias y Juzgados de Primera Instancia, se contenían tres clases juicios: 1) El juicio verbal, el que hemos dicho que procede de 1534, con procedimiento muy poco determinado, 2) El juicio ordinario, que quedó íntegro y sin modificación alguna, y 3) Un nuevo juicio, intermedio entre los dos anteriores por la cuantía, aunque sujeto a los principios propios del ordinario, incluida la escritura, al que no se le da denominación.
- b) El segundo paso fue el Decreto de 26 de septiembre de 1835, Reglamento provisional para la Administración de justicia en lo respectivo a la Real jurisdicción ordinaria, que mantiene las tres clases de juicios, el último también sin denominación.
- c) El paso decisivo fue obra de la Ley de 10 de enero de 1838, provisional para la sustanciación de los juicios de menor cuantía, en la que el juicio intermedio tiene ya denominación pero, sobre todo, en la que se regula un verdadera proceso plenario rápido, sujeto a los principios de oralidad, concentración, intermediación,

publicidad e impulso de oficio, y en el que todos los plazos eran perentorios e improrrogables.

- d) El último paso a considerar es la Instrucción del marqués de Gerona, de 30 de septiembre de 1853, referida al proceso ordinario, en la que se trataba de hacer frente a los abusos, corruptelas, dilaciones innecesarias, prácticas ilegales que habían convertido al proceso ordinario en “la muerte de la justicia misma”. En la Instrucción se introducía el impulso de oficio, concentración, publicidad, aumento de los poderes procesales del juez, supresión de trámites.

La Ley de 1838 y el sistema de principios que informaban al juicio de menor cuantía, chocaba frontalmente con el resto de la legislación procesal y, precisamente por eso, fue rechazada por la doctrina y la práctica, apegadas una y otra a las viejas concepciones. La Instrucción no pudo mantenerse en vigor ocho meses.

La opinión de la doctrina y la práctica de la época respecto del proceso ordinario puede sintetizarse así:

- 1) Se creía en la bondad de la legislación tradicional, hasta el extremo de considerar que era la envidia de Europa.
- 2) La excelente legislación vigente había sido oscurecida por corruptelas que era preciso suprimir, pero manteniendo el sistema.
- 3) El proceso lento y complicado era la salvaguardia de los derechos de las partes y las solemnidades en el juicio garantía de la seguridad jurídica. Dentro de esas solemnidades la escritura era elemento base de la seguridad.
- 4) Las partes debían seguir siendo las “dueñas del proceso”, sin conceder facultades de dirección del proceso al juez, para asegurar la imparcialidad de éste. Las facultades materiales ni se cuestionan y el aumento de las procesales se rechaza expresamente.
- 5) La lentitud de la justicia se debía al gran volumen de asuntos, por lo que debía aumentarse el número de tribunales.

La doctrina y la práctica estaban conformes con el sistema procesal. Era necesario aclarar y simplificar, pero no innovar. Acabar con las corruptelas, pero mantener los principios, aumentando el número de órganos jurisdiccionales.



## 5. La ley de enjuiciamiento civil de 1855

Los que se opusieron a la Ley de 1838 y los que consiguieron la derogación de la Instrucción de 1853, fueron los que se encargaron de la redacción de la primera ley procesal civil, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 5 de octubre de 1855. Para entender como ésta produjo la petrificación del viejo sistema del proceso ordinario, basta atender a las bases de la misma.

En el mismo año de 1855 las Cortes aprobaron una Ley de Bases denominada “para la re- forma de los procedimientos en los juicios civiles”, por medio de la que se pretendía “ordenar y compi- lar las leyes y reglas del enjuiciamiento civil”, con el fin de “restablecer en toda su pureza las reglas cardinales de los juicios consignadas en nuestras antiguas leyes”. No se trataba, pues, de innovar, sino de consolidar lo existente.

En la Exposición de Motivos de la Ley de Bases queda claro que la revisión que se debía hacer no pretendía “la destrucción de los fundamentos venerables sobre los que descansa la obra secular de nuestras instituciones procesales. Su objeto, por el contrario, debe ser dar nueva fuerza a los principios cardinales de las antiguas leyes, principios basados en la ciencia, incrustados por más de veinte generaciones en nuestras costumbres, aprendidos como tradición hasta por las personas ignorantes del derecho, y con los cuales pueden desenvolverse con sobrada anchura todos los progresos, todas las reformas convenientes”.

Desde estos planteamientos el sistema de principios de la Ley respondió al viejo juicio ordina- rio, que se asumió íntegramente, de modo que la Ley se articuló sobre ese juicio. La comprensión de este fenómeno jurídico es esencial para entender la evolución procesal civil de Iberoamérica. Esta Ley de 1855 ha sido, como demostró Alcalá-Zamora<sup>9</sup>, “el código procesal más prolífico del universo”, y por poner un ejemplo de su influencia bas- tará recordar que Alsina demostró que, de los 810 artículos del Código

---

<sup>9</sup> ALCALÁ-ZAMORA por ejemplo en Nuevos estudios de Derecho procesal, Madrid, 1980, pág. 300. Puede verse también COUTURE, Trayectoria y destino del Derecho procesal civil hispano-americano, en “Estudios de Dere- cho Procesal”, I, 2.ª edición, Buenos Aires, 1978, pág. 307, y Fundamentos de derecho procesal civil, 3.ª edición, reim- presión, Buenos Aires, 1966, págs. 166-7

argentino de 1880, 392 tienen su fuente directa en aquella Ley<sup>10</sup>. Se trata, por tanto, de una Ley (un código) que determinó todo el desarrollo posterior de lo que ha sido el proceso civil de muchos países.<sup>11</sup>

## I. Principios del proceso

El proceso civil se concibe como un medio de solucionar contiendas privadas, en las que el juez cumple una función de pacífico mediador, siendo las partes las que asumían todas las facultades. Esto supuso la plasmación del principio dispositivo (lo que es obvio en la actuación del Derecho privado) y el de aportación de parte (entendido éste en su más amplio sentido, incluyendo todo lo relativo a la prueba, que era “cosa de las partes”), pero sobre todo que en lo que se refiere a las facultades procesales de dirección:

- 1.) El juez no tenía control de oficio de los presupuestos procesales. El principio general era el de que “nada debe hacerse oficio en los negocios civiles, sino que debe dejarse todo al interés de la parte y a su excitación” (lo que supuso que no había verdaderos presupuestos procesales, siendo todos impedimentos).
- 2.) El impulso procesal se confió a las partes. El proceso tenía que avanzar a instancia de parte, pues éstas debían solicitar al juez que declarase terminada una fase procesal y abriese la siguiente. De este modo todos los plazos quedaban a la discrecionalidad de las partes, pues no se entendía precluido un trámite mientras una parte no lo pidiera al juez expresamente.

Naturalmente la Ley no pudo mantener el sistema de valoración legal en todos los medios de prueba, pues ello iba contra la lógica de los tiempos, pero se inventó la “sana crítica” que, en aquel momento, no era una manera de decir que la valoración de la prueba debía motivarse en la sentencia, sino un modo de pretender limitar el arbitrio judicial.

---

<sup>10</sup> ALSINA, Influencia de la Ley española de enjuiciamiento civil de 1855 en la legislación procesal argentina, en “Actas del I Congreso Ibero-Americano y Filipino de Derecho Procesal”, Madrid, 1955, pp. 291-309, y en Revista de Derecho Procesal (Argentina), 1955, I, págs. 27-43.

<sup>11</sup> Posiblemente la mejor demostración de lo que decimos se encuentra en el éxito del libro de DE VICENTE Y CARAVANTES, José, Tratado histórico, crítico y filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil, según la nueva Ley de Enjuiciamiento, Madrid, 1856-58, 3 volúmenes; Apéndice, Madrid, 1867, y otro Apéndice, Madrid, 1879. Es difícil encontrar un libro procesal español que haya tenido tanta influencia en América, y recordamos perfectamente que en México y otros países se adaptaron obras como las de Hevia de Bolaños, Sala, Tapia, etc.

## II. Principios del procedimiento

La Ley proclamó la escritura como principio básico y la mantuvo con todas sus consecuencias de mediación y dispersión de los actos procesales. El brocardo *quod non est in actis non est in mundo* reflejaba exactamente la concepción de que el juez, para dictar sentencia, sólo podía tomar como base aquello que se encontraba documentado. Pero son mucho más significativos otros dos aspectos.

b) Secreto: La Ley mantenía parcelas importantes de secreto en las actuaciones puesto que, si bien las vistas de los pleitos serán públicas, en la práctica de la prueba no se admitía: 1) Ni la publicidad general, o para el público, 2) Ni la presencia de la parte contraria en las pruebas de confesión o testifical, con lo que se limitaba el principio de contradicción.

b) Juicio de menor cuantía: La concepción general de la Ley llevó a desvirtuar este juicio tal y como lo reguló la Ley de 1838; sus principios inspiradores en ésta (oralidad, concentración, inmediación, impulso de oficio, plazos improrrogables) quedan abandonados, estimándose que debía aplicarse lo dispuesto para el juicio ordinario, haciendo algunas variaciones meramente procedimentales de simplificación de trámites y de reducción de plazos.

El principal autor de esta LEC de 1855, Pedro Gómez de la Serna, dejó claro que la comisión redactora “tuvo por punto de partida lo tradicional, lo español, lo consignado en nuestro foro”, de modo que la Ley se centra en el juicio ordinario, el cual al mismo tiempo era la fórmula general de los juicios que carecieran de tramitación especial y el tipo supletorio de los especiales. Sobre este juicio “poco tuvo la comisión que discutir... sólo era necesario purificarlo de las prácticas viciosas que habían afectado la mejor obra sin duda de nuestras instituciones procesales”<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro, Motivos de las variaciones principales que ha introducido en los procedimientos la Ley de Enjuiciamiento Civil, Madrid, 1857, pág. 65.

### III. La exclusión de influencias externas

Como hemos ido viendo la codificación procesal civil supuso la consolidación de lo dispuesto en nuestras viejas leyes, principalmente Las Partidas, y su concepción del viejo *solemnis ordo iudiciarius*. Destaquemos ahora que lo contrario estaba sucediendo en los demás países de Europa.

Durante siglos el *ordo iudiciarius* se consideró manifestación de la racionalidad que se iba creando por la intervención de los jueces y abogados, de modo que las reglas del mismo no eran susceptibles de ser impuestas desde fuera, por la autoridad de un legislador estatal. El legislador podía incidir en la regulación del proceso ordinario por medio de reformas parciales, tendentes a evitar corruptelas o prácticas viciosas, pero no podía alterarla completamente.

Como ha explicado Picardi el *ordo iudiciarius* no sólo garantizaba el derecho de defensa en los juicios, sino también la resistencia frente a las autoridades externas. El proceso se concebía como algo originario, que respondía a las reglas de un arte, de las que nadie podía prescindir. La intervención del rey, o de cualquier legislador externo, hubiera representado una *perversio ordinis*, una acción odiosa, inadmisibles, tanto como la alteración de la moneda o la imposición de reglas al médico<sup>13</sup>.

La situación empieza a cambiar cuando en 1667 se dicta el llamado *Code Louis*, que realmente fue la *Ordonnance civile touchant la reformation de la Justice*, en la que por primera vez de modo directo el rey Luis XIV afirmó el monopolio real sobre la legislación en materia procesal civil. Ese monopolio no supuso, de momento, la ruptura total frente a lo anterior, pero sí la introducción de reformas de mucho calado.

Pueden ponerse muchos ejemplos, pero bastará con algunos significativos: 1) Frente a la existencia de cuatro o cinco escritos de alegaciones por cada parte en el inicio del proceso, se suprimieron la mayor parte de ellos, dejándolos reducidos a dos, 2) La vieja práctica de la *litis contestatio*

---

<sup>13</sup> PICARDI, Code Louis. T. I Ordonnance civile, 1667, en "Testi e documenti per la storia del proceso. I", a cura de Picardi y Giuliani, Milano, 1996, Introduzione.

que se manifestaba en la existencia de un acto formal, que a veces era incluso una sentencia llamada interlocutoria, se suprimió, 3) Todo lo relativo a las preclusiones, a las que era contrario el viejo sistema, recibió nueva regulación, admitiéndose la necesidad de la preclusión misma, como único medio para que el proceso pudiera avanzar, aunque no se llegó a un sistema rígido, y 4) La importancia tradicional de la prueba testifical cedió a favor de la prueba documental, limitando el valor de aquélla e incluso prohibiéndola en algunos supuestos (los relativos a negocios jurídicos de cuantía económica importante).

A pesar de todo lo anterior lo más significativo fue la admisión de procesos plenarios rápidos frente al proceso ordinario, con lo que éste dejaba de ser el único e, incluso, el esencial. Además, el juez quedaba sometido de modo claro a la ley, precisamente a aquélla que dictaba el rey.

La Ordenanza puso en marcha una nueva manera de entender el proceso, que va a concluir con el *Code de procédure civile* de 1806 de Napoleón, el cual servirá de base a la mayor parte de los códigos que se promulgan en Europa en el siglo XIX. El caso más claro es el de los códigos italianos, incluido el nacional de 1865. Esto no ocurre en España, en la que la LEC de 1855 mantuvo la tradición del viejo proceso ordinario basado en el Derecho común.

## **6. La ley de enjuiciamiento de 1881**

En la evolución española que estamos describiendo hito fundamental fue el Decreto de Unificación de Fueros de 1868, con el que se suprimieron los tribunales de comercio y el proceso mercantil, convirtiéndose los tribunales ordinarios en los únicos competentes para conocer de la aplicación del derecho privado. La unificación de fueros supuso la unificación de los procesos civil y mercantil, no por fusión, sino por supresión, quedando sólo en pie el peor de ellos. El proceso mercantil, que tantos siglos de experiencia acumulaba, simplemente desapareció.

La derogación de la Ley de 1830 se quiso paliar ordenando la realización de una nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. A ese efecto se promulgó la Ley de Bases de 21 de junio de 1980, en la que se advierten simplemente reformas de detalle con relación a la LEC de 1855. Esta Ley se convierte en la base más importante, pues se trataba simplemente de “introducir en la ley actual... las reformas y modificaciones que la ciencia y la experiencia aconsejen como convenientes” (base 19.<sup>a</sup>). Se vuelve así a insistir en que “el juicio ordinario, reducido por la ley de 1855 a sus proporciones esenciales, apenas reclamaba nuevas y fundamentales reformas”, por lo que si no fuese por otras materias “realmente no sería necesaria la reforma de la ley vigente de enjuiciamiento”<sup>14</sup>.

A finales del siglo XIX se dictó, pues, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 en la que se trataba también de mantener lo existente, sin introducir verdaderas reformas en el sistema procesal civil. No es necesario, pues, repetir lo que antes hemos dicho para los principios del proceso y del procedimiento, pues los de la LEC de 1855 se reiteran en la de 1881, sin perjuicio de que en ésta se introdujo la publicidad general de los actos procesales y se aumentó la contradicción en la prueba.

Como dijo Goldschmidt el proceso civil español era “un recipiente liberal del siglo XIX, en el que se ha vaciado el vino antiguo del proceso civil de los siglos pasados”<sup>15</sup>, y como dijo Guasp “lo que el legislador de 1880 tomó el proceso común fue su técnica arcaica e insuficiente lógicamente dada la *discordantia temporis*, y afianzó esta técnica, con sus defectos fundamentales, en pensamientos políticos de innegable significación liberal”<sup>16</sup>.

## I. Los fenómenos de huida

Lo que sí importa destacar es que en el siglo largo de vigencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 se han producido dos fenómenos muy

---

<sup>14</sup> Diario de Sesiones, Senado, núm. 105, págs. 1547 y 1544.

<sup>15</sup> GOLDSCHMIDT, James, Derecho procesal civil, traducción de Prieto-Castro y Adiciones de Alcalá-Zamora, Barcelona, 1936, pág. X.

<sup>16</sup> GUASP, Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, I, Madrid, 1943, pág. 54.

significativos de huida, que han puesto de manifiesto la falta de adecuación a la realidad, primero, del juicio ordinario de mayor cuantía, y, luego, de la propia Ley.

### **A) Huida del juicio de mayor cuantía**

Hemos asistido, en primer lugar, a una huida del juicio ordinario, que se llamaba de mayor cuantía, de modo que el mismo al final había quedado prácticamente excluido de la normal aplicación.

Los sucesivos legisladores parciales fueron conscientes de que el proceso ordinario medieval, el que se asumió en la LEC de 1881 como juicio de mayor cuantía, no podía seguir siendo aquél por el se tramitaban la mayor parte de los asuntos, dada su extraordinaria complejidad, y poco a poco, por medios de sucesivas elevaciones de las cuantía acabaron por convertirlo en un “cementerio de elefantes” por el que se conocían muy escasos asuntos.

Debe, en este sentido, tenerse en cuenta que si en 1881 el tope mínimo de la cuantía de un asunto que se tramitaba como juicio de mayor cuantía era de 1.500 pesetas, en 1984 se elevó a 100 millones y en 1992 quedó en 160 millones de pesetas (sobre un millón de dólares). Por este sistema dicho juicio fue desapareciendo de la realidad, pues son muy escasos los pleitos que superan esa cantidad. Acabó así siendo el juicio normal el de menor cuantía, que si en el origen comprendía los asuntos entre 250 y 1.500 pesetas, en 1992 pasaron a ser los de cuantía entre 800.000 pesetas y 160 millones de pesetas. Además, a esa tramitación se recondujeron los asuntos de cuantía indeterminada.

### **B) Huida de la LEC**

La huida más importante, con todo, fue la de propia LEC, lo que se hizo a base de regular un número extraordinariamente grande de procesos especiales, dando lugar a una verdadera proliferación procedimental.

Este fenómeno de proliferación se ha considerado normalmente como un defecto técnico procesal, centrándose su estudio en que el legislador, en casi todas las leyes materiales, se ha sentido en la necesidad de dotarlas de un proceso específico, y ello hasta el extremo de que podían contarse por lo menos cuarenta modos diferentes de tramitar los asuntos en primera instancia, es decir, cuarenta procesos especiales<sup>17</sup>.

Pero la proliferación fue algo más que una cuestión de técnica procesal. Supuso la configuración de tutelas judiciales privilegiadas frente a la tutela judicial ordinaria que se prestaba por medio de los procesos de la LEC. En efecto, la regulación de procesos especiales respondía, en la mayor parte de los casos, a la existencia de fuerzas sociales capaces de lograr del legislador la creación de tutelas propias frente a la tutela normal que se prestaba por los procesos ordinarios. Determinados titulares de derechos (sobre todo del de propiedad) y determinados grupos sociales (grandes acreedores), consiguieron del legislador que sus asuntos no se sometieran a la tutela normal, y que se les creara una tutela distinta, que por lo mismo sólo puede concebirse como privilegiada.

## II. Las reformas parciales

Junto a todo lo anterior deben tenerse en cuenta algunas de las reformas importantes de la LEC de 1881. Su promulgación produjo una importante reacción contraria doctrinal y práctica, que propuso su inmediata reforma, pero el caso fue que la Ley se mantuvo alrededor de cincuenta años sin que fuera objeto de modificaciones de importancia. En los años treinta del siglo XX se produjo una segunda oleada de críticas que tampoco consiguió frutos de interés.

---

<sup>17</sup> El caso más claro de sinceridad legislativa fue el de la Exposición de motivos de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, en la que se reguló un proceso especial para la impugnación de los acuerdos de la junta general. Se decía allí que "si se quería evitar que la impugnación de los acuerdos de las Juntas generales, como medio de garantizar los derechos de las minorías, quedase reducida a una reforma platónica como necesariamente tenía que ser subsistiendo la necesidad de acudir a un juicio declarativo de mayor cuantía con sus instancias y un recurso de casación, para conseguir la anulación de los acuerdos de la Junta. A tal fin se articula un procedimiento especial de tramitación abreviada, que será aplicable mientras la reforma de nuestras leyes de procedimiento no hagan innecesario el que ahora se insta para estos concretos fines".



Con la moda de los tiempos, y no faltando manifestaciones reformistas, los años sesenta y setenta fueron de aspiración de dejar las cosas como estaban, de no romper con el pasado, de mantener la tradición jurídica española, de respeto a nuestro predecesores<sup>18</sup>, y tanto fue así que en la conmemoración del centenario de la LEC no faltó quien defendió su mantenimiento con pequeñas reformas, imputando los males de la realidad, no a la Ley, sino a algunos aplicadores de la misma.

La situación, con todo, se hizo insostenible en la realidad, sobre todo como consecuencia del extraordinario aumento en el número de asuntos<sup>19</sup>. La LEC pudo hacer frente, mejor o peor, a una situación en la que la sociedad era predominante rural y los conflictos eran los propios de la misma, pero se manifestó profundamente inadecuada para solucionar los conflictos propios de una sociedad urbana. Las nuevas necesidades exigían una nueva Ley, pero los sucesivos legisladores prefirieron acudir a la técnica de las leyes de reforma urgente y parcial de la LEC. Esa técnica se utilizó principalmente en las siguientes leyes:

- 1.<sup>a</sup>) La Ley 34/1984, de 6 de agosto, de reforma urgente de la LEC, que en su Exposición de Motivos dijo responder “a las necesidades más apremiantes” mientras se procedía “con el cuidadoso tacto que requiere el tratamiento de la ordenación del proceso” al estudio del que “podría ser el nuevo ordenamiento procesal”. En esta Ley el juicio de menor cuantía se convirtió en el juicio tipo, desplazando al de mayor cuantía, aunque ello se hizo a base de desnaturalizar a aquél que dejó de ser un plenario rápido.
- 2.<sup>a</sup>) La Ley 10/1992, de 30 de abril, de medidas urgentes de reforma procesal, en cuya Exposición de motivos volvió a decirse que la reforma del ordenamiento procesal debía acometerse sin precipitaciones y ponderando cuantos elementos confluyen en el proceso, pero volviendo a dejar para *sine die* la verdadera reforma, contentándose con atender a aspectos de detalle y, sobre todo, a procurar “quitar papel” de los tribunales<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup> El ejemplo más claro es el de PRIETO-CASTRO, Temas de derecho actual y su práctica, Salamanca, 1979, págs. 238 y 239, y la Exposición de motivos del Tomo I de Corrección y actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil, Madrid, 1972.

<sup>19</sup> Hemos sostenido en MONTERO, El Derecho procesal en el siglo XX, Valencia, 2000, que el aumento de la litigiosidad en la segunda mitad del Siglo ha condicionado toda la evolución.

<sup>20</sup> MONTERO, Las medidas urgentes de reforma procesal civil en la Ley 10/1992, de 30 de abril, en “Ensayos de derecho Procesal”, Barcelona, 1996, págs. 277 y ss.

El sistema de las reformas urgentes se reveló insuficiente para atender a las necesidades de la realidad y era preciso abordar una nueva LEC. Para ese fin el Ministerio de Justicia difundió en abril de 1997 un llamado “Borrador”, sometiéndolo a la consideración y sugerencias de todos los interesados. En diciembre de 1997 se dio a conocer el Anteproyecto, y el Consejo de Ministros de 30 de noviembre de 1998 remitió a las Cortes el oportuno Proyecto de Ley, que se ha convertido en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

### *Sección Segunda*

## ***La oralidad entre el mito y la realidad (o de la ideología autoritaria)***

Decir que la diferencia entre las leyes de Enjuiciamiento Civil, la de 1881 y la de 2000, consiste en que la primera regulaba un proceso escrito mientras que la segunda regula un proceso oral, siendo verdad, no es toda la verdad. La LEC de 2000 regula un proceso predominantemente oral, sí, pero lo hace atendiendo al sentido estricto del principio, no a los desbordamientos, muchos de ellos de contenido claramente político, que el principio ha sufrido a lo largo del Siglo XX. Es por ello necesario atender a la evolución de la oralidad.

## **7. El planteamiento inicial de Chiovenda**

La conversión de la oralidad en mito no creo que pueda decirse que proviene de la asunción de aquélla en el Código de Procedimiento Civil de Hanóver de 1850 o en la Ordenanza Procesal Civil alemana de 1877, y ello a pesar de que en estos cuerpos legales se produjo una asunción completa, tanto que ha podido calificarse de rígida y de dogmática<sup>21</sup>. Recuérdese simplemente que el parágrafo 128 de la segunda dice que “la discusión del

---

<sup>21</sup>Debe verse WACH, Oralidad y escritura, en “Conferencias sobre la Ordenanza Procesal Civil alemana”, traducción de Krotoschin, Buenos Aires, 1951.

asunto por las partes ante el tribunal que conozca del mismo será oral” y que, originariamente, sólo lo aportado de modo oral podía ser tomado en cuenta la decisión judicial. Mucho menos el mito puede tener su origen en la Ordenanza Procesal civil austríaca de 1895, obra de Klein, pues en ella la oralidad queda sujeta a límites mucho más razonables.

## I. La oralidad y la reforma radical

El mito de la oralidad en el proceso civil, que ha corrido a lo largo del siglo XX, tiene su origen en Chiovenda y es necesario atender con algún detalle a su nacimiento para poder comprender todo el desarrollo posterior que lo ha conducido, en alguna de sus manifestaciones doctrinales, al absurdo.

En la edición de 1930-31 de los *Saggi* decía Chiovenda, en nota a pie de página del titulado *Le riforme processuali e le correnti del pensiero moderno*, que reproduce la conferencia pronunciada en Nápoles en 1906: “Con esta conferencia y con la publicación producida en el mismo año de la primera edición de mis *Principii*, se inició la propaganda por mi realizada en el último cuarto de siglo para la reforma del proceso civil italiano sobre la base de la oralidad, de la inmediación y de la concentración”<sup>22</sup>. La propaganda y, como veremos después, el apostolado de Chiovenda elevaron la oralidad a mito jurídico y otros después contribuyeron a desnaturalizarlo. Contemos los hechos<sup>23</sup>.

### A) De la reforma de la conciencia de los hombres

En marzo de 1906 pronuncia Chiovenda una conferencia en el Círculo Jurídico de Nápoles, con el título Las reformas procesales y las corrientes

---

<sup>22</sup> Estamos utilizando la edición realizada por Proto Pisani de CHIOVENDA, *Saggi di diritto processuale civile* (1894-1937), Volume Primo, Milano, 1993, págs. 379-80.

<sup>23</sup> Con la ayuda de CIPRIANI, *Storie di processualisti e di oligarchi. La procedura civile nel regno d'Italia* (1866-1936), Milano, 1991; *Il Codice di procedura civile tra gerarchi e processualisti*, Napoli, 1992, e *Ideologie e modelli del proceso civile*, Nápoles, 1997.

del pensamiento moderno, en la que después de una larga introducción sobre la importancia política y social del proceso civil, sobre la influencia de las reformas políticas en las leyes procesales, con alusión a tratados internacionales, afirma la inadecuación del Código procesal italiano de 1865 a las condiciones de la sociedad y de la cultura de la época, para concluir que la solución “no será fruto de una reforma legislativa, ni de una reforma radical, sino sólo de una lenta y profunda modificación de nuestra conciencia y de nuestros sentimientos”.

En este contexto de conservadurismo iluminado, de defensa de los abogados y de indeterminación de las reformas necesarias, hizo dos alusiones a la oralidad; una de pasada y otra algo más concreta, pero no para proponerla como modelo, sino sólo con referencia a Austria y a la Ordenanza de Klein. Dijo sólo que el proceso austríaco “ha spinto alle sue estreme applicazioni il principio della oralità; el mismo se basa en la concentración normal de todas las actividades procesales en una única audiencia, destinada a las alegaciones de fondo por las partes, a las pruebas, al debate”<sup>24</sup>.

Estas dos únicas alusiones no pueden entenderse como el inicio de la propaganda sobre la oralidad. Este se encuentra en la conferencia pronunciada por Chiovenda en 1909, y en el *Círculo Jurídico de Roma* con el título *El estado actual del proceso civil en Italia y el proyecto Orlando de reformas procesales*, pues en este otro texto sí se ocupa ampliamente de la oralidad y sí afirma que en ella se encuentra la reforma radical que Italia necesita.

## **B) A la reforma radical del proceso civil**

Antes de entrar a precisar lo que Chiovenda entendía entonces por oralidad es preciso atender a dos circunstancias:

---

<sup>24</sup> CHIOVENDA, en *Saggi*, I, cit., págs. 384 y 388.

## a) El proyecto Orlando

El 16 de marzo de 1908 el ministro V. E. Orlando presentó en la Cámara de Diputados el proyecto de ley titulado “Nuevas disposiciones en torno al orden y a la forma de los juicios”, proyecto que se debía a la pluma de Mortara y que no llegó a ser discutido por la disolución anticipada del Parlamento. En el Gobierno siguiente el mismo Orlando presentó un segundo proyecto, que también lleva su nombre, el 24 de mayo de 1909, también obra de Mortara, y titulado “Reformas al Código de procedimiento civil” que tampoco fue discutido<sup>25</sup>. La iniciativa legislativa terminó aquí, porque el siguiente ministro de Justicia fue Vittorio Scialoja, precisamente el maestro de Chioventa<sup>26</sup>.

## b) La reforma radical de Scialoja

Entre 1906 y 1909 se había producido un hecho aparentemente sin relación con el principio de oralidad, pero que va a condicionar todo el desarrollo del mismo y desde el inicio. El Maestro de Chioventa, quien lo había hecho catedrático de la Universidad de Roma a la tempranísima edad de 34 años y por *chiara fama*, sufrió una repentina conversión que le llevó a ser apóstol de la idea de que “no podemos continuar manteniendo un derecho general que es inferior al de todos los otros pueblos civilizados”<sup>27</sup>.

En estas circunstancias, ante un proyecto de ley que contenía pequeñas reformas y con un Maestro que se declaraba apóstol de la reforma radical, Chioventa tuvo que abandonar su anterior posición de modificación de la conciencia y de los sentimientos para convertirse a la nueva fe de la reforma radical. Esa conversión consistió en llegar a ser el apóstol de

---

<sup>25</sup> Los dos proyectos pueden verse en TARZIA y CAVALLONE, I progetti di riforma del processo civile (1866- 1935), II, Milano, 1989, pp. 847 y ss. Están precedidos de una nota introductoria, redactada por Cavallone, que aporta muchos datos para conocer la época.

<sup>26</sup> En la conferencia Chioventa pudo tener en cuenta sólo el texto primero del proyecto, pues la conferencia misma se pronunció el 17 de abril y el segundo proyecto se presentó el 24 de mayo, siempre de 1909. Más aún, cuando se publicó la conferencia en 1910 no se introdujo añadido alguno.

<sup>27</sup> Debe verse CIPRIANI, Storie di processualisti e di oligarchi, cit., pág. 143.

la oralidad; su camino de Damasco fue indirecto, pues el converso primero fue Scialoja y Chioventa lo fue sólo en segundo grado.

## **II. El contenido de la oralidad chiovendiana**

Realmente Chioventa en su conferencia de 1909 no estableció de modo general y teórico cuál era el contenido del principio de oralidad, sino que pretendió resumir los principios fundamentales de los procesos alemán y austríaco, lo que los diferenciaban del proceso italiano. Como la vida no se paró en 1909 estimamos preferible no atender a ese momento histórico, sino al último en que Chioventa realizó un resumen de su concepción de la oralidad. Vamos a centrarnos en las *Instituzione*<sup>28</sup>.

### **A) Los principios integrados en la oralidad**

La palabra oralidad se adopta por la necesidad de expresar, de una forma simple y representativa, un complejo de ideas y características; en realidad un conjunto de principios, que son:

#### **a) Predominio de la palabra hablada como medio de expresión, si bien atenuado por el uso de escritos de preparación y de documentación.**

Partiendo de que es difícil imaginar un proceso oral que no admita actos escritos, sea de preparación, sea de documentación, lo que identifica realmente a la oralidad es que:

- 1.) Los escritos preparatorios no son la forma de hacer las partes sus aportaciones al proceso, sino el anuncio de las declaraciones que van a hacer en la audiencia.

---

<sup>28</sup> Al final del tercer volumen de los Saggi en la edición de Proto Pisani, y a la que antes nos hemos referido, aparece la bibliografía de Chioventa, realizada por Cipriani, y ahí puede verse que las Istituzioni di diritto processuale civile se publicaron el tomo I en 1933 y el II en 1934, con una segunda edición, respectivamente, en 1935 y en 1936. Sobre la segunda edición realizó su traducción Gómez Orbaneja, Instituciones de derecho procesal civil, publicada en 3 volúmenes, el I en Madrid, 1936, y los otros dos en 1940. De la oralidad se ocupa el volumen III, págs. 159-165.

Salvado el caso de la demanda, en la oralidad las declaraciones con eficacia jurídica sólo se hacen en la audiencia, y tanto es así que una declaración no se considera hecha si no se hace oralmente, bien directamente, bien por referencia.

2.) Los escritos de documentación sirven para dar cuenta de lo ocurrido, principalmente en la audiencia; el acta de ésta documenta, bien las alegaciones de las partes no contenidas en los escritos iniciales, bien las respuestas de las personas interrogadas como partes, testigos o peritos, bien las resoluciones distintas de la sentencia. Las actas no sirven de ayuda para la memoria del juez que debe fallar, sino de documentación de la actividad procesal para las instancias posteriores<sup>29</sup>.

### **a) Inmediación de la relación entre el juzgador y las personas cuyas declaraciones tiene aquél que valorar.**

Este principio exige que el juez que debe pronunciar la sentencia haya asistido a la práctica de las pruebas de que saca su convencimiento, y haya entrado, por tanto, en relación directa con las partes, con los testigos, con los peritos y con los objetos del juicio, de forma que pueda apreciar las declaraciones de tales personas y las condiciones de los sitios fundándose en la impresión inmediata recibida de ellos y no en referencias ajenas. Este principio no sólo está unido al de la oralidad, pues sólo en un proceso oral cabe inmediación, es que constituye la esencia del proceso oral.

### **b) Identidad de las personas físicas que constituyen el tribunal durante la duración del juicio.**

Principio derivado de los anteriores pero con sustantividad propia, significa que: 1.º) En los tribunales colegiados la actividad procesal (sobre todo las pruebas) debe realizarse delante del colegio y no ante un juez delegado, 2.º) Cuando las circunstancias imponen que una prueba se practique ante un juez delegado, éste debe participar después en la

---

<sup>29</sup> Dice CHIOVENDA, Instituciones, III, cit., p. 162, que forman parte de la documentación “los apuntes que toman los jueces durante la sustanciación de la causa”; ya antes, en la conferencia de 1909, había dicho que los jueces deben pronunciarse bajo la impresión de las palabras oídas, pero que ello no excluye que puedan ayudar a su memoria “con apuntes escritos de aquellas declaraciones que no pueden encontrarse en los escritos preparatorios y que tienen importancia para la decisión” (Lo stato attuale, en “Saggi”, I, pág. 415).

decisión de la causa, y 3.º) Si la causa no queda concluida en una audiencia el órgano colegiado de la audiencia siguiente tiene que estar integrado por las mismas personas, de modo que si ello no es posible la audiencia primera debe reiterar- se.

**c) Concentración de la sustanciación de la causa en un período único, que se desenvuelva en una audiencia única o en el menor número posible de audiencias próximas.**

Decir oralidad es como decir concentración, pues ésta constituye la principal característica exterior del proceso oral, y la misma se refiere tanto a los actos procesales en sí, los cuales deben realizarse en unas pocas audiencias próximas unas a otras, de modo que no se corra el peligro de que las impresiones recogidas en la memoria del juez se borren, como a los incidentes, los cuales deben ser resueltos en la audiencia misma.

**d) No pueden impugnarse separadamente las interlocutorias.**

Para realizar la oralidad y la concentración se requiere que la decisión sobre incidentes no pueda impugnarse por separado de la cuestión de fondo, de modo que la inapelabilidad de las interlocutorias es una regla de la que no puede prescindirse (salvo en ocasiones muy concretas, como las excepciones *litis ingressum impediens*).

**A) La oralidad y los poderes del juez**

Estas eran las notas de la oralidad según Chiovenda y su obra general última. En la misma, después de explicar el principio de la oralidad y las objeciones al mismo, entra a analizar “la oralidad y los poderes del juez”, estimando que la oralidad y la concentración procesal son principios íntimamente unidos al problema de los poderes del juez. En la actualidad, dice Chiovenda, por un lado la renovada importancia que ha adquirido el libre convencimiento del juez y, por otro, el concepto renovado de la jurisdicción



como función del Estado, han devuelto al juez una posición central de órgano público interesado en administrar justicia del modo mejor y más rápido posible.

Se trata de asegurar al juez una posición que le haga partícipe activo en la relación procesal y proveerle de la autoridad necesaria para ejercer su función. El juez ha de estar en condiciones de dirigir el proceso y conducirlo hasta su resolución con la mayor celeridad posible compatible con una decisión acertada. Además es conveniente hacerle colaborar en la formación del material de conocimiento, poniéndole en contacto inmediato con las partes desde el momento de la constitución del juicio, de forma que le sea fácil preparar la sustanciación completa de la causa aclarando las dudas, provocando de las partes las indicaciones más importantes de hecho, señalándolas de la manera más simple las lagunas que haya en su defensa y en sus pruebas.

El ejercicio de estas facultades sólo es posible en el proceso oral.

A pesar de todo, no está demasiado clara cuál fue la opinión de Chiovenda sobre la relación entre el principio de oralidad y el aumento de los poderes del juez, puesto que cabe recordar como en otro lugar, y en 1924<sup>30</sup>, había sostenido que “la oralidad por si misma no requiere un aumento considerable de la injerencia directiva del juez y no debe identificarse con ésta. Pueden existir procesos orales (como el actual proceso germánico que, desde este punto de vista, representa un tipo de proceso oral opuesto al austríaco) en los que la injerencia del magistrado es mínima. Y se trata de problemas que cuidadosamente han de considerarse distintos, porque el aumento de los poderes del juez puede encontrar por razones de raza y de costumbres dificultades y resistencias mucho más serias y discutibles de aquellas que pueden oponerse a la introducción de la oralidad”.

---

<sup>30</sup> CHIOVENDA, Sul rapporto fra le forme del procedimento e la funzione della prova (L'oralità e la prova), publicado primero en la Rivista di Diritto Processuale Civile, 1924, I, y después en Saggi, II, cit., y en estos págs. 203-4. Este artículo supuso la exteriorización del enfrentamiento con Mortara sobre la oralidad, al que se le imputa que, en su gran Commentario, no había dedicado de modo directo ni un renglón a encaminar la reforma del proceso civil italiano hacia la oralidad (pág. 198).

Sobre esos poderes la lectura de las que podemos llamar páginas últimas<sup>31</sup> ilustra de que Chiovenda se había mantenido dentro del que debe considerarse respeto a la autonomía de la voluntad y a la garantía de los derechos subjetivos de las partes. Una cosa son los poderes del juez para la formación del material de conocimiento, que quedan limitados por el principio dispositivo, en cuanto éste predomina sobre la iniciativa del juez en la fijación de la verdad de los hechos (pág. 63) y otra los poderes del juez respecto de los presupuestos procesales, que sí deben ser controlados de oficio (pág. 69), y todo ello aparte del principio de impulso de oficio (pág. 71).

## 8. El pretendido valor actual de la oralidad

La idea símbolo puesta en marcha por Chiovenda en el inicio del siglo XX estaba llamada a recibir, durante el curso del mismo, desarrollos que la conducirían muy lejos de sus bases iniciales. Empecemos por recordar dónde no fue recibida a pesar de lo que se dice por el propio legislador.

### I. El Codice *italiano* de 1940

El 28 de octubre de 1940 la *Gazzetta Ufficiale* italiana publicó el *Codice di procedura civile* para entrar en vigor el 21 de abril de 1942. Ninguna de las dos fechas eran casuales. La primera se trataba del dieciocho aniversario de la Marcha sobre Roma y la segunda atendía a una legendaria Fundación de Roma en el más remoto pasado. Al fascismo le gustaban estas demostraciones de grandeza, aunque sean de cartón piedra, de recreación de la historia, a costa de apoderarse del Imperio Romano haciéndolo propio, y de exaltación de los sucesos por él protagonizados.

Para ubicar al *Codice* en su contexto histórico no está de más recordar que ese mismo día de 28 de octubre de 1940 se produjeron otros acontecimientos que hacen a la historia de Italia. Se trata, por ejemplo, de la

---

<sup>31</sup> Se trata de las págs. 54 y siguientes del Tomo III de las Instituciones de Derecho procesal civil, traducción de Gómez Orbaneja, Madrid, 1940.

entrevista de Hitler con Mussolini en Florencia o de la invasión de Grecia por las tropas italianas. En el mismo día se promulgó el que entonces fue llamado “*codice fascista per ecce- lenza*”<sup>32</sup>. Ya dentro del mismo Código en la exposición de motivos o *Relazione al Re* puede leerse que “el Código quiere ser, con decidido conocimiento, expresión histórica del estado fascista y corporativo”.

En el Código fascista se presentó como plasmación de las ideas de la oralidad, del aumento de los poderes del juez y de la concentración de la actividad procesal bajo su efectiva guía, ideas que “por el apostolado de Giuseppe Chiovenda habían hecho ya un largo camino”<sup>33</sup>. Vuelve a aparecer, ahora no la propaganda, pero sí el apostolado. Lo peor del caso es que el Código y la *Relazione* no pueden calificarse de chiovendianos o lo son sólo en la apariencia.

A pesar de que se ha estimado, pues, que el Codice de 1940 era chiovendiano y no fascista, y que en él se asumió el pensamiento chiovendiano sobre la oralidad, ello no es cierto. El nombre del Maestro se utilizó para justificar la concepción publicista del proceso, es decir, aquello que hace que el Código tenga base ideológica fascista<sup>34</sup>, y desde luego en el Código no se asumió la concepción chiovendiana de la oralidad.

---

<sup>32</sup> Así D'AMELIO, Codice fascista, en “Corriere della sera”, de 27 de octubre de 1940, p. 1, citado por CIPRIANI, Il Codice di procedura civile, cit., p. 51, y recordando que Mariano d'Amelio, fue primer presidente de la Corte de Casación.

<sup>33</sup> Sobre las vicisitudes del “apostolado” en la *Relazione al Re*, CIPRIANI, Piero Calamandrei, la *relazione al re e l'apostolato di Chiovenda*, primero en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1997 y después en “Ideologie e modelli”, cit., pp. 70-73. En el original de la *Relazione*, redactada por Calamandrei, aparecía una referencia expresa al apostolado de Chiovenda que fue suprimida por Grandi, por lo que en el texto de aquella, aparecido en la *Gazzetta Ufficiale*, no figuraba; hay que esperar a que la misma *Gazzetta*, ahora el 16 de abril de 1941, publicara la corrección de erratas, la más importante de las cuales es la relativa a la inclusión de la frase relativa al apostolado de Chiovenda (en el apartado 3 [Precedentes de la reforma], párrafo 5, a la mitad).

<sup>34</sup> Se puede leer en esa *Relazione*: “Si el Código de 1865 fue, por razones históricas que quizá ni siquiera fueron advertidas por sus autores, expresión de las premisas individualistas que estaban en la base del Estado liberal, el Código de 1940 quiere ser, con conocimiento decidido, expresión histórica del Estado fascista y corporativo. El fortalecimiento del principio de autoridad del Estado se proyecta y se traduce necesariamente, en el proceso, en un fortalecimiento de la autoridad del juez; fortalecimiento, con todo, que no se reduce a un simple aumento de los poderes de un órgano del Estado, ni a una ampliación de la injerencia de éste en las relaciones de la vida privada y en la esfera de los derechos individuales del ciudadano, sino que es expresión de un cambio de perspectiva en la valoración de los intereses tutelados y garantizados por el derecho.

En el Estado fascista el proceso no es solamente el encuentro de la libertad del ciudadano con la autoridad del Estado, provocado por la necesidad de tutelar los intereses del primero; ni es el puro expediente formal para regular el conflicto de los intereses privados y para terminar el litigio entre sus titulares. El Estado fascista no niega los intereses privados, sino que antes al contrario reconoce la importancia de los mismos como impulsores de iniciativas privadas y por tanto los tutela; y no existe verdadera tutela de intereses que no se refleje en un fuerte sistema procesal. Pero

Lo que destaca más claramente en el Código, incluso a primera vista, es la figura del juez instructor, que es algo típicamente italiano y desconocido en otros países. La figura misma no está claramente perfilada en sus orígenes<sup>35</sup>, pero lo que nos importa es que la existencia misma del juez instructor es contraria a la oralidad, en el sentido explicado por Chiovenda, pues para éste era esencial que las pruebas se practicaran precisamente delante del tribunal en su conjunto, de todos los magistrados que tenían que valorarlas, y no simplemente ante uno de los integrantes del órgano colegiado, se llamara a ese juez delegado o instructor.

Pero no se trata sólo de la oralidad; se trata de que la base ideológica del Código, que es y no podía ser de otra manera fascista, no era la de Chiovenda, por mucho que éste participara de una concepción en buena medida autoritaria y no liberal de las relaciones entre Estado e individuo. Chiovenda se ha habia mostrado en desacuerdo con Menger, hablando de la necesidad de ser más prudente<sup>36</sup>, aunque no puede desconocerse que se ha llegado a afirmar que es un precursor del fascismo<sup>37</sup>.

En cualquier caso no puede olvidarse, por lo que diremos después, que incluso Calamandrei sostuvo, no ya en la *Relazione al Re*, de la que es autor, sino en obra científica propia y con autoría reconocida públicamente, que “el nuevo Código habría podido, teóricamente, adoptar el sistema propio del proceso penal, consistente en introducir el absoluto imperio del impulso de oficio, desvinculando el mecanismo procesal, una

---

esta tutela no es un fin en sí misma, pues no existe, en nuestro ordenamiento, interés que no sea tutelado en función de su valor social y, en definitiva, de los superiores intereses de la Nación. Por tanto en el Estado fascista el proceso no es sólo lucha de intereses, sino instrumento para la composición fecunda de los mismos y, sobre todo, instrumento para asegurar, no sólo un ordenado sistema de vida social, inspirado en los supremos fines del Estado, sino también para asegurar, por medio de la aplicación de las normas jurídicas que regulan la vida de la Nación, la realización en las relaciones privadas de los intereses superiores de ésta. Y, sobre todo, es instrumento para realizar la que la palabra del Duce ha indicado como meta de la Revolución fascista: una más alta justicia social”.

<sup>35</sup> La paternidad de la idea ha sido discutida; véase CIPRIANI que la considera “incierto” en *Il Codice di procedura civile*, cit., pág. 27, nota 62.

<sup>36</sup> Anton Menger, que era el apóstol del socialismo jurídico, publicó dos obras importantes, en lo que nos afecta, *Il Diritto civile e il proletariato*, Torino, 1894, traducción de Oberosler, y *Lo stato socialista*, Milano, 1949, traducción de Olberg. Según su concepción todos los procesos en el futuro debían adoptar las formas del proceso de oficio. En esa línea, por ejemplo, CAPPELLETTI, *Ideologie del diritto processuale*, en “*Processo e ideologie*”, Bologna, 1969, págs. 17 y ss., y DENTI, *La giustizia civile*, Bologna, 1989, págs. 26 y ss.

<sup>37</sup> TARELLO, *L’opera di Giuseppe Chiovenda nel crepuscolo dello stato liberale*, en “*Dottrine del processo civile*”, coordinados por Guatini e Rebuffa, Bologna, 1989, pp. 181 y ss.

vez puesto en movimiento, de cualquier otra injerencia de las partes”<sup>38</sup>. Por este incierto camino acabará diciendo algún discípulo que el Código dio pocas facultades al juez civil.

## II. Del valor actual de la idea símbolo de la oralidad

Con esos orígenes el paso del tiempo iba a dar muchas sorpresas en la determinación de lo que debía entenderse por oralidad, siempre partiendo de que la misma no comportaba sólo la realización de actos orales en el proceso, sino de que se había convertido en una manera de aludir a todo un modelo de proceso civil. La sorpresa más grande es la que proporciona Cappelletti<sup>39</sup>, el cual iba a elevar la oralidad a idea símbolo.

### A) *La oralidad y la prueba*

De entrada se llega a afirmar que para Italia y para los países de lengua española la oralidad significa, sí un amplio programa de reformas procesales, pero, sobre todo, se trataba ya de que por proceso oral se asume un doble significado: “de proceso más rápido, concentrado y eficiente, y de proceso más fiel a una metodología concreta y empírico-inductiva en la búsqueda de los hechos y en la valoración de las pruebas”<sup>40</sup>. El amplio programa de reformas procesales comprendía:

#### a) **La abolición de todos los arcaicos residuos del sistema de prueba legal.**

Es cierto que cuando se habla de abolición de estos residuos se centra la atención en el juramento decisorio vinculante para el juez (que no es un

---

<sup>38</sup> CALAMANDREI, Istituzioni di Diritto processuale civile, I, Padova, 1943, p. 212.

<sup>39</sup> Citamos por CAPPELLETTI, La oralidad y las pruebas en el proceso civil, Buenos Aires, 1972 (traducción de Sentís Melendo), pero no deben olvidarse Processo e idologie, Bologna, 1969, y Giustizia e società, Milano, 1972.

<sup>40</sup> CAPPELLETTI, Proceso oral y proceso escrito, en “La oralidad y las pruebas”, cit., pp. 76-78.

medio de prueba), en el interrogatorio escrito y formal de las partes, en la prohibición del testimonio de las partes y de los terceros interesados, y similares, pero, en cualquier caso, lo pretendido es que desaparezcan todos los residuos de la prueba legal, siendo sustituidos por un sistema de valoración de las pruebas dejado a la apreciación crítica del juez.

### **b) La intermediación de las relaciones entre el órgano decisor (juez único o colegio) y los elementos de convicción.**

Esta intermediación del juez con las partes, testigos, peritos, lugares y cosas, se concibe única- mente como la atmósfera necesaria para un sistema de libre admisión y de valoración “crítica” de las pruebas. En la concepción de Cappelletti no hay alusión a que la intermediación suponga la necesidad de que sea uno mismo el juez que práctica la prueba y el que dicta la sentencia, atendiéndose a esa otra finalidad sobre admisión y valoración de la prueba, que es algo nuevo.

La sustanciación oral de la causa en una audiencia única o en pocas audiencias próximas.

La finalidad de esta única o audiencias próximas es no perder, a causa de un proceso diluido en el tiempo, las ventajas de la intermediación de la relación entre el juez y los elementos de prueba, y ello sin perjuicio de la preparación de esa audiencia por medio de escritos.

### **A) La socialización de la justicia**

Lo más llamativo, con todo, es el segundo significado que se atribuye a la oralidad, significado que consiste en una progresiva socialización del derecho en general y del proceso en particular. En este campo los países socialistas (los de entonces, los de 1970)<sup>41</sup> se presentan como modelo, si bien empezando por resaltar que la idea tiene su origen en Klein, “genial

---

<sup>41</sup> La ponencia Proceso oral y proceso escrito se presentó al VIII Congreso Internacional de Derecho Comparado, celebrado en Pescara en 1970.

autor” del código austríaco de 1895, el cual ya partía de que el proceso civil es un instrumento para el bienestar social<sup>42</sup>.

El juez, en esta concepción, asume un cometido de guía y de propulsión procesal, no solamente técnica y formal (controlando la observancia de las reglas del *fair play* y el ordenado y rápido desarrollo del procedimiento), sino también material; desde el mismo inicio del proceso asume un cometido de carácter activo y asistencial respecto de las partes, buscando con ellas la verdad para que al final, la victoria sea de la parte que tiene razón y no de aquella que sepa prevalecer en virtud de su mayor fuerza económica o por la mayor habilidad de su defensor. Se acaba de este modo –se dice– con la vieja concepción del juez neutral, que era algo puramente formal.

En este ejercicio de palabrería política las cosas llegan hasta el extremo de admitir, con los pseudo juristas comunistas de la época de Stalin, que la oralidad se resuelve así en un fenómeno de democratización de la justicia y del proceso civil. La oralidad –sigue diciendo Cappelletti– tiene en los países socialistas una importancia y una base jurídico-política absolutamente particulares, entre otras cosas porque permite al juez asumir una función social que se manifiesta en el papel activo del juez en la búsqueda de la verdad material; un proceso socialista se caracteriza esencialmente porque, reflejando siempre intereses de orden público y no meramente privados, entiende que no puede dejarse el proceso mismo a merced de los acuerdos, o del descuido o de la ignorancia o también de la desigualdad dialéctica de las partes<sup>43</sup>.

---

<sup>42</sup> Esta es una de las sorpresas que da la memoria histórica. Klein y la Ordenanza austríaca de 1895 representan una concepción autoritaria del Estado y del proceso, la que es propia del imperio austro-húngaro de finales del siglo XIX, de ideología esencialmente reaccionaria (SPRUNG, *Le basi del diritto processuale civile austriaco*, en *Rivista di Diritto Processuale*, 1979, y CIPRIANI, *Nel centenario del Regolamento di Klein (Il processo civile tra libertà e autorità)*, en “*Ideologie e modelli*”, cit., págs. 27 y ss.), y a pesar de ello su influencia en Cappelletti es tan manifiesta que su libro *Processo e ideologie*, cit., se coloca bajo un frase lema de Klein. No debe olvidarse que en la base de Klein estaba el control de los jueces por el poder ejecutivo y, más aún, el apoderarse de la justicia, también de la civil, que debía colocarse al servicio del interés general, siempre bien advertido que ese interés general es el que el poder político dice que es y en cada momento; el juez no es así el último garante de los derechos de los ciudadanos, sino el servidor de los intereses de la sociedad, y el titular de turno del poder es el que determina cuáles son esos intereses. No puede dejar de destacarse que CAPPELLETTI, *Proceso oral y proceso escrito*, en “*La oralidad y las pruebas en el proceso civil*”, cit., p. 81, acababa por sostener que la oralidad requería una “gran magistratura: un juez honesto, socialmente sensible, diligente”, que es –afirma– el juez austríaco que ha asegurado el éxito del código de Klein.

<sup>43</sup> En el fondo se trata de convertir al proceso civil en algo parecido a la jurisdicción voluntaria, en la que el juez asume una función no jurisdiccional, sino de tutela de los particulares, a los cuales se les considera poco menos que

De este modo y con esta base ideológica se termina pretendiendo que el proceso moderno sólo puede ser oral, pero que la oralidad sólo puede entenderse en el sentido que se acaba de exponer.

## **9. El replanteamiento del sentido de la oralidad**

No creo que haga falta insistir en que el pretendido valor actual del principio de oralidad había llevado a la mezcla caótica de cosas distintas, produciendo una confusión que no tenía salida lógica, salvo la de aclarar distinguiendo entre lo que atiende a la forma de los actos procesales y lo que se refiere al contenido de los mismos o, si se prefiere, entre procedimiento y proceso. De la misma manera no hace falta insistir en que hoy no puede seguir manteniéndose que la oralidad lleve inevitablemente a un “proceso social”, en el sentido en que esa expresión se ha entendido en los países ex socialistas, entre otras cosas porque ese proceso se basaba en la inexistencia de verdaderos derechos subjetivos privados de ámbito civil, es decir, en la supresión de la autonomía de la voluntad privada, lo que se resolvió de modo muy claro en la falta de libertad. Cuando en los países occidentales se hablaba de “proceso social” y por verdaderos juristas, se estaba pretendiendo decir algo muy distinto de lo que entendían los juristas comunistas utilizando la misma expresión.

Hay que empezar por replantearse lo que puede suponer hoy la oralidad, y hay que hacerlo aclarando, de entrada, que el principio se refiere a la forma, al procedimiento, no al proceso, al contenido de los actos procesales.

### **I. Proceso y procedimiento**

Los llamados “procedimientos judiciales” consistieron en el siglo XIX en describir la previsión legal respecto de los actos que debían realizar las

---

menores o incapacitados. Baste recordar que esto era lo pretendido por BAUMBACH, magistrado nazi en 1938, por MENDER, el apóstol del socialismo jurídico a finales del siglo XIX, y por autores comunistas de todo el siglo XX, los cuales auspiciaron la desaparición de las varias clases de procesos, sobre todo el penal y el civil, para acabar en una única manera de actuar el derecho en el caso concreto: de oficio por el juez.



partes y el órgano jurisdiccional, y así la *procédure* era el conjunto de formas que los ciudadanos debían seguir para obtener justicia y que los tribunales habían de observar para otorgarla. Procedimiento, en este sentido histórico, equivale a forma. El paso dado por los procesalistas consistió, precisamente, en percatarse de que limitándose a describir las distintas formas procedimentales, reduciéndose a la descripción del desarrollo temporal de los distintos procedimientos, no se estaba haciendo ciencia, que lo importante era darse cuenta de la calidad jurídica de lo que hacían las partes y el juez, de que era preciso hallar un sistema que abarcara la variedad de formas<sup>44</sup>. Surgió así la noción de proceso; en éste lo importante no era ya la forma.

Junto a la distinta manera de entender la disciplina, según se llamara “procedimientos judiciales” o “derecho procesal”, las diferencias entre proceso y procedimiento se manifiestan en que:

- 1.) El término procedimiento no es exclusivo del ámbito judicial, sino que es aplicable - refiriéndonos exclusivamente a su contenido jurídico - a todas las funciones del Estado, y así se habla de procedimiento legislativo y, sobre todo, administrativo (existe una ley de procedimiento administrativo, pero no puede existir una ley que regule el proceso ante la administración).
- 2.) Procedimiento, pues, hace referencia a forma, a sucesión de actos, y ello sin precisar si esa actividad es la de los órganos jurisdiccionales, pues puede ser también la de los órganos administrativos.
- 3.) Cuando se habla de procedimiento judicial se está destacando la forma de la actividad judicial, el “lado extremo de la actividad procesal”<sup>45</sup>, “una consideración meramente formal del proceso”<sup>46</sup> o “el fenómeno de la sucesión de actos en su puro aspecto externo”<sup>47</sup>, la mera actividad o sucesión de actos en el tiempo.
- 4.) Aunque proceso y procedimiento tienen una misma raíz etimológica, *procedere*, en el segundo destaca la nota de actuación externa, el trabajo que pudiéramos llamar administrativo que se realiza en cualquier actividad jurídica y, por tanto, también en ésta, mientras que en el primero es necesario tomar en consideración

---

<sup>44</sup> Sobre la evolución que arranca de la práctica forense para llegar al Derecho jurisdiccional, puede verse MONTERO, Derecho Jurisdiccional. I, Parte General, 10.<sup>a</sup> edición (con G. Colomer, Montón y Barona), Valencia, 2000, págs. 13 y ss.

<sup>45</sup> PRIETO-CASTRO, Tratado de derecho procesal civil, I Pamplona, 1985, pág. 51.

<sup>46</sup> GÓMEZ ORBANEJA, Derecho procesal civil, I, Madrid, 1976 (con Herce), pág. 14.

<sup>47</sup> DE LA OLIVA, Derecho procesal civil, I, Madrid, 1995 (con Fernández), pág. 132.

la estructura y los nexos que median entre los actos, los sujetos que los realizan, la finalidad a que tienden, los principios a que responden, las condiciones de quienes los producen, las cargas que imponen y los derechos que otorgan. Mientras existe procedimiento en cualquier actividad jurídica, el proceso es propio y exclusivo de la actuación jurisdiccional.

Con base en lo dicho puede llegarse a las siguientes conclusiones: 1. La función jurisdiccional se ejerce sólo a través del proceso, 2. Jurisdicción y proceso son realidades correlativas e interdependientes; sin proceso no hay ejercicio de la función jurisdiccional, 3. Todo proceso se desarrolla formalmente a través de un procedimiento, 4. Existen procedimientos judiciales que no son la forma externa de un proceso (en aquellos casos en que el juez no actúa jurisdiccionalmente), y 5. Un solo procedimiento judicial puede ser la forma externa de dos o más procesos.

## **II. La forma de los actos procesales**

En nuestra opinión todo el problema del procedimiento, de la forma, puede resumirse en dos principios: oralidad y escritura, aclarando inmediatamente que cuando nos referimos a la oralidad incluimos dentro del principio aquellos otros que se derivan de él, es decir, intermediación, concentración y publicidad, y lo mismo con los principios contrarios derivados; de la escritura.

Desde el inicio hay que dejar bien sentado, por evidente, la imposibilidad práctica de configurar un procedimiento de manera totalmente oral o escrita. De ahí que no se trate de exclusividades sino de prevalectimientos. Resulta así que el problema de los principios de oralidad o de escritura es un problema de límites. Si en un procedimiento escrito la palabra ha de ser la forma de realización de algunos actos procesales, y si de un procedimiento oral la escritura no puede estar totalmente ausente, todo se reduce a determinar cuándo, por prevalecer una forma u otra, podemos correctamente decir que estamos ante un procedimiento oral o escrito.

Tradicionalmente el elemento base para diferenciar un procedimiento oral de otro escrito se ha centrado en la manera de aportar las partes los hechos al proceso y de formular la pretensión; resultaba así que se atendía, no a un conjunto de caracteres, sino a un único elemento, y sin perjuicio de que luego de ese carácter se desprendieran otras consecuencias.

En este sentido se habían pronunciado autores fundamentales, y así Chiovenda<sup>48</sup>, partiendo de la imposibilidad de configurar un procedimiento totalmente oral, hablaba de proceso mixto, precisando que éste sería predominantemente oral o escrito atendiendo al momento de aportación de los elementos fácticos por obra de las partes, es decir, de la interposición de la pretensión con su fundamentación correspondiente; allí donde la pretensión ha de ser presentada necesariamente en forma escrita, estamos ante un proceso escrito, aunque las partes tengan la posibilidad de ilustrar oralmente el contenido de los escritos. De aquí la distinta manera como operan los escritos de uno y otro procedimiento; en la escritura son la forma de las deducciones, mientras que en la oralidad los escritos son meramente preparatorios, anuncio de las deducciones que se van a hacer en la audiencia y medio básico para poner al demandado en situación de defenderse.

Más recientemente en España Prieto-Castro<sup>49</sup> ha persistido en esta línea, diciendo que el principio de oralidad determina que (salvo algunas excepciones) únicamente lo que de palabra se aporte al proceso puede ser valorado por el juez y tenido en cuenta en la resolución final; y la presencia del otro principio, el de escritura, significa que tan sólo (salvo algunas excepciones) lo aportado de esta forma puede producir esos resultados, y para significarlo así viene empleándose el brocardo *quod non est in actis non est in mundo*.

La doctrina que calificamos de tradicional, junto a lo anterior, destacó que con las palabras oralidad y escritura sintetizaba un conjunto de

---

<sup>48</sup> CHIOVENDA, Instituciones, III, cit., pp. 159 y ss.

<sup>49</sup> PRIETO-CASTRO, Precisiones sobre escritura y oralidad, en "Estudios y comentarios para la teoría y la práctica procesal civil", I, Madrid, 1950, pág. 100.

caracteres del procedimiento, un sistema completo de principios inseparables los unos de los otros, pero en todo caso quedaba claro que la oralidad significaba en primer lugar y principalmente que la pretensión había de formularse oralmente, y que por escritura había de entenderse que la pretensión se realizaba por escrito.

En la actualidad centrar la oralidad y la escritura en un único elemento como base imprescindible nos parece unilateral, y estimamos que no puede hacerse depender de él la naturaleza del procedimiento. Este será oral o escrito atendiendo a un conjunto de principios, en los que, junto a la forma oral o escrita de los actos procesales, hay que resaltar otros de tanta o mayor importancia. La oralidad y la escritura son dos modos de hacer el procedimiento, el conjunto del mismo, no la forma de un único acto procesal.

### **III. La oralidad en la nueva LEC española**

Reducida la oralidad a la determinación de la forma de los actos procesales, sin que con ella se atienda al contenido de los actos, debemos examinar ahora cuáles son los elementos que la caracterizan realmente y que son los que se han asumido en el nuevo proceso regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 2000, pues en ella se dispone un procedimiento oral, pero en el sentido estricto de la expresión, no en el desbordado por el mito.

#### ***A) Forma oral de los actos procesales***

Naturalmente el principio de oralidad significa, en primer lugar, que en los actos procesales predomina lo hablado sobre lo escrito, como medio de expresión y comunicación entre los diferentes sujetos que intervienen en el proceso. Hoy no cabe admitir que el momento típico para distinguir entre un procedimiento oral y otro escrito sea el de las deducciones de las partes. Esto conduciría a que un proceso civil en el que la demanda y la contestación se hicieran por escrito, pero en el que todos los demás actos

fueran orales, habría de ser calificado de escrito. Lo importante no es ya el modo de alegar los hechos a los que debe estar el órgano judicial, sino el conjunto de la actividad procedimental, de los actos del proceso.

El predominio del acto procesal oral no puede impedir la existencia de actos escritos, sea cual fuere el contenido de éstos, pero en todo caso lo paradójico es que probablemente este elemento es el que menos sirve para caracterizar un procedimiento de oral y de ahí la importancia de los siguientes. En efecto el predominio de la oralidad no puede atender a que uno unos pocos actos determinados se realicen de modo oral, sino al conjunto de la actuación, y ello sin atender principalmente al contenido de esos actos.

Si hubiera que destacar algo que normalmente caracteriza al procedimiento oral diríamos que esta clase de procedimiento suele acabar con una audiencia oral en la cual el juez se pone en relación directa con las pruebas personales (testigos y peritos) y con las partes, sin perjuicio de que esta audiencia haya sido preparada por una serie de actos escritos, en los cuales incluso puede haberse interpuesto la pretensión.

Este es precisamente el esquema del procedimiento regulado en la nueva LEC de 2000<sup>50</sup>. La demanda y la contestación se realizan por escrito, y en ellas se determina el objeto del proceso y el objeto del debate (sin que después quepan modificaciones sustanciales), se realiza después una audiencia previa con función especialmente saneadora (procesal), pero también delimitadora de los términos del debate (material), para acabar convocándose a un verdadero juicio oral, en el que se practicará toda la prueba.

## **B) Inmediación**

La oralidad implica, en segundo lugar, inmediación, es decir, la exigencia de que el juzgador se haya puesto en contacto directo con las demás personas que intervienen en el proceso, sin que exista entre ellos

---

<sup>50</sup> En el texto nos vamos a referir sólo al llamado juicio ordinario de la LEC, puesto que el llamado juicio verbal no tiene duda alguna de naturaleza de procedimiento oral. Este juicio verbal sigue siendo el inicialmente creado en 1534 para los asuntos de pequeña cuantía, que ha sido pasando por todas las reformas posteriores.

elementos alguno interpuesto. Esta exigencia es particularmente importante con relación a las pruebas, hasta el extremo de que normalmente se ha venido concibiendo la inmediación solamente como la exigencia de que el juez que ha de pronunciar la sentencia haya asistido a la práctica de las pruebas.

La inmediación es parte esencial del procedimiento oral, tanto que puede afirmarse que no se trata de principios distintos y autónomos, sino de los dos aspectos de una misma realidad.

Uno de los efectos de la inmediación es la imposibilidad de que se produzcan cambios en las personas físicas que componen el órgano jurisdiccional durante la tramitación de la causa, y en especial que sólo pueden concurrir a dictar la sentencia los magistrados ante los que se ha desarrollado la audiencia oral en la que el juez o tribunal se pone en relación directa con las pruebas y con las partes.

En los procedimientos españoles de tipo oral la inmediación es una consecuencia. En el nuevo proceso civil se ha tenido el acierto de no llevar la inmediación y su consecuencia a sus últimos extremos. La regla general es la de que el juez que debe dictar sentencia ha de haber practicado la prueba, y de ahí la necesidad de que presida el juicio oral y dicte sentencia un mismo juez, lo que supone también que en ese juicio debe practicarse toda la prueba, pero ello no impide la posibilidad de que: 1) En algún caso pueda practicarse prueba entre la audiencia previa y el juicio oral, sin que sea necesario que la presida el mismo juez que luego efectuará el juicio y dictará la sentencia, y 2) Excepcionalmente se acuda a la práctica de la prueba por auxilio judicial, esto es, practicando algún medio de prueba juez distinto del que está conociendo del proceso y en lugar distinto del de celebración del juicio oral.

La inmediación es lo normal, pero el legislador español no ha querido llevar el principio a sus últimas consecuencias, admitiendo posibles excepciones al mismo, excepciones que dependen del juez que conoce del proceso en su aplicación concreta.

### **C) Concentración**

Decir oralidad es también decir concentración, y lo es tanto que se ha sostenido que lo que caracteriza a un procedimiento oral es más la concentración que la mera oralidad de los actos procesales<sup>51</sup>.

Con relación a la actividad procedimental, que es lo que ahora nos interesa, la concentración supone que los actos procesales deben desarrollarse en una sola audiencia, o en todo caso en unas pocas audiencias próximas temporalmente entre sí, con el objetivo evidente de que las manifestaciones realizadas de palabra por las partes ante el juez y las pruebas permanezcan fielmente en la memoria de éste a la hora de dictar la sentencia. El ideal de todo procedimiento es la concentración en una sola audiencia de todos los alegatos de las partes, de la proposición y práctica de la prueba e incluso de la resolución del asunto, y que si este ideal es difícilmente conseguible, la tarea del legislador y del tribunal consiste en aproximar lo más posible el procedimiento al ideal.

La influencia de la concentración sobre la forma del proceso es evidente, y de ahí que haya sido considerado la principal característica exterior del proceso oral. Al mismo tiempo se ha señalado su influencia sobre la brevedad de los pleitos, frente a la escritura que supone necesariamente dispersión de los actos procesales en el tiempo. De aquí que se haya dicho, por Alcalá-Zamora, que si las mayores ventajas del procedimiento oral obedecen al principio de concentración, sería preferible hablar de proceso concentrado en vez de proceso oral. Con todo, lo que importa es tener en cuenta que la concentración no es sin más una consecuencia de la oralidad.

La concentración se asume todo lo posible en el proceso civil regulado en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil. En el juicio ordinario existen dos “audiencias”, la llamada previa, que tienen funciones de saneamiento de óbices procesales y de delimitación del debate, y el llamado juicio, en el

---

<sup>51</sup> ALCALÁ-ZAMORA, Proceso oral y abogacía, en “Estudios de teoría general e historia del proceso (1945- 1972)”, II, México, 1974, págs. 17 y 19.

que deben practicarse todas las pruebas, con lo que se trata ya únicamente del tema de fondo del proceso.

#### **D) Publicidad**

Por último, la oralidad supone necesariamente publicidad, entendida ésta en su verdadera significación.

Cuando se habla del principio de publicidad suele distinguirse entre publicidad para las partes y publicidad general, pero se trata de una distinción que carece de sentido<sup>52</sup>. La llamada publicidad para las partes se refiere en realidad al principio de contradicción o audiencia, pues si un acto procesal fuera secreto para las partes no se estaría haciendo referencia a la forma del proceso, al procedimiento, sino que se estaría colocando a aquéllas en situación de indefensión. La verdadera publicidad, la que aquí consideramos, es la que se refiere al público, y respecto de ella afirmamos su carácter político y su dependencia de la oralidad.

Ya es sintomático que en las constituciones y en los textos internacionales más importantes se haya recogido la garantía de la publicidad del proceso. Así lo ha hecho también el art. 120.1 de nuestra Constitución declarando que “las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevén las leyes de procedimiento”. Esta declaración por sí misma sería inútil por no añadir nada a la situación precedente y porque, al remitir las excepciones a las leyes ordinarias, sin establecer en la propia Constitución los criterios fundamentales que hacen admisible una excepción, está estableciendo un principio vacío de contenido. Para darle utilidad hay que poner en relación el art. 120.1 con el art. 24.2 de la propia Constitución (derecho a un proceso público), con el art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y con el art. 6.1 de la Convención de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales de 1950, en donde se establece que las excepciones tienen que

---

<sup>52</sup> Para esta distinción por ejemplo CHIOVENDA, Instituciones, III, cit., pág. 201. Correctamente, FAIRÉN, Ideas y textos sobre el principio de publicidad del proceso, en “Temas del Ordenamiento Procesal”, I, Madrid, 1969.



justificarse en intereses que, desde el plano constitucional, merezcan protección preferente a la publicidad (vid. STC 62/1982, de 15 de octubre).

Sin oralidad no hay publicidad. En un procedimiento escrito las normas legales pueden establecer la publicidad, pero son normas de imposible cumplimiento en la práctica. Sólo un proceso oral y concentrado permite la publicidad y con ella la fiscalización popular del funcionamiento de la justicia.

Cuando se habla de publicidad el principio debe acomodarse a los tiempos. Hoy no tiene sentido decir que la publicidad permite que el público entre en el local de la audiencia para presenciar la realización del acto procesal; en la actualidad la publicidad no puede dejar de atender a los medios de comunicación social (prensa, radio, televisión) y ha de entenderse que proceso público es aquél al que pueden tener acceso esos medios, los cuales se constituyen como una especie de “representantes” del público, y como tales tienen todos los derechos del “público”, pero no más. De la misma manera el derecho de las partes a un proceso público no cabe entenderlo hoy desconectado de los medios dichos de comunicación social.

La nueva LEC, limitándose en esto a mantener una conquista del siglo pasado, dispone en su art. 138 que las actuaciones de prueba, las vistas y las comparecencias, cuyo objeto sea oír a las partes antes de dictar una resolución, se practicarán en audiencia pública, con lo que establece que todas las actuaciones orales han de ser públicas.

#### **IV. La vía de los procesos plenarios rápidos**

Una ley o, mejor, un código, con 827 artículos que pretende expresar y materializar, con autenticidad, el profundo cambio de mentalidad que entraña el compromiso por la efectividad de la tutela judicial civil, no puede quedar resumida en unas pocas páginas, siendo necesario su estudio completo para llegar a percatarse de lo que realmente significa. Ahora bien, como es necesario hacer un esfuerzo de síntesis, conviene empezar por decir que lo verdaderamente importante en la LEC no son los aspectos de detalle, por mucho que vengan impuestos por los tiempos que corren

(como sería el que las actuaciones orales en vistas y comparencias se registren en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen), pues esos detalles no hacen a la esencia del cambio de modelo procesal pretendido. Es la pretensión de introducir un nuevo modelo de proceso civil lo que hace que estemos ante una LEC nueva y no, simplemente, ante una reforma y actualización de la vieja.

Las leyes de enjuiciamiento civil de 1855 y de 1881 se limitaron a asumir como juicio tipo el proceso ordinario del Derecho común y, en torno al mismo, se redactaron completamente. En ellas los juicios plenarios rápidos se consideraron meras excepciones, reservadas para pocos asuntos y éstos de poca importancia cuantitativa. La nueva LEC supone, por fin, la ruptura con aquel proceso ordinario y toda ella se centra en dos juicios plenarios rápidos. Independientemente de las palabras se trata de los ahora llamados juicio ordinario (Libro II, Título II) y juicio verbal (Libro II, Título III). Después de siete siglos el modelo del proceso común ha sido abandonado.

La idea de que el proceso requiere “fórmulas lentas, graves, solemnes, complicadas y rigurosas a que el orden judicial debe sujetarse en el ejercicio de sus funciones y que son garantía de seguridad para los litigantes y prenda de acierto en los fallos”, que fue la defendida por el Colegio de Abogados de Madrid en sus Observaciones a la Instrucción del marqués de Gerona<sup>53</sup>, podía tener sentido en un contexto social de tipo rural en el que los pleitos tenían como objeto la propiedad y, sobre todo, la de la tierra, para los que el tiempo no era un elemento trascendente. Esa idea es la que está en base de las dos leyes de enjuiciamiento civil del siglo XIX y es la que se ha abandonado en la nueva LEC.

El problema fundamental del proceso civil en las últimas décadas ha sido el del aumento de la litigiosidad, que suele presentarse como un mal cuando es sólo un síntoma de profundas modificaciones sociales. En efecto:

---

<sup>53</sup> Se trata de las Observaciones sobre la Instrucción del procedimiento civil de 30 de septiembre de 1853, publicadas en la Revista General de Legislación y de Jurisprudencia, 1854, tomo 3, págs. 13-92, y redactadas por una comisión integrada por la Junta de Gobierno del Colegio de Abogados con la asistencia de los ex decanos.

- 1.) Durante siglos el proceso civil fue el instrumento con el que los poseedores solucionaban sus litigios, de modo que los no poseedores quedaban excluidos del mismo. Sólo determinadas capas de la población tenían acceso a este proceso, lo que suponía un número no excesivo de procesos que podían ser solucionados por una organización judicial reducida y con pocos medios personales y materiales.
- 2.) En muy poco tiempo, prácticamente en los últimos cincuenta años, han accedido a la justicia civil amplias capas de la población que antes estaban excluidas de ella, en parte porque el número de propietarios ha aumentado, pero también porque otros derechos han entrado en liza, como es el caso de la responsabilidad extracontractual y, sobre todo, porque se han convertido en objeto principal de este proceso las reclamaciones de dinero basadas en el crédito.

Hoy el proceso civil no es ya el medio para solucionar los conflictos típicos de una sociedad rural, sino el instrumento con el que se tiene que hacerse frente a las conflictos propios de una sociedad urbana y así este proceso se ha convertido en un fenómeno de masas, en el que el elemento fundamental del mismo es su efectividad práctica. Si se lee la Exposición de Motivos de la LEC se advertirá que su idea base en la de la efectividad de la justicia civil.

La efectividad era algo ajeno al modelo proceso de la LEC de 1881 y hoy tiene que ser el eje sobre el que gira el modelo procesal de la nueva LEC. Esa finalidad es la que justifica que el modelo procesal sea el de los juicios plenarios rápidos.

El *solemnis ordo iudiciarius* ha muerto después de una vida casi tan larga como la de Matusalén y ha triunfado el tipo de proceso que apareció como excepcional. Este triunfo no se manifiesta simplemente en la supresión de unos trámites y en la abreviación de unos plazos. Se expresa fundamentalmente en la idea de adecuación del proceso a la realidad de este tiempo y en que, por fin, el legislador ha osado acabar con un sistema que ya no era producto de la razón natural y respecto del que el prestigio entre algunos juristas era producto del conservadurismo acrítico. Natural no puede dejar de existir quien en el entierro se conduela de esta muerte, la califique de temprana y aun manifieste su desconfianza en el nuevo

modelo procesal considerándolo prematuro. Siempre ocurre de este modo; siempre existe quien se conduce de la desaparición del pasado.

El nuevo modelo es, por tanto, el del proceso plenario rápido y sus caracteres esenciales siguen siendo el de intentar adecuarse a la realidad. Se basa así en la oralidad del juicio ordinario, para el que se dispone que las pruebas deben practicarse en un único acto concentrado y con inmediación. Oralidad, inmediación, concentración y publicidad son las notas del proceso civil español.

### *Sección Tercera*

## ***Los principios del nuevo proceso civil español (o además de la oralidad)***

### **10. Los principios generales**

Partiendo de que el principio de oralidad atiende única y exclusivamente a la forma de los actos procesales, y no a la conformación del proceso y de sus principios configuradores, es necesario aludir a estos otros principios para acabar dando una idea de lo que ha supuesto la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española de 2000. En ella se ha optado por los procesos plenarios rápidos, pero ello no ha supuesto alterar la base ideológica liberal, que parte de la existencia de derechos subjetivos privados que se ejercen en libertad.

### **I. El principio de oportunidad y el sistema económico**

El sistema procesal civil encuentra su apoyo ideológico en la concepción liberal de la sociedad, que se manifiesta principalmente en el aspecto económico, en la distinción entre intereses públicos e intereses privados. En el proceso civil el interés que la parte solicita que sea protegido o tutelado por el órgano jurisdiccional es privado, siendo preponderante en él la autonomía de la voluntad. El titular de ese interés es el individuo, no la

sociedad y, por tanto, se trata de un derecho o interés disponible. La distinción entre derecho público y derecho privado es fundamental y también el que el proceso civil es el instrumento destinado a la satisfacción o tutela de intereses privados.

La diferente naturaleza de los intereses en juego presupone la existencia de dos tipos de procesos. Frente a un proceso necesario, en el que por tratarse de intereses públicos el principio de necesidad determinará su nacimiento y contenido, ha de existir otro proceso en el que, por tratarse de intereses privados, la voluntad de las partes es el elemento determinante tanto de su nacimiento como de su contenido y extinción. Estos dos modelos básicos se corresponden con los procesos penal y civil; en el primero predomina el interés público, siendo su realización necesaria; en el segundo lo determinante para la iniciación del mismo es la voluntad del individuo, el cual, atendiendo a razones de oportunidad, acudirá o no al proceso para la defensa de sus intereses<sup>54</sup>.

La conformación del proceso civil se encuentra, pues, en el régimen económico que se asuma en la Constitución. A la vista de los arts. 33 y 38 de la Constitución española, principalmente, creemos indudable que hay que partir del reconocimiento de la distinción entre intereses privados y públicos. El art. 33 reconoce el derecho a la propiedad privada, y éste es uno de los pilares del principio de oportunidad en el proceso civil, hasta el extremo de que puede afirmarse, con razón, que si el proceso penal gira en torno al derecho a la libertad, el proceso civil lo hace sobre el de propiedad. El fundamento del derecho de propiedad reside, aparte del goce de la cosa, en que el propietario pueda decidir libremente el destino económico que a la cosa quiere dar, lo que implica autonomía de la voluntad. El

---

<sup>54</sup> En los países con régimen comunista las cosas habían sucedido de muy distinta manera. En ellos se negaba la distinción entre intereses públicos y privados y, por tanto la razón principal de ser de una regulación del proceso civil distinta de los otros tipos de proceso. Frente a una concepción liberal de la economía, en la que prácticamente todo es privado, se estableció un sistema radicalmente opuesto. En frase de Lenin: "No reconocemos nada privado; para nosotros todo el campo de la economía reviste carácter de derecho público y no de privado". La consecuencia fue la desaparición de la libertad, pero en lo que nos importa ahora que el proceso civil se sujetara a principios propios de la necesidad. La frase de Lenin la citamos por GURVICH, Derecho procesal civil soviético, México, 1971, traducción de Lubán, pág. 44, el cual sigue diciendo que la desaparición de la distinción entre lo público y de lo privado conduce a la desaparición de la principal razón de ser de una reglamentación del proceso civil distinta de la de los otros tipos de proceso.

que hoy a este derecho no se le atribuya carácter absoluto, el que venga limitado su contenido por ley, atendida su función social, no puede suponer desvirtuación de su esencia.

Por otra parte el art. 38 comienza por reconocer la libertad de empresa, situando además este derecho «en el marco de la economía de mercado». La interpretación de la primera proposición de este artículo requiere tener en cuenta dos elementos de juicio: 1) Cuando el artículo habla de que «reconoce», o de que se «garantizan y protegen» (en presente de indicativo), nos quiere indicar que admite como válido el sistema económico existente en el momento de promulgarse la Constitución, y 2) La expresión economía de mercado tiene hoy un sentido admitido de manera indudable, refiriéndose al sistema liberal capitalista de organización económica. Como ocurre en el caso anterior, también aquí existen matizaciones, recogidas principalmente en los artículos 128 y siguientes (los relativos a Economía y Hacienda), pero no alteran el principio básico de la iniciativa económica de los particulares.

Resulta así que la Constitución española se asienta en una concepción que reconoce a los particulares la disposición de sus intereses, su autonomía de la voluntad, su libertad para decidir tanto que relaciones jurídicas materiales contraen como la mejor manera de defender los derechos subjetivos que tienen, y de ahí se deriva el principio de oportunidad. Este principio es el determinante de toda la regulación posterior del proceso civil, aunque no venga previsto de modo expreso en la Ley de Enjuiciamiento Civil, la cual se refiere a los principios que se derivan del mismo y, especialmente, al principio dispositivo.

## II. El principio dispositivo

Tradicionalmente dentro del principio dispositivo se han venido confundiendo dos principios distintos, aunque complementarios: el principio dispositivo en sentido estricto (o *Dispositionsmaxime*), esto es, la disponibilidad que las partes tienen sobre el interés privado y la conveniencia o

no de acudir al órgano jurisdiccional pretendiendo su satisfacción y, en segundo lugar, el principio de aportación de parte (o *Verhandlungsmaxime*), por el que las partes tienen también el monopolio de aportar al proceso los elementos de hecho y los medios de prueba<sup>55</sup>.

Advertida esa confusión, hay que deslindar claramente los dos principios. El dispositivo se fundamenta en la naturaleza privada del derecho subjetivo deducido en el proceso, en la titularidad particular del mismo, en la autonomía de la voluntad de los ciudadanos y, en definitiva, en la libertad. Como decía Calamandrei el deducir un derecho en vía jurisdiccional es un modo de disponer del mismo y, por consiguiente, el condicionar la tutela jurisdiccional a la petición del interesado es una consecuencia lógica de la autonomía negocial reconocida al particular sobre su propia esfera jurídica<sup>56</sup>. Partiendo de este fundamento el principio debe significar:

- 1.) La actividad jurisdiccional sólo puede iniciarse ante petición de parte; el particular debe ser libre para medir el interés que le mueve a luchar por su derecho o a dejarlo ignorado o insatisfecho.
- 2.) La determinación concreta del interés cuya satisfacción se solicita de los órganos jurisdiccionales es facultad exclusiva de las partes o, en otras, palabras, la determinación del objeto del proceso corresponde al actor mediante la pretensión y la determinación del objeto del debate al demandado por medio de la resistencia.
- 3.) Los órganos jurisdiccionales al satisfacer, por medio del proceso y de la sentencia, intereses privados, deben ser congruentes con la pretensión y la resistencia formuladas.
- 4.) Si las partes son las únicas que pueden incoar la actividad jurisdiccional, pueden también ponerle fin, disponiendo del interés o intereses cuya satisfacción se solicitaba.

El principio dispositivo así configurado informa y debe seguir informando al proceso civil y así lo asume la nueva LEC española, como lo dice expresamente en su Exposición de Motivos. Y ello, naturalmente, sin perjuicio de que puedan irse matizando aquellos casos de irrenunciabilidad de

---

<sup>55</sup> CARNACINI, Tutela giurisdizionale e tecnica del processo, en "Studi in onore di Redenti", II, Milano, 1951; existe traducción española de Romo en Revista de la Facultad de Derecho de México, octubre-diciembre de 1953, núm. 12.

<sup>56</sup> CALAMANDREI, Istituzioni, I, cit., págs. 213-6.

derechos que la defensa de intereses, tanto colectivos como particulares, haga necesarios, y también aquellos otros de ejercicio abusivo o antisocial, para lo que ya se cuenta, por ejemplo, con los arts. 6 y 7 del Código Civil, y el art. 11.2 Ley Orgánica del Poder Judicial. Y sin perjuicio también, lógicamente, de regular un proceso civil no dispositivo, referido principalmente al estado civil y condición de las personas.

### III. La llamada *publicización del proceso*

El principio dispositivo determina quién inicia el proceso y también que son las partes quienes fijan su objeto, pero a partir de aquí es preciso atender a cómo deben repartirse las facultades materiales y procesales en la dirección de ese proceso.

En la concepción propia del siglo XIX se partía de la idea de que la naturaleza privada de los intereses en juego en el proceso civil debía significar que las partes tenían que ser también las “dueñas del proceso”. Esta idea proviene de la desconfianza del liberalismo frente a toda actividad del Estado y ahora, en concreto, frente a los órganos jurisdiccionales del mismo. Estos en esa concepción están al servicio de los particulares para solucionar, cuando y como aquellos juzguen conveniente, los conflictos de intereses. De ahí la limitación extraordinaria de las facultades del juez en el proceso regulado en el siglo XIX; Manresa, el autor principal de la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1881, consideraba que “la mejor ley de procedimientos es la que deja menos campo al arbitrio judicial”, por cuanto este arbitrio “es incompatible con las instituciones liberales”<sup>57</sup>.

Frente a la idea de que el proceso es “cosa de las partes”, a lo largo del siglo XX se ha ido haciendo referencia a la llamada publicización del proceso, estimándose que esta concepción arranca de Klein y de la Ordenanza Procesal Civil austríaca de 1895. Las bases ideológicas del legislador austríaco, enraizadas en el autoritarismo propio del imperio austro-húngaro de la época y con extraños injertos, como el del socialismo jurídico de

<sup>57</sup> MANRESA, Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, I, 1.ª edición, Madrid, 1881, pág. 10.



Menger, pueden resumirse, como han destacado Sprung<sup>58</sup> y Cipriani<sup>59</sup>, en estos dos postulados: 1) El proceso es un mal, dado que supone una pérdida de tiempo y de dinero, aparte de llevar a las partes a enfrentamientos con repercusiones en la sociedad, y 2) El proceso afecta a la economía nacional, pues impide la rentabilidad de los bienes paralizados mientras se debate judicialmente sobre su pertenencia. Estos postulados llevan a la necesidad de resolver de modo rápido el conflicto entre las partes, y para ello el mejor sistema es que el juez no se limite a juzgar sino que se convierta en verdadero gestor del proceso, dotado de grandes poderes discrecionales, que han de estar al servicio de garantizar, no sólo los derechos de las partes, sino principalmente los valores e intereses de la sociedad.

A partir de Klein puede seguirse toda una evolución en la que, de una u otra forma, se destaca una pretendida función social del proceso, su conversión en un fenómeno de masas, en torno al que se consagra la expresión publicización del mismo, y sobre la que la doctrina ha debatido y sigue debatiendo. En ese debate se ha llegado a sostener la conveniencia de suprimir el principio de la iniciación del proceso a instancia de parte, como se hizo en los países comunistas.

Naturalmente que en el mejor desarrollo del proceso civil está interesado el Estado es algo obvio, y lo es tanto que no ha sido negado por nadie, pero desde esta obviedad no puede llegarse en el razonamiento posterior a la conclusión de negar la plena aplicación del principio dispositivo, pues ello implicaría negar la misma existencia de la naturaleza privada de los derechos subjetivos materiales en juego. La publicización del proceso tuvo su origen en un momento y en un país determinado y se plasmó en una Ordenanza Procesal Civil que, al menos, debe calificarse de antiliberal y autoritaria, y opuesta a su alternativa que es la concepción liberal y garantista del proceso civil. El conceder amplios poderes discrecionales al juez, y precisamente a unos jueces como el austríaco o el italiano de sus épocas fuertemente sujetos al poder ejecutivo, sólo se explica si al mismo

---

<sup>58</sup> SPRUNG, La basi del diritto processuale civile austriaco, en *Rivista di Diritto Processuale*, 1979, pág. 27.

<sup>59</sup> CIPRIANI, Nel centenario del Regolamento de Klein, en "Ideologie e modelli", cit., págs. 29-30.

tiempo se priva de esos poderes a las partes, poderes que en realidad se resuelven en garantías de las mismas en el inicio y en el desarrollo del proceso civil<sup>60</sup>.

No se ha destacado lo suficiente que los códigos en que se han concedido mayores facultades a los jueces se han promulgado precisamente en países y momentos en que esos jueces eran menos independientes, de lo que ha resultado que, a la postre, con la concesión de esas facultades se estaba favoreciendo la injerencia del poder ejecutivo en la efectividad de los derechos subjetivos de los ciudadanos.

Una cosa es reconocer que el proceso civil ya no es sólo el reducto de la clase media de un país, es decir, el medio previsto por el legislador para que los poseedores debatieran en torno al derecho de propiedad, y otra muy distinta configurarlo como un fenómeno de masas en el que no importan tanto los derechos individuales del ciudadano cuanto los intereses públicos o sociales. Por ello en los últimos años estamos asistiendo a la difusión de la idea de que el proceso civil se resuelve básicamente en un sistema de garantías de los derechos de los ciudadanos, en el medio jurídico para que las partes debatieran en condiciones de plena contradicción e igualdad los conflictos que los separan. Y ello sin dejar de asumir la realidad social de la proliferación de los procesos y de la búsqueda de nuevas soluciones y, sobre todo, sin confundir la autonomía de la voluntad y la libertad de los ciudadanos en la tutela de sus derechos e intereses legítimos y el hacer posible esa tutela de modo efectivo, facilitando el acceso a los tribunales y tendiendo a que dicho acceso se realice en condiciones de igualdad.

---

<sup>60</sup> La Relazione al Re del Codice italiano de 1940 proclamaba paladinamente que el aumento de los poderes del juez era “direttiva fondamentale della riforma” (12, párrafo 1): “El juez... es el órgano al que el Estado confía la función esencial de actuar la ley por medio del procedimiento. En el fondo de la cuestión está el renovado concepto de la dignidad y autoridad del Estado fascista y de sus órganos, por lo que no sería concebible que el juez asista, espectador impasible, y tal vez impotente, como si fuese un árbitro en un campo de gimnasia que se limita a asignar puntos y a controlar que sean observadas las reglas del juego, a una lucha en la que se empeña, por el contrario, la más celosa y la más alta función y responsabilidad del Estado. Es necesario, por tanto, que el juez tenga la dirección del proceso, una posición preeminente y reguladora”. La Relazione había sido olvidada, después de no haber sido publicada desde 1943 (así CIPRIANI, Codice di procedura civile con la Relazione al Re, Bari, 1997), pero los que tenían edad para haberla leído en su día han olvidado que la reiterada alusión que después se ha hecho a juez espectador y a juez director provenía de ella. Cuando en la actualidad se sigue sosteniendo por muchos que el juez no puede seguir siendo un mero espectador del proceso se están repitiendo las palabras que Calamandrei puso en la pluma de Grandi, y se está afirmando que el aumento de los poderes del juez es una conquista de la civilización (se entiende fascista).

El fenómeno de la publicación se ha basado, creemos, en una gravísima confusión entre las facultades materiales y las facultades procesales de dirección del proceso<sup>61</sup>. Una cosa es aumentar los poderes del juez respecto del proceso mismo (en su regularidad formal, en el control de los presupuestos procesales, en el impulso, por ejemplo) y otra aumentarlas con relación al contenido del proceso y de modo que pueda llegarse a influir en el contenido de la sentencia. No hay obstáculo alguno en aumentar las facultades procesales (y de ahí que nadie se oponga a convertir el tradicional impulso de parte en impulso de oficio), y con ello puede entenderse que se prima al interés público sobre el privado, pero sí lo hay en que el juez pueda de oficio iniciar el proceso o alegar hechos o practicar prueba no pedida por las partes, pues de este modo se está afectando a la existencia de los derechos subjetivos reconocidos en la norma material.

## **11. Las facultades materiales de dirección**

El reparto de las facultades materiales de dirección del proceso entre el juez y las partes atiende a quién debe aportar los elementos que pueden influir en la decisión que ha de adoptar el juez al final del mismo. Esos elementos se refieren a los hechos y a las pruebas, y a ellos atiende el llamado principio de aportación.

### **I. La aportación de los hechos**

Respecto de los hechos el principio de aportación significa que corresponde a las partes la facultad de dirección que se refiere a que los hechos han de ser afirmados por las partes, pues a ellas se atribuye la determinación del objeto del proceso y del objeto del debate. El juez no puede aportar hechos al proceso. El art. 216 de la nueva LEC dice que los tribunales civiles

---

<sup>61</sup> CARRERAS, La función del juez en la dirección del proceso civil (Facultades materiales de dirección), en "Estudios de Derecho Procesal" (con Fenech), Barcelona, 1962; FENECH, Facultades procesales de dirección, en el mismo volumen. SERRA, Liberalización y socialización del proceso civil, en Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, 1972, 2.3; CORDON, En torno a los poderes de dirección del juez civil, en Revista de Derecho Privado, 1969.

decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos y pretensiones (en realidad, peticiones) realizadas por las partes.

### **A) El objeto del proceso**

Prescindiendo ahora de los elementos subjetivos de la pretensión (de quien pide y de frente a quien se pide, es decir, del demandante y del demandado), los elementos objetivos de esa pretensión son lo que se pide (o *petitum*) y la causa de pedir (la *causa petendi*). El principio dispositivo supone que el juez debe ser congruente con lo que se pide por las partes, pero también que no puede tener en cuenta más que los hechos aducidos como causa de pedir de esa petición.<sup>62</sup>

La individualización de la pretensión, es decir, el distinguirla de todas las demás posibles, consta de dos elementos:

- 1.) Subjetivos: Las partes del proceso, quien formula la pretensión (actor o demandante) y aquél contra el que se formula (demandado).
- 2.) Objetivos: Son lo que se pide y la causa de pedir. La petición determina el objeto del proceso civil porque, tratándose de derechos subjetivos privados, el demandante tiene completa libertad para fijar lo que pide.

El demandante puede fijar, primero, la clase de tutela jurisdiccional que pide (declaración, constitución o condena) y, después, el bien concreto que pide, mientras que el demandado puede admitir la petición allanándose a ella. El juez puede pronunciarse sólo sobre lo que se pide y queda vinculado por las admisiones hechas por el demandado.

La causa de pedir son siempre hechos, acontecimientos de la vida que suceden en un momento en el tiempo y que tienen trascendencia jurídica, esto es, que son el supuesto de una norma que les atribuye consecuencias jurídicas. Esos hechos han de ser aportados en todo caso por el demandante, pues de lo contrario se estaría destruyendo uno de los pilares del

---

<sup>62</sup> Ya respecto de la LEC de 2000, TAPIA FERNÁNDEZ, El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada, Madrid, 2000.

principio dispositivo y con él de la autonomía de la voluntad y de la libertad de los particulares para ejercitar los derechos subjetivos que cada uno estima que le son propios.

El proceso civil se basa en que sólo el demandante puede aportar los hechos que fijan la causa de pedir del proceso civil. La parte es así la única que puede decidir si acude al proceso (por el ejercicio del derecho de acción) y la única que decide los términos de la pretensión que ejercita; elemento determinante de esa pretensión es lo que pide y el porqué lo pide; ese porqué han de ser hechos y los mismos sólo puede aportarlos la parte. El juez no puede tener nunca la facultad de aportar hechos al proceso para determinar la causa de pedir de la petición, y tampoco podrá apartarse de esa causa de pedir a la hora de estimar o desestimar la pretensión.

### ***B) El objeto del debate***

Frente a la pretensión del demandante, el demandado, al formular su resistencia, puede limitarse a negar los hechos afirmados por aquél, pero también puede afirmar hechos que sirvan de fundamentación a su resistencia y petición de absolución. Los hechos afirmados por el demandado no servirán para determinar el objeto del proceso (que es siempre y sólo la pretensión), pero sí sirven para:

- 1.) Ampliar los términos del debate: Si el demandado fundamenta su resistencia, esto es, si alega hechos propios, esos hechos amplían la materia sobre la que se debate en el proceso.
- 2.) Completar lo que debe decidirse en la sentencia: Si el demandado alega hechos propios, la decisión del juez no puede ya referirse sólo a la pretensión del demandante (petición y fundamentación), sino que ha de atender también a la fundamentación de la resistencia.

Todos los hechos, tanto los que sirven de causa de pedir de la petición del actor, como los que fundamentan la resistencia del demandado, tienen que ser aportados al proceso por las partes. El juez no puede delimitar,

mediante aportaciones propias de hechos, ni el objeto del proceso, ni el objeto del debate.

Si el juez pudiera aportar hechos atentaría a la misma esencia de lo que es un proceso civil, pues con ello se estaría convirtiendo en parte. Suele decirse que esta imposibilidad de aportación de hechos por el juez se basa en la imparcialidad del mismo, de modo que si llegara a admitirse esa aportación se convertiría en parcial. En realidad lo que impide esa aportación no es el principio de imparcialidad del juez, sino la existencia de funciones o papeles incompatibles en el proceso. En éste cada uno de los sujetos que intervienen en él tiene un papel que cumplir y la mezcla de esos papeles llevaría a que el juez, bien adoptara el papel de parte (si investigara los hechos para aportarlos), bien asumiera el papel de testigo (si ha tenido conocimiento de los mismos extrajudicialmente). Juez y parte y juez y testigos son papeles incompatibles.

### **C) *El tema de prueba***

La distinción anterior entre objeto del proceso y objeto del debate precisa completarse atendiendo al tema de prueba (no al objeto de la prueba, que es cosa diferente), esto es, a lo que debe probarse en un proceso concreto para que el juez declare la consecuencia jurídica pedida por la parte. El tema de prueba son:

- 1.) Los hechos afirmados por una o por otra parte: La prueba ha de referirse a los hechos afirmados por el actor, pero también a los hechos afirmados por el demandado, cuando éste no se ha limitado a negar la fundamentación de la petición del actor, sino que ha efectuado afirmaciones propias de hechos. La prueba sólo puede referirse a esos hechos; si un hecho no ha sido afirmado al menos por una de las partes, ese hecho no existe para el proceso.
- 2.) Los hechos controvertidos: Dentro de los hechos afirmados por las partes, la necesidad de prueba sólo puede referirse a los hechos que, después de las alegaciones, resulten controvertidos. Los hechos afirmados por las dos partes, o afirmados por una y admitidos por la otra, han de ser estimados como existentes por el juez, el cual no podrá desconocerlos en la sentencia.

El principio de aportación de parte supone también que éstas tienen la facultad de admitir como existentes los hechos afirmados por la contraria, quedando los mismos fijados para el juez, que ha de partir de su existencia a la hora de dictar sentencia, sin que pueda desconocerlos. Si las partes delimitan el objeto del proceso y el objeto del debate, esto es, si pueden afirmar los hechos que estimen conveniente para fundamentar su pretensión y su resistencia, no puede negarse estas otras consecuencias: 1) Los hechos no afirmados al menos por una de las partes no existen, y 2) Los hechos afirmados por las dos partes, o afirmados por una y admitidos por la otra, existen.

Esto es lo que se dice en el art. 281 de la LEC cuando, por un lado y en apartado 1, se dispone que la prueba tendrá por objeto los hechos que guarden relación con la tutela pedida en el proceso y, por otro, el apartado 3, declara exentos de prueba los hechos sobre los que exista plena conformidad de las partes (salvo cuando el objeto del proceso no fuera disponible).

## II. La determinación del derecho aplicable

Los antiguos brocardos *iura novit curia* y *da mihi factum dabo tibi ius* ponen de manifiesto el deber y facultad del juez, primero, de conocer el derecho y, segundo, de aplicar en el caso concreto que juzga la norma adecuada. Esta facultad y deber no está sujeta a discusión doctrinal y no lo está porque la norma jurídica no sirve para delimitar el objeto del proceso.

Los anteriores brocados tienen su origen en los glosadores (no son romanos) y sirven también para poner de manifiesto la distinta posición del juez ante los hechos y ante el derecho. Un hecho no afirmado al menos por una de las partes no existe para el juez y un hecho afirmado por las dos partes existe para el juez; por el contrario, el juez no puede dar por existente una norma aducida por las dos partes si esa norma realmente no existe, y no puede dejar de tomar en cuenta una norma existente, aunque no haya sido aducida por las partes. Las normas existen o no

independientemente de que las partes las aduzcan y la conformidad entre ellas no puede crearlas.

Normalmente en el proceso civil las normas reguladoras de la demanda disponen que en la misma el actor realizará una fundamentación en derecho de lo que pide, y lo mismo se ordena para la contestación de la demanda al demandado, aunque no siempre es así. Cuando se trata de procesos relativos a asuntos de escasa entidad económica, en los que no se exige la intervención de abogado, las leyes permiten la presentación de demandas y de contestaciones a la demanda sin fundamentación jurídica, y esto sólo es porque esa fundamentación no añade nada a la individualización del objeto del proceso y porque el juez debe aplicar la norma que legalmente corresponda.

La alegación de una norma general y abstracta (un determinado artículo del Código Civil, por ejemplo) no puede servir para distinguir un proceso civil de otro, para individualizarlo, y de ahí que suela entenderse que “los Tribunales no tienen ni necesidad ni obligación de ajustarse, en los razonamientos jurídicos que les sirven para motivar sus fallos, a las alegaciones de derecho de las partes, y pueden basar sus decisiones en fundamentos jurídicos distintos, pues a ello les autoriza la regla del aforismo *iura novit curia*” (STC 20/1982, de 5 de mayo).

Siendo esto lo normal en los supuestos ordinarios (el actor pide que se condene al demandado a pagarle una cantidad, afirma unos hechos determinados y dice que los mismos dieron lugar a una relación jurídica de permuta, con cita de un artículo del Código Civil, el juez puede condenar a esa cantidad diciendo en la sentencia que la relación jurídica lo fue de compraventa y cita otro artículo del Código Civil), no falta algún supuesto en lo que la situación se presenta de modo no tan evidente. Lo que debe tenerse en cuenta en cualquier caso es que la regla no puede llegar a la negación del principio dispositivo, esto es, no puede conducir a entender que el juez puede condenar a lo no pedido por la parte, a más de lo pedido o a basarse en razones distintas de las aducidas por la parte.

Por eso dispone el art. 218.1, II que el tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos



de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes.

Cosa distinta es que el cambio del punto de vista jurídico pueda llegar a entenderse como indefensión de las partes, que no han podido conocer ni alegar en torno al mismo. La “tercera opinión”, la del juez, ha de haberse puesto antes en conocimiento de las partes, dando a éstas la oportunidad real de alegar sobre la misma. Lo que entra en juego entonces no es el objeto del proceso, sino el derecho de defensa.

## **12. Las facultades procesales**

La dirección formal del proceso atiende a quién asumirá en el mismo las facultades de controlar la regularidad o formal o técnica de los actos procesales y de impulsar el procedimiento para que éste se desarrolle pasando de una fase a otra. En otras palabras, la dirección formal no se refiere ni afecta al contenido del proceso; afecta al proceso en sí mismo considerado y básicamente ha de resolver quién, si el juez o las partes: 1) Debe controlar la admisibilidad de la pretensión y, por tanto, si es posible dictar o no una sentencia de fondo al concurrir los presupuestos necesarios para ello (no el contenido de la sentencia, sino su misma existencia), y 2) Debe impulsar el proceso haciéndolo avanzar por la fases previstas legalmente.

Las facultades procesales no se refieren a aquello que puede servir para determinar el contenido de la sentencia, sino sólo a aquello que puede determinar, primero, si hay sentencia sobre el fondo (presupuestos procesales) y, después, cuando y como se llega a la sentencia (impulso procesal).

### **I. Sobre los presupuestos procesales**

La teoría de los presupuestos procesales tiene su origen en Oscar von Bülow que, partiendo de la consideración del proceso como relación jurídica, los concebía como “elementos constitutivos de la relación jurídica

procesal”, esto es, como las prescripciones que deben fijar “la admisibilidad y las condiciones previas para la tramitación de toda relación procesal”. Un defecto en cualquiera de ellos impediría el surgir del proceso<sup>63</sup>. Los presupuestos se refirieron así a todo el proceso y condicionaban la existencia del mismo.

El paso siguiente consistió en poner de manifiesto que la amplitud con que se entendían era excesiva. Los presupuestos se refieren sí a todo el proceso, pero no pueden ser condicionantes de la existencia del proceso mismo, pues si los presupuestos se examinan y se resuelve sobre su existencia en el proceso, es que ya ha existido éste. Por eso Goldschmidt y Rosenberg refirieron los presupuestos a la sentencia sobre el fondo.

Los presupuestos atienden a condiciones que, si bien referidas al proceso como conjunto y no a actos procesales determinados, lo que condicionan es que en el proceso pueda llegar a dictarse una resolución sobre el fondo del asunto. El órgano judicial puede haber tramitado todo el proceso para advertir, en el momento de dictar sentencia, que en ésta no puede decidir sobre la pretensión planteada ante la falta de alguna de esas condiciones.

Bülow, siempre concibiendo el proceso como relación de Derecho público, entendía que la validez de la relación procesal es una cuestión que no puede dejarse a la voluntad de las partes, al no ser una cuestión privada, sino que el control de la existencia de los presupuestos puede realizarse por el juez de oficio. No se trata de que los controle sólo el juez, sino que él puede hacerlo si las partes no oponen las oportunas excepciones procesales.

Advertido, con todo, que no ocurre así en todos los Ordenamientos jurídicos se distinguió por Rosenberg<sup>64</sup> entre:

- 1) Presupuestos: Que son aquellos que un Ordenamiento jurídico permite que sean controlados de oficio por los órganos jurisdiccionales, e
- 2) Impedimentos: Los que han de ser alegados por alguna de las partes (lógicamente por el demandado) para que puedan ser tenidos en cuenta por el juez.

<sup>63</sup> BÜLOW, La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales, Buenos Aires, 1964 (el original alemán es de Giesse, 1868), traducción de Rosas, págs. 4 y ss. y 292 y ss.

<sup>64</sup> ROSENBERG, Tratado de derecho procesal civil, II, Buenos Aires, 1955, traducción de Romera Vera, págs. 44 y ss.

Las condiciones determinan, en todo caso, la posibilidad de que el juez pueda dictar una sentencia sobre el fondo del asunto, pero el que en un Ordenamiento jurídico existan más presupuestos que impedimentos, o viceversa, depende de como en ese Ordenamiento se han repartido las facultades entre el juez y las partes en general o respecto de cada proceso concreto. La vieja concepción del siglo XIX llevó a que en la regulación del proceso civil el juez tuviera pocas facultades de control de los presupuestos procesales, de modo que existían más impedimentos procesales; conforme se han ido dictando leyes nuevas las facultades del juez han ido aumentando y con ellas su control de los presupuestos<sup>65</sup>.

En la LEC de 2000 el aumento de las facultades del juez sobre los presupuestos procesales se manifiesta en que, en la audiencia previa, puede proceder de oficio al control de todos los presupuestos procesales. Según el art. 416.1 el tribunal resolverá en la esa audiencia sobre cualesquiera circunstancias que puedan impedir la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo.

Un aspecto concreto del control de los presupuestos procesales es el relativo a la inadmisión *in limine* o inicial de la demanda, pues debe tenerse en cuenta que una cosa es que el juez controle en ese momento la concurrencia de los presupuestos (determinando cuáles son insubsanables y cuáles subsanables) y otra que pueda inadmitir la demanda por razones de fondo.

Es evidente que el juez ha de poder no admitir a trámite una demanda cuando él no es competente por razón de la materia para conocer de la misma, pero también lo es que en el inicio del proceso el juez no puede

---

<sup>65</sup> Aunque no siempre se manejan con suficiente precisión los términos, no es lo mismo presupuesto procesal que requisito procesal. Si los primeros se refieren a todo el proceso, los segundos atienden a actos procesales en concreto. Ante la falta de un presupuesto (o impedimento) el juez no puede dictar sentencia de fondo; ante la falta de un requisito se producirá la ineficacia de un acto determinado. La confusión proviene de que en ocasiones la determinación de la concurrencia de los presupuestos tiene que realizarse en momentos iniciales, bien del proceso bien de algún recurso, esto es, sin esperar a llegue el de dictar sentencia, y entonces puede llegarse a la inadmisión de ese acto inicial, no por la falta de un requisito sino por la de un presupuesto. El ejemplo más claro es el de la demanda, que puede ser inadmitida por el juez ante la falta del presupuesto de la competencia que, evidentemente, se refiere a todo el proceso, y que no consiste en que falta un requisito de la demanda misma como acto.

atender a las posibilidades de éxito de la pretensión interpuesta en ella. La regla general ha de ser que el juez ha de admitir todas las demandas, pues en ello está en juego el derecho de acción, constituyendo la inadmisión la forma más clara de indefensión. La decisión del juez sobre la admisión de la demanda puede atender a la concurrencia de los presupuestos y al cumplimiento de los requisitos procesales, pero no a la cuestión de fondo, a si la pretensión tiene o no posibilidades de éxito (salvados supuestos excepcionales).

## II. Sobre el impulso procesal

La alternativa entre el impulso de parte y el impulso oficial no se refiere a quién inicia el proceso y ni siquiera a en manos de quién queda la iniciativa para continuarlo por medio de los recursos o de la ejecución, pues a todo ello atienden principios ya examinados.

La iniciación del proceso depende siempre del principio dispositivo, por lo que corresponde a las partes. También son éstas las que pueden o no interponer recursos contra las resoluciones dictadas, sin que existan recursos de oficio. De la misma manera la ejecución de la sentencia se iniciará siempre previa petición de parte (art. 549 LEC de 2000).

Cuando se habla del impulso se está haciendo referencia a quién, las partes o el juez, hace avanzar el proceso dentro de una instancia o dentro de la ejecución; el impulso, pues, presupone que las instancias o la ejecución ya se han iniciado, a petición de parte, y atiende a los pasos que han de darse dentro de cada una de ellas. En el impulso de parte el proceso avanza a instancia de parte, pues son éstas las que deben solicitar del juez que declare terminada una fase procesal y que abra la siguiente, mientras que cuando rige el impulso de oficio el juez dicta las resoluciones precisas para hacer avanzar el proceso sin esperar a que exista petición de parte<sup>66</sup>.

En la actualidad el impulso oficial rige en todos los procesos por cuanto se ha entendido que ha de quedar dentro de las facultades del

---

<sup>66</sup> SERRA, Impulso procesal, en "Estudios de Derecho procesal"; Barcelona, 1979.

órgano jurisdiccional, presupuesta la incoación bien en virtud del principio dispositivo bien del de oficialidad, el hacer que el proceso se desarrolle por sus fases normales. Advuértase, con todo, que el impulso no se refiere a la continuación del proceso por medio de los recursos y de la ejecución, que siempre exigen petición de parte.

En el proceso civil español el paso de un acto procesal a otro dependía de la petición de las partes. El art. 521 de la LEC de 1881, en su redacción originaria, dejaba completamente en manos de las partes el impulso procesal: «Transcurrido el término señalado a una parte para cualquier traslado, actuación o diligencia sin haberlo evacuado y, en su caso, la prórroga que se hubiese otorgado, *a instancia de la contraria*, se dará a los autos el curso que corresponda». Estábamos aquí ante una consecuencia inevitable de la ideología liberal y del predominio de las partes en el proceso.

La situación se hizo insostenible y a remediarla vino el RD-ley de 2 de abril de 1924, que derogó los arts. 308, 309, 311, 312 y 521 de la LEC, introduciendo el impulso oficial: «No será necesario que los litigantes insten el curso del procedimiento, una vez iniciado, para que las autoridades del orden judicial observen y hagan observar, sin excusa alguna, en toda clase de juicios y actuaciones de que conozcan los términos procesales señalados al efecto» (art. 1)<sup>67</sup>. Después la Ley 34/1984, de 6 de agosto, derogó este RD-ley pero introduciendo sus normas de la LEC de 1881.

La LOPJ de 1985 llevó a su art. 237 la regla general de que, salvo que la ley disponga otra cosa, el órgano jurisdiccional dará de oficio al proceso el curso que corresponda dictando los proveídos necesarios, y en el art. 288 confió ese impulso al secretario judicial por medio de las diligencias de ordenación. Ahora el art. 179.1 de la LEC de 2000 establece que, salvo que la ley disponga otra cosa, el órgano jurisdiccional dará de oficio al proceso el curso que corresponda dictando las resoluciones necesarias y el art. 216 añade que la falta de impulso del procedimiento por las partes o interesados no originará la caducidad de la instancia o del recurso.

---

<sup>67</sup> SENTÍS MELENDO, Celeridad en los juicios, en "Teoría y práctica del proceso", III, Buenos Aires, 1959, págs. 58 y ss.

### **13. Los principios relativos a la prueba**

Tradicionalmente la función de la prueba ha venido refiriéndose al descubrimiento de la ver- dad, dándose así origen a otro mito ahora en materia de prueba, y con más profundas consecuencias prácticas que en el anterior.

#### **I. La pretendida búsqueda de la verdad**

En este sentido de la búsqueda de la verdad se pronunció toda la doctrina del siglo XIX y también buena parte de la del presente, para la que “las pruebas son los diversos medios por los cuales llega la inteligencia al descubrimiento de la verdad”<sup>68</sup>. Sin pretender plantear cuestiones metafísicas (la verdad a la que se llega por la inteligencia), físicas (la verdad que proporcionan los sentidos) o históricas (la verdad que nos narran otras personas) puede afirmarse que hoy se reconoce comúnmente que esa aspiración era demasiado ambiciosa. La humildad ha exigido acabar con este otro mito.

#### **A) La renuncia a la verdad**

La necesidad de renunciar a la búsqueda de la verdad se descubre simplemente teniendo en cuenta algo que es consustancial con el proceso civil:

- a) Los hechos no afirmados al menos por una de las partes no existen para el juez, que no puede salir a la búsqueda de los mismos.
- b) Los hechos afirmados por las dos partes o afirmados por una y admitidos por la otra existen para el juez, que no puede desconocerlos en la sentencia.

---

<sup>68</sup> BONNIER, Tratado teórico-práctico de las pruebas en derecho civil y penal, I, Madrid, 1869, traducción de De Vicente y Caravantes, pág. 48.

- c) Respecto de los hechos controvertidos debe recordarse que la actividad probatoria no es investigadora, sino simplemente verificadora, lo que supone que:
- 1) En sentido estricto la investigación implica ir a la búsqueda o descubrimiento de unos hechos desconocidos y, evidentemente, éste no es el supuesto del proceso civil; en él las partes tienen la facultad exclusiva de realizar las afirmaciones de hechos y el juzgador se limita a verificar la exactitud de esas afirmaciones y, además, sólo en el caso de que hayan sido negadas o contradichas. Únicamente respecto de los hechos controvertidos ha de producirse la verificación o comprobación.
  - 2) Los elementos con los que debe producirse la verificación no son los que decida discrecionalmente el juzgador, sino los que propongan las partes. En otros ordenamientos jurídicos, los basados en una concepción autoritaria del juez, éste puede decidir, sin petición de parte, la práctica de medios de prueba, pero en el Derecho español, de raigambre liberal y garantista, sólo se practicarán los medios que propongan las partes. El juez puede rechazar un medio de prueba propuesto por la parte, pero no puede practicar un medio de prueba no propuesto por ellas. Veremos después con más detalle los poderes probatorios del juez en el proceso civil.
  - 3) Además la actividad verificadora ha de realizarse conforme al procedimiento previsto en la ley, y no de cualquier otra forma. El principio de legalidad que informa todo el proceso civil, expresado en el artículo 1 de la LEC, tiene aquí una especial incidencia, por cuanto el legislador sujeta a reglas precisas el cómo realizar la verificación.
  - 4) En la verificación no todo vale, esto es, no pueden sacrificarse derechos que se consideran superiores a la misma verdad, como se manifiesta de modo muy claro en la ilicitud de la prueba, que determina que determinados conocimientos no sirven para determinar qué hechos se entienden probados, de modo que el legislador ordena al tribunal que en la sentencia desconozca hechos que, sin embargo, se conocen.

Todo lo anterior nos indica, sin más, que *la búsqueda de la verdad no puede ser la función de la prueba civil*. Si los hechos controvertidos pueden ser sólo los afirmados por las partes, si los medios de prueba a practicar han de ser únicamente los propuestos por las partes y si todo se reduce a que mediante éstos se trata de verificar aquéllos, no hace falta más para convencernos de que *la verdad está fuera del alcance de la prueba procesal*. Y adviértase que no nos hemos referido a las reglas legales de valoración de la prueba.

## **B) *Las clases de verdad***

Descartada la concepción anterior, la doctrina distinguió entre clases de verdad con referencia a las clases de procesos. Se pasó a sostener que si en el proceso penal la función de la prueba debía seguir siendo la búsqueda de la verdad, que se calificó de material, en el proceso civil bastaba con una verdad que se llamó formal. Si el juzgador estaba jurídicamente limitado en la búsqueda de los hechos, el resultado de la actividad probatoria se admitió que no podía ser la “verdad verdadera”, sino simplemente una verdad jurídica, no basada en las leyes de la lógica sino fundada en las leyes jurídicas.

La distinción anterior era y es absurda pero fue sostenida por la doctrina (sobre todo la alemana) durante décadas y, sobre todo, permitió a los procesalistas penales diferenciar la prueba penal de la civil. El mito de la verdad formal fue destruido por Carnelutti, simplemente evidenciando que la verdad no puede ser más que una, de modo que, o la verdad formal coincide con la verdad material, y no es más que verdad, o discrepa de ella, y no es sino una no verdad<sup>69</sup>.

La claridad de la inexistencia lógica de clases de verdades, que sólo se explica desde la persistencia de un mito que está más allá de la razón, no está impidiendo que aún en la actualidad se haga referencia en ocasiones, y hasta en sentencias de los más altos tribunales, a la verdad material, o a que al tribunal no puede conformarse con la verdad formal y a otras expresiones de este género.

## **C) *Las funciones de la prueba***

A partir de la destrucción del mito, la doctrina se ha dividido en corrientes no muy bien perfiladas, en cuanto las diferencias entre unas y otras son de matiz, si bien cabe distinguir entre:

---

<sup>69</sup> CARNELUTTI, La prueba civil, 2.ª edición, traducción de Alcalá-Zamora, Buenos Aires, 1982, pág. 37.



## **a) Fijar hechos**

Una cosa es la fijación de los hechos controvertidos u ordenación del uso de determinados procedimientos que sirven para establecer los hechos conforme a lo dispuesto en la ley, aunque no se consiga la verdad. La ley regula una serie de mecanismos que el juzgador tiene que utilizar como sistemas únicos para llegar a la fijación de los hechos y esa fijación es la función de las normas probatorias.

No se está haciendo exclusivamente referencia entre esas reglas a las legales de valoración de la prueba, ni a las que determinan cuándo un hecho es controvertido. Incluso la prueba de los hechos controvertidos, cuando se trata de la valoración libre, debe practicarse conforme al sistema de la ley, y ese sistema no tiende al descubrimiento de la verdad sino a dejar establecidos formalmente los hechos de los que debe partirse en la sentencia.

Esas reglas son el resultado de pretender lograr la seguridad en la determinación de los hechos (utilizando las experiencias acumuladas para evitar errores) con economía en el esfuerzo (evitando la realización de actos superfluos). Naturalmente nada impide que con los medios jurídicos de fijación de los hechos se llegue realmente a descubrir la verdad, lo que por otra parte debe ser lo normal; lo que se dice en esta concepción es que la actividad probatoria se conforma con fijar los hechos necesariamente cumpliendo unas reglas jurídicas.

## **b) Convencer al juez**

Y cosa distinta es la convicción psicológica del juzgador, con lo que prueba es el conjunto de operaciones por medio de las que se trata de obtener el convencimiento del juez respecto a unos datos procesales determinados. Abandonada la pretensión de obtener la verdad, es decir, la realidad objetiva de los hechos, aparece la función de lograr otra realidad, si bien subjetiva, la convicción del juez.

Naturalmente esta concepción se ve obligada a negar o a quitar valor a elementos que vienen impuestos por la ley. Dada la existencia en nuestro Derecho positivo de medios de prueba con valor legal (como veremos después), afirmar que la función de la prueba es lograr la convicción del juez supone desconocer esas reglas legales, y para ello se dice que las mismas son “un residuo histórico de viejas concepciones en trance de continua superación”<sup>70</sup>.

Por otra parte la convicción acaba por referirse a la probabilidad. La certeza se produce cuando la inteligencia manifiesta la realidad de una afirmación, pero la certeza absoluta sólo puede producirse en el campo de la física o de la matemática, no en el del proceso, en el que sólo cabe una certeza moral, que se resuelve en la convicción, en cuanto medida psicológica de la certeza<sup>71</sup>.

### c) La certeza

Hoy no puede mantenerse una concepción unilateral de la concepción de la prueba procesal por cuanto no cabe determinarla de modo absoluto, es decir, sin referencia a un determinado Derecho positivo. Es cierto que en los últimos años se tiende a hacer equivaler prueba con convicción judicial, pero ello debe matizarse como decimos a continuación.

Puede acabar así sosteniéndose que, consciente el legislador de la imposibilidad de obtener la verdad metafísica y la física, reconduce la prueba a la certeza respecto de las afirmaciones de hechos de las partes, si bien asume que esa certeza puede lograrse de varios modos:

- 1.) Excluye de la prueba las afirmaciones de hecho de las partes sobre las que existe conformidad entre ellas, lo que se hace atendiendo a la naturaleza dispositiva del derecho material a aplicar.
- 2.) Establece unas veces en la ley y de modo reglado el valor que el juzgador debe conceder a un determinado medio de prueba, en el sentido de que configura la certeza independientemente del criterio subjetivo del propio juez, y ello hasta el

<sup>70</sup> GUASP, Derecho procesal civil, 2.<sup>a</sup> edición, Madrid, 1962, pág. 350.

<sup>71</sup> Debe leerse FURNO, Teoría de la prueba legal, traducción de González Collado, Madrid, 1954.

extremo de que cabría referirse a una “certeza objetiva”. Cuando la ley establece una norma de valoración lo que está diciendo es que, por ejemplo, la afirmación de hecho realizada por una parte que se ha verificado por un documento público ha de ser tenida como cierta por el juez.

- 3.) Otras veces dispone en la ley que el juzgador debe conceder a un medio de prueba el valor que estime oportuno conforme a las reglas de la sana crítica, con lo que la certeza se pone en relación con el convencimiento psicológico del mismo juez. En este caso cabría hablar de “certeza subjetiva”, siempre que no se olvidara que no se trata de que el juez pueda decidir “en conciencia”, pues la necesidad de motivar la sentencia ha de llevarle a exponer de modo razonado cómo ha llegado a formarse su convicción partiendo de los medios de prueba practicados.

El humilde abandono de la verdad y la consciente asunción de la certeza lleva a definir la prueba en nuestro Derecho positivo como la actividad procesal que tiende a alcanzar la certeza en el juzgador respecto de los datos aportados por las partes, certeza que en unos casos se derivará del convencimiento psicológico del mismo juez y en otros de las normas legales que fijarán los hechos.

## II. Los poderes del juez

El 16 de octubre de 1939 (el año XVII después de la Marcha sobre Roma) Grandi, ministro de Justicia italiano, se dirigió a la Comisión de las Cámaras Legisladoras diciendo: “El juez es el órgano al que el Estado confía la función esencial de aplicar la ley por medio del procedimiento. En el fondo de la cuestión está el renovado concepto de la dignidad y de la autoridad del Estado fascista y de sus órganos, para los cuales no sería concebible que el juez asista, espectador impasible y, alguna vez, impotente, como si fuese un árbitro en un campo de deporte que se limita a contar los puntos y a controlar que sean observadas las reglas del juego, a una lucha que afecta, por el contrario, directamente a la celosa y a la más alta función y responsabilidad del Estado. Es necesario, por tanto, que el juez tenga una precisa dirección del proceso, una posición preeminente y reguladora”<sup>72</sup>.

---

<sup>72</sup> Así se dice en la Relazione al Re, apartado 12.

Después, con ocasión de la *Relazione al Re* que precede al Código procesal civil, el 28 de octubre 1940 insistió en la necesidad de reforzar los poderes del juez en la dirección del proceso civil y, consecuencia de ello, fue que el Código dedicara un Título (el V del Libro I) a “De los poderes del juez” pero, sobre todo que en materia de prueba se le atribuyeran poderes de oficio que ponen en duda su imparcialidad, como es el caso de: 1) Acordar en cualquier momento del proceso el interrogatorio de las partes (art. 117), 2) Acordar el reconocimiento de personas y de cosas (art. 118), 3) Diferir el juramento supletorio (arts. 240 y 241 CPC y 2736 CC), 4) Formular al testigo todas las preguntas que estime útiles para esclarecer los hechos (art. 353), 5) Decretar careos (art. 254), 6) Llamar como testigos a personas cuyo nombre se ha conocido por la declaración de otro testigo (art. 257), etc., y sin olvidar que en el proceso de trabajo el art. 421 permite al juez acordar cualquier medio de prueba y en cualquier momento.

En este mismo orden de cosas se comprende que la doctrina italiana posterior al fascismo, y para mantener la vigencia del Código que, por alguna razón, se llamó de Mussolini, se esforzara en distinguir principios dentro del proceso civil. Se trató de distinguir entre el principio dispositivo y el principio de aportación de parte y, dentro de este segundo, entre aportación de los hechos y aportación de las pruebas<sup>73</sup>.

Antes de la caída del fascismo se hacía en España eco Guasp de la tendencia a aumentar las facultades del juez, citando lo que estaba ocurriendo en Alemania (se entiende la nazi) y en Italia (obviamente la fascista) y se lamentaba de que en la mayoría de las legislaciones (es decir, en las legislaciones con raigambre liberal) continuara la regla adversa a la iniciativa del juez en el proceso civil. A la adopción de una reforma radical en esta materia se oponía -seguía diciendo Guasp- el obstáculo del principio dispositivo que se concebía, no como una simple corruptela o vicio práctico, sino como una regla científica que informaba toda la marcha del procedimiento. Ese principio se consideraba por Guasp “rutina mental”,

---

<sup>73</sup> El estudio clave a destacar es el de CARNACINI, Tutela giurisdizionale e tecnica del processo, cit

precisando que era necesaria una crítica íntegra de esta tendencia individualista de innegable y marcada ascendencia liberal<sup>74</sup>.

Al principio de la verdad objetiva (llamada también verdad material para contraponerla a la verdad formal) como principio de la actuación procesal de los tribunales soviéticos se han referido los juristas rusos, los cuales han puesto de manifiesto que en la legislación comunista el juez debe “indagar” para el descubrimiento de esa verdad. Más aún, “la independencia del Tribunal Soviético respecto de los hechos señalados por las partes y su derecho de investigar también otros hechos, sustanciales para el asunto, asegura la posibilidad de hallar la verdad en el litigio y la dilucidación de las verdaderas relaciones mutuas entre las partes y por ello la defensa efectiva y real de las personas que participan en el litigio”<sup>75</sup>. En este contexto la posibilidad de que el juez acuerde cualesquiera medios de prueba no es más que una consecuencia de la negación del principio dispositivo.

Se entiende así que cuando se hace un resumen de los principios del proceso civil socialista se diga que se trata de: “la sustitución del poder de las partes respecto al desenvolvimiento del proceso por la iniciativa del juzgador, armoniosamente combinada con los derechos procesales de las partes en sentido estricto (poder de disposición respecto de la iniciación del proceso, derecho a defenderse, derecho a interponer recursos, etc.); poder de iniciativa probatoria a favor del juzgador, búsqueda de la verdad material; facultad del juzgador de la apelación de hacer valer motivos de impugnación no deducidos por la parte apelante... así como también la amplia participación de la Pro-kuratúra en el procedimiento civil”<sup>76</sup>.

Todavía cabe referirse a la Ordenanza Procesal Civil austríaca obra de Klein, que no puede dejar de representar la ideología base del

---

<sup>74</sup> Que él intentó llevar a cabo en su obra *Juez y hechos en el proceso civil* (Una crítica del derecho de disposición de las partes sobre el material de hecho del proceso), Bosch, Barcelona, 1943; se ha publicado recientemente en GUASP, Estudios jurídicos, Madrid, 1996, págs. 279 y ss.; la referencia a la “rutina mental” en pág. 280.

<sup>75</sup> En *Derecho procesal civil soviético*, dirigido por Gurvich, traducción de Lubán y revisión de Héctor Cuadra, México, 1971, pág. 227.

<sup>76</sup> STALEV, *El procedimiento civil en los estados socialistas miembros del C.A.M.E. Antecedentes, creación, desarrollo, tendencia fundamentales y soluciones: 1900-1975*, en “LXXV Años de evolución jurídica en el mundo”, volumen III, México, 1978, pág. 186

reaccionario Imperio austro-húngaro de finales del pasado siglo, y con todo ello se acaba de comprobar que la referencias a la verdad material o al aumento de los poderes del juez respecto de la prueba se asientan en un maremagnum de ideas políticas aparentemente contradictorias pero que acaban por ubicarse todas ellas en una concepción antiliberal o, si se prefiere, propiciadora de los poderes del Estado y, en último caso, totalitaria.

Después de que en buena medida todos hemos seguido por ese camino, en alguna publicación, que hoy debe calificarse de pecado de juventud, la mayor parte inconscientemente y deslumbrados por el mito, aunque no podemos negar que incurrimos en negligencia por no someter a la crítica intelectual propia e irrenunciable lo que se nos ofrecía, algunos hemos empezado a recapacitar sobre el modelo de juez que está implícito en algunas ideologías y sobre lo que ese modelo significa de supervivencia de concepciones autoritarias, y estamos procurando poner distancia ideológica e intelectual de por medio. Nos estamos preguntando, por ejemplo, cómo pudimos desconocer que la distinción entre juez espectador, juez dictador y juez director que hizo Alcalá-Zamora tenía su origen, incluso terminológicamente, en la Exposición de Motivos del Código fascista de 1940.

El poner distancia de por medio con concepciones autoritarias no fue lo que algunos grupos parlamentarios hicieron con ocasión del debate sobre la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000. Algunos siguen refiriéndose a :

- 1) “En la regulación del proyecto subyace una intervención del juez como mero espectador de la contienda, alejado y con poca capacidad de verdadero impulso procesal y de averiguación de la verdad material”<sup>77</sup>.
- 2) “Encima, el juez, al margen de todo, contempla impertérrito una especie de combate, que se supone igualitario y leal, y no puede intervenir ni puede tratar de descubrir la verdad, sino que debe aceptar, en el sagrado principio de aportación de parte, la apariencia de verdad que le aporten libremente los ciudadanos. Ese es

---

<sup>77</sup> Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación Permanente. Año 1999, 25 de febrero, VI Legislatura, núm. 217. Sr. Lasagabaster Olazábal (Grupo Mixto, de Eusko Alkartasuna, pág. 11632.

un modelo que no podemos compartir. Es un problema de fondo y no un problema anecdótico o de coyuntura”<sup>78</sup>.

La confrontación entre los modelos de juez, uno garantista liberal y otro autoritario cuando no totalitario, que se produjo con ocasión del debate parlamentario sobre la Ley de Enjuiciamiento Civil se ha saldado con un resultado poco definido. Adviértase que:

- 1.º) Por un lado el art. 282 dice que la iniciativa probatoria corresponde a las partes, de modo que las pruebas se practicarán a instancia de parte.
- 2.º) Por otro el art. 429.1, II, dispone para el final de la audiencia previa en el juicio ordinario que “cuando el tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria. Al efectuar esta manifestación, el tribunal, ciñéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos, podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente. En el caso a que se refiere el párrafo anterior, las partes podrán completar o modificar sus proposiciones de prueba a la vista de lo manifestado por el tribunal”.
- 3.º) Por fin, en las diligencias finales los medios de prueba se acordarán a instancia de parte, si bien el art. 435.2 dispone: “Excepcionalmente, el tribunal podrá acordar, de oficio o a instancia de parte, que se practiquen de nuevo pruebas sobre hechos relevantes, oportunamente alegados, si los actos de prueba anteriores no hubieran resultado conducentes a causa de circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de las partes, siempre que existan motivos fundados para creer que las nuevas actuaciones permitirán adquirir certeza sobre aquellos hechos. En este caso, en el auto en que se acuerde la práctica de las diligencias habrán de expresarse detalladamente aquellas circunstancias y motivos.

Como puede comprobarse en la nueva LEC y en materia de poderes del juez en la prueba se ha llegado a una solución de compromiso entre la tendencia liberal, propia del Proyecto de Ley, y la concepción autoritaria, introducida por las enmiendas admitidas. Esta solución de compromiso conduce a la indeterminación del modelo de proceso y serán los jueces

---

<sup>78</sup> Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación Permanente. Año 1999, 25 de febrero, VI Legislatura, núm. 217. Sr. Belloch Julbe (Grupo Socialista). Pág. 11637.

los que le den contenido. No hace falta tener mucha experiencia para estar convencido de que el juez español no hará uso de la facultad que le confiere el art. 429.1, II de la nueva LEC.

Las concepciones sobre los poderes del juez están evidenciando como se puede estar muy próximo a la esquizofrenia. Respecto del proceso penal hemos asistido en los últimos años a la limitación de las facultades del tribunal del juicio oral, con el argumento de la imparcialidad judicial, y a pesar de que en él entra en juego la aplicación del Derecho penal, mientras que en el proceso civil se está propiciando el aumento de los poderes del tribunal, a pesar de que se trata de la aplicación del Derecho privado. La contradicción es tan evidente que puede creerse que algunas personas, al sostener las dos posturas, tienen que tener doble personalidad, pues no se explica de otro modo, aunque también pudiera ser que los mitos no dejen ver la realidad y que la ideología impida el uso de la razón crítica.

### **III. La valoración de la prueba**

El mito con mayor arraigo en materia de prueba es el atinente a que lo moderno y racional es el sistema de valoración libre de la prueba, pues el sistema de prueba legal responde a épocas ya superadas del Derecho. Vamos a intentar destruir este mito convencidos que se ha basado en la pereza mental.

#### **A) *Los sistemas de valoración***

Los sistemas teóricos que se conocen como de prueba legal y de prueba libre no se refieren a la apreciación de la prueba, sino sólo a la valoración de la misma, y antes de entrar en su exposición general, y en la adecuación de nuestro ordenamiento procesal civil a ellos, es preciso delimitar su ámbito de aplicación.

- a) Negativamente hay que diferenciar entre principio de legalidad y prueba legal. Si la actividad procesal responde en general al principio de legalidad, como



dispone el artículo 1 de la LEC, una parte de esa actividad, la probatoria, también está sujeta al mismo principio. En este sentido el principio de legalidad determina cuáles son los medios de prueba, de modo que las partes no pueden pedir ni el juez acordar actividad probatoria que no esté prevista en la ley, y cómo tienen que proponerse y practicarse esos medios, con la consecuencia de que la actividad que no se acomode a lo dispuesto en la ley no puede calificarse de verdaderamente probatoria, ni puede servir para declarar probadas afirmaciones de hechos de las partes.

- b) Positivamente hay que precisar que la valoración de la prueba se refiere a la eficacia probatoria de las fuentes-medios, pero que son reglas legales de valoración tanto aquellas normas que disponen directamente el valor que debe concederse a una fuente-medio, como las que imponen o excluyen alguna fuente-medio para la prueba de un hecho determinado.

Las reglas legales de valoración a las que suele prestarse atención son aquellas que determinan el valor de un medio determinado de prueba, pero no son las únicas, pues reglas legales son también las normas que dicen que un hecho determinado sólo puede probarse por un o unos medios concretos de prueba y que excluyen unas fuentes-medios para probar un hecho concreto (caso del art. 51 Código de Comercio, según el cual la prueba testifical no basta por sí sola para probar la existencia de un contrato mercantil de cuantía superior a 1500 pesetas).

Precisado el alcance de los llamados sistemas de valoración de la prueba, hay que acercarse a los mismos sin el maniqueísmo habitual que parte de imputar a uno, el de la prueba legal, todas las aberraciones imaginables y al otro, el de la prueba libre, todas las perfecciones de este mundo. En los últimos tiempos ha proliferado una literatura, que difícilmente puede calificarse de científica, pues se ha partido en ella de un prejuicio deformador de la realidad.

## ***B) La prueba legal***

Para comprender lo que es el sistema legal de valoración de la prueba hay que empezar por decir que el mismo en la actualidad no tiene nada que ver ni con la prueba ordálica ni con la prueba apriorística, sino que

responde a lo que podemos considerar la certeza objetiva. A pesar de ello estimamos necesario hacer referencia a esos otros sistemas de valoración de la prueba, pues uno y otro se citan como variantes del sistema legal cuando realmente no hay tal.

### **a) La prueba ordálica**

Todavía hoy es un lugar común decir que el origen de las reglas legales de valoración de la prueba se encuentra en la creencia de la intervención divina en todos los acontecimientos humanos, lo que tuvo especial importancia en el sistema jurídico germánico de las ordalías. Estas eran un juicio de Dios que el juez se limitaba a constatar, dando la razón a aquella de las partes a la que el mismo Dios se la había dado antes.

Las ordalías se basaban, por un lado, en la ignorancia y, por otro, en la superstición; en la ignorancia de las relaciones de causa y efecto en los fenómenos de la naturaleza, y en la superstición de que todo dependía de la voluntad de Dios. Sólo desde estas perspectivas pueden explicarse las ordalías del duelo, del fuego, de la suerte, de la cruz y tantas otras. En ellas se trataba básicamente de que Dios se manifestaba haciendo que venciera en el combate quien tenía razón, no el más fuerte ni el más diestro con las armas, que no sufriera quemaduras o, por lo menos, que no fueran graves el inocente que tenía que caminar sobre hierros ardientes o que tocarlos, que sostuviera los brazos más tiempo en alto el litigante que decía verdad, etc.

Independientemente de la crueldad que pudieran significar todos estos medios para establecer la verdad de los hechos, lo más destacable de los mismos es la irracionalidad en la que descansan, que es propia de las sociedades más arcaicas, sin perjuicio de que el elemento de la fe religiosa haya hecho que alguna de esas ordalías se mantuviera durante largo tiempo, tanto que todavía pueden encontrarse restos en la Edad Media. Conviene destacar, con todo, que las Partidas prohibían expresamente la “lid de caualleros o de peones” (III, XIV) y que la confesión bajo tortura no tenía valor ni perjudicaba al confesante (III, XIII, 5).

## b) La prueba apriorística

Desterrado el sistema de las ordalías, lo típico del proceso común fue el establecimiento de toda una serie de reglas que determinaban el valor probatorio de todos y cada uno de los medios de prueba, tasándose así el resultado al que podía llegar el juez atendidas las pruebas practicadas. El establecimiento de un sistema legal completo y cerrado en torno al valor de las pruebas tuvo muy variados fundamentos, pero pueden destacarse dos:

- 1.) Filosóficamente se trataba de primar lo abstracto y general sobre lo concreto y especial, lo cual era propio de la filosofía escolástica o, por lo menos, de la degeneración de ésta. Esta concepción filosófica influyó en todos los saberes y si pudo limitar la experimentación, pudo también hacer preferir las abstracciones apriorísticas sobre el razonamiento individual del juez, como método que parecía más seguro para llegar a descubrir la verdad.
- 2.) Políticamente respondía al intento de limitar las facultades del juez que es, aunque parezca paradójico, algo típico de los estados absolutistas en los que, concentrado el poder en unas manos y actuando los jueces por delegación del titular del poder absoluto, éste pretende controlar lo que hacen aquéllos. Ese control se manifestaba en muy variados órdenes y así se establecía una cadena de recursos que podía llegar hasta el mismo titular del poder, se fijaban las reglas legales de valoración de la prueba y se disponía que el proceso fuera exclusivamente escrito, de modo que la sentencia no podía basarse en la inmediación, es decir, en lo visto y oído directamente por el juez, sino que tenía que atender a lo que constara en los autos por escrito, pues *quod non est in actis non est in mundo*.

De todo esto resultaba que la prueba apriorística no tenía nada que ver con la prueba ordálica sino que, en un determinado ambiente cultural, pretendía limitar los poderes del juez. Las reglas legales pudieron terminar siendo una garantía del ciudadano frente al juez, pero en su origen fueron producto de la desconfianza del titular del poder frente a sus propios jueces, a los cuales no se dejaba en libertad para establecer los hechos que debían considerarse probados.

### c) Las máximas de la experiencia legales

La prueba legal a la que cabe dar hoy sentido no tiene relación ni con la prueba ordálica ni con la prueba apriorística, aunque en esta última estaba ya el germen de lo que es decisivo para el sistema de la verdadera prueba legal: las máximas de la experiencia. Las reglas que el soberano imponía a sus jueces, para determinar los hechos probados, no eran absurdas ni producto de la arbitrariedad; podían ser, desde la perspectiva actual, discriminatorias por razón de raza, religión, sexo o condición social, pero en general respondían a la concepción que se tenía de las relaciones sociales y a verdaderas máximas de la experiencia.

La prueba legal que hoy defiende parte de la doctrina no es un rescaldo de la anterior prueba apriorística, ni la subsistencia de unas pocas reglas de las muchas que antes existieron, sino que es algo completamente diferente que encuentra su justificación en la seguridad jurídica. El punto de partida consiste en comprender:

- 1.) La valoración de la prueba es una operación mental que se resuelve en un silogismo en el que: 1) La premisa menor es la fuente-medio de prueba (el testigo y su declaración, el documento y su presentación), 2) La premisa mayor es una máxima de la experiencia, y 3) La conclusión es la afirmación de la existencia o de la inexistencia del hecho que se pretendía probar.
- 2.) Las máximas de la experiencia, según la clásica definición de Stein, “son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligadas de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han deducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos”<sup>79</sup>.

El mismo Stein aplicaba este concepto a la valoración de la prueba, poniendo de manifiesto como juegan las máximas de la experiencia en la misma. Al considerar la declaración de un testigo no puede dejarse de tener en cuenta si es posible, según las leyes de la naturaleza, que una persona haya visto u oído lo que declara, cuando está claro que se

---

<sup>79</sup> STEIN, El conocimiento privado del juez, traducción de De la Oliva, Madrid, 1990.

encontraba a 150 metros del lugar del hecho; tiene que ponderarse igualmente si es verosímil, según nuestra experiencia, que un hombre recuerde con precisión lo que vivió siendo niño, etc., y lo que se está diciendo para el testigo es también aplicable, con las necesarias salvedades, a las restantes fuentes-medios de prueba.

- 3.) En el sistema de la prueba legal la máxima de la experiencia, que es la premisa mayor del silogismo, viene establecida por el legislador, el cual ordena al juez que proceda a aplicar esa máxima en el caso concreto, de modo que las reglas legales de valoración de la prueba no son más que máximas de la experiencia que el legislador objetiva, sin dejar que sea el juez el que determine la máxima de la experiencia que ha de aplicarse en el caso. Es decir, las reglas legales de valoración de la prueba son máximas de la experiencia legales.

En este esquema lógico el establecimiento por el legislador de reglas legales de valoración no es sino un método para conseguir la certeza, que es en lo que se resuelve toda actuación probatoria, método que no es, desde luego, contrario a la lógica, sino que responde a un criterio de normalidad jurídica derivado del *id quod plerumque accidit*. Desde la normalidad las reglas legales se justifican normalmente en la seguridad jurídica y, además, con un doble efecto; cuando el ordenamiento jurídico establece que el documento público hace prueba, está dándole al juez un mandato para el caso de que en un proceso se presente esa prueba, pero también está, en el campo de las relaciones de derecho material, creando seguridad jurídica.

Si dos personas deciden otorgar en escritura pública un contrato pueden estar pensando en una doble seguridad jurídica; por un lado, la relativa a la certeza probatoria, pues la regla legal del artículo 1218 del Código Civil español está preconfigurando la valoración futura dado que el juez no podrá desconocer el valor de la escritura pública, pero también están dando certeza a sus relaciones materiales por cuanto evitan dudas sobre el contenido de esas relaciones; esta segunda seguridad puede incluso evitar que llegue a ser necesario acudir al proceso, pues las partes conocen de ante- mano cuál será el resultado probatorio.

### **C) La prueba libre**

Como en el caso anterior hay que advertir aquí que este sistema de valoración de la prueba no tiene nada que ver con lo que llamamos prueba discrecional o de la íntima convicción, sino que responde a la certeza subjetiva.

#### **a) La íntima convicción**

La ruptura con el sistema de la prueba apriorística se produce históricamente primero en el proceso penal y es obra de los ideólogos de la Revolución Francesa; esa ruptura estuvo íntimamente unida al establecimiento del jurado y acabó convirtiendo la valoración de la prueba en una declaración de voluntad y no de certeza o conocimiento. La legislación revolucionaria, pero sobre todo el *Code d'instruction criminelle* de 1808, partía de la soberanía del jurado, de que éste no podía estar vinculado por regla alguna para determinar los hechos que estimaba probados. La íntima convicción se resolvía así en dos postulados: 1) La valoración de la prueba no consiste en un ejercicio de la razón, sino en una declaración de voluntad, y 2) Esa declaración no tiene que ser motivada<sup>80</sup>.

Por este camino de la íntima convicción se acaba en la arbitrariedad y en la irresponsabilidad, y lo más grave es que se descubrió inmediatamente que la íntima convicción no tenía porqué ser exclusiva del jurado y del proceso penal, sino que podía también referirse a los jueces técnicos y al proceso civil. Voluntad discrecional, no motivación e irresponsabilidad son las notas que caracterizan el sistema de la íntima convicción, que se

---

<sup>80</sup> El fundamento de este sistema se evidencia con toda claridad en el artículo 342 del Code francés, que decía: “Antes de comenzar la deliberación, el jefe de los jurados dará lectura a la instrucción siguiente, que será, además, colocada en caracteres gruesos en el lugar más destacado de la sala: La ley no pide cuentas a los jurados de los medios por los cuales llegan a convencerse; no les impone regla alguna de la que deban hacer depender particularmente la plenitud y la suficiencia de una prueba; la ley sólo les ordena interrogarse a sí mismos en el silencio y en el recogimiento, y buscar, en la sinceridad de su conciencia, qué impresión han producido sobre su razón las pruebas aportadas contra el acusado y los medios de su defensa. La ley no les dice: tendréis por verdadero todo hecho declarado por tal número de testigos; ella no les dice tampoco: no considerareis suficiente- mente establecida toda prueba que no haya sido formada por tales documentos, de tales piezas, de tantos testi- gos o de tantos indicios; la ley no les hace más que una sola pregunta, que encierra toda la medida de sus debe- res: ¿tenéis una íntima convicción?”.

encuentra en la base, más o menos consciente, de las normas que refieren la valoración de la prueba a la conciencia del juez y de las sentencias que hablan de la facultad soberana del juzgador.

## **b) Las máximas de la experiencia judiciales**

De la misma manera que la prueba legal no tiene verdadera relación con las pruebas ordálica y apriorística, la íntima convicción no está realmente relacionada con la prueba racional, que es la verdadera manifestación actual de la llamada prueba libre. Lo característico de este sistema de valoración de la prueba radica en que, del silogismo en que se resuelve esta operación mental, la premisa mayor, que es una máxima de la experiencia, es determinada por el juez. Esto conduce a una valoración razonada, motivada y responsable.

El acierto de la legislación española al referirse a la valoración de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica radica, precisamente, en poner de manifiesto que prueba libre no es igual a prueba discrecional, sino a prueba en la que es el juez el que tiene que precisar las máximas de la experiencia utilizadas y desde las que ha llegado a su conclusión probatoria. Frente a otros ordenamientos en los que, como reacción contra la prueba legal, se pone el acento en la libertad del juzgador, el español pone el énfasis en la racionalidad que ha de estar en la base de la valoración.

Si la Ley de Enjuiciamiento Criminal, padeciendo la influencia francesa, dice en su artículo 741 que “el tribunal, apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio...”, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, libre de esa influencia, decía en su art. 659, I, que “los jueces y tribunales apreciarán la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos conforme a las reglas de la sana crítica, teniendo en consideración la razón de ciencia que hubieren dado y las circunstancias que en ellos concurren”. Por mucho que se insista en que uno y otro artículo están en el fondo diciendo lo mismo, no podrá negarse que, por lo menos, lo dicen de manera muy diferente. Hoy la LEC de 2000 sigue diciendo, aunque con

mayor técnica que “los tribunales valorarán la fuerza probatoria de la declaraciones de los testigos conforme a las reglas de la sana crítica, tomando en consideración la razón de ciencia que hubieren dado, las circunstancias que en ellos concurran y, en su caso, las tachas formuladas y el resultado de la prueba que sobre éstas se hubiere practicado”.

Para comprender lo que las reglas de la sana crítica suponen puede ser de interés recordar lo ocurrido inmediatamente después de la promulgación de la LEC de 1855, cuerpo legal en el que desaparecieron las reglas legales relativas a los testigos y aparecieron las reglas de la sana crítica. La doctrina se apercibió, sin más, del cambio efectuado pero advirtió que las reglas legales de las Partidas eran precisamente las reglas de la sana crítica, de modo que incluso después de su derogación debían seguir siendo aplicadas, aunque ahora en tanto que reglas fundadas en la crítica racional y en la buena lógica, como seguras guías moderadoras del arbitrio judicial. Por su parte la jurisprudencia sostuvo primero que las reglas de la sana crítica se correspondían con las anteriores reglas legales de valoración, después admitió que las reglas legales de las Partidas habían sido derogadas por la LEC y ha acabado por sostener que la sana crítica se corresponde con la lógica, con la experiencia empírica, con las máximas de la experiencia.

Hemos llegado a donde pretendíamos: las reglas de la sana crítica son máximas de la experiencia judiciales, en el sentido de que se trata de máximas que deben integrar la experiencia de la vida del juez y que éste debe aplicar a la hora de determinar el valor probatorio de cada una de las fuentes-medios de prueba. Esas máximas no pueden estar codificadas, pero sí han de hacerse constar en la motivación de la sentencia, pues sólo así podrá quedar excluida la discrecionalidad y podrá controlarse por los recursos la razonabilidad de la declaración de hechos probados.

#### ***D) El sistema mixto de valoración de la prueba***

En el ordenamiento español no rige en exclusiva uno de los dos sistemas puros de valoración de la prueba, sino que se ha optado por un



sistema mixto, en el que se han pretendido combinar armónicamente algunas reglas legales con la sana crítica.

### a) Reglas legales

- 1.) Sobre documentos públicos: Arts. 319, 320, 321, 322 y 323 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y arts. 1218, I y II, 1219, 1220, I y II, 1221, I, 1º, 2º y 3º, y II, del Código Civil.
- 2.) Sobre documentos privados: Art. 326 de la LEC y arts. 1225, 1227, 1228, 1229 y 230 del CC.
- 3.) Sobre interrogatorio de la parte: Art. 316.1 de la LEC (limitadamente). 4.) obre testigos: Art. 51 Código de Comercio.

### b) Sana crítica

Todos los demás medios de prueba se valoran de modo libre o, mejor dicho, conforme a las reglas de la sana crítica.

Ni siquiera después de la LEC de 2000 es cierto lo que el Tribunal Supremo lleva años diciendo respecto de que “en nuestro sistema procesal civil no se admite el principio de la prueba tasa- da, por lo que cualquier medio de prueba ha de ser libremente valorado por el tribunal de instancia” (STS de 2 de octubre de 1990, por ejemplo). Incluso después de la LEC de 2000 es evidente que con ello está desconociendo el espíritu y la letra de la ley.

Fijados cuáles son las fuentes-medios de prueba con valor legal conviene preguntarse ahora sobre su razonabilidad, es decir, sobre si está objetivamente justificado el mantenimiento de las re- gulas legales existentes en nuestro ordenamiento sobre la valoración de la prueba. Lo primero que hay que advertir es que las reglas legales existentes no pueden calificarse de ilógicas o absurdas, de modo que los argumentos a oponer contra ellas no pueden consistir en atribuirles nada contrario a la razón. Constituye máxima de la experiencia perfectamente razonable la de que debe ser creída la parte que reconoce hechos personales que la perjudican, la de que

en las escrituras públicas los notarios hacen constar la fecha verdadera en que se otorga y reflejan con exactitud lo que dicen los contratantes, etc.

El mantenimiento o no de las reglas legales existentes no puede depender, por tanto, de que se niegue su razonabilidad. La verdadera cuestión es si, desde el punto de vista de la seguridad jurídica, es o no conveniente mantenerlas, y en este sentido es perfectamente defendible la subsistencia de las reglas legales atinentes a los documentos públicos, a los privados reconocidos y al interrogatorio de la parte.

### ***E) Valoración conjunta de la prueba y motivación de las sentencias***

Sea cual fuere el sistema de valoración de la prueba, lo inadmisibile es la falta de motivación fáctica de las sentencias que viene propiciándose, sobre todo, a través de la denominada apreciación conjunta de la prueba. Y lo mismo cabe decir del desconocimiento consciente que la jurisprudencia ha venido haciendo de las reglas legales de valoración.

Empecemos por puntualizar que la apreciación conjunta no es rechazable en todos los casos; en algunos es necesaria:

- 1.) Cuando varios medios de prueba se complementan entre sí o, incluso, cuando el resultado de unos incide en el resultado de otros. Ello puede suceder cuando existen varios testigos que declaran sobre un mismo hecho o cuando existen declaraciones testificales y documentos privados no reconocidos.
- 2.) Cuando existen pruebas cuyos resultados son contradictorios, pero teniendo siempre en cuenta que la contradicción ha de producirse entre pruebas que deban apreciarse por el mismo sistema:
  - 1") Cabe así que ante medios de prueba que se aprecian libremente, por ejemplo, declaraciones testificales contradictorias (o entre declaraciones testificales y dictamen pericial contrapuestos), el juez tenga que apreciar en conjunto unas y otras para llegar al convencimiento que fuere.
  - 2") De la misma manera es posible la apreciación conjunta cuando la contradicción se produce entre medios de prueba de apreciación legal, pues entonces la aplicación de las dos reglas al mismo tiempo es imposible (como sería el caso del interrogatorio de varios demandados que, aun admitiendo hechos que les son perjudiciales, dijeran cosas contrapuestas).

La apreciación conjunta es inadmisibles cuando la contradicción se produce entre medios de prueba que se aprecian por los dos sistemas, pues entonces lo que podría hacerse es desconocer las reglas legales, las cuales deben prevalecer sobre la prueba de libre apreciación. Si el resultado de una prueba legal quedara involucrado en una apreciación conjunta con pruebas libres, podría significar simplemente desconocer la prueba legal.

Esto es justamente lo que viene haciéndose en la práctica por los tribunales. La apreciación conjunta se utiliza tanto para desconocer el valor de las pruebas legales, como para no motivar fácticamente las sentencias. En el primer caso se llega por el Tribunal Supremo a decirlo expresamente. En el segundo caso la motivación fáctica de las sentencias no existe si no se ponen en relación las fuentes-medios de prueba con los hechos probados, y no se explica en la sentencia cómo desde aquéllos se llega a éstos, bien con base en el convencimiento del juzgador, bien con relación a las reglas legales. El art. 120.3 de la Constitución viene siendo desconocido sistemáticamente en todos los casos en los que, mediante la fórmula «apreciadas en su conjunto las pruebas practicadas», se afirman como probados unos hechos sin más explicación o justificación, a pesar de que la STC 138/1991, de 20 de junio, ha admitido este sistema de la valoración conjunta.

## **Conclusión**

### **14. De vuelta a la realidad**

Llegados al final es necesario reconocer que esta intervención no se ha limitado a examinar la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española desde la perspectiva del principio de oralidad, pero que el exceso ha sido necesario dado los sentidos que al principio se han pretendido dar. Después de haber renunciado a redactar la historia de la escritura y de la oralidad, he tenido que atender a una fase o etapa de esa historia, a aquélla

en la que la oralidad dejó de ser un mero principio del procedimiento, es decir, un principio atinente a la forma de los actos procesales, para pretenderse por algunos convertirlo en algo que determinaba todo el sentido del proceso civil. Esa pretensión ha llevado al principio al terreno de lo mítico, como se corresponde con una ideología concreta de la que es presupuesto la negación de la libertad.

El siglo XX, en el que como en ningún otro se ha asistido al nacimiento, desarrollo y muerte de ideologías que han primado lo público sobre lo privado y hasta el extremo de desconocer la existencia misma de la libertad, también ha contemplado como se negaba la realidad de que el proceso civil es el medio por el que el ciudadano pretende y el juez reconoce la tutela judicial efectivo de derechos e intereses legítimos de naturaleza privada.

Para negar esto o, mejor, para imponer determinadas concepciones de lo público sobre lo privado, se ha pretendido utilizar al principio de oralidad, desconociendo que el mismo sólo puede atender al procedimiento, a la forma de los actos procesales, aunque esa forma deba entenderse en sentido general, y que ese principio no se refiere al proceso, al qué de los actos procesales. El recurrir a la oralidad para pretender determinar una manera determinada de concebir algo más que la forma de los actos procesales fue un claro subterfugio de enmascaramiento del fin perseguido.

Ahora sólo cabe esperar, aunque sin mucha confianza, que no se diga que el intento de desmitificar el principio de oralidad, reduciéndolo a sus justos límites, supone:

- a) Desconocer la existencia de procesos civiles en los que ha de salvaguardarse un componente de interés público (estado y condición civil de las personas), procesos en los que no debería tanto tratarse de aumentar los poderes del juez, como de convertir en parte el Ministerio público, confiándose a éste la defensa de ese tipo de intereses. El juez debería seguir siendo un tercero imparcial entre partes parciales, aunque una de las partes pretendiera la defensa un interés público.
- b) Negar la existencia de supuestos en los que entra en juego un interés que puede calificarse de colectivo o difuso, casos en los que debería seguir manteniéndose

un juez imparcial, y confiar la defensa de esos intereses a entidades o personas jurídicas constituidas con esa finalidad, de modo que se produjera una socialización de la legitimación, es decir, una atribución mucho más amplia de la legitimación, y no tanto un pretendido proceso social a base de aumentar los poderes del juez.

- c) Afirmar que las partes son siempre efectivamente iguales en todos los procesos, pues ello va en contra de la experiencia. Ahora bien, este reconocimiento de la realidad no puede llevar a convertir al juez el defensor de una de las partes, aunque sí debería llevar a favorecer en la regulación del proceso todas las instituciones favorecedoras de la igualdad real (como la ejecución provisional sin necesidad de prestar caución), aparte de facilitar con medias efectivas, aunque no tanto procesales como materiales y, sobre todo, políticas, el acceso de todos los ciudadanos a la justicia civil.

La existencia de procesos civiles no dispositivos, la socialización de la legitimación y las medidas tendentes a facilitar el acceso de todos los ciudadanos a la justicia civil y en condiciones de igualdad, que es algo obvio y que nadie niega sino que, antes al contrario, estima necesario, no puede llevar a una pretendida publicización del proceso civil, que es lo que han propiciado las ideologías autoritarias en el siglo XX.

Ahora se trata de volver a la realidad. Esta puede ser matizadamente distinta en cada país, como es obvio, y precisará de medidas adecuadas a cada caso, pero en todos ellos se trata de mantener la existencia de un proceso civil que siga siendo una drama que se desarrolla entre dos partes parciales, en contradicción e iguales y un tercero imparcial.

## IV

# El principio de oralidad en el proceso civil español

*Joan Picó I Junoy*<sup>1</sup>

### 1. Introducción

La oralidad o escritura son las dos formas externas que pueden adoptar las actuaciones procesales. En consecuencia, los principios de oralidad y escritura podrían definirse como aquellos en función de los cuales la sentencia debe basarse sólo en el material procesal aportado en forma oral o escrita, respectivamente. Sin embargo, en la actualidad, no existe un proceso totalmente oral u escrito, por lo que se hace necesario buscar un elemento que permita determinar cuando un proceso está inspirado por el principio de oralidad –o el de escritura-. En la doctrina, suele ser frecuente entender que estamos ante un proceso oral cuando existe un predominio de la palabra hablada como medio de expresión, si bien puede atenuarse por el uso de escritos de alegaciones y de documentación, por lo que debemos analizar la concreta regulación de cada procedimiento para advertir la vigencia del principio de oralidad<sup>2</sup> y, especialmente, la existencia de audiencias en las que exista un contacto directo del juez con las partes tanto para debatir oralmente cuestiones jurídicas o fácticas, como para apreciar directamente los elementos sobre los que deberá fundamentar su sentencia.

---

<sup>1</sup> Catedrático de Derecho Procesal. Universidad Rovira i Virgili (España).

<sup>2</sup> Sobre la oralidad en el proceso civil sigue siendo fundamental la lectura de los grandes maestros del procesalismo alemán e italiano: v.gr. WACH, A., “Oralidad y escritura”, Conferencias sobre la Ordenanza Procesal Civil Alemana, traducción de E. Krotoschin, Buenos Aires, 1958, pp. 1-50; y CHIOVENDA, G., Instituciones de Derecho Procesal Civil, vol. III, Madrid, 1940, pp. 153-203.

Más allá de lo comúnmente admitido por la doctrina desde hace más de un siglo, según lo cual los principios de oralidad y escritura no son posible en toda su plenitud y que ambos principios tienen sus ventajas e inconvenientes, por lo que dependiendo del concreto acto procesal de que se trate será preferible la oralidad o la escritura, lo cierto es que la Constitución Española (CE) lo ha recogido en su art. 120.2, y que la actual Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (LEC) lo ha asumido en la regulación de los dos procesos declarativos ordinarios, por lo que esta Ponencia se limitará a examinar este nuevo marco normativo y su aplicación real por los tribunales de justicia.

## **2. La constitucionalización del principio de oralidad**

El principio de oralidad ha sido formulado en el art. 120.2 CE, estableciéndose que “el procedimiento será predominantemente oral, sobre todo en materia criminal”. Sin ánimo de entrar en polémica, y admitiendo el poco acierto del constituyente en la formulación gramatical del principio, lo cierto es que su voluntad fue exigir que todos los procedimientos judiciales estuviesen presididos por la oralidad, como ya sucedía hasta ese momento en los ámbitos de la justicia penal y laboral. Por dicho motivo, la legislación procesal civil que pudiera aprobarse en un futuro debería asumir el principio de oralidad. Y así sucedió con la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) de 7 de enero de 2000, en cuya Exposición de Motivos afirma: “La Ley diseña los procesos declarativos de modo que la inmediación, la publicidad y la oralidad hayan de ser efectivas”<sup>3</sup>.

## **3. La introducción del principio de oralidad en la LEC 1/2000**

La nueva LEC ha optado con claridad por estructurar la primera instancia de los dos procesos declarativos ordinarios bajo el principio de oralidad, utilizando para ello la técnica de las audiencias. En concreto, para

---

<sup>3</sup> Punto octavo del epígrafe XII de la Exposición de Motivos de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil.

el juicio ordinario<sup>4</sup> se producen al menos dos: a) la “audiencia previa” que, con carácter obligatorio, prevén los arts. 414 y ss. con cuatro claras finalidades, a saber, la conciliadora –al inicio y al final del acto-, la subsanadora de defectos procesales, la delimitadora de las cuestiones litigiosas, y la probatoria –proponiéndose y admitiéndose las pruebas-; y b) el “juicio”, para la práctica de las pruebas y la formulación de las conclusiones. En ésta tiene lugar la realización de todas las pruebas, y, evidentemente, la oralidad se concreta en las pruebas personales, esto es, aquellas en las que interviene como fuente probatoria una determinada persona, pues su intervención en el proceso se hace, como regla general, a través del mecanismo de la palabra hablada (así, tanto para el interrogatorio de las partes como la prueba testifical, los arts. 302.1 y 368.1 LEC, respectivamente, establecen que las preguntas se formularán oralmente)<sup>5</sup>. Y, para el juicio verbal<sup>65</sup>, se articula una “vista” en la que, tras la demanda sucinta escrita del actor, el demandado formula oralmente su contestación, se procede de igual modo a discutir y resolver los defectos procesales, a fijar los hechos relevantes en que las partes fundamenten sus pretensiones, proponer, admitir (o denegar) y practicar toda la prueba (art. 443 LEC), y formular las conclusiones (art. 185.4 LEC).

Sin embargo, para la segunda instancia se ha optado por el principio de escritura, pues la LEC sólo permite la celebración de una vista ante los magistrados de la Audiencia Provincial en los escasos supuestos de prueba en segunda instancia o cuando lo consideren necesario (art. 464).

---

<sup>4</sup> Se deciden en el juicio ordinario las demandas cuya cuantía exceda de 3.000 € (art. 249.2 LEC), así como todas previstas en el art. 249.1 LEC cualquiera que sea su cuantía.

<sup>5</sup> No obstante, existen algunas excepciones a este principio, tal como el carácter escrito del interrogatorio al Estado, Comunidad Autónoma, Entidad local u otro organismo público, en cuyo caso su declaración se efectúa por escrito (art. 315.1). Si bien ni el Borrador ni el Anteproyecto de LEC establecían este privilegio, la Ley –no se sabe bien por que extraños motivos- lo introdujo pese a la justificada crítica efectuada por la doctrina, ya que estamos en presencia de un beneficio del Estado que lo coloca en una evidente situación privilegiada respecto de la parte contraria. Por ello, en orden a garantizar el derecho a la igualdad procesal de los litigantes, debería haber desaparecido el citado privilegio, obligando a la autoridad pública a comparecer también al acto del juicio para que oralmente conteste al interrogatorio de la contraparte. De igual modo, el principio de oralidad también sufre una limitación relevante en los recursos, tanto en el de apelación como en los extraordinarios por infracción procesal y casación, pues en todos ellos sólo se permite la oralidad en el supuesto de celebrarse una vista (arts. 464, 475 y 486, respectivamente).

<sup>6</sup> Se deciden en el juicio verbal las demandas cuya cuantía no exceda de 3.000 € (art. 250.2 LEC), así como todas previstas en el art. 250.1 LEC cualquiera que sea su cuantía.



Desgraciadamente, esta restrictiva regulación ha conducido a que en la práctica sea muy excepcional la realización de la citada vista.

Para que el principio de oralidad despliegue su máxima eficacia es preciso que los actos orales se desarrollen ante el juez, de manera concentrada y con posibilidad de ser controlados por terceras personas, esto es, con inmediación, concentración y publicidad, garantías todas ellas para la plena efectividad del principio de oralidad que paso seguidamente a estudiar.

#### **4. Garantías para la efectividad del principio de oralidad**

##### **I. Inmediación**

Como acabo de indicar, para que la oralidad despliegue su máxima eficacia, las actuaciones procesales realizadas oralmente deben efectuarse ante el destinatario de las mismas, esto es, con la inmediación del juez. El contacto directo de éste con los sujetos intervinientes en el proceso da seriedad al acto oral y, en cierta medida, hacen que la justicia sea más cercano al justiciable, ya que se permite a las partes “ver la cara al Juez”, en quien en definitiva han confiado la resolución de su conflicto. Este contacto permitirá al juez hacerse una recreación de la realidad lo más real posible, pues tendrá acceso directo a las declaraciones de todas las personas que conocen los hechos litigiosos, pudiendo formularles precisiones o aclaraciones que contribuyan a realizar su enjuiciamiento fáctico<sup>7</sup>.

La exigencia de la inmediación la encontramos recogida en el art. 137 LEC, según el cual:

“1. Los Jueces y los Magistrados miembros del tribunal que esté conociendo de un asunto presenciarán las declaraciones de las partes y de testigos, los careos, las exposiciones, explicaciones y respuestas que hayan de ofrecer los peritos, así como la crítica oral de su dictamen y cualquier otro acto de prueba que,

---

<sup>7</sup> Por ello, no debe limitarse la inmediación simplemente a la percepción directa de las actuaciones, sin intermediarios, pues ello también podría alcanzarse con las actuaciones escritas.

conforme a esta Ley, deba llevarse a cabo contradictoria y públicamente. 2. Las vistas y las comparencias que tengan por objeto oír a las partes antes de dictar una resolución se celebrarán siempre ante el Juez o los Magistrados integrantes del tribunal que conozca del asunto”.

Y, de igual modo, el art. 289.2 LEC indica:

“Será inexcusable la presencia judicial en el interrogatorio de las partes y de testigos, en el reconocimiento de lugares, objeto o personas, en la reproducción de palabras, sonidos, imágenes y, en su caso, cifras y datos, así como en las explicaciones, impugnaciones, rectificaciones o ampliaciones de los dictámenes periciales”.

Para garantizar el pleno respeto a esta intermediación, la infracción de tales previsiones normativas se castiga con la máxima sanción procesal, a saber, la “nulidad de pleno derecho de las correspondientes actuaciones” (art. 137.3 LEC).

Salvo en raras ocasiones, y como excepción que confirma la regla general, la LEC permite que alguna actuación probatoria se realice ante un juez distinto del que deba dictar sentencia como, por ejemplo, el interrogatorio de la parte mediante el auxilio judicial, para cuando resida fuera de la demarcación judicial del tribunal y por razón de la distancia, dificultad de desplazamiento, circunstancia personal, o por cualquier otro motivo análogo resulte imposible o muy gravosa su comparencia en la sede del Juzgado o Tribunal (arts. 313 y 169). En este caso, la parte proponente puede presentar al juez que conozca del asunto un escrito con la relación de preguntas a efectuar, al objeto de que dicho juez pueda realizar el juicio de pertinencia de las mismas; o estar presente en el acto de interrogatorio y formular las preguntas oralmente ante el juez exhortado, con la dificultad que ello supone para realizar dicho juicio de pertinencia ante un juez que desconoce el objeto litigioso<sup>8</sup>. Para evitar este problema, y lograr plenamente la vigencia del principio de intermediación, resulta eficaz la práctica

---

<sup>8</sup> Respecto de esta problemática me remito al estudio de ABEL LLUCH, X, “Interrogatorio de parte por vía de auxilio judicial (art. 313 LEC)”, *El interrogatorio de partes*, con ABEL LLUCH, X y PICÓ I JUNOY, J., Barcelona, 2007, pp. 215-225.

del interrogatorio mediante el uso de la videoconferencia o cualquier otro medio similar<sup>9</sup>.

Además, para que la inmediatez realmente surta efecto, es necesario que el juez que ha presenciado los actos probatorios orales sea el mismo que dicte sentencia pues, de lo contrario, de nada servirá la inmediatez. Esta garantía se recoge en el art. 194 LEC, que ordena dictar sentencia a los jueces y magistrados que hayan asistido al juicio o vista, aunque con posterioridad dejen de ejercer sus funciones jurisdiccionales<sup>109</sup>. En caso contrario, cuando por cualquier motivo ello sea imposible, deberá repetirse el acto oral, y así lo establece el art. 200 LEC<sup>11</sup>, bajo pena de nulidad de actuaciones. En este sentido, y a modo de ejemplo, por su claridad y acierto, puede destacarse la SAP de Lugo –Sección 1ª– de 3 de mayo de 2006 (JUR 2006\199011), que destaca la nulidad de la sentencia por haber sido dictada por un juez distinto al que celebró el acto del juicio. Así, en su fundamento jurídico segundo afirma:

“El primer motivo del recurso de apelación articulado consistió en solicitar la nulidad de actuaciones, en cumplimiento de lo prevenido en el art. 459 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, citando como infringidas, por su inaplicación, el

---

<sup>9</sup> En este sentido, vid. el trabajo de FONS RODRÍGUEZ, C., “Declaración mediante exhorto y videoconferencia”, en *El interrogatorio*, cit., pp. 207-214.

<sup>10</sup> En este sentido, el art. 194 LEC dispone: “1. En los asuntos que deban fallarse después de la celebración de una vista o juicio, la redacción y firma de la resolución, en los tribunales unipersonales, o la deliberación y votación, en los tribunales colegiados, se realizarán, respectivamente, por el Juez o por los Magistrados que hayan asistido a la vista o juicio, aunque después de ésta hubieran dejado aquéllos de ejercer sus funciones en el tribunal que conozca del asunto.

2. Se exceptúan de lo dispuesto en el apartado anterior los Jueces y Magistrados que, después de la vista o juicio:

1º. Hubiesen perdido la condición de Juez o Magistrado. Se aplicará, no obstante, lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo a los Jueces y Magistrados jubilados por edad y a los Jueces sustitutos y Magistrados suplentes que hayan cesado en el cargo por renuncia, transcurso del plazo para el que fueron nombrados o por cumplir la edad de setenta y dos años.

2º. Hubiesen sido suspendidos del ejercicio de sus funciones.

3º. Hubiesen accedido a cargo público o profesión incompatible con el ejercicio de la función jurisdiccional o pasado a la situación de excedencia voluntaria para presentarse como candidatos a cargos de elección popular”.

<sup>11</sup> Así, el art. 200 LEC ordena: “En los tribunales unipersonales, cuando después de la vista se imposibilitare el Juez que hubiere asistido a ella y no pudiere dictar la resolución ni siquiera con la asistencia del Secretario Judicial, se celebrará nueva vista presidida por el Juez que sustituya al impedido.

Lo mismo se hará cuando el Juez que haya participado en la vista no pueda dictar la resolución por hallarse comprendido en alguno de los casos previstos en el apartado 2 del artículo 194”.

art. 194 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el art. 137 de la misma. Pues bien, el motivo al entender de la sala debe ser claramente admitido, no existiendo la menor duda en el entendimiento literal del precepto. El propósito del legislador es claro, y en este caso la totalidad de la vista se practicó por Juez adjunto o de apoyo, solicitándose una diligencia final consistente en documental, dictando ulteriormente la resolución (sentencia) el Magistrado titular. Ello provoca la nulidad, practicándose en la vista pruebas personales que solo puede valorarlas quien las presidió [...].

Ciertamente la economía procesal no resulta favorecida (...) pero es la única forma de garantizar el principio de inmediación proclamado en los artículos indicados”<sup>12</sup>.

## II. Concentración

La concentración, en relación a la actividad probatoria, comporta que ésta se desarrolle en una sola audiencia, o de ser imposible, en varias próximas en el tiempo al objeto de que no desaparezcan de la memoria del juez los actos orales que él ha presenciado. Este principio se materializa en diversos preceptos, y especialmente en el art. 291 LEC que establece la celebración de un “juicio o vista” para la práctica de toda la prueba en unidad de acto.

Para garantizar esta concentración de la actividad probatoria, la LEC prevé, por un lado, la posibilidad excepcional de realizar alguna prueba fuera del juicio, si bien condicionada a que se celebre en todo caso antes de su celebración (art. 290.II LEC); y por otro, la necesidad de repetir el juicio o la vista cuando se hayan interrumpido durante más de veinte días (art. 193.3 LEC).

---

<sup>12</sup> Por ello resulta censurable cierta doctrina del Tribunal Constitucional, como la contenida en su sentencia 55/1991, de 12 de marzo, en la que el recurrente invoca infracción del principio de inmediación, y en consecuencia, vulneración del derecho a no quedar indefenso del art. 24.1 CE, por haber dictado sentencia un juez distinto del que presenció el juicio y practicó la prueba, y se deniega el amparo por entender que “las pruebas han encontrado su fiel y exacto reflejo documental en autos, de forma que la totalidad de su contenido ha podido ser examinado por la titular del órgano para resolver el litigio. No existe, pues, limitación de conocimientos de lo actuado, sino, antes bien, transcripción fehaciente de todo lo que se alegó y acreditó por ambas partes en la causa, a efectos de la resolución final del proceso”.

### III. Publicidad

Finalmente, para asegurar que la oralidad se cumple en la realidad, es menester garantizar el acceso de todo ciudadano a los trámites orales. La publicidad debe entenderse así, no tanto como acceso a los autos que, en la medida en que hagan referencia a intereses privados, deberán reservarse sólo a los afectados, sino como garantía de la efectiva oralidad, y ello puede alcanzarse mediante el acceso directo de los ciudadanos –y evidentemente de los medios de comunicación- a los juicios o vistas.

La publicidad de los actos procesales, recogido en los arts 24.II y 120.1 de la Constitución, se exige para la realización de todas las actuaciones cuyo objeto sea oír a las partes antes de dictar una resolución (esto es, por ejemplo, la audiencia previa y juicio, en el juicio ordinario; y la vista, en el juicio verba), tal como se prevé con carácter general en el art. 138.1 LEC, no desvirtuándose el mismo por el hecho de que, excepcionalmente, pueda decretarse que las actuaciones se celebren a puerta cerrada cuando, como indica el art. 138.2 LEC. En concreto este artículo 138 LEC establece:

“Publicidad de las actuaciones orales.

1. Las actuaciones de prueba, las vistas y las comparecencias cuyo objeto sea oír a las partes antes de dictar una resolución se practicarán en audiencia pública”.
2. Las actuaciones a que se refiere el apartado anterior podrán, no obstante, celebrarse a puerta cerrada cuando ello sea necesario para la protección del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes y de otros derechos y libertades lo exijan o, en fin, en la medida en la que el tribunal lo considere estrictamente necesario, cuando por la concurrencia de circunstancias especiales la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia”.

Pese a que es fácil intuir la voluntad del legislador, lo cierto es que en la redacción de esta norma se abusa de los conceptos jurídicos indeterminados, introduciendo excesivos términos ambiguos, por lo que cualquier

resolución judicial limitadora de la publicidad procesal debe ir precedida de la preceptiva audiencia a las partes (art. 138.3 LEC) y estar debidamente motivada, debiéndose realizar siempre una interpretación restrictiva de todos los supuestos fácticos que, aparentemente, justifiquen la limitación de la publicidad procesal, al tratarse ésta de una garantía constitucional del proceso<sup>13</sup>.

El control público de la oralidad también puede lograrse mediante la grabación de los actos orales, ya que a través de la misma las instancias judiciales superiores podrán comprobar su correcto desarrollo. En este sentido, resulta acertada la previsión del art. 147 LEC, según la cual:

“Documentación de las actuaciones mediante sistemas de grabación y reproducción de la imagen y el sonido. Las actuaciones orales en vistas y comparecencias se registrarán en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y la imagen”.

Y afortunadamente esta previsión ha tenido un éxito total en la práctica, ya que de manera unánime los juicios y vistas civiles en España se graban en soportes aptos de reproducir el sonido y la imagen, como el CD o el DVD.

## 5. Síntomas de fatiga del principio de oralidad en España

Partiendo de la plena vigencia del principio de oralidad en la primera instancia del sistema de enjuiciamiento civil español, lo cierto es que en la práctica plantea algún problema. El más relevante es la sistemática infracción judicial de los plazos procesales en el señalamiento de las actuaciones orales (vistas, juicios, comparecencias, etc.). En teoría, para el juicio ordinario, la audiencia para la práctica de las pruebas –juicio- debe tener lugar en el plazo de un mes desde la conclusión de la audiencia previa (art. 429.2 LEC); y para el juicio verbal, la vista debe tener lugar dentro de los veinte días desde la notificación de la demanda al demandado (art. 440.1 LEC).

---

<sup>13</sup> Al respecto, vid. PICÓ I JUNOY, J., *Las garantías constitucionales del proceso*, Barcelona, 1996, p 116.

Sin embargo, estos plazos son sistemáticamente infringidos, debido a que a los tribunales físicamente no puede atender, en su horario laboral, el alto número de señalamientos que legalmente debieran realizar. Pese a constatar esta evidente realidad, que no cuenta todavía con refrendo estadístico alguno en España, sin embargo, debe reconocerse que, por regla general, la infracción judicial de estos plazos es todavía asumible<sup>1413</sup>, si bien ello depende, en última instancia, de las circunstancias particulares de cada juzgado. En todo caso, estamos en presencia de un claro síntoma de fatiga de la oralidad, que como tratamiento requiere un mayor control del nivel de trabajo diario de los juzgados civiles españoles, y, si este es el óptimo y aun así no se cumplen los plazos, un incremento del número de juzgados para ajustar la realidad a la legalidad.

Igualmente problemático resulta el alto número de jueces sustitutos, juristas preparados pero alegados de los hechos enjuiciados, lo que en la práctica comporta que el lógico desconocimiento de tales hechos reduzca la eficacia del principio de oralidad en los casos en que intervienen.

Al margen de estos problemas prácticos, día a día van apareciendo distintas zonas del sistema procesal civil en los que la oralidad está en retroceso. Basten dos ejemplos para ilustrar esta idea:

- a) La sustitución de la audiencia previa cuando el demandado está en rebeldía. La audiencia previa, como he indicado, se configura como la primera comparecencia de las partes con el juez, que cumple una multiplicidad de funciones (conciliadora, subsanadora, delimitadora y probatoria). Pues bien, cuando el demandado se encuentra en rebeldía, algunos jueces prefieren no celebrar la audiencia, ante su presunta inutilidad, y sustituirla por un escrito del actor de proposición de pruebas. En mi opinión, ello es del todo rechazable por infringir el art. 414.1.I.LEC.
- b) La introducción de escritos para sustituir el trámite oral de las conclusiones. Una vez se han practicado las pruebas, en el acto del juicio o la vista, las partes pueden formular oralmente sus conclusiones, valorando el resultado de la prueba (arts.

---

<sup>14</sup> Si tomamos en consideración el alto grado de dilaciones indebidas que se producían con la antigua LEC. Así, en PICÓ I JUNOY, J., "Análisis crítico de la situación actual de la Justicia civil" Justicia, P. 407, 1999, se denunciaba como la duración media de la primera instancia de los procedimientos que tenían una incidencia superior al 75% del total de los litigios civiles era siete veces superior al plazo legalmente previsto.

433.2 LEC para el procedimiento ordinario, y 185.4 LEC, para el juicio verbal<sup>15</sup>). Es éste un trámite de especial relevancia práctica, por cuanto se configura como el espacio de la dialéctica procesal en los casos en que anda en juego uno o varios juicios de hecho; hechos cuya fijación ha tenido lugar escasos momentos antes y que deben ser interpretados y valorados por el juez<sup>16</sup>, por lo que una buena realización de las conclusiones facilita en gran medida esta función judicial. Sin embargo, en la práctica forense, el gran número de señalamientos diarios que fijan los juzgados civiles hace que se intente abreviar al máximo la duración de los mismos, por lo que al llegar al trámite de las conclusiones, en ocasiones, los jueces indican a las partes que sean breves, incluso en algunos tribunales, llegan a permitir a las partes la complementación –e incluso sustitución– de sus conclusiones orales por escritos, lo que sin duda es un paso atrás en el éxito logrado con la LEC 1/2000.

## 6. Reflexión crítica

El establecimiento de la oralidad en el proceso civil es relativamente sencillo desde el punto de vista legislativo. Sin embargo, si se desea su verdadera implantación en el foro judicial por entender que se trata de un elemento de calidad de la justicia, caracterizada por el contacto directo entre el juez y el justiciable, es preciso que se den unas condiciones objetivas mínimas que deben respetarse:

En primer lugar, debe existir el necesario número de jueces para hacer efectiva la oralidad, pues ésta exige tiempo para la adecuada dedicación al estudio de las causas en todos aquellos trámites en los que existe un contacto directo del juez con las partes.

---

<sup>15</sup> Desgraciadamente, algunos juzgados entienden que en el juicio verbal no caben las conclusiones ya que no están expresamente previstas en la regulación de este procedimiento (así, se indica que el art. 447 LEC establece que “Practicadas las pruebas si se hubieren propuesto y admitido, o expuestas, en otro caso, las alegaciones de las partes, se dará por terminada la vista y el Tribunal dictará sentencia dentro de los 10 días siguientes”), por lo que indirectamente consiguen así reducir la duración de las vistas. Sin embargo, en mi opinión, la simple lectura del art. 185.4 LEC, regulador de todas las vistas –y en consecuencia, también la de los juicios verbales–, exige la formulación de conclusiones. A esta misma tesis se llega también efectuando una lectura constitucional de las normas procesales que conduzca a la máxima eficacia del derecho de defensa, pues si el trámite de conclusiones es un acto de defensa de especial relevancia para las partes, la interpretación constitucional de esta aparente contradicción normativa (de los arts. 447 respecto al 185.4 LEC) debería conducirnos a permitir las conclusiones en el juicio verbal.

<sup>16</sup> MUÑOZ SABATÉ, L., “¿Estamos satisfechos los abogados con la fase de conclusiones en el proceso civil?”, en Revista Jurídica de Cataluña, 2007, núm. 2, p. 553.



En segundo lugar, debe haber un cambio de mentalidad, una plena concienciación de las ventajas de la oralidad, en los diferentes sujetos que deben hacerla efectiva, esto es, los jueces y los abogados. Éstos son los que hacen vivir al proceso, por lo que la comodidad que les puede reportar el no cambiar de hábitos puede frustrar la oralidad.

Y, finalmente, en tercer lugar, es preciso establecer mecanismos de control y sanción que permitan disuadir la infracción de la oralidad, como puede ser, por ejemplo, la grabación de las audiencias o la nulidad de actuaciones cuando se vulnera la oralidad.

Estas tres condiciones se han producido en España con la nueva LEC, y la oralidad se ha convertido, por méritos propios, en una de las novedades más bien valoradas por todas las personas que intervienen en la justicia civil española, por lo que su implantación práctica ha sido todo un verdadero éxito. Sin embargo, como he indicado, empiezan a manifestarse los primeros síntomas de fatiga, por lo que deben reforzarse dichas condiciones, y muy especialmente la primera, esto es, sería conveniente incrementar el número de jueces, reduciendo así su carga de trabajo, adecuándola a las necesidades actuales de la justicia civil española.

## 7. Breve orientación bibliográfica

Sobre las consecuencias de la constitucionalización del principio de oralidad en el art. 120.2 CE vid. Gimeno Sendra, V., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1981, p. 226; Almagro Nosete, J., “Garantías constitucionales del proceso civil”, *Justicia*, 1981 (número especial), p. 21; Ramos Méndez, F., “La influencia de la Constitución en el Derecho Procesal Civil”, *Justicia*, 1983, I, p. 35; Berzosa Francos, “Principios del proceso”, *Justicia*, 1992, III, pp. 611-612; Cortés Domínguez, V., “La Constitución española y los principios rectores del proceso civil”, *Principios constitucionales en el proceso civil*, Madrid, 1993, p. 143; o Picó i Junoy, J., *Las garantías constitucionales del proceso*, Barcelona, 1997, pp. 116 a 119.

Y sobre el alcance y contenido del principio de oralidad en la LEC 1/2000, vid. Berzosa Francos, M<sup>a</sup>.V., “La oralidad. Principios procesales en la nueva LEC”, *IURIS*, 2000 (septiembre), pp. 38 y ss; Picó i Junoy, J., “Los principios del nuevo proceso civil”, *Institucionales del nuevo proceso civil*.

Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000, vol. I, coord. J. Alonso-Cuevillas, Barcelona, 2000, pp. 62 a 66; Montero Aroca, J., Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del juez y la oralidad, Valencia, 2001, pp. 171 a 185; Nieva Fenoll, J., “Los problemas de la oralidad”, *La Ley*, 2007, T.2, pp. 1898 a 1906; o Lorca Navarrete, A.M., La garantía de la oralidad en la exigencia de tutela judicial efectiva civil, *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, 2007, T.3, pp. 355 a 35

## V

# Alguna Lecciones Aprendidas en la Aplicación del Código Procesal Modelo para Iberoamérica en Uruguay

*Santiago Pereira Campos*<sup>1,2</sup>.

*En la actualidad, la reforma institucional del Estado, en particular la “reforma de justicia”, ha sido materia de constantes de debates en torno a su factibilidad, metas y objetivos, así como las perspectivas que los especialistas y la experiencia comparada ha mostrado. En esta oportunidad, el profesor Santiago Pereira Campos nos muestra sus impresiones así como un análisis pormenorizado y detenido acerca de la evolución de la legislación procesal en su país natal, Uruguay, la cual, influida por la doctrina ibérica, ha sabido con el tiempo implementar cambios y modificaciones a fin de responder las necesidades locales. Sin duda, un aporte considerable para todos aquellos que busquen aproximarse al estudio comparado de la disciplina procesal.*

---

<sup>1</sup> Abogado egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Profesor Titular de Derecho Procesal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo. Profesor Titular de Litigación por Audiencia en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo. Profesor de Derecho Procesal en el Centro de Estudios Judiciales del Uruguay (CEJU). Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Miembro de la Asociación Internacional de Derecho Procesal. Fue consultor del BID, FOMIN, BANCO MUNDIAL, PNUD, ONUDI y CEJA.

Socio de RUEDA ABADI PEREIRA Consultores.

<sup>2</sup> El presente trabajo se basa fundamentalmente en nuestras investigaciones plasmadas en el libro PEREIRA CAMPOS, S., “El Proceso Civil Ordinario por Audiencias” (Ed. Amalio Fernández, Montevideo, 2008), que recopila la investigación que nos fue encomendada en el año 2007 por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA). Puede verse también en [www.cejamericas.org](http://www.cejamericas.org). En la actualidad, la reforma institucional del Estado, en particular la “reforma de justicia”, ha sido materia de constantes de debates en torno a su factibilidad, metas y objetivos, así como las perspectivas que los especialistas y la experiencia comparada ha mostrado. En esta oportunidad, el profesor Santiago Pereira Campos nos muestra sus impresiones así como un análisis pormenorizado y detenido acerca de la evolución de la legislación procesal en su país natal, Uruguay, la cual, influida por la doctrina ibérica, ha sabido con el tiempo implementar cambios y modificaciones a fin de responder las necesidades locales. Sin duda, un aporte considerable para todos aquellos que busquen aproximarse al estudio comparado de la disciplina procesal.

## 1. Propósito

El presente trabajo tiene por objetivo analizar la experiencia de aplicación en Uruguay del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, base del Código General del Proceso uruguayo.

¿Cómo lograr una reforma sustentada en un proceso por audiencias que, a su vez, garantice una duración razonable de los litigios y una justicia de calidad?

Desafío complejo para el Derecho Procesal que no podrá superarse sin un enfoque multidisciplinario y multifactorial. Nuestro análisis se realizará considerando fundamentalmente la experiencia uruguaya en la reforma de la Justicia Civil, en aquellos aspectos relevantes que puedan ser de utilidad para los procesalistas, administradores judiciales, autoridades, funcionarios y demás juristas de otros países, en que se estén analizando opciones para instrumentar cambios en el sistema procesal civil<sup>1</sup>. Habremos además de incorporar experiencias de referencia en otros países.

La reforma uruguaya resulta de indudable interés en el contexto iberoamericano para cualquier país que analice alternativas para modernizar su proceso civil. En efecto, el Código General del Proceso ha introducido desde 1989 la oralidad y la inmediación en los procesos civiles, comerciales, de familia, etc., con indudable repercusión en el contexto internacional.

Habiendo transcurrido más de dos décadas de aplicación de la reforma en Uruguay, resulta de especial interés reseñar los aspectos centrales de la misma y realizar un relevamiento de sus resultados, con el propósito de proyectar la experiencia a otros países. El sistema procesal civil uruguayo sigue el modelo diseñado por la más calificada doctrina procesal iberoamericana que, en el marco del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, elaboró luego de décadas de estudios y debates, el Anteproyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica (Código Modelo), del cual el Código General del Proceso (CGP) uruguayo toma los aspectos medulares.

Pero también es cierto que en los últimos treinta años, la doctrina procesal ha tenido importantes avances, que son respuestas a los nuevos desafíos, lo que ha llevado al Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal a formular en las últimas Jornadas de Santiago de Chile la pregunta “¿Cómo redactaríamos hoy el Código Modelo?”. Ello pone de manifiesto la necesidad de permanente evaluación y eventual ajuste de las soluciones adoptadas en nuestras leyes y las formas de gestión de nuestros sistemas de justicia.

Con el objetivo mencionado, el presente trabajo contiene una breve descripción teórica del modelo procesal civil uruguayo y reseña el estudio empírico del funcionamiento concreto de las audiencias.

Se pretende así ilustrar sobre los logros obtenidos con la reforma, recoger la ya larga experiencia de Uruguay en la materia y detectar los problemas concretos que se han generado con la introducción de la oralidad, tanto desde el punto de vista operativo como de las prácticas de los sujetos del proceso (juez, partes, abogados, testigos, etc.). En definitiva, expondremos luces y sombras de una reforma de la cual podamos extraer insumos en pos de un proceso por audiencias de duración razonable: oralidad y celeridad debidamente ensambladas y articuladas.

## **2. Características del proceso civil uruguayo antes de la reforma**

Hasta la entrada en vigencia del Código General del Proceso en el año 1989, el proceso civil en Uruguay padecía de todos los males del proceso heredado de la vieja Ley de Enjuiciamiento Civil Española y, por ende, no lograba satisfacer los derechos sustanciales en juego. El Código de Procedimiento Civil que regía, sancionado en 1877, si bien tuvo reformas parciales en sucesivas leyes que importaron algunos avances, no lograron acelerar sensiblemente los procesos ni generar un cambio de actitud de los operadores del sistema de justicia. Las características principales del viejo sistema se enumeran a continuación:

### **a) Proceso lento, escrito, formal y burocrático**

En palabras de Couture, el nuestro era un proceso “desesperadamente escrito”, que insumía un tiempo desmesurado. Las formas se habían transformado en un fin en sí mismas y no en un instrumento al servicio de los derechos sustanciales. La “burocratización” del proceso se había instalado en las oficinas, donde el expediente se transformaba en el centro del proceso, olvidándose muchas veces el real sentido sustancial del objeto litigioso.

La excesiva duración de los procesos afectaba gravemente la imagen del sistema judicial ante la opinión pública. Sentencias jurídicamente magistrales de nuestros jueces, carecían de valor práctico, porque el estado de cosas del día de la demanda ya había desaparecido el día de la cosa juzgada. Un proceso ordinario duraba más de 3 años en primera instancia y un año y medio en segunda instancia.

### **b) El Juez mero espectador**

Las etapas de proposición e instrucción del proceso se desarrollaban sin la participación inmediata del Juez, quien en los hechos recién tomaba pleno conocimiento del caso al momento de dictar sentencia definitiva.

### **c) Ausencia de intermediación**

El rol prescindente del juez implicaba que no tenía contacto ni con las partes ni con sus abogados ni con los testigos y peritos. Se perdía por ende la necesaria interacción de la cual suelen emanar conciliaciones, el juez no percibía titubeos, gestos, ni repreguntaba a los testigos, peritos y partes. Las partes no estaban constreñidas a asistir a las audiencias y, por ende el proceso era cuestión sólo de los abogados.

#### **d) Multiplicidad injustificada de estructuras**

Cada objeto tenía su proceso; cada proceso su estructura y sus plazos. La mayor parte de las diferencias carecían de justificación real y sólo tornaban más complejo el ejercicio de la judicatura y la abogacía, constituyendo un verdadero incentivo para la interposición de dilatorias y la alegación de nulidades, alejándose el proceso de su función instrumental al servicio de los derechos sustantivos.

#### **e) Falta de publicidad**

Al ser un proceso escrito y burocrático, de hecho se había transformado en reservado. Los litigantes y la comunidad no tenían acceso a lo que ocurría en el proceso, quedando por ende limitado al conocimiento de los letrados que carecían del necesario contralor de sus clientes. El juez era una figura desconocida para las partes, generándose desconfianza en el sistema.

#### **f) Delegación de funciones jurisdiccionales**

Como consecuencia de la ausencia de sanciones legales previstas para los jueces por no tomar las audiencias, escudados en el exceso de trabajo, delegaban en sus funcionarios la recepción de declaraciones de testigos, el interrogatorio de las partes y las inspecciones judiciales.

#### **g) Infraestructura y recursos humanos insuficientes y gestión ineficiente**

A las deficiencias normativas se agregaban notorias carencias de infraestructura edilicia y, fundamentalmente, el número de jueces era absolutamente insuficiente para absorber eficazmente el volumen

creciente de asuntos sometidos a su resolución. A ello se sumaba una gestión claramente ineficiente.

### **3. Principales metas de la reforma**

En las reformas procesales iniciadas en Iberoamérica existe una gran coincidencia en lo que hace a las metas y objetivos buscados.

En el caso de Uruguay, los principales objetivos de la reforma fueron los siguientes:

- Revertir el alto grado de ineficiencia por la demora en la resolución de los conflictos: lograr un proceso de duración razonable.
- Simplificar y reducir el número de las estructuras procesales y sus trámites.
- Un Código Procesal que tuviera vocación general, abarcando el mayor número de materias no penales.
- Lograr el contacto directo del juez con las partes y la prueba: proceso por audiencias.
- Convertir al juez en verdadero director del proceso respetando siempre el marco de los hechos alegados y controvertidos y el principio del debido proceso.
- Moralizar el proceso evitando conductas desleales y dilatorias.
- Priorizar lo sustancial sobre lo formal: que las formas –siempre necesarias para garantizar el debido proceso– sean instrumentales al derecho sustantivo.
- Priorizar la autocomposición del litigio.
- Lograr la eficacia del proceso de modo que todo sujeto de derecho tenga acceso a un proceso de duración razonable que resuelva sus pretensiones.

### **4. El proceso de reforma**

La definición de una adecuada estrategia de reforma es clave en cualquier proceso de cambio.

Ello requiere considerar los diversos aspectos del problema con un enfoque planificado, innovador, multidisciplinario y efectivo.

En el caso de Uruguay, la estrategia debió definirse con recursos muy limitados, pero fue eficiente por su pragmatismo.



#### **4.1 El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica como base esencial**

En Iberoamérica, el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal ha desarrollado, desde la década del sesenta, una proficua labor para dotar a los países del área de instrumentos procesales modernos y adecuados, adelantándose a los procesos de integración regional.

Los profesores Vescovi, Gelsi y Torello, con el aporte de los más distinguidos procesalistas del mundo, fueron los autores del Anteproyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, aprobado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, el cual suministra bases para la uniformización de los sistemas procesales y que ha servido también de base para las reformas procesales culminadas o en trámite en algunas provincias argentinas, Perú, Paraguay, Colombia, Guatemala, El Salvador, Honduras, Chile, etc.

Por ello es este Código Modelo la fuente inmediata principal del CGP. Ello le atribuye aún mayor trascendencia a la reforma procesal civil uruguaya en el concierto internacional, por cuanto no se trata de un modelo “uruguayo”, sino de la implantación en Uruguay de un modelo construido y aprobado por la más destacada doctrina procesal internacional, al que se le respetaron todos sus principios y estructuras fundamentales, incorporándole tan solo algunos cambios para adaptarlo a la realidad nacional.

#### **4.2 Capacitación y difusión**

En tanto el nuevo Código confiere al tribunal un esencial como director del proceso y, específicamente, de las audiencias, resultó clave en el proceso de reforma capacitar a los magistrados que habrían de actuar. Sin perjuicio de otros muchos esfuerzos de difusión que existieron, fue de singular importancia la creación de la Escuela Judicial (hoy denominada Centro de Estudios Judiciales del Uruguay-CEJU-) a fines de 1987.

La tarea prioritaria fue capacitar en las técnicas del nuevo proceso a los nuevos jueces que necesariamente habría que designar al entrar en vigencia el CGP. Todo ello, sin perjuicio de una intensa actividad curricular mediante cursos directamente vinculados con la práctica forense, poniéndose especial énfasis en las reglas y técnicas del nuevo proceso por audiencias. De estos cursos fueron destinatarios los jueces nuevos y los ya designados.

Las actividades de capacitación y difusión no se limitaron, en el proceso de reforma, a los jueces, sino que abarcaron abogados, estudiantes, fiscales, funcionarios judiciales, notarios, etc.

### **4.3 Participación de los distintos operadores**

Mediante las actividades de capacitación y difusión mencionadas se recibieron aportes de todos los interesados que sirvieron para mejorar el proyecto de ley en algunos casos, para despejar dudas en otros, y fundamentalmente para alejar temores y pronósticos apocalípticos que algunos anunciaron.

### **4.4 Aprobación legislativa consensuada**

La iniciativa reformista no habría tenido éxito si no hubiera contado con el apoyo de la totalidad de los partidos políticos. Los actores de la vida política percibieron con más claridad que los propios operadores judiciales la impostergable necesidad de adecuar las instituciones e instrumentos judiciales a los cambios sociales y económicos.

### **4.5 Adecuación de la infraestructura y aumento del número de jueces**

Para la puesta en marcha del nuevo sistema se designaron más de 100 jueces que, previa capacitación, se dedicaron a tramitar los procesos por el nuevo régimen. Se seleccionaron además a los jueces más aptos en

la nueva técnica, entre los magistrados de carrera, para desempeñar funciones en los Juzgados de la Capital que se crearon para comenzar a conocer en el nuevo régimen procesal, a quienes no se les asignó el conocimiento de procesos pendientes.

“En tanto el nuevo Código confiere al tribunal un rol esencial como director del proceso y, específicamente, de las audiencias, resultó clave en el proceso de reforma capacitar a los magistrados que habrían de actuar.”

Los nuevos magistrados –a pesar de su juventud e inexperiencia– fueron un pilar esencial de la reforma. En tanto habían sido cuidadosamente seleccionados y capacitados en el Centro de Estudios Judiciales en el nuevo sistema procesal y no estaban influenciados por los “vicios” del anterior sistema desesperadamente escrito, fueron una de las claves del cambio.

Asimismo, se aportaron soluciones a los problemas infraestructurales y funcionales que la vigencia del nuevo sistema sin duda habría de plantear, especialmente en cuanto a la organización de la transición de un régimen a otro.

Si bien los recursos económicos eran sumamente escasos, se adecuaron los locales y el equipamiento a los requisitos básicos de un proceso por audiencias. Como contrapartida, no fue necesario aumentar significativamente el número de funcionarios de apoyo de la oficina, atendándose más sedes judiciales con el mismo número de funcionarios ya existente.

## **5. Caracteres generales del Código General del Proceso (CGP) uruguayo**

El CGP entró en vigencia en Uruguay en 1989 y sus principales caracteres generales son los siguientes:

- a. Alcanza a todas las materias no penales con algunas excepciones especialmente reguladas. El nuevo proceso por audiencias se aplica a las materias civil, comercial, familia, arrendamientos, tributario, contencioso de reparación patrimonial

contra el Estado, inconstitucionalidad de la ley, etc. Se mantienen los regímenes anteriormente vigentes en algunas materias específicas como anulación de actos administrativos, procesos aduaneros, amparo, etc.

- b. Se produce una gran simplificación de estructuras procesales. El CGP regula básicamente tres estructuras procesales: la ordinaria, la extraordinaria y la monitoria. Por ellas se tramitan casi todas las pretensiones<sup>3</sup>. En el presente trabajo nos centraremos fundamentalmente en el proceso ordinario.
- c. La estructura procesal tipo es la de un proceso por audiencias. No se trata de un proceso oral en su concepción pura, sino que combina las virtudes de la escritura para los actos de proposición (demanda, contestación, reconvencción, etc.) con las ventajas de los actos orales para la conciliación, saneamiento y prueba. Por ende:
  - Los actos de proposición, sentencias y recursos son escritos.
  - Los actos de conciliación, probatorios, saneamiento, etc. son orales (con registración en acta resumida)
- d. El Juez se constituye en el verdadero director del proceso, abandonando su anterior rol pasivo, en el cual se limitaba a dictar la sentencia.
- e. Se asegura eficazmente la vigencia plena del principio de inmediación, que se constituye en uno de los pilares esenciales de la reforma.
- f. Se asegura de principio la doble instancia, salvo hipótesis excepcionales.

## 6. Los principios procesales consagrados y su adecuada efectivización

### 6.1 Consideraciones generales

En materia de principios procesales, el CGP mantiene idénticos criterios y soluciones que el Código Procesal Modelo para Iberoamérica. Los principios procesales tienen carácter normativo en tanto resultan consagrados en las propias normas y, lo que resulta esencial, se efectivizan adecuadamente<sup>4</sup>. Es en la regulación de los mecanismos legales para los

---

<sup>3</sup> Sin perjuicio, se prevén otras estructuras que, por su especialidad justifican peculiaridades relevantes (procesos preliminares, cautelar, inconstitucionalidad de la ley, sucesorio, incapacidad, etc.).

<sup>4</sup> En efecto, de nada sirven las declaraciones programáticas de principios procesales si la propia ley no prevé los mecanismos eficaces que garanticen su vigencia y sancionen a quienes los infrinjan. El estudio de los mecanismos legales para garantizar la efectiva aplicación de los principios fundamentales del proceso por audiencias pone el acento en lo que debe ser el centro de las reformas procesales. Quedaron ya en el pasado los debates acerca de cuáles principios deben regir el proceso moderno, ya que existen sobre el tema amplias coincidencias. Ahora la clave está en profundizar sobre los mecanismos que la ley debe prever para que los principios procesales dejen de ser meros

principios procesales donde el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica (que el CGP uruguayo sigue fielmente) se constituye en una obra sabia y magnífica.

Todo la normativa procesal se enmarca en el nuevo Código en un postulado fundamental expresamente consagrado: “el fin del proceso es la efectividad de los derechos sustanciales”, destacándose así la vocación instrumental y de servicio del Derecho Procesal, que sólo tiene sentido en tanto logre efectivizar los derechos sustantivos.

Lograr un proceso por audiencias de duración razonable requiere de principios procesales efectivos, eficientes y debidamente desarrollados.

Los principales principios procesales consagrados y adecuadamente garantizados son los siguientes<sup>5</sup>:

- Inmediación
- Economía (especialmente en su manifestación de celeridad)
- Concentración y eventualidad
- Buena fe, lealtad y veracidad
- Dispositivo
- Dirección del proceso por el tribunal
- Publicidad
- Igualdad procesal real
- Debido proceso legal

## 6.2 Principio de inmediación

El principio de inmediación, por su interdependencia con los demás principios, es el pilar esencial de la reforma. Implica la comunicación

---

postulados programáticos y se transformen en herramientas decisivas para que el proceso haga efectivos los derechos sustanciales.

<sup>5</sup> Nos hemos basado en los siguientes trabajos de doctrina que son en este punto ampliamente compartidos por la jurisprudencia nacional: VESCOVI, E., DE HEGEDUS, S., KLETT, S., LANDEIRA, R., SIMON, L. y PEREIRA CAMPOS, S., “Código General del Proceso - Comentado, Anotado y Concordado”, t. 1, Editorial Abaco, pp. 37 a 246; PEREIRA CAMPOS, S., “Fines y Funciones de los Principios Procesales”, Revista del Centro de Estudiantes de Derecho (CED) N° 6, “El principio de publicidad en el Código General del Proceso”, en la Revista Uruguaya de Derecho Procesal N° 1/92; “Alcance y límites del impulso procesal de oficio en el Código General del Proceso”, publicado en la Revista del Centro de Estudiantes de Derecho (CED) N° 9; “El principio de moralidad y el deber de veracidad en el Código General del Proceso”, publicado en “Estudios de Derecho Procesal en homenaje a Adolfo Gelsi Bidart”, FCU, 1999.

personal del juez con las partes y el contacto directo de aquél con los actos de adquisición, fundamentalmente de las pruebas, como instrumento para llegar a una íntima cognición de los intereses en juego a través del proceso y de su objeto litigioso<sup>6</sup>.

En Uruguay, las virtudes de la inmediatez y de un papel activo del tribunal en el proceso como un valor fundamental son ampliamente aceptadas.

Se destaca que para que la inmediatez tenga pleno vigor, el juez debe asumir en la audiencia un rol de director, actuando con mesura y razonabilidad, cuidando en todo momento su imparcialidad<sup>7</sup>. Sus condiciones personales resultan de mucha mayor trascendencia que en un proceso donde no rige la inmediatez. Debe conocer las técnicas de negociación y conciliación que se han desarrollado en relación al proceso por audiencias, y sentirse protagonista de una labor fundamental para la sociedad, que requiere de grandes esfuerzos.

La inmediatez significa sacrificio no sólo para los jueces sino también para los abogados, porque exige un conocimiento completo y constante del asunto controvertido. La inmediatez requiere mutua colaboración entre los abogados y para con el juez, en esa obra en común que es cada audiencia y el proceso todo. Sin esta interacción esencial fundada en la buena fe, la inmediatez deja de ser tal.

El CGP uruguayo consagra el principio de inmediatez, en el proceso “por audiencias”. Regula un sistema procesal en el que, luego de la demanda y contestación escritas, las partes y el juez se reúnen. En audiencia, frente a frente, los litigantes y sus abogados, con la presencia e intervención activa del juez como director, se trata de llegar prioritariamente a una conciliación total o parcial y, en su defecto, se realiza el debate y se fijan

---

<sup>6</sup> No obstante la estrecha vinculación entre oralidad e inmediatez, ambos conceptos pueden diferenciarse. La oralidad es un tipo procesal y se refiere al medio de expresión que se utiliza en el proceso. El principio de inmediatez se refiere a la forma en que el juez asimila o toma contacto con el material de conocimiento y con los intervinientes en el mismo

<sup>7</sup> La situación que actualmente viven muchos sistemas judiciales y que padecía Uruguay hasta la entrada en vigencia del CGP implicaba la irrestricta delegación de funciones para todos los casos, con lo cual el justiciable no tenía nunca contacto con el juez que dictó la sentencia en su causa, perdiéndose por ello confiabilidad y respeto por la administración de justicia. Los testigos y peritos declaraban frente a un funcionario que no conocía el fondo del asunto y que se limitaba a registrar, dentro de lo posible, lo manifestado

los puntos en disputa de manera clara y concreta. Se hacen efectivos así los principios procesales fundamentales y, especialmente, se garantiza la inmediación. Se trata de un proceso que realizan efectivamente y en conjunto, sus tres principales sujetos (las partes y el juez), junto con los auxiliares y sujetos complementarios, obteniendo así un efectivo acercamiento a la realidad concreta que forma el objeto sustantivo del proceso, concentrándose sus actuaciones. La sede del tribunal deja de ser el lugar en donde se presentan y se intercambian escritos para formar el expediente y se transforma en el lugar donde se hace el proceso con la presencia de sus protagonistas esenciales.

La implementación del sistema por audiencias –esquema mixto, porque se mantiene la expresión escrita en los actos postulatorios e impugnativos, en general– sigue representado el programa medular de la reforma de la justicia. Es el único método que asegura la virtualidad y operatividad de los principios cardinales del proceso: inmediación, concentración, celeridad, economía, buena fe, publicidad y desacralización de las formas procesales, insita en la oralidad, así como de identidad del juez que asume las pruebas y decide las causas. Ello se complementa con la ampliación de los poderes del Juez, sobre todo en materia probatoria (siempre en el marco de los hechos alegados y controvertidos por las partes), y su facultad de valorar dicha prueba, conforme con las reglas racionales de la sana crítica.

Pero sin duda que lo más trascendente es que el CGP –al igual que el Código Modelo– establece los siguientes mecanismos para garantizar efectivamente que el principio de inmediación se cumpla cabalmente:

- a. Se le confieren al tribunal poderes-deberes que le permiten ser el verdadero director del proceso, sin perjuicio de la inquebrantable vigencia del derecho de defensa de las partes.
- b. Se sanciona con nulidad absoluta todo lo actuado en las audiencias que se celebren sin la presencia del juez, sin perjuicio de la responsabilidad funcional en la que pueda incurrir éste por no asumir la dirección de la audiencia.
- c. Se prevé la identidad entre el juez que toma las audiencias de un proceso y el que dicta la correspondiente sentencia (la regla tiene excepciones).

- d. Es preceptiva la presencia personal de las partes personas físicas en la audiencia preliminar (las personas jurídicas y los incapaces obviamente comparecen por representante), salvo motivo fundado.
- e. Se sanciona al actor con el desistimiento de la pretensión cuando injustificadamente no comparece a la audiencia preliminar, salvo que se tratare de derechos indisponibles.
- f. Se sanciona al demandado con la admisión de los hechos alegados por el actor cuando injustificadamente no comparece a la audiencia preliminar, salvo que se tratare de derechos indisponibles.
- g. Se sanciona con una presunción desfavorable (relativa) a la parte que injustificadamente no comparece a la audiencia complementaria, a la audiencia de conciliación previa o a otras audiencias del proceso.
- h. Se dispone la indelegabilidad de la función jurisdiccional que implica que, de principio, la oficina sólo podrá realizar actividades de apoyo material (oficios, notificaciones, embargos, etc.) pero de manera alguna actos procesales que sus-traigan al decisor del conocimiento y participación directa en toda la secuencia procedimental de la causa (audiencias, resoluciones, actos de producción de prueba, etc.).
- i. Se regula la recepción de prueba en audiencia.

Nuestros jueces, teniendo en cuenta el rigor de las sanciones por violaciones al principio de inmediación, han hecho un uso ponderado y razonable de las facultades de conceder prórrogas de las audiencias en caso de que la parte justifique fundadamente los motivos de su incomparecencia.

Para que en un proceso por audiencias pueda lograrse la celeridad, es indispensable la adecuada definición del rol del juez como director del proceso, asumiendo funciones proactivas en pos de la eliminación de las demoras improductivas que se dan en los litigios, pero siempre cuidando no afectar las garantías indispensables de las partes.

### **6.3 Principio de economía (celeridad)**

Si bien el principio de economía tiene múltiples manifestaciones (economía de esfuerzos y economía de dinero), sin lugar a dudas lo más trascendente es obtener la celeridad de los procesos (economía de tiempo).



Y es aquí donde está la clave de la pregunta que queremos responder acerca de la mejor manera de compatibilizar proceso por audiencias con celeridad. La agilización de los procedimientos con el fin de lograr un proceso de duración razonable constituye uno de los desafíos centrales del Derecho Procesal desde siempre.

Para garantizar la celeridad, el CGP, regula varios instrumentos:

- a. Los plazos son perentorios e improrrogables, sin perjuicio de la facultad de las partes de acordar la suspensión de los mismos.
- b. Se consagra el impulso procesal de oficio, según el cual, una vez iniciado el proceso (para lo cual rige el principio dispositivo), el tribunal deberá impulsar el proceso evitando su paralización.
- c. Se prevé el principio de las audiencias continuas.
- d. Se elimina la realización de actos innecesarios tales como reiteración de vistas y traslados (ya desde muchos años antes se había eliminado la réplica y la dúplica).
- e. Se regula en la audiencia preliminar el despacho saneador, una resolución judicial a través de la cual el proceso se ve depurado de nulidades, dilatorias y excepciones previas, pasándose de allí en más a debatir sobre el objeto de fondo del juicio.
- f. Se prevén plazos breves para el dictado de autos y sentencias.
- g. Se consagra un régimen eficiente de notificaciones, que se construye sobre los siguientes pilares:
  - i. La notificación a domicilio es excepcional.
  - ii. Todas las resoluciones dictadas en la audiencia quedan notificadas a quienes asistieron y a quienes si bien no asistieron, debieron haberlo hecho.
  - iii. Se prevé un régimen de notificaciones fictas imponiéndose la carga de asistencia de los abogados a las oficinas.
  - iv. Las nulidades son excepcionales en materia de notificaciones, rigiendo el principio de finalismo.
- h. Se restringen las nulidades a las estrictamente necesarias, siempre y cuando exista perjuicio, quien las alega no las haya subsanado o haya contribuido a causarlas y siempre y cuando el acto, aunque irregular no haya cumplido su finalidad.
- i. Carácter no suspensivo de los incidentes.
- j. En el régimen impugnativo se hace hincapié en mecanismos de aceleración procesal como lo son la apelación con efecto diferido y no suspensivo, la interposición o el anuncio de recursos en audiencia, etc.

- k. Las diligencias para mejor proveer son excepcionalísimas y tienen limitado el plazo por el cual suspenden el proceso.
- l. Cuando la pretensión presenta un alto grado de fehaciencia inicial, simplicidad y/o baja probabilidad de oposición (cheques, vales, letras de cambio, contratos inscriptos, etc.), se permite a tramitación del proceso por la vía monitoria, constituyendo éste un mecanismo de enorme utilidad para obtener una sentencia de inmediato, sin perjuicio de la eventual impugnación mediante la interposición de excepciones.

#### **6.4 Principios de concentración y eventualidad**

Se reúnen en un mismo acto todas las diligencias procesales que sean necesarias y se puedan realizar. Ello se garantiza, entre otros, a través de los siguientes instrumentos:

- a. Presentación y/u ofrecimiento de toda la prueba con los escritos de demanda y contestación, reconvenición, contestación a ésta y a las excepciones.
- b. Si frente a la demanda, el demandado adopta más de una actitud, deberá hacerlo en forma conjunta.
- c. Contenido múltiple de la audiencia preliminar y la audiencia complementaria.

#### **6.5 Principios de buena fe, lealtad y veracidad**

Se establece que la conducta del juez, partes, representantes, abogados y demás partícipes debe adecuarse a la dignidad de la justicia, lealtad y buena fe. Y ello también es clave para compatibilizar oralidad y celeridad.

Los mecanismos regulados a tales efectos en el CGP, han resultado claramente exitosos, mejorándose sensiblemente con respecto al régimen anterior. Los instrumentos previstos son los siguientes:

- a. El Tribunal deberá impedir el fraude procesal, la y cualquier otra conducta ilícita o dilatoria, disponiendo para ello de poderes-deberes.
- b. Presentación de la demanda y contestación con toda la prueba de que se dispone, adjuntando los documentos que obran en poder de la parte, intimando la entrega de los que obran en poder de la contraparte o terceros y proporcionando todos los elementos de los demás medios de prueba de los que la parte habrá de servirse (datos de testigos y objeto de su declaración, objeto de la pericia, objeto de

la inspección judicial o la reconstrucción, etc.). De este modo, se impone a las partes la carga de anticipar en la demanda y en la contestación toda la prueba que se intenta producir, evitando ocultamientos y maniobras.

- c. Se prevé el deber de veracidad al establecerse como requisito de todo acto procesal que habrá de ser realizado con veracidad y buena fe y tener por causa un interés legítimo.
- d. Se otorgan al Tribunal poderes-deberes para rechazar la prueba inadmisibles, in-conducente, impertinente o innecesaria, las pretensiones manifiestamente improponibles u ostensiblemente infundadas, para dirigir el proceso con plena autoridad, evitando la dilación y para aplicar sanciones a quienes lo obstaculicen indebidamente.
- e. Se prevé el deber de colaboración de las partes y de los terceros en materia probatoria, regulándose consecuencias desfavorables para quienes no cumplan con el referido deber.
- f. Se desestimulan las impugnaciones meramente dilatorias, acordando, de principio, efecto no suspensivo a la apelación de sentencias interlocutorias, admitiendo la ejecución provisoria de la sentencia de condena apelada y negando efectos suspensivos a los recursos de casación y revisión. En algunos casos especiales se prevé la apelación con efecto diferido que también desalienta la impugnación infundada de las resoluciones.
- g. Se sanciona al demandado debidamente emplazado que no contesta la demanda con la admisión de los hechos alegados por el actor (rebeldía del demandado).
- h. Se sanciona al demandado que contesta la demanda en forma evasiva o reticente con la admisión de los hechos alegados por el actor respecto de los cuales se es evasivo o reticente.
- i. La publicidad del proceso -debidamente garantizada- y la presencia permanente del juez en las audiencias, también desalientan al litigante malicioso que debe “dar la cara” frente al juez, a su cliente y al colega que asiste a la contraparte.
- j. Se prevé el efecto no suspensivo de los incidentes.
- k. Se consagra un poder cautelar genérico del tribunal para asegurar la efectividad de la sentencia, así como la admisión de la imposición de sanciones pecuniarias conminativas (astreintes).

## 6.6 Principio dispositivo

El nuevo proceso continúa siendo predominantemente dispositivo. Las partes mantienen la disposición de sus derechos desde la iniciación hasta la culminación del proceso en forma independiente a la voluntad

judicial. Ello, sin perjuicio del necesario rol de director que en el proceso moderno debe atribuírsele al tribunal.

Por ende, se establece, como regla, que solamente los interesados tienen la facultad de iniciar el proceso, de aportar los hechos (material fáctico sustento de sus pretensiones) y delimitar el objeto de la litis, siendo además los principales encargados de aportar la prueba para acreditar los hechos alegados y controvertidos.

Como otro derivado del principio dispositivo, se establece el principio de congruencia o de conformidad del fallo con las pretensiones constitutivas del objeto del proceso, no pudiendo el Juez fallar ni fuera ni más allá de lo pedido, ni dejar de decidir sobre algo de lo propuesto.

“El juez dispone asimismo de poderes-deberes en materia de control de los presupuestos procesales, la dirección del proceso, y la prevención y relevamiento de nulidades.”

Las partes tienen la facultad de disponer del proceso, salvo que se trate de derechos irrenunciables.

Sin perjuicio del principio dispositivo, para asegurar la eficacia del proceso y su aptitud como instrumento para lograr la solución de Justicia al caso concreto, se atemperan las consecuencias extremas del mismo, confiriéndole al Juez un protagonismo fundamental como director del proceso.

## **6.7 Principio de dirección del proceso por el tribunal**

El juez, sin vulnerar el principio dispositivo, se convierte en un partícipe activo del proceso con su presencia y el ejercicio de los poderes-deberes asignados por el CGP.

La dirección del proceso se confía por ley al tribunal y se consagra el principio del impulso procesal a cargo del mismo, quien deberá tomar de oficio las medidas tendientes a evitar la paralización del proceso y adelantar su trámite con la mayor celeridad posible.

Este rol adquiere relevancia principal en sede de iniciativa probatoria, aunque siempre dentro del marco fáctico proporcionado por las partes. Además se asigna al tribunal un rol importante como facilitador en la definición del objeto del proceso en la audiencia preliminar. El juez dispone asimismo de poderes-deberes en materia de control de los presupuestos procesales, la dirección del proceso, y la prevención y relevamiento de nulidades.

El papel del tribunal como verdadero director del proceso se garantiza adecuadamente, mediante la atribución por ley de los siguientes poderes-deberes:

- a. Para rechazar liminarmente la demanda, cuando fuere manifiestamente improponible, cuando carezca de los requisitos formales exigidos por la ley o cuando se ejercite una pretensión especialmente sujeta a término de caducidad y éste haya vencido.
- b. Para relevar de oficio las excepciones de incompetencia absoluta, litispendencia, falta de representación, la incapacidad declarada del actor o su representante, la caducidad, la cosa juzgada y la transacción.
- c. Para dar al proceso el trámite que legalmente corresponda, cuando el requerido aparezca equivocado.
- d. Para rechazar *in limine* la intervención de terceros cuando la petición carezca de los requisitos exigidos.
- e. Para rechazar *in limine* los incidentes que reiteren otros ya propuestos por la misma causa o cuando, a pesar de fundarse en causa distinta, ésta haya podido alegarse al promoverse uno anterior.
- f. Para declarar de oficio y de plano las nulidades absolutas e insubsanables y para disponer las diligencias que persiguen evitar dichas nulidades.
- g. Para imponer a los procuradores y abogados sanciones disciplinarias y multas en los casos previstos legalmente, así como para dirigir el proceso e imponer sanciones a quienes observen conducta incompatible con la dignidad y decoro de la Justicia<sup>8</sup>.
- h. En materia de prueba, sin desmedro del principio dispositivo, se faculta al Juez:
  - i. Para ordenar las diligencias necesarias al esclarecimiento **de los hechos controvertidos (el juez no puede, por ende, alterar el marco fáctico del proceso), respetando el derecho de defensa de las partes.**

---

<sup>8</sup> En la práctica estas sanciones se aplican sólo en casos excepcionalísimos y particularmente graves.

- ii. Para disponer, en cualquier momento, la presencia de los testigos, de los peritos y de las partes, para requerirles las explicaciones que estime necesarias al objeto del pleito.
- iii. Para rechazar las pruebas inadmisibles, así como las manifiestamente inconducentes, impertinentes e innecesarias.

Es deber del tribunal emplear las facultades y poderes que le concede el Código para la dirección del proceso y la averiguación de la verdad de los hechos alegados por las partes, incurriendo en responsabilidad por la omisión en el cumplimiento de estos deberes.

En cuanto al alcance del poder-deber atribuido al juez para la averiguación de la verdad, se ha consolidado en Uruguay la interpretación de que tal poder-deber se limita a los hechos alegados por las partes. Nadie discute que el proceso civil sigue siendo predominantemente dispositivo, aún con el incremento de los poderes-deberes del tribunal. En efecto, el material de hecho del proceso lo proporcionan únicamente las partes, quienes disponen de la iniciación del proceso o su extinción total o parcial y excluyen al no mediar controversia determinados fundamentos de hecho del objeto del proceso. El juez no podría incursionar ni invocar en sustento de su decisión cuestiones de hecho no alegadas por las partes en sus escritos de proposición, al hallarse limitada su iniciativa probatoria a los hechos alegados y controvertidos por las partes.

El aumento de los poderes-deberes del juez ha demostrado ser un instrumento muy eficaz para la búsqueda de la verdad material de los hechos de la causa y la concreción de una solución de justicia en la sentencia.

En ningún caso se altera la imparcialidad del juez, que es una exigencia esencial de la jurisdicción, por disponer de los poderes-deberes analizados. No debe olvidarse que una cosa es la imparcialidad -siempre imprescindible- y otra, muy distinta, la neutralidad del juez -que lo hace mero espectador prescindente- que en nada colabora proactivamente en la dilucidación del proceso. La posición activa del órgano judicial respecto a las pruebas no es incompatible con su imparcialidad, en tanto el derecho de defensa se preserva íntegramente.

En Uruguay, como habremos de desarrollarlo más adelante, los jueces han hecho un ejercicio moderado y adecuado de tales instrumentos, sin afectar su imparcialidad, ni el principio de igualdad de las partes y su derecho de defensa en juicio.

## 6.8 Principio de publicidad

Se establece expresamente el principio de la publicidad de los expedientes y de las audiencias, con la excepción de aquellos casos en que el Tribunal disponga la reserva de las actuaciones por razones de seguridad, de moral o en protección de la seguridad de alguna de las partes. La vigencia del principio se garantiza consagrando:

- a. La publicidad de las audiencias<sup>9</sup>.
- b. La publicidad del expediente judicial.

## 6.9 Principio de igualdad procesal real

Se establece expresamente el principio de igualdad, que deberá mantener el Tribunal, buscando propender a una igualdad real por sobre la formal. Esto es:

- a. Igualdad de alegaciones, defensas y pruebas para las partes en el proceso.
- b. Libre acceso a la justicia tanto para solicitar la protección de un derecho como para defenderse ante un reclamo que se le efectúe.
- c. Bilateralidad de los actos procesales.
- d. Consideración de especialidades en materias de carácter social, tales como los procesos de familia, incapaces, etc.
- e. Consagración de soluciones para que el acceso a la justicia no se vea coartado por razones económicas.

---

<sup>9</sup> Aunque en la práctica en las audiencias de los procesos civiles la presencia de público en general es excepcional, el sólo hecho de que puedan asistir ya resulta relevante. Es bastante habitual que estudiantes de derecho, o personas vinculadas a las partes asistan y su sola presencia constituye una garantía adicional. Ello sin perjuicio del esencial control que significa para los abogados la presencia en audiencia de sus propios clientes, quienes pueden medir aún en términos de sentido común la actuación de los letrados y el estudio que éstos hayan hecho de sus causas..

## 7. Las estructuras procesales

### 7.1 Consideraciones generales

El diseño de las estructuras procesales es otro punto clave en la articulación del proceso por audiencias con la celeridad.

El CGP –que sigue al Código Modelo– procuró la reducción de los tipos procesales a los mínimos indispensables. Así, para el proceso de conocimiento consagró fundamentalmente tres estructuras<sup>10</sup>:

- El proceso ordinario
- El proceso extraordinario<sup>11</sup>
- El proceso monitorio<sup>12</sup>

---

<sup>10</sup> 9 Ello Sin perjuicio de regularse por trámites propios el proceso sucesorio, amparo, incapacidad, inconstitucionalidad, etc. El CGP contiene obviamente previsiones especiales para los procesos preliminares, cautelares y de ejecución, pero que no se apartan relevantemente de los principios y estructuras básicas. Por otra parte el Código hace referencia a los procesos llamados “sociales” (agrarios, de familia y menores) respecto de los cuales, si bien tramitan por las estructuras básicas, se admite la modificación de la pretensión en la audiencia preliminar cuando resulte manifiestamente que, por carencias de información o de asesoramiento, se ha incurrido en omisiones en relación a derechos que asisten a las partes. En estos casos, el tribunal otorgará a la contraparte oportunidades para la adecuada contestación, pudiendo, a tales efectos, prorrogar la audiencia, si las nuevas cuestiones son de hecho y no fuere posible controvertirlas sin previa información.

<sup>11</sup> 10 El proceso extraordinario solamente se aplica para el tratamiento de pretensiones especialmente previstas (alimentos, posesorio, etc.) y se diferencia del ordinario en que el procedimiento, tras la etapa de proposición escrita, se concentra en una sola audiencia. Dado que para celebrarse esa única audiencia es necesario antes diligenciar la prueba que no se producirá en la misma, el proceso extraordinario no ha dado buenos resultados de agilización procesal, comparado con el proceso ordinario. Muchos autores, preconizan por ende la eliminación de la estructura extraordinaria dados los excelentes resultados de las estructuras ordinaria y monitoria, que tornarían aquella innecesaria.

<sup>12</sup> 11 El proceso de estructura monitoria es de larga tradición en Uruguay, regulándose ya en el viejo Código. El CGP, tan sólo adapta esa estructura al proceso por audiencias. Desde siempre, la regulación de esta estructura procesal ha constituido un factor fundamental de agilización de los procesos, fundamentalmente en lo que refiere al cobro de documentos comerciales (vales, cheques, letras de cambio). La vía monitoria se reserva para ciertas pretensiones dotadas ab initio de una fuerte presunción de fundabilidad, fehaciencia o certeza (monitorio documental). Los casos en que procede el proceso monitorio están enumerados taxativamente en la ley: procesos ejecutivos (cobro de cantidad de dinero líquida y exigible que surge de un documento), de desalojo, de entrega de la cosa, de entrega efectiva de la herencia, resolución en cumplimiento del pacto comisorio, escrituración forzada cuando se solicita el

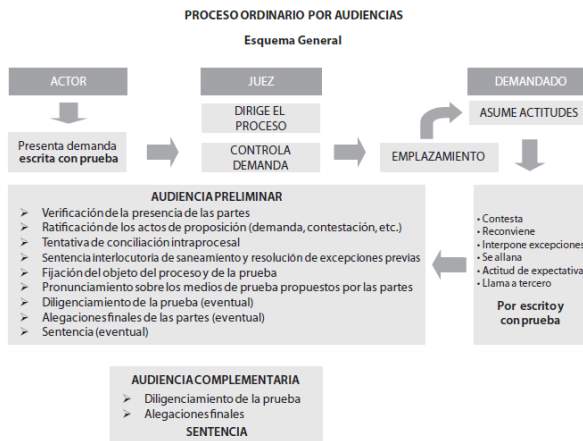
cumplimiento de una promesa inscripta de enajenación de inmuebles o casa de comercio, divorcio en casos excepcionales, etc. El proceso monitorio es un proceso de conocimiento (no de ejecución) que se caracteriza por su estructura abreviada y por el hecho de que la sentencia sobre el fondo se dicta sin escuchar al demandado pero la misma queda condicionada a que, una vez notificada, éste no la impugne mediante la interposición de excepciones (defensas). Una vez presentada la demanda, el juez realiza un control estricto de los requisitos de admisibilidad y fundabilidad de la pretensión que emergen de la prueba documental aportada por el actor. Si entiende que la demanda es fundada y admisible dicta sentencia sobre el fondo, citando de excepciones al demandado. Si el



La regla es el proceso ordinario, previéndose que por la estructura del proceso extraordinario o del monitorio tramitarán exclusivamente determinadas pretensiones específicamente establecidas en la ley.

## 7.2 El proceso ordinario

La estructura del proceso ordinario surge del siguiente cuadro:



Corresponde aplicar en Uruguay, en la mayor parte de los casos y para la tramitación de la mayor parte de las pretensiones, la estructura del proceso ordinario precedente.

Dicha estructura, sintéticamente, es la siguiente:

demandado no interpone defensas, la sentencia inicial pasa en autoridad de cosa juzgada y es susceptible de ejecución (a través del correspondiente proceso de ejecución). Si el accionado opone excepciones, se instaura el contradictorio y se convoca a audiencia con el contenido previsto para la audiencia preliminar del juicio ordinario. El proceso monitorio presupone generalmente que la demanda tiene un grado alto de feha ciencia inicial (habitualmente se requiere un documento que pruebe la obligación en forma clara) y que, por ende, la probabilidad de oposición del demandado sea baja. La estructura monitoria ha funcionado en la práctica con gran eficacia y celeridad, sin afectar las garantías del debido proceso legal y del ejercicio adecuado del derecho de defensa en juicio. En la mayoría de los casos el demandado no presenta excepciones, culminando el proceso en un promedio de tres meses.

- Tentativa de conciliación previa ante los Jueces de Conciliación (en Montevideo) o ante los Jueces de Paz (en el interior)<sup>13</sup>.
- Demanda escrita con prueba
- Emplazamiento
- Posibles actitudes del demandado (dentro de 30 días corridos):
  - a. Contestación escrita con prueba
  - b. Contesta y opone por escrito excepciones previas, con prueba
  - c. Contesta y/o opone excepciones y/o reconviene, por escrito, con prueba Excepcionalmente puede el demandado allanarse a la demanda, asumir actitud de expectativa, o incluso no contestar, verificándose la rebeldía (cada una de estas actitudes tiene previstas consecuencias en la ley).
- Si hubo oposición de excepciones previas, traslado al actor para su contestación por escrito.
- Si hubo reconvencción, traslado al actor para su contestación por escrito.
- Audiencia preliminar (acto complejo y fundamental del nuevo proceso cuyo contenido se desarrolla en el siguiente punto).
- Audiencia complementaria. En ella se diligencia la prueba y, al finalizar, se realizan los alegatos de las partes.
- Sentencia.

En caso de apelación de la sentencia definitiva se abre la segunda instancia. La sentencia de segunda instancia puede ser eventualmente objeto del recurso de casación en los casos en que la ley lo habilita.

### **7.3 La audiencia preliminar como centro de la reforma procesal**

La audiencia preliminar del proceso ordinario bajo la dirección del tribunal es, en el nuevo sistema procesal, el acto procesal complejo más importante, en el cual se plasman y efectivizan de modo óptimo los principios procesales consagrados en el CGP. En efecto, lo esencial del proceso es que la intermediación opera a través de audiencias, donde impera el esquema dialogal entre las partes, asistidas por sus abogados y el Juez.

---

<sup>13</sup> Los juicios ordinarios civiles requieren del cumplimiento de una fase de conciliación previa a su iniciación, ante jueces distintos de los que habrán de entender en el proceso principal, sin perjuicio de la posterior tentativa de conciliación intraprocesal que también deberá cumplirse por parte de los jueces del proceso ordinario.

En el CGP uruguayo la audiencia preliminar es el *pivot* del sistema. Allí se comienza con tentar la conciliación (intraprocesal) por el Juez, se realiza el saneamiento del proceso y se fija el objeto del proceso y de la prueba así como los medios de prueba a diligenciarse.

Por ello el CGP prioriza, como vimos al analizar el principio de inmediación, el deber de comparecencia del juez, y la carga de comparecencia de las partes y sus abogados, imponiendo drásticas sanciones a su inobservancia.

El contenido complejo de la audiencia preliminar (principio de concentración), puede resumirse del siguiente modo:

- a. Verificación de las comparecencias de los sujetos procesales a efectos de determinar la eventual aplicación de las consecuencias legales.
- b. Ratificación de los actos escritos de demanda y contestación (y eventualmente reconvencción y/o excepciones previas y sus respectivos escritos de contestación) y aclaración de sus términos si resultaren dudosos.
- c. Tentativa de conciliación en forma total o parcial. Esta fase de conciliación intraprocesal se realiza conociendo ya los jueces el material fáctico involucrado en el objeto del proceso en mérito al estudio de los escritos de demanda y contestación.
- d. Recepción de prueba sobre las excepciones previas, si ello fuera necesario.
- e. Dictado de sentencia interlocutoria con el fin de sanear el proceso (despacho saneador): se resuelven las excepciones previas, se relevan las nulidades denunciadas o advertidas por el juez de oficio, y todas las demás cuestiones que obstan a la decisión de mérito, incluyendo la improponibilidad de la demanda y la legitimación en la causa cuando sean manifiestas (patentes, evidentes) y por ende definibles al comienzo del litigio.
- f. De este modo, en la audiencia preliminar el proceso queda saneado, encaminándose en más a resolver la cuestión de fondo central.
- g. Dictado de sentencia interlocutoria a través de la cual se fija el objeto del proceso y de la prueba, sobre la base de los aspectos que queden controvertidos tras la etapa de proposición escrita, y luego de la actividad de las partes y del Juez en la conciliación. De este modo, con la intervención del Juez en diálogo con las partes y sus abogados, se esclarece el objeto del proceso y de la prueba, que en rigor es fijado por las partes en las pretensiones originales, lográndose de tal manera ubicar el conflicto en sus términos reales.

- h. Dictado de sentencia interlocutoria pronunciándose el tribunal respecto de los medios de prueba propuestos por las partes, admitiendo o desestimando los mismos.
- i. Si fuere posible, la prueba ofrecida se diligencia en la propia audiencia preliminar que en consecuencia tiene aptitud potencial para transformarse en única, escuchándose los alegatos de las partes, dictándose luego la sentencia. Ello en la práctica es excepcionalísimo.
- j. Si ello no fuere posible, se señalará audiencia complementaria, para la producción de las pruebas que no se recibieron en la preliminar, alegatos de las partes y sentencia.

Lo actuado en las audiencias se documentará en forma resumida. En la práctica se han desvanecido parte de los temores que tal forma de registro planteaba a priori, y no se han planteado mayores problemas al respecto, pues la experiencia indica que los jueces o sus auxiliares documentan, en general, en forma acertada la audiencia, recogiendo las observaciones de las partes a los efectos de asegurar la fidelidad del resumen.

## **8 Resultados del relevamiento empírico del funcionamiento del proceso civil por audiencias en Uruguay**

Los resultados de la reforma de la Justicia Civil en Uruguay operada en 1989 con la implantación del Código General del Proceso, recogiendo la solución propiciada por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, son altamente positivos.

En efecto, la vigencia del CGP durante más de dos décadas ha generado cambios que pueden calificarse de esenciales en la forma de hacer justicia en Uruguay, mejorándose en calidad, transparencia y celeridad.

No obstante, aún quedan muchas cosas por mejorar y perfeccionar en ese camino permanente de relevamiento, diagnóstico, ajustes y evaluación que supone toda reforma procesal.

Las conclusiones que se exponen a continuación surgen principalmente del relevamiento empírico realizado en Juzgados Letrados de

Primera Instancia en lo Civil de Montevideo en el año 2007<sup>14</sup>, de entrevistas y encuestas a jueces y abogados y de información estadística del Poder Judicial.

### **8.1 Reforma general del sistema de justicia no penal**

Se ha alcanzado una reforma “general” del sistema, en tanto han quedado comprendidas casi todas las materias no penales (civil, comercial, familia, contencioso administrativo de reparación, arrendamientos, tributario, etc.<sup>15</sup>).

### **8.2 Mejora del servicio de justicia**

Los operadores jurídicos todos son contestes en destacar la eficacia del nuevo régimen procesal, que ha significado una notable mejora del servicio de justicia en las áreas no penales (la reforma penal es una materia pendiente en Uruguay).

### **8.3 Simplificación de las estructuras procesales**

Se ha obtenido una verdadera simplificación de las estructuras procesales reduciéndose el número de las mismas y eliminándose etapas superfluas o reiteradas. La simplicidad se obtiene al limitar el número de tipos de procesos a su mínimo indispensable. Luego, la simplicidad se verifica dentro de cada estructura procesal, al eliminarse actos innecesarios y actuar los principios de inmediación y concentración, fundamentalmente en la audiencia que funciona como elemento central del proceso.

---

<sup>14</sup> En dicha investigación solicitada por CEJA, el objeto de relevamiento fueron las audiencias correspondientes a procesos civiles ordinarios de primera instancia. El período de relevamiento fue de 1 mes. Los Juzgados relevados fueron 8 Juzgados Letrados de Primera Instancia en lo Civil (JLC) de la ciudad de Montevideo. La metodología consistió en la observación de cada una de las audiencias por un relevador que completa el formulario de relevamiento elaborado previamente. La investigación está publicada en [www.cejamericas.org](http://www.cejamericas.org).

<sup>15</sup> La reciente L. 18.572 de 2009, alteró este principio de unidad al regular un nuevo proceso laboral autónomo, desgajado del CGP, lo que ha recibido duras críticas de la doctrina procesal.

#### 8.4 Reduccion sustancial de la duracion de los procesos

Se ha logrado en forma clara la aceleración de los procesos judiciales. El resultado fue realmente revolucionario en cuanto a la duración de los procesos civiles ordinarios, que en visión general y promedial, se ha reducido a la mitad en comparación con la duración de los procesos judiciales antes de la reforma.

No obstante, los excelentes resultados obtenidos durante los primeros 10 años de aplicación del CGP en materia de reducción de duración de los procesos, se han visto empañados en los últimos años, en los cuales, a pesar de mantenerse en general una carga razonable de trabajo de los Juzgados, los procesos han incrementado su tiempo de duración en la primera instancia. Las razones de tal incremento en la duración de los procesos son atribuibles fundamentalmente a problemas de gestión y compromiso de los protagonistas del sistema de justicia y no a la norma procesal.

La duración de la **segunda instancia**, en cambio, sigue una tendencia constante a la disminución de su duración (no supera promedialmente los 6 meses).

Por otra parte, más de la mitad de los asuntos estrictamente civiles se tramitan **en procesos de estructura monitoria**, cuya duración promedio aproximada es de 3 meses.

#### 8.5 Numero de jueces

Se ha superado la tradicional insuficiencia de jueces sobrecargados de asuntos que no podían resolver en plazo razonable. Hoy Uruguay cuenta con un promedio aproximado de un juez cada 6.900 habitantes. Ello coloca a Uruguay en un **privilegiado lugar en el mundo en la relación número de jueces-número de habitantes**.

## 8.6 Carga de trabajo razonable de los juzgados

En Montevideo, los Juzgados Letrados de Primera Instancia en lo Civil tienen una carga razonable de trabajo, atendiendo al número de audiencias que celebran por día y al número de sentencias que dictan al año.

La distribución de asuntos entre ellos resulta razonablemente pareja dada la existencia de un sistema aleatorio computarizado de asignación de los procesos a través de una oficina centralizada.

En el interior del país se presentan mayores complejidades, no contándose con cifras al respecto.

## 8.7 Inmediación

La intermediación es real, efectiva y eficiente.

- a. Las audiencias son el acto vital del proceso en el cual, mediante la interacción, el diálogo constructivo y la producción de la prueba, se encamina el proceso hacia lo principal: la efectividad de los derechos sustanciales.
- b. Los jueces asisten a todas las audiencias.
- c. Las partes y sus abogados comparecen de regla a las audiencias, salvo motivo fundado.
- d. Las personas físicas comparecen en forma personal (y no por representante) en la mayor parte de los casos.
- e. Los abogados no arriesgan a que su cliente no comparezca a una audiencia, por las importantes consecuencias desfavorables que pueden padecer.
- f. Las audiencias muestran gran utilidad para cumplir diversas actividades concentradas de diálogo, ordenación y contralor (sanear el proceso, fijar el objeto del proceso y de la prueba, admitir o rechazar la prueba a diligenciarse, designar peritos o impugnar su designación o su dictamen, realizar el reconocimiento de documentos y controlar los mismos, etc.).
- g. Todas las resoluciones dictadas en audiencia quedan notificadas en la propia audiencia.
- h. El justiciable, destinatario último y fundamental del servicio de justicia, aprecia en el contacto directo con el juez de “su” caso y con la contraparte que el proceso es el medio idóneo para resolver pacíficamente el conflicto.

- i. Todo lo expuesto demuestra que el sistema del CGP que establece sanciones por la incomparecencia del Juez y de las partes a las audiencias es efectivo y realizable, lográndose el objetivo de intermediación perseguido.

## 8.8 Publicidad

En cuanto al principio de publicidad consagrado legalmente, cabe concluir:

- a. Si bien los procesos y las audiencias son públicas, es bajo el porcentaje de presencia de público en las mismas (no llega al 20 % las audiencias a las que asiste público).
- b. En la práctica no es de costumbre que el público asista a presenciar audiencias, lo que no obedece a ningún tipo de restricción legal sino al poco interés que despiertan los casos civiles para la población.
- c. En la práctica no se verificaron dificultades para acceder a las salas de audiencia ni para presenciar las mismas. En ninguno de los casos relevados hubo restricciones para el acceso de público a las audiencias.
- d. Las partes y sus abogados no se sorprenden, en la mayoría de los casos, por la presencia de público en las audiencias (en más del 70% de las audiencias que hubo público, nadie manifestó sorpresa).
- e. La mera posibilidad de asistencia de público opera como elemento de contralor de la actividad jurisdiccional.
- f. Dado el altísimo porcentaje de comparecencia personal de las partes sustanciales de los procesos a las audiencias, la publicidad interna (hacia los sujetos del proceso) opera como un importante instrumento de contralor de las partes sobre los abogados y el juez.
- g. La publicidad también cumple una importante función pedagógica para los estudiantes de derecho que suelen asistir a las audiencias.
- h. Durante el desarrollo de las audiencias e incluso finalizando las mismas, se comprobó que los profesionales de las partes solicitaban con frecuencia el expediente al Juez, a efectos de realizar determinados controles y que en ningún caso les fue restringido el acceso al mismo.
- i. En todos los casos relevados se tuvo acceso a la agenda de audiencias. La implementación del moderno sistema de gestión que se está instrumentando, seguramente facilitará aún más el acceso público a la agenda de audiencias de las sedes.
- j. En los Juzgados relevados, puede accederse al estado de trámite de los procesos vía Internet.
- k. Es excepcionalísimo que el Juez disponga la reserva de un proceso civil.



## 8.9 Buena fe y Lealtad procesal

El proceso se **ha moralizado** al influjo de la inmediación y el ejercicio por el tribunal de los poderes-deberes que le confiere la ley.

En tanto el juez es un verdadero director y dispone de poderes-deberes para ello y para averiguar la verdad de los hechos relevantes de la causa (dentro de los límites fácticos aportados por las partes), el proceso resulta un terreno mucho menos propicio para el litigante malicioso.

El contacto directo con las partes, testigos, peritos y auxiliares procesales es el principal instrumento para combatir maniobras dilatorias, testigos mendaces, pruebas inútiles o impertinentes y, en definitiva, la adopción de cualquier actitud procesal reñida con la lealtad, probidad y buena fe que deben regir el debate procesal.

El ofrecimiento de toda la prueba debidamente individualizada en los actos de proposición y la limitación del efecto suspensivo de los recursos e incidentes, contribuyen también a ello.

No obstante, se ha puesto de manifiesto en los últimos años un debilitamiento en el compromiso de los sujetos del proceso.

## 8.10 Comparecencia de los sujetos a las audiencias

Se verifican altísimos porcentajes de comparecencia a las audiencias.

En el 100% de las audiencias celebradas que se relevaron, el Juez estuvo presente dirigiéndolas.

Se verifican altísimos porcentajes de comparecencia de las partes a las audiencias preliminar y complementaria y sus eventuales prórrogas.

En el relevamiento, la parte actora compareció a la audiencia preliminar en porcentajes superiores al 97% de los casos. La parte demandada compareció en porcentajes superiores al 85% de los casos. Cuando la parte estaba integrada por personas físicas, el porcentaje de comparecencia personal (y no por representante) es alto (72,5% de parte actora y 61,1% de parte demandada).

En lo que respecta a la audiencia complementaria, aún cuando el régimen sancionatorio por la incomparecencia es en este caso más leve (presunción simple en contra) que el previsto para la audiencia preliminar, la parte actora compareció en porcentajes superiores al 95% de los casos y la parte demandada en porcentajes superiores al 88% de los casos. Cuando la parte estaba integrada por personas físicas, el porcentaje de comparecencia personal (y no por representante) es también alto (48% de parte actora y 43% de parte demandada), aún cuando no se exige la comparecencia personal para esta audiencia.

Es bajo el porcentaje de procesos en que son citados terceros en garantía y/o controversia común. Pero cuando tal citación acaece, se relevaron altos porcentajes de comparecencia de los citados a las audiencias.

En el 99% de los casos en que comparecieron las partes (personalmente o por representante) a la audiencia preliminar o complementaria, lo hicieron asistidas por abogado.

Se constató también que las partes y sus abogados asisten a las audiencias con puntualidad. Las audiencias generalmente se inician puntualmente, teniendo los jueces el criterio de aguardar 15 minutos si alguno de los sujetos no ha comparecido. Las demoras promedios de inicio de las audiencias en relación a la hora fijada no superan ese margen.

En los casos excepcionales en que las partes o sus abogados no comparecen a la audiencia preliminar o a la audiencia complementaria (cuyo contenido es el diligenciamiento de medios probatorios), suelen existir motivos fundados que lo acreditan.

Las partes y los abogados no suelen comparecer a la audiencia cuyo único contenido es la lectura de sentencia definitiva, limitándose a retirar una copia de la misma de la sede del Juzgado.

### **8.11 Forma de fijación de fecha de las audiencias**

En cuanto al modo en que se fija la fecha de las audiencias, se constató que:

- a. Para la fijación de las audiencias subsiguientes a la primera, el Juez considera generalmente la opinión de los abogados, facilitándosele de este modo el ejercicio de su profesión, procurándose que no se le superpongan audiencias. Incluso, en muchos casos la fijación de la próxima audiencia se dilata por el acuerdo de los abogados (principio dispositivo) que prefieren que la misma se fije para una fecha posterior.
- b. Resulta una práctica eficiente que -como ocurre en la mayoría de los casos- el tribunal, considerando su agenda y el volumen de a prueba a diligenciar, planifique con antelación (generalmente en la propia audiencia preliminar) cuántos comparendos serán necesarios para diligenciar la misma, fijándolos todos correlativamente.
- c. En algunos casos la excesiva dilación de la fijación de la fecha de las audiencias se motiva en la solicitud de los abogados que alegando razones de agenda solicitan al juez, con el concurso de la contraparte, que la fecha del comparendo se extienda más allá de lo razonable. Entendemos que en estos casos debiera consultarse también al justiciable que es el verdadero titular del interés y que, a su vez, el tribunal ejerciera sus poderes deberes de contralor.

## **8.12 Bajo porcentaje de frustracion de audiencias**

Es bajo el porcentaje de audiencias fijadas cuya celebración se frustra. En los Juzgados relevados, el porcentaje de audiencias frustradas no superó el 12%.

## **8.13 Duracion de las audiencias**

En cuanto a la duración de las audiencias, se relevó que:

- a. La duración promedio de las audiencias preliminares y de su eventual continuación es de 20 minutos cada una de ellas.
- b. La duración promedio de las audiencias complementarias y sus eventuales continuaciones es de 60 minutos cada una de ellas.
- c. Tales duraciones relevadas son coherentes con el contenido que el CGP prevé para cada una de las audiencias.
- d. Se trata de duraciones razonables, congruentes con la cantidad de audiencias preliminares y complementarias que preside cada Juez.

- e. Las audiencias preliminares suelen agotar su contenido en un solo comparendo cuando no se plantean excepciones previas.
- f. Cuando se deducen excepciones previas, las audiencias preliminares suelen agotar su contenido en dos comparendos.
- g. En cuanto a la audiencia complementaria, cabe señalar que la actividad que insume mayor tiempo es el diligenciamiento de la prueba, siendo sustantivamente inferior el que demandan los alegatos y el dictado de sentencia definitiva.

### **8.14 Finalización de las audiencias**

En cuanto a la finalización de las audiencias, se relevó que:

- a. Las audiencias celebradas finalizaron en su mayor parte agotando el contenido que la ley prevé para ellas (53%).
- b. Los otros motivos frecuentes de finalización de las audiencias son la frustración en el diligenciamiento de algún medio probatorio (15%)<sup>16</sup> y el plazo que algunas veces el Juez se toma para dictar alguna resolución especialmente relevante (14%)<sup>17</sup>.

### **8.15 Alegación de hechos nuevos**

La alegación de hechos nuevos en la audiencia preliminar es en la práctica poco frecuente (8% de las audiencias preliminares) siendo aún menos frecuente en las audiencias complementarias (2% de las audiencias complementarias).

### **8.16 Conciliación intraprocésal**

En cuanto a la conciliación intraprocésal:

- a. Si bien por imposición legal, en la audiencia preliminar se debe tentar siempre por el tribunal la conciliación, los jueces realizan mayores o menores esfuerzos

---

<sup>16</sup> La frustración en el diligenciamiento de algún medio probatorio, determina la necesidad de realizar nuevas citaciones o convocatorias (a testigos, peritos, etc. o reiterar oficios) o aguardar la llegada de otras pruebas (oficios, dictámenes periciales, etc.).

<sup>17</sup> Ello sucede, por ejemplo, con la sentencia interlocutoria que resuelve las excepciones previas o la sentencia definitiva

- conciliatorios atendiendo a las características del asunto, sus condiciones personales, la posición que asumen los abogados, etc.
- b. En las audiencias preliminares no es elevado el número de conciliaciones alcanzadas. No obstante, ello no significa que el proceso no vaya a terminar mediante transacción o conciliación. En muchos casos en la práctica suele acordarse extrajudicialmente la transacción, presentándose eventualmente luego al tribunal el acuerdo alcanzado para su homologación judicial, sin necesidad de audiencia. En efecto, en una investigación realizada por el Poder Judicial sobre los Juzgados Letrados en lo Civil de Montevideo surge que el 25% de los procesos ordinarios iniciados en 1999 concluyó por conciliación o transacción.
  - c. Surge del relevamiento que con frecuencia, las audiencias preliminares fueron prorrogadas por acuerdo de ambas partes, para negociar una transacción extrajudicial y considerar las propuestas conciliatorias del Juez.
  - d. Si bien en las audiencias complementarias no es preceptivo para el juez tentar la conciliación, ello ocurre ocasionalmente.

### 8.17 Prueba sobre las excepciones previas

El diligenciamiento de prueba sobre excepciones previas es excepcionalísimo en la práctica ya que generalmente se trata de cuestiones de puro derecho o de cuestiones que se prueban mediante documentos.

### 8.18 Saneamiento del proceso

En cuanto al saneamiento del proceso en audiencia preliminar<sup>18</sup> (“despacho saneador”) cabe señalar que en el 25% de las audiencias preliminares celebradas se dictaron resoluciones con el fin de sanear el proceso resolviendo excepciones previas<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> Uno de los contenidos esenciales de la audiencia preliminar es depurar el proceso de nulidades y resolver las excepciones previas planteadas, de modo que el proceso a partir de ese momento, se encamine a resolver el fondo del asunto. Se evita de este modo que las cuestiones formales entorpezcan la resolución del objeto del proceso.

<sup>19</sup> 18 Dicho porcentaje corresponde a las audiencias preliminares en las que, en presencia del relevador, se resolvieron excepciones previas. Ello no implica que en los demás procesos relevados no se hayan dictado resoluciones sobre las excepciones previas en una audiencia anterior o posterior que no se celebró dentro del período del relevamiento.

### **8.19 Ofrecimiento de la prueba**

La presentación u ofrecimiento de toda la prueba claramente individualizada con la demanda o contestación, ha constituido un gran avance para la moralización del proceso y el conocimiento por el juez y los abogados desde un inicio de todos los aspectos del asunto.

### **8.20 Admisión de la prueba**

El porcentaje de admisión por el tribunal de la prueba ofrecida por las partes es altísimo. El porcentaje de medios probatorios rechazados no supera el 2% en promedio.

Algunos observadores han indicado que sería deseable un contralor más estricto por el juez respecto de la prueba ofrecida por las partes a efectos de evitar el diligenciamiento de prueba innecesaria, inconducente o impertinente.

### **8.21 Medios probatorios más utilizados**

El medio de prueba más utilizado es la prueba documental. La prueba testimonial y la prueba por informes ocupan un segundo lugar, seguidos en bastante menor proporción por la prueba pericial y la declaración de parte. La inspección judicial se utiliza con baja frecuencia, siendo poco utilizado el careo y menos aún la reproducción de hechos.

### **8.22 Prueba testimonial**

- a. El promedio de testigos citados a declarar por cada audiencia de declaración testimonial es de 3.
- b. El 62% de los testigos citados a declarar compareció a la audiencia para la que estaba convocado<sup>20</sup>.

---

<sup>20</sup> No puede concluirse que el testigo no comparezca a otra audiencia que se le fije para que declare

- c. El juez interroga al testigo antes que los abogados en casi la totalidad de los casos.
- d. El abogado de la parte que propuso al testigo lo interroga en segundo lugar y en tercer lugar lo hace el abogado de la parte que no lo propuso.
- e. El juez es quien formula más cantidad de preguntas a los testigos (56%) distribuyéndose el resto de las preguntas entre el abogado de la parte que lo propuso (21%) y el abogado de la parte contraria (23%).
- f. El juez en casi todos los casos (87%) intercaló preguntas durante el interrogatorio que realizaban los abogados y (82% de los casos) aclaró o reformuló preguntas al testigo.
- g. En la medida que el Juez es el primero que interroga al testigo conociendo los hechos sobre los cuales habrá de declarar, suele adelantarse a formular preguntas que tenía preparadas para realizar el abogado que lo propuso, disminuyendo por ende la cantidad de preguntas que éste le formula. Asimismo, esta circunstancia propende a la espontaneidad del interrogatorio en tanto evita que los abogados predeterminen la forma en que se desarrollará la declaración, favoreciendo la obtención de la verdad material.
- h. En casi el 70% de las audiencias de declaración de testigos, se le formularon a éstos preguntas sobre aspectos de su credibilidad (motivos de sospecha).
- i. El promedio de preguntas formuladas por cada testigo es de 27 (sin considerar preguntas introductorias).
- j. En un 32 % de las audiencias de declaración testimonial el Juez desestimó alguna pregunta y en un 8 % de las mismas dispuso anticipadamente el fin del interrogatorio.

“La presentación u ofrecimiento de toda la prueba claramente individualizada con la demanda o contestación, ha constituido un gran avance para la moralización del proceso (...).”

## 8.23 Declaración de parte

- a. La declaración de parte se realiza en la mayor parte de los casos en que la misma se dispone mediante interrogatorio libre y no mediante absolución de posiciones<sup>21</sup>.
- b. El abogado de la parte contraria a la que declara es quien formula más cantidad de preguntas (76%) a la parte, realizando el resto de las preguntas el Juez

---

<sup>21</sup> El CGP prevé la posibilidad de realizar el interrogatorio de la parte sea en forma libre, sea mediante la absolución de posiciones mediante interrogatorio escrito presentado por la parte contraria..

(24%). Ello se compadece con las características y regulación legal de este medio probatorio<sup>22</sup>.

- c. El juez excepcionalmente (10% de los casos) intercaló preguntas durante el interrogatorio a la parte que realizaba el abogado.
- d. El promedio de preguntas formuladas a cada parte que declaró fue de 19.
- e. En un 3% de las audiencias de declaración de parte el Juez desestimó alguna pregunta, no habiendo en ningún caso dispuesto anticipadamente el fin del interrogatorio.

## 8.24 Prueba pericial

- a. Cuando se dispuso prueba pericial, en más de la mitad de los casos el o los peritos se designaron en la propia audiencia preliminar<sup>23</sup>.
- b. En un muy alto porcentaje de casos (90%), el perito compareció a la audiencia complementaria a efectos de que se le formulen preguntas sobre su dictamen pericial.
- c. El Juez suele formular preguntas al perito en la audiencia (80% de los casos), habiéndolo hecho las partes en todos los casos.
- d. Es muy excepcional que las partes concurra con asesores técnicos (distintos de los abogados) a la audiencia en que declara el perito.

## 8.25 Alegatos

En cuanto a los alegatos (de bien probado) que realizan los abogados:

- a. En el 100% de las audiencias complementarias celebradas que se relevaron y tuvieron por contenido el diligenciamiento de medios probatorios, oídos los testigos y/o peritos, el Juez fijó una nueva audiencia con fecha posterior, a efectos de que las partes alegaran.
- b. En el 100% de las audiencias complementarias celebradas cuyo contenido exclusivo fue el alegato de las partes, los mismos se presentaron en forma escrita, incorporándose al acta de audiencia.

---

<sup>22</sup> El interrogatorio de parte se dispone a solicitud del abogado de una parte para interrogar a la parte contraria (interrogatorio “cruzado”) o por el Juez de oficio.

<sup>23</sup> 22 En los demás casos los peritos se designan posteriormente, generalmente porque se espera la consignación de los honorarios provisorios o porque se aguarda respuesta de alguna entidad pública o privada que indica el nombre de los testigos posibles de designar



## 8.26 Recursos en audiencia

- a. Las trascendentes modificaciones que el CGP incorporó en materias de medios impugnativos, han constituido un gran avance en la reducción de la duración de los procesos y el combate a las maniobras dilatorias.
- b. El hecho de que todas las resoluciones dictadas en audiencia queden notificadas en la misma y de que, en la mayor parte de los casos, deban ser también impugnadas en ella, inciden significativamente en la eficacia del proceso.
- c. La utilización del efecto diferido (a la impugnación de la sentencia definitiva) para apelar las sentencias interlocutorias en materia probatoria, el hecho de que la regla sea el efecto no suspensivo de la apelación y las limitaciones en materia de incidentes, ha resultado decisivo para obtener los avances verificados.
- d. Se interpone un número sustantivamente mayor de recursos en las audiencias preliminares que en las complementarias. En tanto en la audiencia preliminar se dictan varias resoluciones esenciales que se pronuncian sobre las excepciones previas, sanean el proceso, fijan el objeto del proceso y de la prueba, se admiten o rechazan los medios probatorios a diligenciarse en el proceso, suelen impugnarse resoluciones en la misma, con más frecuencia que lo que ocurre en la audiencia complementaria.

## 8.27 Segunda instancia

- a. La segunda instancia ha tenido una sensible mejoría en cuanto al tiempo empleado para adoptar la decisión.
- b. Los abogados consultados en el relevamiento entienden que debiera disponerse de una versión fidedigna de lo ocurrido en las audiencias de primera instancia, por ejemplo, mediante la versión grabada en imagen y sonido o la que en el futuro las nuevas tecnologías puedan aportar. Ello permitirá una mejor ilustración de los Tribunales de segunda instancia.
- c. La adecuada utilización de la audiencia de segunda instancia prevista en la ley puede resultar en muchos casos un instrumento efectivo para resolver el proceso eficazmente. No obstante, en la práctica suele obviarse esta audiencia mediante el mecanismo de la decisión anticipada.

## 8.28 Acta resumida

En cuanto al acta resumida por la cual se documenta lo acaecido en las audiencias:

- a. Las actas se labran por parte de un funcionario receptor que utiliza una computadora, bajo la dirección del Juez.
- b. Si bien está prevista la posibilidad de grabar o filmar las audiencias, complementariamente al acta resumida, en la práctica ello no suele acontecer.
- c. Los abogados de las partes solicitan la incorporación de cuestiones concretas al acta de audiencia con cierta frecuencia (23% de las audiencias) y algunas veces solicitan que el Juez de lectura a alguna parte del acta de audiencia para controlar cómo quedó redactado determinado aspecto (17% de las audiencias).
- d. Es bajo el porcentaje de audiencias en las que se plantean discrepancias entre los sujetos del proceso sobre el contenido del acta (2% de las audiencias).
- e. En la mayoría de los casos, el acta de audiencia fue elaborada directamente por el receptor (73% de las audiencias) con el contralor y colaboración del Juez. En los restantes casos el acta es dictada por el Juez al receptor en su mayor parte.
- f. Los abogados entienden que es necesario que en todas las salas de audiencia, además del monitor del receptor se dispusiera de uno o dos monitores más para que los letrados y las partes sigan simultáneamente la confección del acta resumida.
- g. Si bien los Ministros de Tribunales de Apelaciones entienden mayoritariamente que el acta resumida de primera instancia, conjuntamente con los demás datos que surgen de los expedientes, es suficiente a efectos de dictar sentencia de segunda instancia, los abogados entienden necesario que el acta resumida se complemente con la grabación o filmación de la audiencia.

## 8.29 Rol del juez

La figura del juez se ha visto revitalizada por su rol de verdadero director del proceso, dejando de ser un mero espectador hasta el momento de dictar sentencia definitiva (como ocurría en el sistema anterior).

- a. Dispone de trascendentes poderes-deberes para la ordenación del proceso y la averiguación de la verdad, dentro del marco de los hechos alegados y controvertidos por las partes.
- b. Los abogados disponen de los instrumentos jurídicos necesarios para impugnar las decisiones judiciales que entiendan contrarias a derecho o les causen agravio.
- c. El juez tiene un rol preponderante como director en la fijación del objeto del proceso y de la prueba (en forma dialogal), en la determinación de la prueba a diligenciarse y en su diligenciamiento.

- d. El juez interroga al testigo antes que los abogados en casi la totalidad de los casos.
- e. El juez es quien formula en la práctica más cantidad de preguntas a los testigos.
- f. El juez en casi todos los casos intercala preguntas durante el interrogatorio que realizan los abogados al testigo y aclara o reformula preguntas al testigo.
- g. En casi todos los casos el Juez formula preguntas al perito en la audiencia.
- h. La utilización ponderada de los poderes-deberes del tribunal surge de los siguientes extremos relevados:
  - Bajísimo porcentaje de rechazo por el tribunal de prueba ofrecida por las partes (por inadmisibles, inconducentes, impertinentes, innecesarios, etc.).
  - El total de las audiencias celebradas en las que el tribunal dispuso de oficio el diligenciamiento de algún medio probatorio fue del 3%.
  - Para la fijación de las audiencias subsiguientes a la primera, el Juez considera generalmente la opinión de los abogados.
  - En un tercio de las audiencias de declaración testimonial el Juez desestimó alguna pregunta.
  - En casos excepcionalísimos el Juez dispuso anticipadamente el fin del interrogatorio del testigo.
  - En casos excepcionalísimos el Juez desestimó alguna pregunta en la declaración de parte.
  - En ningún caso el Juez dispuso anticipadamente el fin del interrogatorio de la parte.

## 8.30 Rol de los abogados

- a. La opinión de los abogados es hoy decididamente favorable al nuevo sistema si se lo compara con el anterior, destacando las significativas ventajas del mismo frente al régimen derogado. Los abogados consultados en el relevamiento fueron contestes de modo casi unánime al respecto.
- b. En ninguno de los eventos científicos o gremiales organizados luego de la entrada en vigencia del CGP se ha postulado la sustitución del nuevo sistema por otro. Lo que se discute son cuestiones jurídicas susceptibles de interpretaciones divergentes a efectos de lograr, en la medida de lo posible, la armonización o coherencia de la doctrina y jurisprudencia a su respecto. Existen críticas de los abogados a aspectos de gestión de las oficinas judiciales.
- c. La reforma procesal ha introducido cambios favorables en el modo en que ejercen su profesión los abogados. Se exige un mayor estudio y una mayor responsabilidad del letrado actuante en la preparación de los casos.

- d. Los abogados trabajan en equipo, sus clientes tienen acceso a las actuaciones procesales, los ven actuar y, por ende, valoran la labor de sus letrados cuando éstos tienen dominio del caso.
- e. Los abogados sienten un mayor nivel de exigencia profesional, requiriendo mayor preparación de los actos de proposición (en que debe ofrecerse toda la prueba) y las audiencias. Los clientes comprenden en forma más clara cuál es el rol del abogado en el proceso.
- f. En las audiencias los abogados suelen cumplir un rol importante de contralor:
  - De las excepciones previas interpuestas y la resolución de las mismas.
  - De la fijación del objeto del proceso y de la prueba.
  - De la prueba que se ordena diligenciar.
  - Del propio acto de diligenciamiento probatorio, formulando preguntas a testigos y peritos sobre el contenido de sus afirmaciones y sobre las circunstancias de credibilidad. Del relevamiento de la prueba testimonial realizado surge un importante número de preguntas a los testigos formuladas por el abogado de la parte contraria a la que lo propuso, poniendo de manifiesto el contralor relevante que los letrados pueden ejercer en un proceso por audiencias con interrogatorio libre.
  - Del contenido del acta.
  - De las resoluciones judiciales para poder impugnarlas (generalmente deben impugnarse en la propia audiencia).

### 8.31 Gestión

En los últimos tres años se ha avanzado en **la informática de gestión y la informática documental**, que fueron una gran carencia durante los primeros años de vigencia del CGP. La implementación que se ha realizado de las notificaciones electrónicas y el sistema informático de trámite de los casos, permitirá seguramente mejorar aún más la eficacia y eficiencia del sistema judicial<sup>24</sup>.

Es necesario trabajar mucho en gestión de las oficinas judiciales, evaluando cuál modelo de despacho implementar y decidir la

---

<sup>24</sup> En el marco del Programa de Fortalecimiento del Sistema Judicial Uruguayo, financiado por el BID y el Poder Judicial, el Proyecto de Mejora de Servicios en Tribunales y Juzgados incluye un Sistema de Gestión de Tribunales.

profesionalización de las actividades de gestión, separándola del rol esencial del juzgador.

### **8.32 Infraestructura locativa**

Si bien existen carencias en la infraestructura locativa, la implementación del CGP ha demostrado que no se requieren grandes estructuras para desarrollar el proceso por audiencias. En efecto, basta con que cada Juzgado disponga de una sala de audiencias independiente de los demás ambientes de la oficina, reduciéndose generalmente la necesidad de espacio para áreas que en el proceso anterior se destinaban a albergar un mucho mayor número de funcionarios administrativos por Juzgado.

En los últimos años se han realizado y se están realizando actualmente en Uruguay mejoras en la infraestructura locativa.

### **8.33 Aspectos a mejorar y líneas de acción**

Como resultado del relevamiento, se señalan como principales aspectos a mejorar:

- a. Necesidad de una mayor “desburocratización” del proceso. El desarrollo del Sistema de Gestión de Tribunales que se está implementando tiene, entre otros objetivos, la finalidad desburocratizar el sistema de Justicia Civil. Pero se necesita trabajar aún más con todos los operadores del sistema en pos de la eficiencia del sistema de justicia civil.
- b. Utilización de monitores para que los abogados puedan seguir en las audiencias la confección del acta resumida y realizar así un contralor adecuado de la misma.
- c. Disponer de medios audiovisuales para recoger fielmente el contenido de las audiencias. Si bien el CGP prevé que el Tribunal puede disponer la reproducción total o parcial de lo actuado utilizando los medios técnicos apropiados para ello, en tanto no es preceptivo sino excepcional y no se dispone de los medios técnicos, en la práctica ello no suele acontecer.
- d. Clarificar las dudas interpretativas que se planean en el CGP en relación a algunos aspectos (efectos del recurso de apelación, principalmente).La Suprema Corte de Justicia ha presentado al Parlamento un proyecto de ley de reforma de

algunos aspectos de trámite del CGP, que si bien no introduce cambios estructurales, soluciona las dudas procedimentales que ha planteado la ley en doctrina y jurisprudencia a la luz de casi 20 años de aplicación. Se impone la aprobación de dicho Proyecto de ley.

- e. Seguir mejorando el sistema de selección y capacitación de jueces y funcionarios. Es estacable la función importante del Centro de Estudios Judiciales del Uruguay (CEJU) en tal sentido.
- f. Que los jueces se capaciten más en conciliación y negociación, utilizando en las audiencias las herramientas necesarias para ello y esforzándose más para alcanzar acuerdos.
- g. Mejorar aún más el sistema de notificaciones, optimizando el instrumento de notificaciones electrónicas.
- h. Eliminar ciertas prácticas de las oficinas judiciales que, en determinados casos, dificultan el libre acceso a los expedientes judiciales.
- i. Acotar el uso excesivo de la decisión anticipada en la segunda instancia de los procesos a efectos de propender a la inmediatez en segunda instancia.
- j. Lograr una mayor celeridad de los procesos de ejecución.
- k. Es imperiosa una reforma del proceso penal, ya que por el alto impacto que éste tiene en la opinión pública, sus carencias empañan la imagen general del sistema de justicia, y por ende la Justicia Civil.
- l. Seguir mejorando en infraestructura y recursos materiales.
- m. Implementar mecanismos de gestión profesionalizada a nivel de las oficinas judiciales, con metas e indicadores adecuados, que permitan mejorar la eficiencia.
- n. Disminuir la duración de los procesos civiles, especialmente en la primera instancia, donde en los últimos años se ha notado un preocupante enlentecimiento, no necesariamente vinculado al incremento de la carga de trabajo.
- o. Recuperar el alto grado de compromiso con el proceso como obra en común, que los operadores jurídicos tuvieron en los primeros años de vigencia del CGP.

## VI

### O Código de Processo Civil de 2015 e o princípio da oralidade

*Humberto Theodoro Júnior*<sup>1</sup>

#### 1. A oralidade como princípio do direito processual civil

Todo ordenamento jurídico, na modernidade, compõe-se de regras e princípios, e não apenas de regras. A esse sistema não escapa o direito processual civil, com a ressalva de que nem as regras nem os princípios são estáticos e absolutos. Ao contrário, mormente os princípios, que procuram delinear as linhas mestras de cada ramo do ordenamento jurídico, sempre “sofrerão o seu definitivo teste de eficácia e pertinência no referido momento da projeção das consequências para a vida das pessoas”<sup>2</sup>.

É assim que, norteado por um fim ou objetivo, que nem sempre é igual entre os diversos povos, cada ordenamento pode conceber princípios diferentes seja no plano do direito substancial seja no do direito instrumental. E num mesmo ordenamento a prevalência de certo princípio e até o conteúdo de um mesmo princípio podem sofrer menores ou maiores variações, e chegar, inclusive, à total superação, caso em que sofrem a completa exclusão do sistema.

---

<sup>1</sup> Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da UFMG. Desembargador Aposentado do TJMG. Membro da Academia Mineira de Letras Jurídicas, do Instituto dos Advogados de Minas Gerais, do Instituto dos Advogados Brasileiros, do Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, do Instituto Brasileiro de Direito Processual, do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, da International Association of Procedural Law e da Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française. Doutor em Direito. Advogado.

<sup>2</sup> MORAES, José Rubens de. Princípio da oralidade: visão comparativa das suas múltiplas manifestações nos sistemas *common law* e “europeu continental” – Breve confronto com as modernas tendências do processo civil brasileiro em tempos de reformas. In: CARVALHO, Milton Paulo de (coord.). *Direito processual civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 104.

Nesse enfoque, as normas jurídicas, dentre elas as configuradoras dos princípios do processo civil, são criadas e postas em prática objetivando a produção de determinados efeitos desejados pelo próprio grupo social, segundo a influência das circunstâncias típicas de um momento histórico específico:

“Logo, os referidos princípios irão variar de acordo com a concepção jurídica prevalente da época analisada, revelando, portanto, a carga ideológica presente também nos princípios processuais. É, sem dúvida, um enfoque relacionado com a Sociologia do Direito, válido desde há muito, porém hábil a demonstrar, entre outros casos, a *mutabilidade dos princípios* ao longo do tempo em determinado sistema”<sup>3</sup>.

Foi, por certo, sob a perspectiva social que CHIOVENDA se tornou o grande sistematizador e divulgador do *princípio da oralidade*, que, a seu sentir, haveria de ser plenamente adotado no processo, na fase áurea da implantação do estudo científico do direito processual civil, ocorrida na passagem do século XIX para o século XX. E foi nesse clima de euforia com a novidade científica que nosso Código de Processo Civil de 1939 pretendeu adotar o princípio da oralidade como o principal instrumento de modernização da técnica de exercício da jurisdição civil brasileira.

Vamos, nos tópicos seguintes, traçar um breve esboço das vicissitudes do referido princípio, ao longo da sucessão dos três Códigos de Processo Civil editados nos últimos oitenta anos no Brasil, certos de que “a oralidade e a imediatidade, se bem que sejam evidentemente muito importantes, o que realmente é transcendente é a eficácia da justiça”<sup>4</sup>.

## **2. A oralidade nas raízes do processo da antiguidade**

Na antiguidade, mesmo entre os povos mais cultos, como os gregos e os romanos, o processo se desenvolvia oralmente, em praça pública,

---

<sup>3</sup> MORAES, José Rubens de. *Op. cit.*, p. 105.

<sup>4</sup> HITTERS, Juan Carlos. *El juicio oral, en material civile y comercial*. La Plata: ELJ, 1974, p. 14.



mesmo porque ainda não se conhecia o papel e a quase totalidade da população não sabia escrever. Aliás, não apenas o processo, mas a maioria dos atos do poder político ganhavam legitimidade e eficácia pela solenidade alcançada por meio da publicidade máxima, isto é, pela prática oral na *ágora* entre os gregos, por exemplo<sup>5</sup>.

Na Idade Média, sob influência do direito canônico, o processo passou a ser secreto e escrito, o que perdurou, com maior ou menor publicidade, até que o ressurgimento da influência do direito romano voltasse a se manifestar com maior vigor.,

No Século XIX o direito processual ganhou foros científicos, passando a ser visto e estudado como um ramo autônomo da ciência jurídica, frente ao direito substancial. Foi nesse clima que a sistematização do processo incluiu, no seio da doutrina, e mais tarde, na técnica legislativa o chamado *princípio da oralidade*.

### **3. O papel de CHIOVENDA na construção e divulgação do princípio da oralidade**

Na segunda metade do século XIX, a visão científica do processo fixou-se, sobretudo, sobre a função a ele atribuída: a pacificação social por meio da resolução dos conflitos, segundo a vontade da lei. O direito processual não era um fim em si mesmo. Ao contrário, seu destino era instrumentalizar o direito substancial, nos momentos de crise de sua observância prática, proporcionando recursos adequados à justa e célere composição dos litígios.

Foi nessa fase incipiente da cientificação do direito processual que identificou a *oralidade* como o princípio primordial da sistematização e aprimoramento da técnica do exercício da jurisdição, concepção adotada e valorizada no âmbito da cultura germânica. KLEIN, grande entusiasta do enfoque funcional do processo, conseguiu implantar, na Áustria, o

---

<sup>5</sup> *Ágora* era a praça pública onde se realizavam as assembleias políticas na Grécia antiga.

primeiro Código de Processo Civil declaradamente assentado sobre o princípio da oralidade.

Dominado pelas ideias e experiências dos povos de cultura romano-germânica, CHIOVENDA, nos primeiros anos do século XX, tornou-se o mais destacado defensor e propagador, em seu projeto de reforma do Código italiano, do princípio da oralidade<sup>6</sup>. Suas ideias, a respeito do tema, acham-se expostas em sua clássica obra *“Instituições de direito processual civil”*, com tradução para o português<sup>7</sup>, e que grande influência exerceu sobre nosso Código de Processo Civil de 1939. JOSÉ RUBENS DE MORAES<sup>8</sup> sintetiza o núcleo do pensamento chiovendiano da seguinte maneira:

“Distingua CHIOVENDA o característico do processo sob a égide da oralidade ou escrituralidade: a prevalência do elemento oral em comparação ao escrito, exemplificando, com o processo penal, como exemplo do primeiro e o processo civil, conseqüentemente, como exemplo do segundo.

Propugnava pelo processo oral, em razão de sua *economia, simplicidade e presteza*, afirmando, escorado em estatísticas, que o processo escrito durava em média três ou quatro vezes mais que o oral. Lembrava que BENTHAM combatia o processo escrito, o qual, curiosamente também existia no *Common Law* inglês, porém apenas nas cortes eclesiásticas e nas do almirantado.

Atribuía aos processualistas alemães, em meados do século XIX, o fato da divulgação da aplicação da Oralidade ao âmbito do processo civil (*Oralidade racional*). Afirmava que o processo civil francês trazia em si o princípio da Oralidade, porém completava, posteriormente, afirmando que a Oralidade na França não teria se exercitado com plenitude tal qual ocorria no processo penal francês, em razão da mitigação da adoção de seus correlatos princípios da

---

<sup>6</sup> Na lógica do sistema preconizado por CHIOVENDA, é inócua a inquirição das partes e testemunhas feita oralmente pelo juiz em audiência, se outro magistrado puder julgar a causa com base apenas nos registros documentais do processo, sem qualquer contato direto com as partes: “è chiaro infatti – para CHIOVENDA – che tanto l’oralità quanto l’immediatezza non sono possibili se i singoli atti processuali si svolgono davanti a *persone fisiche di volta in volta variante*; poichè l’impressione ricevuta dal giudice che assiste ad uno o più atti non può trasfondersi nell’altro che deve giudicare, ma solo potrebbe assergli *rappresentata nella scrittura*, nel qual caso il processo se fu orale rispetto giudice istruttore *diventa scritto rispetto al dedicente*” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di diritto processuale civile*. 1ª ed. Napoli: E. Jovene, 1933, v. II, n. 309, p. 371).

<sup>7</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di diritto processuale civile*. 1ª ed. Napoli: E. Jovene, 1933; *Instituições de direito processual civil*, trad. de J. Guimarães Menegale. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1969, v. I, p. 46-65

<sup>8</sup> MORAES, José Rubens de. *Op. cit.*, p. 132-133.

*imediação e concentração* e principalmente da escassa *publicidade* de uma parte da dilação probatória que era confiada a um juiz comissário.

Advertia que o ‘processo oral’ não deveria ser interpretado em mera acepção semântica da palavra ‘Oralidade’ e que deveria ser complementado pela aplicação de outros princípios, a saber:

- 1 – *Prevalência da palavra como meio de expressão combinada com o uso de meios escritos de preparação e documentação.*
- 2 – *Imediação da relação entre o juiz e as pessoas cujas declarações deva apreciar.*
- 3 – *Identidade das pessoas físicas que constituem o juiz durante a condução da causa.*
- 4 – *Concentração do conhecimento da causa num único período (debate) a desenvolver-se numa audiência ou em poucas audiências contíguas.*
- 5 – *Irrecorribilidade das interlocutórias em separado”.*

Tendo sido alvo de muitas críticas, para rebatê-las, CHIOVENDA explanava sobre “a economia que podia ser obtida no processo e no judiciário em geral, e enfatizando que não defendia uma adoção irrestrita deste *modus*, uma vez que acreditava pertinente um procedimento escrito caso se fosse constatado, na prática, que com sua implementação mais problemas fossem experimentados, como no caso das prestações de contas, divisões, liquidações etc.”<sup>9</sup>.

Por outro lado, CHIOVENDA enriquecia sua tese de valorização da oralidade com o enfrentamento do problema dos *poderes do juiz*, ao qual se reconhecia, na estrutura então vigente, “uma postura *meramente passiva*, fruto da concepção patrimonial da jurisdição, resquício das origens do processo europeu no regime do feudalismo, reforçando o caráter individualista do processo e a conseqüente indiferença do juiz ante a condução do feito, postura não concebível com a nova realidade”<sup>10</sup>.

Relembra e ressaltava, outrossim, “a importância do *livre convencimento* do juiz aliado à percepção da jurisdição como função do Estado. Propugnava, ainda, para que fosse assegurada ao magistrado uma *função*

---

<sup>9</sup> MORAES, José Rubens de. *Op. cit.*, p. 133.

<sup>10</sup> MORAES, José Rubens de. *Op. cit.*, p. 133-134.

que o tornasse *partícipe ativo na relação processual*, estimulando-o à colaboração com a formação do material a ser utilizado na elaboração de sua própria convicção, em contato direto com as partes”<sup>11</sup>.

Convém, por fim, registrar que mais de uma acepção se pode atribuir ao termo *oralidade* no processo, desde uma nota mais ampla que denota com a “manifestação oral das declarações de vontade, que constituem o conteúdo dos atos do processo” – caso em que se pode falar em “*procedimento oral*” para fazer uma “nítida oposição aos atos ou procedimentos *escritos*”<sup>12</sup> –, até a acepção estrita presente no pensamento de CHIOVENDA e seus seguidores, segundo a qual:

“... a oralidade descreve um conjunto bastante específico de regras, unidas por um escopo comum e referentes à produção e à valoração da *prova oral* (não-documental), bem como ao julgamento nela fundado”<sup>13</sup>. Isto, no entendimento de CHIOVENDA, “é o que se tem em mente, quando se fala de um *sistema oral* ou, simplesmente, de *processo oral*. Trata-se de verdadeiro *princípio processual*, informado por um conjunto de regras destinadas a assegurar os resultados dele esperados”<sup>14</sup>.

Assim, e como visto de início, o sistema da oralidade não se resume à prática de atos processuais realizados oralmente, mas se traduz num “*conjunto específico de regras*, relacionadas à prova não-documental, de franca inspiração chiovendiana”<sup>15</sup>. Tal sistema, veementemente defendido

<sup>11</sup> “Tal seria, em breves linhas, a síntese do pensamento de CHIOVENDA, cujo aspecto inovador contido em suas ideias calou fundo no pensamento jurídico da época, diante da proposta de implementação de uma técnica processual inovadora, que visava um *verdadeiro alargamento da dimensão social do processo*” (g.n.) (MORAES, José Rubens de. *Op. cit.*, p. 134).

<sup>12</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos; BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira; OLIVEIRA, Bruno Silveira de. A oralidade no processo civil brasileiro. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (coords.). *Processo civil: novas tendências – Estudo em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 411-412.

<sup>13</sup> BEDAQUE *et al. Op. cit.*, p. 412; CHIOVENDA, Giuseppe. Sul rapporto fra le forme del procedimento e la funzione della prova (L’oralità e la prova). In: *Saggi di diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1993, v. II p. 208-209; CAPPELLETTI, Mauro. Valor actual del principio de oralidad. In: *La oralidad y las puebas en el proceso civil*. Trad. de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJE, 1972, p. 88 ss.

<sup>14</sup> BEDAQUE *et al. Op. cit.*, p. 412;

<sup>15</sup> BEDAQUE *et al. Op. cit., loc. cit.*; MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1962, v. II, p. 124 ss.; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo; Malheiros, 2001, v. II, p. 447-450.

por CHIOVENDA, é integrado pelas regras básicas de: (i) *imedição da prova*; (ii) *concentração dos atos processuais*; (iii) *identidade física do juiz*; e (iv) *irrecorribilidade das decisões interlocutórias*, regras que BEDAQUE-BRASIL JÚNIOR-OLIVEIRA traduzem da seguinte forma<sup>16</sup>:

I – “Pela *imedição da prova*, exige-se que o juiz tenha contato direto (e não meramente documental ou mediato) com as fontes probatórias. Deve pessoalmente ouvir as partes, as testemunhas e formular ao perito os quesitos que entender necessários ao esclarecimento da controvérsia”.

II – “Para que a *imedição* seja útil e eficaz, não se recomenda fracionar a audiência em vários encontros, mas *concentrar* o maior número de atos em uma só ocasião. As impressões no espírito do juiz – após seu contato imediato com as provas – não devem esmaecer sob a força corrosiva do tempo. A *concentração* dos atos é, portanto, senão uma decorrência lógica, uma exigência teleológica da *imedição*: quanto menos tempo fluir entre a colheita da prova e a solução do litígio, melhor”.

III – O ideal seria que as questões prévias fossem resolvidas na audiência pela mesma decisão que julga o mérito, com o que se preveniria a proliferação de decisões interlocutórias e dos respectivos recursos. Daí que a regra da *irrecorribilidade das decisões interlocutórias* não seria um impedimento absoluto de recurso contra elas, mas apenas um remédio que unificasse na apelação o recurso contra a sentença e as decisões preliminares que a precederam.

IV – Pela regra da *identidade física do juiz*, a sentença deveria ser pronunciada pelo juiz que conduziu a audiência e teve contato direto com a prova oral. “A dissociação das funções instrutória e decisória – pela atribuição de cada uma delas a um magistrado diferente – pulverizaria as vantagens cognitivas até esse momento proporcionadas pelo sistema da oralidade. A reunião, na mesma pessoa, das funções inerentes à colheita da prova oral e ao julgamento contribui para a justiça da decisão, pois proporciona ao juiz melhores condições de formar convencimento sobre a matéria fática controvertida. Eis o sentido da regra da *identidade física do juiz*, peça final nas engrenagens da *oralidade*, porque incumbida de ‘traduzir’ todos aqueles ganhos ou valores em uma sentença justa (ao menos no sentido de *rente aos fatos*)”.

O registro histórico que, entretanto, não se pode deixar de fazer é que, malgrado o esforço e a qualidade da defesa doutrinária de

<sup>16</sup> BEDAQUE, et al. *Op. cit.*, p. 412/413.

CHIOVENDA, sua tese sobre o sistema da oralidade não logrou adesão e implementação, na sua totalidade, pelos legisladores europeus. Os Códigos que a sucederam “não foram capazes de adequar os seus procedimentos à verdadeira proposta de *oralidade* chiovendiana, limitando-se, quanto muito, a ligeiras alterações nos procedimentos, culminando, por fim, por fazer o tecnicismo, que se filiava ao processo escrito”<sup>17</sup>.

#### 4. A oralidade no processo civil brasileiro: O CPC de 1939

Quando, em 1939, se editou o primeiro Código de Processo Civil moderno e nacional para o Brasil, o que de mais progressista existia na doutrina europeia eram as discussões sobre o sistema da oralidade e as tentativas de torná-lo realidade nas reformas legislativas ensaiadas nos diversos países da Europa continental, filiados às tradições do *civil law*<sup>18</sup>. Na Inglaterra e nos Estados Unidos, uma prática antiga de oralidade, com traços peculiares fixados pela vivência do sistema do *common law*, já predominava historicamente, de longa data<sup>19</sup>.

Nada obstante o empenho de CHIOVENDA e seus numerosos seguidores, os países da Europa continental nunca chegaram à adoção integral do sistema da oralidade e, na remodelação de seus ordenamentos jurídicos processuais, acabaram mitigando a oralidade, para instituir, nos tempos atuais, apenas um sistema enfraquecido do princípio chiovendiano.

Na Itália, por exemplo, COMOGLIO dá o testemunho de que, sem embargo das excelências da oralidade, tida como essencial nos sistemas socialmente avançados, como o germânico, “nunca exerceu uma influência

---

<sup>17</sup> MORAES, José Rubens de. *Op. cit.*, p. 134.

<sup>18</sup> Havia a consciência, oriunda da divulgação intensa da busca, nos anos trinta do século passado, de que urgia empenhar-se na consecução de “um processo de melhores resultados”, que haveria de propiciar “um *iter* procedimental mais célere e muito mais coerente”; e o princípio da oralidade, no momento da edição do Código de Processo Civil brasileiro de 1939, era considerado, então, como “de extrema importância e necessidade para a ciência processual” (MORAES, José Rubens de. *Op. cit.* p. 149).

<sup>19</sup> HAZARD JR e TARUFFO, estudando o processo anglo-americano, observam que a partir do século XVIII, início do XIX, o procedimento de *equity*, que, tradicionalmente operava com o conteúdo da prova testemunhal por meio de depoimento escrito, e até mesmo o depoimento pessoal das partes se prestava da mesma forma, passou a receber evidentes influxos do princípio da oralidade (HAZARD JR, Goffrey; TARUFFO, Michelle. *American civil procedure, an introduction*. New Haven: Yale University Press, 1993, p. 16; *apud* MORAES. *Op. cit.*, P. 137).

efetiva sobre as tradições italianas”, muito embora as mais qualificadas propostas de reforma, nos últimos decênios, repetidamente tenham ressaltado “a nítida correlação que, mesmo nos procedimentos ordinários, existe (ou deveria existir) entre a *potencialização do papel do juiz, a celeridade do processo e a condução oral dos feitos*”<sup>20</sup>.

Entre nós, o Código de Processo Civil de 1939 foi precedido de Exposição de Motivos do Ministro da Justiça FRANCISCO CAMPOS em que esclarecia que a preparação do respectivo Projeto fora orientada sob a advertência de que “o futuro Código não poderia deixar de afeiçoar-se ao sistema a que todos os Códigos de Processo no mundo se vêm progressivamente conformando, tão uniformemente se fazem sentir por toda a parte às inconveniências do processo escrito tradicional”.

Esse modelo a que se referia a Exposição de Motivos – conforme esclareceu o Ministro da Justiça em discurso – não poderia ser outro senão o do *processo oral*, sob o argumento de que “o processo oral coloca à disposição do processo judiciário exatamente o método que torna possível ao espírito humano a aquisição de certezas mais ou menos satisfatórias nos domínios até então entregues ao jogo e às preferências da opinião...”<sup>21</sup>.

No texto da lei anunciava-se, sem dúvida a filiação ao princípio da oralidade em moldes rígidos. Mas, na aplicação prática, o programa de mudança radical sucumbiu diante da força da tradição jurídica, mesmo porque o anseio principiológico contrastava, além das dificuldades práticas operacionais, com a própria estrutura geral do Código. Regras como o da concentração, da imediação e da identidade física do juiz, em vez de estimular a rápida solução do litígio, não raro acarretavam embaraços e delongas de difícil solução, em razão da realidade social e das deficiências estruturais da justiça brasileira<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> COMOGLIO, Luigi Paolo. *Riforme processuali e poteri del giudice*. Torino: Giappichelli, 1996, p. 54.

<sup>21</sup> Elementos essenciais do processo oral chiovendiano teriam sido adotados pelo CPC de 1939, como a audiência única de instrução e julgamento presidida pelo juiz que colhia pessoalmente a prova oral e ficava vinculado à prolação da sentença de imediato, na própria audiência, ou em curto prazo após o respectivo encerramento (CPC, 39 arts. 120, 246, 270, 271).

<sup>22</sup> Ao passar do regime de 1939 para o de 1973, “as proclamações da doutrina em prol do princípio da oralidade – segundo a visão de DINAMARCO – eram comprometidas pela prática do sistema escrito. As *alegações finais*, que

## 5. O CPC de 1973

Diante das dificuldades operacionais porque vinha passando a oralidade, o Ministro BUZOID ao se desempenhar do encargo de redigir o anteprojeto de 1964 que viria dar lugar ao Código de Processo Civil de 1973, teve o cuidado de retratar o quadro jurídico-sociológico das dificuldades de implantação do sistema programado pelo Código anterior:

“Os princípios informativos do Código, embora louváveis do ponto de vista dogmático, não lograram plena efetividade. A extensão territorial do país, as promoções dos magistrados de entrância, o surto do processo que deu lugar à formação de um grande parque industrial e o aumento da densidade demográfica vieram criar consideráveis embaraços à aplicação dos princípios da oralidade e da identidade da pessoa física do juiz, consagrados em termos rígidos no sistema do Código”.

O afastamento do sistema do Código de 1939, no tocante à oralidade extrema, foi assim justificado pelo Ministro BUZOID:

“Os inconvenientes não são do sistema de princípios, mas de sua adaptação às condições geográficas, a cujo respeito falharam as previsões do legislador. Não se duvidava, pois, da excelência do sistema da oralidade, mas se apontavam os males de uma aplicação irrestrita e incondicional à realidade brasileira”<sup>23</sup>.

A ruptura do CPC/1973, com efeito, não se deu com o princípio da oralidade, mas com a inflexibilidade com que o adotara o CPC/1939<sup>24</sup>.

---

ordinariamente deveriam ser deduzidas pelo advogado em audiência, já eram com frequência substituídas pela mera entrega de um *memorial escrito*. Nos tribunais o único ato de comunicação oral eram e continuam sendo as *sustentações orais* eventualmente realizadas pelos advogados, e nada mais” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2018, v. I, n. 12, p. 42-43).

<sup>23</sup> BUZOID, Alfredo. *Exposição de Motivos – Anteprojeto de Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1964, p. 10-11

<sup>24</sup> Entretanto, havia entendimento negativo mais radical: “nesse quadro e tanto mais com a permissão de que a causa seja decidida por um juiz que sequer ouviu as manifestações orais feitas na audiência de instrução e julgamento, só por amor à obra de CHIOVENDA ou ao belo ideal do processo oral poderíamos dizer que o Código de Processo Civil brasileiro consagra um processo regido pelo princípio da oralidade” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Comentários ao Código de Processo Civil, cit.*, n. 12, p. 43). Desde o advento do CPC de 1939, LOPES DA COSTA, malgrado a proclamação de superioridade do processo oral, afirmava que, em face das múltiplas concessões ao sistema chiovendiano feitas pelo legislador



Assim é que o art. 132, 1ª parte, do Código BUZAID continuava a prever que “o juiz titular ou substituto que concluir a audiência julgará a lide”. Estará, porém, desonerado desse julgamento quando “estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor” (art. 132, 2ª parte).

Por outro lado, em seu caráter publicístico, o CPC/1973, estatua que: (i) “o processo civil começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial” (art. 262); (ii) cabe ao juiz a *direção do processo* (art. 125), devendo, porém, julgar a lide nos limites em que as partes a propuseram, sem introdução de questões por elas não suscitadas (art. 128); (iii) compete-lhe, outrossim, “velar pela rápida solução do litígio” e “tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes” (art. 125, II e IV); (iv) cabe-lhe, ainda, *de ofício* ou a requerimento da parte, “determinar as provas necessárias à instrução do processo” (art. 130); (v) além disso, pode o juiz, de ofício, em qualquer estado do processo, “determinar o comparecimento pessoal das partes, a fim de interrogá-las sobre os fatos da causa” (art. 342); e (vi), enfim, a regra geral é que, após o debate oral das partes, o juiz que presidiu a audiência de instrução e julgamento, proferirá a sentença desde logo ou no prazo de dez dias (art. 456).

Merecem destaque, também, as disposições do CPC/1973 que preveem a *concentração* da audiência de instrução e julgamento num só ato e, não sendo possível concluí-la num só dia, seu prosseguimento terá de ser designado “para o dia próximo” (art. 455).

Deve-se registrar e ressaltar que a Lei nº 10.444, de 07.02.2002, incluiu no texto do CPC/1973 a audiência preliminar cujo objetivo era a tentativa de solução conciliatória para o litígio e, não se logrando a auto-composição, melhor preparar a solução de mérito por sentença mediante fixação das questões controvertidas, com a colaboração pessoal dos litigantes, e, assim, definindo tanto as provas necessárias como o ônus de produzi-las (CPC/1973, art. 331). Igual destaque merece a criação dos

---

nacional, “o processo normado pelo Código é um processo escrito, caracteristicamente escrito” (g.n.) (LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Direito processual civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Konfino, 1946, v. I, p. 394).

juizados especiais cíveis, para as causas patrimoniais de pequeno valor e de menor complexidade, fato ocorrido durante a vigência do CPC/1973, e cujo procedimento a Lei nº 9.099/1995 mandava observar os critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação (art. 2º).

Não se deve afirmar, portanto, que o CPC de 1973 eliminou por inteiro do processo civil brasileiro o princípio da oralidade. O posicionamento do legislador simplesmente abrandou a rigidez do CPC de 1939, no tratamento da matéria. Fiel é o registro feito, a seu tempo, por BEDAQUE-BRASIL JÚNIOR-OLIVEIRA:

“De tudo quanto foi dito, o sistema brasileiro [ao tempo do CPC/1973] nos parece em permanente busca de equilíbrio. Quer a oralidade, procura-a em diversos momentos, mas sabe ser coerente com as características demográficas e estruturais do país.

Sua justiça não conta um número expressivo de magistrados (não, ao menos, em proporção ao contingente monumental de jurisdicionados a que deve servir e à quantidade absurda de processos a serem julgados). Por isso, o legislador acaba por limitar a incidência da oralidade, visto ser impossível atender a algumas premissas impostas por esse sistema.

Consistente e progressivamente, as opções do legislador – desde o advento do CPC atual, em 1973 – vêm impondo restrições à oralidade em favor da celeridade do processo, desiderato que se tornou, de uns tempos para cá, verdadeira obsessão (como revelam as subsequentes reformas por que vem passando o nosso Código).

Devem ser louvadas, no entanto, algumas iniciativas. O advento dos *juizados especiais cíveis*, por exemplo é uma delas. Com grande informalidade e menos distâncias entre o juiz e as partes, os juizados podem ser apontados como a célula de sobrevivência da oralidade no Brasil, no que atendem satisfatoriamente aos reclames da doutrina, que não se cansa de bradar por um processo sempre mais participativo e com grande amplitude de diálogo entre seus artífices”<sup>25</sup>.

Da mesma forma, MORAES, com propriedade, conclui que o CPC de 1973 não acarretou o descarte da oralidade como princípio informativo do processo civil brasileiro:

---

<sup>25</sup> BEDAQUE-BRASIL JÚNIOR-OLIVEIRA. *Op. cit.*, p. 430.

“O fato de haver a Oralidade experimentado uma aplicação mitigada na sistemática vigente, não induz, com rigor científico, de forma automática, a afirmação de estarmos diante de uma categoria jurídica não mais passível de ser enquadrada como princípio processual. É pertinente à categoria dos ‘princípios’ o fato de que sua adoção possa ocorrer, num dado momento histórico de forma mais ou menos intensa sem resultar, em razão da eventual mais discreta presença, a desqualificação de sua natureza jurídica. Muito menos é possível afirmar que por tal razão tenha ocorrido a perda de sua força normativa, uma vez que, tanto os princípios como as regras pertencem, independente da intensidade de sua manifestação, como espécies, ao gênero das normas jurídicas, em sentido amplo. Na verdade, como antes afirmado, incumbe, também aos ‘princípios’ além da sua função de estruturas um dado ordenamento, a de fornecer diretrizes, características, linhas de inspiração, particularizadas e adequadas a determinados conteúdos jurídicos”<sup>26</sup>.

## 6. O CPC de 2015

O Código de Processo Civil de 2015 foi mais flexível com o princípio da oralidade que o Código anterior. Não repetiu nem mesmo o art. 132 do Estatuto de 1973, que estatuiu, com amplas ressalvas, a competência do juiz que presidira a coleta da prova oral para o julgamento do litígio.

Com isso, entende CRUZ E TUCCI que, ao abandonar o enunciado do art. 132, o novo Código teria deixado de acolher todos os corolários do processo oral, e, desse modo, “não mais vigora em nosso sistema processual civil a regra da identidade física do juiz, podendo então a sentença, em princípio, ser proferida por juiz diferente daquele que presidiu a audiência de instrumento e julgamento”<sup>27</sup>.] Outra regra essencial do complexo da oralidade é a da não recorribilidade das decisões interlocutórias em separado. Nosso Código, porém, admite um longo rol dessas decisões para as quais se permite o agravo de instrumento imediato (CPC/2015, art.

---

<sup>26</sup> MORAES, José Rubens de. *Op. cit.*, p. 152.

<sup>27</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, v. VII, p. 344.

1.015)<sup>28</sup>. E o que é pior: a jurisprudência, aos poucos, vai aumentando esse rol, por meio de interpretação ampliativa e analógica<sup>29</sup>.

Pensamos, porém, que a regra geral adotada pelo CPC/2015 não é a de que, após a conclusão da audiência, o encargo de julgar a causa possa ser atribuída livremente a outro juiz que não aquele que realizou a instrução oral da causa. Pelo contrário, a regra a ser observada, imediatamente é aquela traçada pelo art. 366 do novo Código, segundo a qual, “encerrado o debate ou oferecida as razões finais, o juiz proferirá sentença em audiência ou no prazo de 30 (trinta) dias”.

Portanto, a vontade da lei é que o juiz presidente da audiência seja o prolator da sentença, que, assim, funciona como o último ato da própria audiência programada para a instrução e julgamento da causa. É certo que dito magistrado não estará indissolavelmente vinculado ao dever de sentenciar. Outro, poderá vir a fazê-lo, mas haverá de ocorrer alguma justificativa jurídica para que, excepcionalmente, tal aconteça, visto que a

---

<sup>28</sup> “Se, por um lado, o processo tradicional atual, acabou por se filiar à diretriz da recorribilidade das interlocutórias [em flagrante oposição ao pensamento de CHIOVENDA], deveríamos estar atentos aos reflexos que decorrem, inexoravelmente, de tal opção legislativa, sopesando as vantagens do permissivo processual vigente com a árdua temática da extremada duração do tempo experimentada no processo, principalmente, devendo o fenômeno ser analisado na ótica dos órgãos judicantes de segundo grau, que passaram a incorporar, forçosamente, nas suas pautas, uma esmagadora maioria de julgamentos de agravos” (MORAES. *Op. cit.*, p. 158).

<sup>29</sup> São exemplos recentes dessa jurisprudência ampliativa do cabimento do agravo: (a) “Apesar de não previsto expressamente no rol do art. 1.015 do CPC/2015, a decisão interlocutória relacionada à definição de competência continua desafiando recurso de agravo de instrumento, por uma interpretação analógica ou extensiva da norma contida no inciso III do art. 1.015 do CPC/2015, já que ambas possuem a mesma *ratio* -, qual seja, afastar o juízo incompetente para a causa, permitindo que o juízo natural e adequado julgue a demanda” (STJ, 4ª T., REsp 1.679.909/RS, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, ac. 14.11.2017, *DJe* 01.02.2018); (b) “ (...) 4- A tese de que o rol do art. 1.015 do CPC seria taxativo, mas admitiria interpretações extensivas ou analógicas, mostra-se igualmente ineficaz para a conferir ao referido dispositivo uma interpretação em sintonia com as normas fundamentais do processo civil, seja porque ainda remanesce hipóteses em que não será possível extrair o cabimento do agravo das situações enunciadas no rol, seja porque o uso da interpretação extensiva ou da analogia pode desnaturar a essência de institutos jurídicos ontologicamente distintos. 5- A tese de que o rol do art. 1.015 do CPC seria meramente exemplificativo, por sua vez, resultaria na repristinação do regime recursal das interlocutórias que vigorava no CPC/73 e que fora conscientemente modificado pelo legislador do novo CPC, de modo que estaria o Poder Judiciário, nessa hipótese, substituindo a atividade e a vontade expressamente externada pelo Poder Legislativo. 6- Assim, nos termos do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015, fixa-se a seguinte tese jurídica: O rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação. 7- Embora não haja risco de as partes que confiaram na absoluta taxatividade com interpretação restritiva serem surpreendidas pela tese jurídica firmada neste recurso especial repetitivo, eis que somente se cogitará de preclusão nas hipóteses em que o recurso eventualmente interposto pela parte tenha sido admitido pelo Tribunal, estabelece-se neste ato um regime de transição que modula os efeitos da presente decisão, a fim de que a tese jurídica somente seja aplicável às decisões interlocutórias proferidas após a publicação do presente acórdão” (STJ, Corte Especial, REsp 1.704.520/MT- Recurso repetitivo- tema 988, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. 05.12.2018, *DJe* 19.12.2018).

previsão geral do art. 366 é a de que, em regra, a sentença será pronunciada, de imediato, ou em dez dias, pelo juiz presidente da audiência.

A análise sistemática do CPC de 2015, outrossim, revelará que suas normas fundamentais contemplam regras intimamente comprometidas com o princípio da oralidade chiovendiano, como as da cooperação entre todos os sujeitos do processo para obter dentro de prazo razoável a justa e efetiva solução do litígio, e as da garantia de um contraditório pleno e sem surpresa para a parte (arts. 4<sup>o30</sup>, 6<sup>o31</sup>, 9<sup>o32</sup> e 10<sup>33</sup>).

## **7. Neoprocessualismo, constitucionalização do processo, contraditório pleno, cooperação processual, e suas implicações com a oralidade**

Ao defender a supremacia do processo oral sobre o escritural, CHIOVENDA reportava-se às experiências legislativas de diversos países (sobretudo dos germânicos), que, a seu ver, permitia a conclusão, sem mais delonga, de que “o processo oral é, com ampla vantagem, melhor e mais conforme à natureza e às exigências da vida moderna, porque exatamente sem comprometer, antes assegurando melhor a excelência intrínseca da decisão, proporciona-a com mais economia, simplicidade e presteza”<sup>34</sup>.

Conjugando vários princípios, a oralidade processual não se limita a “uma discussão oral” da causa, mas representa uma conjugação de vários expedientes para assegurar o tratamento mais eficiente da causa e, sobretudo, um julgamento mais justo (“excelência intrínseca da decisão”)<sup>35</sup>.

---

<sup>30</sup> “Art. 4<sup>o</sup> As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”.

<sup>31</sup> “Art. 6<sup>o</sup> Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

<sup>32</sup> “Art. 9<sup>o</sup> Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida”.

<sup>33</sup> “Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

<sup>34</sup> CHIOVENDA, *Instituições, cit.*, v. III, n<sup>o</sup> 308, p., 46.

<sup>35</sup> “Em relação à oralidade, é coerente ainda que sob a denominação genérica de *processo oral* se compreenda um conjunto de princípios ligados entre si, e que a experiência tem demonstrado que, combinados com a oralidade,

Para tanto, o que este tipo de processo reclamava era a maior aproximação pessoal entre o juiz e as partes, principalmente durante a instrução probatória e a defesa das posições antagônicas no diálogo processual. Em outras palavras, o que se buscava através da oralidade processual, e sob a liderança de CHIOVENDA, não era mais do que estabelecer, ao longo do processo um clima de *cooperação* estreita entre o magistrado e os litigantes, que pudesse conduzir, com presteza e efetividade, a um resultado processual mais justo do que a sempre demorada e imperfeita solução do processo predominantemente escrito.

Atualizando, portanto, essa velha lição para os termos do direito processual civil contemporâneo, a figura complexa do *processo oral* idealizada por CHIOVENDA se afina, de certo modo, com o atual *processo justo*, que se costuma qualificar como fruto das ideias modernas de *neoconstitucionalismo* e *neoprocessualismo*, que teriam revolucionado simetricamente tanto o direito constitucional como o processual. Com efeito, as Constituições passaram a contemplar expressamente um volumoso elenco de novas e explícitas garantias fundamentais do processo, enquanto o direito processual se pôs a orbitar, cada vez mais próximo, em torno da Constituição.

Nessa visão, o atual CPC brasileiro, tal como exige o Estado Democrático de Direito, se organizou à luz do modelo cooperativo de processo, atento a necessidade de cumprir todas as garantias constitucionais voltadas para assegurar o acesso à prestação jurisdicional célere, efetiva e justa. É o que revelam as normas fundamentais sobre que se assenta o Código de 2015:

- a) “O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código” (art. 1º).

---

constituem um sistema com características e vantagens próprias. Os mais importantes desses princípios são o da imediação, o da identidade física do juiz, o da concentração e o da irrecorribilidade das decisões interlocutórias” (MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. II, nº 317, p. 125). Cf., também, MACHADO GUIMARÃES LUÍS. *O processo oral e o processo escrito*. Revista Forense, v. 74, p. 165; CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições cit.*, v. III, nº 309, p., 50-55.

- b) “Todos os sujeitos do processo devem *cooperar* entre si para que se obtenha, em tempo razoável decisão de mérito *justa e efetiva*” (art. 6º).
- c) “Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida” (art. 9º).
- d) “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deve decidir de ofício” (art. 10).
- e) “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e *fundamentadas todas as decisões*, sob pena de nulidade” (art. 11).
- f) “Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: ... IV – não enfrentar *todos os argumentos* deduzidas no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador” (art. 489, § 1º, IV).

Vê-se, à luz das normas fundamentais e de toda a sistemática procedimental do CPC/2015, que:

“No atual Estado Democrático de Direito, exige-se a participação ativa de todos os sujeitos do processo, não podendo o juiz decidir sem que antes seja dada oportunidade às partes a possibilidade de se manifestarem sobre a questão que pretenda decidir. Assim todas as questões sobre as quais compete ao juiz emitir um pronunciamento judicial devem ser antes debatidas pelas partes, a fim de que elas não se surpreendam com a decisão do julgador. *Exercem as partes, portanto, influência* sobre o resultado da prestação jurisdicional, porque *será sobre seus debates e motivações que o julgador irá decidir*”<sup>36</sup> (g.n.).

Na verdade, “o juiz, muito mais do que simplesmente ouvir as partes (deve ouvi-las, claro, mas isto não basta), deve considerá-las em sua decisão”, de tal forma que:

“A decisão deve ser fruto da participação ativa, concreta e efetiva das partes ao longo do desenvolvimento da relação jurídica processual com o firme propósito de que o provimento jurisdicional, assim como o processo, represente um ambiente genuinamente democrático, afirmando-se como *locus* de exercício

---

<sup>36</sup> COSTA, Rosalina Pinto. *O processo cooperativo como instrumento de concretização dos direitos fundamentais*. Revista FSA, Teresina, v. 15, nº 4, art. 7º, p. 143, jul-ago/2018, *apud* Clarice Santos *et al.* Instrumentalismo e formalismo-valorativo em ciência processual: há algo de novo sob o sol? *In*: Revista dos Tribunais, v. 1003, ano 108, p. 385, mai/2019.

de liberdade, catalizador de influência e máxima importância às pessoas que serão diretamente atingidas com o desfecho, da marcha processual. É inegável a relação entre a *cooperação* e o contraditório...”<sup>37</sup>.

Nessa ordem de ideias, “o princípio da cooperação – explica LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA – consolidou-se a partir do redimensionamento do princípio do contraditório”, aduzindo que:

“A participação propiciada pelo contraditório serve não apenas para que cada litigante possa influenciar a decisão, mas também para *viabilizar a colaboração das partes com o exercício da atividade jurisdicional*”<sup>38</sup>.

## 8. Conclusões

- a) Dentro da sistemática estruturação do atual CPC brasileiro, o direito de ação como direito à plena tutela do Poder Judiciário, encontra-se não apenas no plano infraconstitucional, “mas, principalmente, traduz-se como real e efetiva garantia constitucional de acesso à jurisdição”<sup>39</sup>.
- b) Embora não tenha vindo à luz com expressa declaração de fidelidade ao sistema da oralidade, as normas fundamentais e que se assenta o CPC/2015 autorizam afirmar que o espírito do processo oral tão proclamado e estimulado pela doutrina germânica e chiovendiana se faz presente em nossa atual codificação processual civil.
- c) É que a noção da oralidade não se concebe como simples utilização de mecanismos orais no desenvolvimento do processo, mas visa sobretudo, uma ampla participação conjunta de partes e juiz, fazendo com que a autoridade judicial atue na direção do processo e na resolução do litígio, em estreita colaboração com os litigantes (traço caro ao sistema da oralidade processual).
- d) É indubitoso que as dimensões do contraditório efetivo e da expressa adoção do modelo cooperativo presentes nos fundamentos do atual CPC brasileiro, de par com o dever de fundamentação das decisões judiciais sem deixar sem resposta

---

<sup>37</sup> SANTOS, Clarice; MARANHÃO, Ney; COSTA, Rosalina Moitta Pinto da. *Instrumentalismo e formalismo-valorativo* *cít.*, p. 382.

<sup>38</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Normas fundamentais no novo CPC brasileiro*. In: *Processo civil comparado: análise entre Brasil e Portugal*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.117.

<sup>39</sup> PINTO, Júnior Alexandre Moreira. O princípio da oralidade, a audiência preliminar e o processo *equo e justo*. In: DELFINO, Lúcio; *et al.* (coords.). *Tendências do moderno processo civil brasileiro: aspectos individuais e coletivos das tutelas preventivas e ressarcitórias* – Estudo em homenagem ao jurista Ronaldo Cunha Campos. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 432.



os argumentos relevantes deduzidos pelas partes, tudo isto convence que as ideias básicas da oralidade foram levadas em conta pela moderna codificação processual civil vigente entre nós, pelo menos em linha de princípios.

- e) O silêncio, por exemplo, do novo Código acerca da regra da identidade física do juiz, não pode ser identificado como sinal de repúdio a esse elemento importante do sistema oral. Mesmo nesse campo, deve-se entender, como já ocorria ao tempo do CPC/1973, que a exigência da imediação do juiz com a prova e a da preservação da identidade física do juiz deixaram de ser absolutas, assumindo larga flexibilidade, mas sem anular o respeito devido ao princípio da oralidade<sup>40</sup>.
- f) Aliás, o Código atual continua declarando que, encerrado o debate oral entre as partes, o juiz presidente da audiência proferirá a sentença, de imediato ou em trinta dias (art. 366). Embora não exista uma cláusula de inafastabilidade desse dever, o certo é que, não havendo motivo para justificar o deslocamento do processo para outro juiz, o princípio a prevalecer será o do julgamento pelo magistrado que presidiu a instrução e o debate orais. Com isso, nem a oralidade em sentido estrito, nem a identidade física do juiz se apresentam como absolutamente desprezados pelo vigente Código de Processo Civil.

---

<sup>40</sup> MEDINA, José Miguel García. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT 2017, p. 651, nota II ao art. 366. A propósito, a jurisprudência ao tempo de vigência do CPC/1973 já entendia que “o juiz que conclui a audiência de instrução, em regra, fica vinculado ao processo para efeito de sentença. Entretanto, tal premissa não configura garantia inamovível, em face dos possíveis afastamentos legais do titular, como na hipótese de fruição de férias regulares e outras circunstâncias previstas no art. 132 do CPC [de 1973], em que a regra é flexibilizada, permitindo-se ao sucessor a prolação da sentença” (STJ, 3ª T., AgRg no AREsp 571.805/GO, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, ac. 02.10.2014, *DJe* 28.10.2014). Mesmo no processo atual, o entendimento do STJ tem sido de que “o princípio da identidade física do juiz *não é absoluto* (g.n.), devendo ser mitigado sempre que a sentença proferida por juiz que não presidiu a instrução criminal seja congruente com as provas produzidas sob o crivo do juiz substituído” (STF, 1ª T., RHC 123.572/DF, Rel. Min. Luiz Fux, ac. 07.10.2014, *DJe* 31.10.2014).

## VII

# O processo oral e seus descaminhos no sistema dos Juizados Especiais Cíveis

*Cirilo Augusto Vargas*<sup>1</sup>

### 1. Introdução

O debate contemporâneo inerente à efetividade da tutela jurisdicional esteve, em décadas recentes, menos associado à noção de isonomia processual, ou seja, ao cenário ideal no qual a conclusão de um processo dependeria tão somente dos “méritos jurídicos relativos das partes antagônicas, sem relação com diferenças que sejam estranhas ao Direito”<sup>2</sup> e mais voltado para a falsa dicotomia entre segurança e duração razoável do processo. No entender do Banco Mundial, por exemplo, garantir celeridade é primordial para que o Judiciário viabilize a “paz social” e, atualmente, ele é “incapaz de assegurar a resolução de conflitos de forma previsível e eficaz, garantindo assim os direitos individuais e de propriedade.”<sup>3</sup> O grande capital opera em prol de interesses mercadológicos e não busca um nível de qualidade decisória que necessariamente beneficie o cidadão comum.

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito Processual Civil pela UFMG. Pós-graduado em Direito Processual pela PUC-Minas. Membro associado do Instituto de Direito Processual - IDPro. Defensor Público.

<sup>2</sup> CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. (Trad. Ellen Gracie Northfleet). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 15.

<sup>3</sup> WORLD BANK. Technical paper number 319. *The Judicial Sector in Latin America and the Caribbean: Elements of reform*. DAKOLIAS, Maria (Org.). Washington, DC: World Bank, 1996, p. xi. Disponível em: [http://documents.worldbank.org/curated/en/427921468226755170/pdf/multi-page.pdf]. Acesso em: 16 outubro 2018.

A partir das práticas legislativas e judiciais brasileiras, percebe-se que a “efetividade” é um predicado fluido do processo. Depende da conjuntura político-institucional, ou melhor, do discurso que se amolda às necessidades do grupo social dominante, em economias de mercado como a brasileira. Conforme observou o saudoso Calmon de Passos<sup>4</sup>, inexistiu pureza no Direito e no processo, “e principalmente ele, está carregado de intenções políticas e tem múltiplas implicações econômicas e mil disfarces ideológicos”.

Não é possível ignorar que a demora – associada à hiperlitigiosidade por parte de poucos – seja um defeito crônico enfrentado pelo Judiciário brasileiro. A República Federativa do Brasil foi responsabilizada internacionalmente pela Corte Interamericana de Direitos Humanos ante sua incapacidade institucional de assegurar prestação jurisdicional em tempo razoável (Caso Ximenes Lopes v. Brasil, sentença proferida em 30.11.2005)<sup>5</sup>. Será a lentidão, todavia, a única mazela processual? Ou mesmo a principal? O problema não é precedente e menos simplista? Reformas legislativas recentes promoveram efetividade? Interessa a alguém a morosidade dos feitos?

Em tempos de polarização política e intolerância, a busca frenética por produtividade judicial fez emergir a ideia de que quantidade supera qualidade decisória, ocultando um quadro de *desumanização do processo*. O litígio de massa e a estrutura colossal concebida para reduzir seu impacto (sob o ponto de vista estatístico) relegaram ao segundo plano as próprias pessoas dependentes da proteção judiciária e da afirmação do direito objetivo, progressivamente alienadas da construção dos provimentos. Dois exemplos extraídos da Justiça Mineira ilustram o ostracismo experimentado pelo que se pode nominar de “jurisdicionado invisível”: no mês de julho de 2018 diversas audiências de usucapião –

---

<sup>4</sup> PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo*: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 66.

<sup>5</sup> JAYME, Fernando Gonzaga. Necessitamos de um novo código de processo civil? In: MACHADO, Felipe; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. (Coords.) *Constituição e processo*: uma análise hermenêutica da (re)construção dos códigos. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 136.

envolvendo grupos fragilizados da sociedade (idosos, negros e pobres) assistidos pela Defensoria Pública – foram subitamente canceladas pela Vara de Registros Públicos de Belo Horizonte sob a justificativa de “falta de magistrado no Fórum da Comarca”<sup>6</sup>. O mesmo juízo, em 2018, passou a designar audiências de usucapião para o ano de 2020, sem assumir responsabilidade pelo fato de que, em ações desta natureza, há probabilidade de os autores não sobreviverem para participar da colheita da prova. É o caso de indagar se a Justiça civil brasileira não está falida.

Neste cenário desolador o processo oral surge como um antídoto contra a eternização dos feitos, a burocracia e a fragilização paulatina do contraditório. Ele tem como base o estreitamento da relação entre os sujeitos processuais e o exercício do *poder de influência* das partes sobre o provimento jurisdicional. O diálogo travado entre os litigantes e o juiz “é a saída para maior humanização do processo, no sentido de que a humanização do processo perpassa pela humanização dos sujeitos que fazem parte dele, permitindo-lhe maior participação ativa e interventiva”<sup>7</sup>.

A abordagem do processo oral induz à análise do sistema dos Juizados Especiais, atualmente regido pelas Leis 9.099/95 (Juizado Estadual), 10.529/2001 (Juizado Federal) e 12.153/2009 (Juizado da Fazenda Pública). O procedimento originado a partir da Lei 7.244/84 merece investigação porque, de um lado, possui como princípio fundante a *oralidade* e, de outro lado, abraça uma das marcas da tradição liberal norte-americana: a relativização da defesa técnica, com atribuição de capacidade postulatória ao cidadão leigo, visando ao incremento do acesso à justiça.

O tema-problema objeto deste trabalho, portanto, é: a relativização da importância da assistência jurídica e a atribuição de capacidade postulatória à pessoa leiga no Direito Processual Civil, tal como se verifica no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, coloca em risco o exercício do

---

<sup>6</sup> Em 20.8.2018 havia 205 (duzentos e cinco) juízes de 1ª instância lotados em Belo Horizonte. Disponível em: [<http://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/institucional/magistratura/juizes.htm>]. Acesso em: 5.11.2018.

<sup>7</sup> MAIA, Renata Christiana Vieira. *A efetividade do processo de conhecimento mediante a aplicação do processo oral*. 2015. 290 f. Tese (Doutorado em Direito Processual Civil) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, p. 111.

contraditório e, conseqüentemente, a própria oralidade almejada pelo legislador?

## 2. Processo oral: um ilustre desconhecido

Soa contra-intuitivo afirmar que o traço fundamental do processo oral reside não na própria oralidade predominante em certa fase do procedimento, mas na concentração procedimental e temporal dos atos em audiência<sup>8</sup>. Barbosa Moreira<sup>9</sup>, ao tratar do “método concentrado”, explica que “a certa altura do *iter* processual” – seja no despacho saneador (técnica escrita) ou na “audiência especial” (técnica oral) – faz-se um balanço retrospectivo e prospectivo do processo, “no que tange à expectativa de sua consumação normal e eficaz”. Busca-se avaliar a atividade até então realizada e identificar as falhas sanáveis e as insanáveis, viabilizando, na medida do possível, o rápido enfrentamento do mérito, com eficiência.

A previsão normativa de uma audiência com oitiva de testemunhas e apresentação de alegações orais não define, por si só, o processo como oral. Tal premissa revela o equívoco comum de equiparar o processo oral (como *opção política* do legislador<sup>10</sup>) à oralidade, componente acidental presente no modelo escrito. É a concentração dos debates sobre a matéria a considerar, o saneamento e a sentença proferida em seguida – estreitando-se a relação entre as partes e o juiz – que caracteriza a técnica processual. Por isso a doutrina sugere a expressão “processo concentrado” em substituição à locução “processo oral”.<sup>11</sup>

Observa-se, sob ângulo diverso, que a redução a termo de depoimentos e outras manifestações orais não desnatura o processo oral. Há necessidade de documentação do material colhido no curso do feito, para

<sup>8</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 232.

<sup>9</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Saneamento do processo e audiência preliminar. Temas de direito processual*: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 111.

<sup>10</sup> CALMON, Petrônio. O modelo oral de processos no século XXI. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 178, p. 47-75, dez. 2009, p. 50.

<sup>11</sup> MALA, Renata Christiana Vieira. *A efetividade do processo de conhecimento mediante a aplicação do processo oral*, p. 68-70.

fins de memória, viabilizando apreciação futura das questões suscitadas, especialmente em grau de recurso. O registro fonográfico, cabe lembrar, é reconhecido como importante instrumento de preservação das informações obtidas, no contexto da audiência ocorrida em primeiro grau. Veja-se sobre o tema interessante trecho de acórdão extraído da jurisprudência portuguesa:

De facto, o acesso direto do Tribunal da Relação à gravação integral do julgamento antes efetuado, terá de permitir-lhe, na formação da sua própria e autónoma convicção, sustentada numa análise crítica da prova, para além da apreciação dos concretos meios probatórios que tenham sido indicados pelo recorrente, a ponderação e a reanálise de todos os meios probatórios produzidos, sujeitos às mesmas regras de direito probatório material a que se encontra sujeito o tribunal de 1ª instância, enquanto forma, por um lado, de atenuar a inevitável quebra dos princípios da imediação e da oralidade suscetíveis de exercer influência sobre a convicção do julgador, e, por outro, ainda, de evitar julgamentos descontextualizados ou parciais, submetidos apenas à leitura dos meios probatórios convocados pelo recorrente. Pretende-se, pois, uma visão global, integrada e contextualizada de todos os meios probatórios produzidos, como garantia de uma decisão de facto o mais próxima possível da realidade, sem que tal implique a procura de uma verdade ou de uma certeza naturalística ou absoluta, que é, por princípio, insuscetível de ser alcançada.<sup>12</sup>

A prerrogativa de ser ouvido em audiência pública foi alçada – juntamente com o princípio do contraditório – à condição de direito humano fundamental, ligado ao conceito de processo justo ou equitativo (art. 6º, 1, da Convenção Europeia de Direitos Humanos). O Tribunal de Estrasburgo já decidiu em diversas oportunidades que nos processos perante um tribunal de primeira e única instância, o direito a uma audiência pública (*public hearing*) implica o direito a uma audiência oral (*oral hearing*). A garantia é excepcionada nos casos em que inexistem pontos

---

<sup>12</sup> PORTUGAL. Tribunal da Relação de Guimarães, processo n. 52786/16.4YIPRT.G1, 1ª Secção Cível, Rel. António Barroca Penha, j. 18.12.2017. Disponível em: [<http://www.dgsi.pt/>]. Acesso em: 16 outubro 2018.

controvertidos ou o debate diz respeito exclusivamente a questões de direito ou a matéria altamente técnica.<sup>13</sup>

No processo civil estadunidense, marcado pela presença de um júri popular, “o princípio da concentração é estrutural”.<sup>14</sup> Explica John Langbein<sup>15</sup>, professor da Universidade de Yale, que o julgamento anglo-americano é concentrado, o que significa que ele transparece como um único encontro contínuo perante o tribunal. Este ato pode ser adiado para a noite ou para o fim de semana, sendo em todo caso ininterrupto. Em audiência o tribunal colhe todas as provas e recebe as alegações. Ao final os jurados deliberam e julgam. O princípio da concentração surgiu dos desafios decorrentes da reunião, informação e controle de um grupo de doze juízes leigos. Se os jurados puderem ir para casa e voltar três semanas depois, alguns deles podem nem sequer comparecer. Além disso, durante esse intervalo, os jurados correm o risco de sofrer interferências indevidas, como intimidação e oferta de suborno.

A doutrina aponta princípios que devem ser obedecidos de forma conjunta para efetivação do processo oral no sistema romano-germânico. São eles: imediação (ou imediatidade), publicidade, concentração, identidade física do julgador, livre apreciação judicial da prova, irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias proferidas em audiência (flexibilizado o sistema de preclusões), autocomposição e investigação.

Vinculada à perspectiva material do contraditório exercido pelos litigantes em uma audiência pública, “no sentido positivo de direito de incidir activamente no desenvolvimento e no êxito do processo”<sup>16</sup>, a imediação permite ao juiz “a real e efetiva apreciação comportamental”<sup>17</sup> e “favorece,

---

<sup>13</sup> CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Guia sobre o artigo 6º da Convenção Europeia de Direitos Humanos: Direito a um julgamento justo (atualizado em 31 de dezembro de 2017). Estrasburgo: Conselho da Europa/ Corte Europeia de Direitos Humanos, 2017, p. 63/64. Disponível em: [[https://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_6\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_ENG.pdf)]. Acesso em: 23 outubro 2018.

<sup>14</sup> LANGBEIN, John H. The Disappearance of Civil Trial in the United States. *Yale Law Journal*, v.122, n. 3, p. 522-572, 2012, p. 530.

<sup>15</sup> *Op. Cit.*, p. 529.

<sup>16</sup> LEBRE DE FREITAS, José. *Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais à luz do código revisto*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 96/97.

<sup>17</sup> MAIA, Renata Christiana Vieira. *A efetividade do processo de conhecimento mediante a aplicação do processo oral*, p. 88.

na prática, a solução liminar das questões prévias<sup>18</sup>. Possui estreita ligação com o princípio da cooperação (CPC, art. 6º), segundo o qual “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”. É a imediação que aproxima os sujeitos do processo, tornando palpável a dinâmica processual referida pela doutrina de vanguarda como *comunidade de trabalho*, voltada para se “obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio”. (CPC português, art. 7º).

Relativizada no Brasil<sup>19</sup>, a identidade física impõe haver coincidência entre o juiz que colhe as provas em audiência e aquele que profere sentença (no menor espaço de tempo possível entre um ato e outro), mais autorizado pelas circunstâncias a fazer um diagnóstico do trabalho de convencimento levado a cabo pelas partes e julgar com a maior aproximação possível da verdade.

Nesse sentido é perfeitamente plausível suscitar a incompatibilidade entre a técnica de motivação *per relacionem* – validada pela jurisprudência do STF<sup>20</sup> – e o processo oral. Na hipótese, há certeza de que os fundamentos constantes na decisão não são frutos do raciocínio do próprio juiz da causa. Outra ameaça ao processo oral é a chamada “justiça de assessores”, consequência da hiperlitigiosidade. A corriqueira delegação da atividade de elaboração decisória a auxiliares do juízo priva o litigante da segurança sobre a participação do magistrado na tarefa de fundamentação.

No que toca à livre apreciação judicial da prova, Lebre de Freitas<sup>21</sup> entende tratar-se de derivativo lógico da imediação, da oralidade e da concentração. Para ele, é porque existem os três elementos do processo oral “que ao julgador cabe, depois da prova produzida, tirar as suas conclusões, em conformidade com as impressões recém-colhidas e com a convicção que através delas se foi gerando no seu espírito”.

<sup>18</sup> LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. 3. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1990, p. 14.

<sup>19</sup> STJ. AgInt no AREsp nº 1.005.926, Quarta Turma, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 25.9.2018, DJe 5.10.2018.

<sup>20</sup> STF. AI nº 825.520 AgRED, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, j. 31.5.2011, DJe 12.09.2011.

<sup>21</sup> LEBRE DE FREITAS, José. *Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais à luz do código revisto*, p. 157.



Há polêmica doutrinária sobre a manutenção do princípio do livre convencimento motivado no atual sistema processual civil. Nossa opinião é de que a lei processual, além de realçar o princípio do contraditório e da publicidade das decisões judiciais, prescreveu “elementos essenciais da sentença” e requisitos específicos para caracterização da fundamentação idônea. Logo, se persiste a liberdade na valoração da prova pelo magistrado (etapa decisória imune à fiscalização), não será legítima a conclusão, lançada no provimento, divorciada das teses e antíteses sustentadas pelas partes no curso do procedimento (CPC, art. 489, §1º, IV). Resumindo: se o que importa, para fins de controle público (justificação) é o argumento jurídico materializado no corpo do *decisum* e ele está submetido a balizas definidas pela lei, é de se questionar se a expressão “livre convencimento motivado” não constitui, na verdade, uma contradição em termos: se é motivado o convencimento exposto, ele não pode ser livre.

Petrônio Calmon<sup>22</sup> elenca como postulado basilar do processo oral a “Política pública de resolução de conflitos com ênfase na autocomposição”. Nota o membro do Ministério Público do Distrito Federal que “para a plenitude de um processo oral, é indispensável que o ordenamento judicial esteja preparado para realizar correta e adequadamente os mecanismos de incentivo à autocomposição”. Em sentido semelhante se posiciona Maia<sup>23</sup>, para quem “o processo oral possibilita mais facilmente a conciliação, antes da exacerbação dos ânimos por meio de longas alegações escritas intercaladas ao longo do tempo”.

De fato, o direito de acesso à justiça, tal como interpretado atualmente, não se restringe à vertente formal da proteção judiciária, fruto da tutela coercitiva outorgada pelo Estado (modelo adjudicatório de prestação jurisdicional). O denominado “acesso à ordem jurídica justa” pode ser

---

<sup>22</sup> CALMON, Petrônio. O modelo oral de processos no século XXI, p. 51.

<sup>23</sup> MAIA, Renata Christiana Vieira. *A efetividade do processo de conhecimento mediante a aplicação do processo oral*, p. 8.

exercido através de quaisquer meios autocompositivos de resolução de conflitos, como a mediação e a conciliação.<sup>24</sup>

Logo, não há qualquer sentido em fomentar o diálogo entre os sujeitos processuais para debelar a crise da justiça se o processo oral não funcionar como alternativa primordial à solução adjudicada do conflito. Entretanto, conforme será analisado, o sucesso do diálogo e da autocomposição depende de fatores associados à isonomia, ameaçada quando há interesse de um litigante habitual em disputa.

Finalizando este tópico, observa-se que é na fase instrutória que a técnica oral adquire maior relevo. A partir da inquirição de testemunhas e do debate travado em audiência que se forma o convencimento judicial, viabilizando a prolatação da decisão. Nota-se, portanto, a vinculação entre contraditório dinâmico/material (CPC, arts. 9º e 10º), instrução processual (CPC, art. 369) e motivação decisória (CPC, art. 489, §1º, IV). Nesse contexto, Manuel Lopes Maia Gonçalves<sup>25</sup> faz menção ao princípio da investigação, indissociável da imediação. Pontua o processualista luso que “em virtude deste princípio deve o tribunal, na audiência, para além dos meios de prova oferecidos em tempo oportuno pelas partes, proceder oficiosamente à produção de prova necessária à descoberta da verdade”.

### 3. O diálogo processual e os seus inimigos

A hiperlitigiosidade e a sobrecarga judicial que dela resulta é, provavelmente, o maior obstáculo ao alcance do diálogo processual via concentração e imediatidade.<sup>26</sup> Este ano o CNJ divulgou resultado da pesquisa *Justiça em Números 2018*, que expôs informações acerca do panorama geral da litigiosidade<sup>27</sup>. Registrou-se que “O Poder Judiciário

---

<sup>24</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ. Resolução nº 125, de 29.11.2010. Disponível em: [<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>]. Acesso em: 18 outubro 2018.

<sup>25</sup> GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. *Código de processo penal anotado*. 16ª ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 685.

<sup>26</sup> MAIA, Renata Christiana Vieira. *A efetividade do processo de conhecimento mediante a aplicação do processo oral*, p. 92.

<sup>27</sup> CNJ. *Justiça em Números 2018: Ano-Base 2017*. Brasília: CNJ, 2018, p. 73. Disponível em: [<http://www.cnj.jus.br/publicacoes/>]. Acesso em 22 outubro 2018.

finalizou o ano de 2017 com 80,1 milhões de processos em tramitação, aguardando alguma solução definitiva.” E mais:

Em toda série histórica, o ano de 2017 foi o de menor crescimento do estoque, com variação de 0,3%, ou seja, um incremento de 244 mil casos em relação ao saldo de 2016. (...) Apesar de se verificar, historicamente, um número de processos baixados igual ou superior ao número de casos novos, o estoque não reduziu, conforme demonstra a Figura 46. O crescimento acumulado no período 2009-2017 foi de 31,9%, ou seja, acréscimo de 19,4 milhões de processos.

O tempo médio das decisões finais de 1º grau proferidas em 2016, na fase de execução, foi de quatro anos e seis meses. Já as sentenças na fase de conhecimento levaram uma média de um ano e quatro meses da autuação ao julgamento de mérito.<sup>28</sup> *Em 2017 a situação se agravou*: “Para receber uma sentença, o processo leva, desde a data de ingresso, o triplo de tempo na fase de execução (4 anos e 11 meses) comparada à fase de conhecimento (1 ano e 7 meses).”<sup>29</sup>

Os dados fornecidos pelo CNJ revelam apenas uma face da crise judiciária brasileira. Existe um componente oculto que representa a antítese da busca desenfreada pela proteção judiciária: o problema da *litigiosidade contida*, resultado do acesso ineficaz à justiça. Quando muitos cidadãos deixam de procurar o Judiciário para a solução dos conflitos porque o serviço oferecido pelo Estado é caro e complicado, a pendenga persistirá, favorecendo a justiça de mãos próprias ou a atuação de milícias.<sup>30</sup>

Tratando-se do Brasil, país dotado de Defensoria Pública com atuação na esfera civil e cuja lei facilita a obtenção de assistência judiciária, com isenção de taxas, emolumentos e demais custas do processo, verificou-se que o percentual de cidadãos que se quedaram inertes diante de um litígio em potencial foi de 87% (dados apurados pela organização independente

<sup>28</sup> CNJ. *Justiça em Números 2017*: Ano-Base 2016. 13. ed. Brasília: CNJ, 2017, p. 133-183. Disponível em: [<http://www.cnj.jus.br/publicacoes>]. Acesso em: 22 outubro 2018.

<sup>29</sup> CNJ. *Justiça em Números 2018*, p. 147.

<sup>30</sup> GONÇALVES, Gláucio Ferreira Maciel. *Observação jurídico-sociológica da lei dos juizados especiais federais*. 2007. 142 f. Tese (Doutorado em Direito Processual Civil) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, p. 88.

norte-americana *World Justice Project* (WJP) no segundo semestre de 2017).<sup>31</sup> Resultado preocupante, ocasionado por uma multiplicidade de fatores, dentre eles déficit de universalização da Defensoria Pública, irrisória educação em direitos e desestímulo diante da morosidade processual.

Em suma, há notícia segura de que o número de processos judiciais cresceu nos últimos anos e, paralelamente, de que larga parcela da população brasileira deixou de agir, quando em tese poderia, para proteger seu direito. Como conciliar dados aparentemente tão díspares?

Enquanto os indivíduos (litigantes ocasionais ou *one-shotters*) encontram óbices informativos e de custas para litigar (deixando, na maioria das vezes, de fazê-lo), os chamados litigantes habituais (*repeat players*) valem-se do Judiciário – via amplo aparato de defesa técnica – como canal para satisfação das suas pretensões. E mais: sendo os sujeitos hiperpoderosos (alude-se ao próprio Estado e às instituições financeiras) os maiores violadores de direitos, frequentemente não lhes interessa a rápida tramitação dos feitos. Eles então alimentam um círculo vicioso: atuam de maneira predatória para congestionar o sistema judiciário, desestimulando o cidadão comum a buscar a tutela jurisdicional. Essa sequência se perpetua e explica o falso paradoxo apontado. Por isso Barbosa Moreira<sup>32</sup> rotulou como “ingênuas” a ideia de que todos os jurisdicionados clamam, em quaisquer circunstâncias, pela solução rápida dos litígios. Na maioria dos casos “o grande desejo de pelo menos um dos litigantes é o de que o feito se prolongue tanto quanto possível.”

Segundo Marc Galanter<sup>33</sup>, “As verdadeiras disparidades no uso do Direito e na prestação de serviços públicos na esfera jurisdicional não existem entre indivíduos ricos e pobres, mas entre indivíduos e

---

<sup>31</sup> WORLD JUSTICE PROJECT. *Global Insights on Access to Justice: Findings from the World Justice Project General Population Poll in 45 Countries*. ADAMS, Kate, et al. (Org.) Washington, U.S.A., 2018, p. 13. Disponível em: [[https://worldjusticeproject.org/sites/default/files/documents/WJP\\_Access-Justice\\_April\\_2018\\_Online.pdf](https://worldjusticeproject.org/sites/default/files/documents/WJP_Access-Justice_April_2018_Online.pdf)]. Acesso em: 22 outubro 2018.

<sup>32</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O futuro da justiça: alguns mitos. Temas de direito processual*: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 10.

<sup>33</sup> GALANTER, Marc. *The duty not to deliver legal services*. *University of Miami Law Review*, v. 30, n. 4, p. 929-945, 1976, p. 937.

organizações”, as quais usufruem das seguintes benesses, quando instadas a defender sua posição em juízo: 1) fácil acesso a especialistas e baixos custos operacionais; 2) oportunidade de desenvolver relações informais com os representantes do poder público; 3) habilidade de criar a chamada “reputação de barganha”, como meio para estabelecer um perfil de “compromisso com negociações”; 4) capacidade de lidar com as probabilidades de ganho ou de perda. Supondo que o que está em jogo para os litigantes habituais são interesses econômicos relativamente menores, eles podem adotar estratégias para maximizar o ganho, mesmo quando isso envolve o risco de perda substancial em alguns casos; 5) o *repeat player* possui recursos financeiros para influenciar na elaboração das leis (através do *lobby*) e também pode fazer uso em seu benefício das regras processuais.

Um dos pilares do contraditório material (logo, do processo oral) é a ideia de que os sujeitos processuais são interdependentes e, dessa feita, cooperam entre si para obter, em tempo razoável, decisão de mérito. Afinal de contas, há “a necessidade de se consolidar uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios”.<sup>34</sup> Cooperar, no sentido empregado neste trabalho, significa consolidar um canal comunicativo entre os sujeitos para facilitar a autocomposição, viabilizando economia de tempo e de recursos financeiros para as partes e para o Estado.

É ilusória, todavia, a chance de negociação justa entre litigantes que possuem graus muito díspares de poder econômico e organizacional.

O pesquisador norte-americano Owen Fiss, conhecedor da dinâmica que se estabelece quando um dos sujeitos é *repeat player*, publicou, na década de 1980, ensaio de ampla repercussão intitulado *Against settlement*. Uma das premissas centrais do texto é: a falta de isonomia entre as partes, não raras vezes, conduz a uma solução negociada mediante submissão indevida dos interesses do litigante mais frágil.

---

<sup>34</sup> CNJ. Resolução nº 125, de 29.11.2010. Disponível em: [<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>]. Acesso em: 22 outubro 2018.

Se o processo aborda, por exemplo, uma disputa entre vizinhos, é mais fácil superar o quadro litigioso mediante uso das “formas alternativas de solução de conflitos” porque existe presunção de igualdade entre autor e réu. Inúmeros feitos, ao contrário, envolvem conflito entre um indivíduo vulnerável e o Estado ou a reclamação de um trabalhador contra uma grande empresa. Nesses casos, a distribuição de recursos financeiros ou a capacidade de uma parte de transferir para o adversário os custos contamina o processo de negociação. O acordo passa a conflitar com uma concepção de justiça cuja meta é, justamente, tornar o fator econômico irrelevante para obtenção de um resultado socialmente efetivo.<sup>35</sup>

Para Fiss<sup>36</sup> as disparidades financeiras podem influenciar o acordo de três maneiras: 1) a parte mais pobre tem menor capacidade de prever o resultado do litígio e, portanto, maior probabilidade de ser prejudicada no processo de negociação; 2) o litigante com menos recursos pode necessitar do valor almejado em curto prazo e, dessa feita, ser induzido a fazer acordo como forma de acelerar o pagamento (mesmo ciente de que, se aguardar o julgamento, poderá obter quantia superior); 3) a parte pobre pode ser forçada a fazer acordo porque não tem recursos para custear suas próprias despesas ao longo do procedimento (como os honorários de seu advogado).

Dito isso, a maneira mais eficaz de assegurar o diálogo isonômico e acordos que atendam de fato aos interesses das partes envolvidas é atribuir responsabilidade pela condução das negociações aos advogados ou defensores públicos (reforçando-se, em nível nacional, o aparelhamento da Defensoria Pública, que ainda atende uma parcela minoritária da população). Os procuradores são os legítimos representantes dos interesses

---

<sup>35</sup> FISS, Owen M. Against Settlement. *Yale Law Journal*, v. 93, p. 1073-1091, 1983-1984, p. 1076.

<sup>36</sup> *Op. Cit.*, p. 1076. Owen Fiss é peremptório ao afirmar: “I do not believe that settlement as a generic practice is preferable to judgment or should be institutionalized on a wholesale and indiscriminate basis. It should be treated instead as a highly problematic technique for streamlining dockets. Settlement is for me the civil analogue of plea bargaining: consent is often coerced; the bargain may be struck by someone without authority; the absence of a trial and judgment renders subsequent judicial involvement troublesome; and although dockets are trimmed, justice may not be done. Like plea bargaining, settlement is a capitulation to the conditions of mass society and should be neither encouraged nor praised.” (*Op. Cit.*, p. 1075).

antagônicos, dotados de condições técnicas para analisar o panorama fático e antecipar o resultado do processo.

Estimular, nesses termos, a cooperação e o diálogo através da defesa técnica, em momento histórico no qual o uso da máquina judiciária nunca se revelou tão pouco alvissareiro, significa fomentar a verdadeira autonomia do cidadão. A assistência jurídica é fundamental para o exercício do contraditório material, não apenas porque permite a condução estratégica do processo. Mas, também, por viabilizar o diálogo entre os sujeitos processuais (cooperação), assegurando um terreno fértil de negociação em um plano de maior igualdade possível.

#### **4. Juizados Especiais Cíveis, relativização da defesa técnica e as ilusões perdidas**

Em agosto de 1983 a Presidência da República submeteu ao Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 1950/83<sup>37</sup>, que dispunha sobre a criação e o funcionamento do Juizado Especial de Pequenas Causas, acompanhado da Exposição de Motivos da lavra de Hélio Beltrão, então chefe do Ministério da Desburocratização, órgão federal que funcionou entre 1979 e 1986<sup>38</sup>. No dia 7 de novembro de 1984 entrou em vigor a Lei 7.244, que integrou o Juizado Especial à justiça comum dos Estados, regulando o procedimento a ser adotado para o julgamento dos litígios de natureza patrimonial e de reduzido valor.

A meta primordial do Executivo foi neutralizar os fatores responsáveis pela crise da justiça, que há muito já assolava o país. Está-se referindo aos custos, à delonga e ao tecnicismo processual que inibem o cidadão de baixa renda, em qualquer lugar do mundo, a buscar o Estado para solucionar seus conflitos de interesses.

---

<sup>37</sup> O esboço do anteprojeto foi publicado pelo Ministério da Desburocratização em setembro de 1982 e revisto por uma comissão integrada por membros do Executivo, do Judiciário e do Ministério Público. Não houve participação de representante da Ordem dos Advogados do Brasil ou da Defensoria Pública.

<sup>38</sup> Não deixa de ser irônico, a despeito da boa intenção declarada, que o governo militar tenha expandido a máquina pública com a paradoxal finalidade de simplificar a Administração Federal (Decreto 83.740/79 do Presidente João Batista Figueiredo).

O Juizado Especial Cível é uma importação do universo anglo-saxônico para o sistema jurídico brasileiro. Deriva das denominadas *small claims courts* norte-americanas, juízos em que é franqueada a atuação processual de interessados leigos em causa própria (*pro se litigation*) para solução de litígios cíveis de baixa repercussão econômica.<sup>39</sup>

As *small claims courts* foram concebidas na década de 1910 a partir da ideia de que “todo homem é seu próprio advogado”. A noção original – romantizada – era de um tribunal simples, sem advogados, onde as pessoas, independentemente da classe social ou grau de escolaridade, poderiam representar a si mesmas e lidar com seus próprios interesses. Isso através do exercício da *pro se litigation*, que tanto fascínio provoca nos Estados Unidos<sup>40</sup>. O tema deita raízes no individualismo dos pioneiros que conquistaram as inóspitas fronteiras do oeste americano e no simbolismo que tais atos proporcionaram para as gerações futuras.<sup>41</sup> A reforma processual que introduziu as SCC é, portanto, fruto de um movimento que expõe o profundo senso de independência e de autoconfiança do “homem comum”.

Durante o século XIX a percepção de que todas as pessoas possuem uma capacidade inata para resolver suas pendências pareceu violada pela complexidade do Direito. E combinou-se com um sentimento amplo de repúdio à figura do advogado, que marcou grande parte dos séculos XIX e XX, com raízes no período colonial norte-americano. A Advocacia era vista como símbolo de confusão e opressão, ante as “infinitas teias jurídicas que pareciam lançar sobre as pessoas comuns”.<sup>42</sup> Consequentemente as

---

<sup>39</sup> CARNEIRO, João Geraldo Piquet. Análise da estruturação e do funcionamento do juizado de pequenas causas da cidade de Nova Iorque. In: WATANABE, Kazuo (Coord.) *Juizado especial de pequenas causas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 24-25.

<sup>40</sup> A prerrogativa de litigar *pro se* remonta à fundação dos EUA. Tendo suas raízes no *common law* britânico, a ideia evoluiu como resultado da combinação do direito natural com a antiga aversão social pela figura do advogado e a noção de que todos os homens são criados iguais. Mesmo que formal, o amplo acesso aos tribunais para todos os cidadãos também foi visto como importante para o desenvolvimento do Direito e das políticas públicas estadunidenses, além de desestimular o uso pela população de meios não estatais para solução de conflitos. (SWANK, Drew A. The *pro se* phenomenon. *Brigham Young University Journal of Public Law*, v. 19, n. 2, p. 373-386, 2005, p. 374-375).

<sup>41</sup> STEELE, Eric H. The Historical Context of Small Claims Courts. *American Bar Foundation Research Journal*, v. 6, n. 2, p. 293-376, 1981, p. 302.

<sup>42</sup> STEELE, Eric H. The Historical Context of Small Claims Courts, p. 302.



mudanças processuais levadas a cabo no século XIX tiveram como mote a simplificação do Direito e o afastamento do advogado.

No início do século XX os idealizadores das *small claims courts* partiram das seguintes premissas<sup>43</sup>: 1) a pessoa pobre somente se envolve em processos de baixa repercussão econômica. E causas de baixo valor são sempre simples. As causas do indivíduo carente, em resumo, nunca podem ser complexas; 2) as causas submetidas às SCC são presumidamente legítimas. O cidadão de bem não se dá ao trabalho de deflagrar uma demanda infundada; 3) sendo as causas justas e simples, isentas de indagações técnico-jurídicas, não há espaço para atuação de advogado; 4) as *small claims* representam um juízo acolhedor ao qual as pessoas comuns comparecem, independentemente da sua origem e grau de escolaridade, para resolver disputas de menor impacto financeiro, baseando-se na confiança nutrida em relação ao juiz e na ideia de que entre autor e réu inexistente disparidade econômica, política e social.

A reforma previu um magistrado munido de amplos poderes para flexibilizar os rigores da lei<sup>44</sup> e exercer o papel de investigador<sup>45</sup>, como franco interessado na superação do conflito. Em última análise o julgador deveria ser um “advogado para ambos os litigantes”, tendo em vista que “em uma situação em que os competidores não estão equilibrados – onde um pode estar alheio aos seus direitos e incapaz de articular seu lado da história – o exercício da discricionariedade do magistrado é essencial.”<sup>46</sup>

As principais críticas tecidas em face do novo modelo foram as seguintes: 1) houve desfiguração do projeto inicial e transformação do “tribunal do povo” em agência de cobrança de dívidas por parte de litigantes habituais, em detrimento do cidadão pobre; 2) Se o réu é pessoa leiga

---

<sup>43</sup> YNGVESSON, Barbara; HENNESSEY, Patricia. *Small Claims, Complex Disputes: A Review of the Small Claims Literature. Law & Society Review*, v. 9, n. 2, p. 219-274, 1975, p. 225/259.

<sup>44</sup> STEADMAN, John M.; ROSENSTEIN, Richard S. *Small Claims Consumer Plaintiffs in the Philadelphia Municipal Court: An Empirical Study. University of Pennsylvania Law Review*, v. 121, n. 6, p. 1.309-1.361, 1973, p. 1.323.

<sup>45</sup> LILLO, Ricardo. Access to justice and small claims courts: supporting latin american civil reforms through empirical research in Los Angeles County, California. *Revista Chilena de Derecho*, v. 43, n. 3, p. 955-986, 2016, p. 959.

<sup>46</sup> MOULTON, Beatrice. The Persecution and Intimidation of the Low Income Litigant as Performed by the Small Claims Court in California. *Stanford Law Review*, v. 21, n. 6, p. 1.657-1.684, 1969, p. 1.665.

e não atua amparado por defesa técnica suas possibilidades de reação (e de comunicação) são drasticamente reduzidas ou eliminadas. Caiu por terra a noção do tribunal livre de formalismo e no qual as habilidades das partes na condução do processo não representam vantagem; 3) o incremento dos poderes do julgador e o fomento da ingerência judicial – na condição de compensador de déficits – resultaram na irresignação de réus, advogados, litigantes em causa própria e de uma parcela dos próprios juízes, preocupados com o fato de que, havendo excessivo apoio a partes sem defesa técnica, compromete-se a imparcialidade.<sup>47</sup>

No Brasil o autor intelectual da reforma que introduziu os Juizados de Pequenas Causas foi João Geraldo Piquet Carneiro, Secretário Executivo do Programa Nacional de Desburocratização, que assim justificou a importação do modelo jurídico:

Em setembro de 1980, concentrei-me na análise do Juizado de Pequenas Causas (*Small Claims Courts*), da cidade de Nova Iorque, o qual, funcionando em ambiente-sócio econômico não muito distinto daquele encontrado nos grandes centros urbanos brasileiros, demonstrava razoável grau de eficácia. Daí resultou estudo em que procurei examinar os antecedentes daquele Juizado e, com base na observação pessoal direta, descrever o seu funcionamento e estruturação, inclusive do ponto de vista do acesso pelo jurisdicionado. A partir desse primeiro estudo, ficou patenteado que nenhuma reforma chegaria a bom tempo a menos que se superassem alguns arraigados preconceitos da processualística brasileira, tais como o temor à substancial oralização dos procedimentos e a resistência à ampliação dos poderes do Juiz para regular o processo e julgar a causa.<sup>48</sup>

As justificativas para a importação do modelo americano das SCC merecem ressalvas. Nossas objeções não decorrem, contudo, do simples fato de o instituto ser originário do mundo anglo-saxônico. É antiga a interpenetração de modelos oriundos da família de *civil law* e de *common*

---

<sup>47</sup> RUHNKA, John C.; WELLER, Steven; MARTIN, John A. *Small claims courts: a national examination*. Williamsburg, Virginia: National Center for State Courts, 1978, p. 19.

<sup>48</sup> CARNEIRO, João Geraldo Piquet. Análise da estruturação e do funcionamento do juizado de pequenas causas da cidade de Nova Iorque, p. 25.

*law* e não se constata prejuízo social derivado exclusivamente desta fusão, como se existisse uma incompatibilidade *a priori* entre os sistemas. E mais: o procedimento almejado, de perfil estrutural curto e menos sujeito a desvios e incidentes comprometedores da duração razoável, não merece censura.

Ocorre, todavia, que inexistente no Brasil, ao contrário do que sustentou Carneiro, “preconceito arraigado” contra a oralização dos procedimentos e resistência à ampliação dos poderes do juiz para regular o processo e julgar a causa. O vetusto Código de 1939 encampou o processo oral como instrumento de modernização e racionalização da atividade estatal. Nas palavras de Maia<sup>49</sup>,

O projeto, tal como consta na exposição de motivos do CPC de 1939 (Decreto-Lei 1.608, de 18 de setembro de 1939) teve o propósito de consagrar o princípio da oralidade, seguindo o exemplo do Código de Processo Civil Austríaco, significando, assim, um grande passo na ciência do Processo Civil Brasileiro. O Código de Processo Civil de 1939, a começar por sua exposição de motivos, abraçou os postulados de Chiovenda quanto ao processo oral.

Ademais, os poderes judiciais sempre foram demasiados (nunca houve sequer prazo peremptório para os magistrados no processo civil). O que se constatou foi o “fracasso da figura do juiz ativo” em razão da apatia judicial em relação ao processo, decorrente do excesso de trabalho, do comodismo e da promoção na carreira, que ocasiona a sucessiva mudança de comarcas.<sup>50</sup>

O cerne da crítica que merece ser feita reside na importação, sem o merecido exame, de uma ideia-chave do processo norte-americano, qual seja, a relativização da importância da assistência jurídica civil (e a

---

<sup>49</sup> MAIA, Renata Christiana Vieira. *A efetividade do processo de conhecimento mediante a aplicação do processo oral*, p. 48-49. A professora da UFMG observa também: “Dentre esses princípios que em maior ou menor grau orientam o processo oral, indubitavelmente foi o princípio da identidade física do juiz que maior peso exerceu para preservá-lo. Tãmanha era a sua exigência que, por ironia, foi este princípio que acabou se tornando o vilão do processo oral no CPC de 1939, cujo rigor acabaria sendo atenuado pela jurisprudência e depois afastado pelo Código de Processo Civil de 1973, que criou vias alternativas com a possibilidade de repetição de provas.” (*Op. Cit.*, p. 51).

<sup>50</sup> *Op. Cit.*, p. 118.

correlata atribuição de capacidade postulatória ao leigo) como alternativa para incrementar o acesso à justiça. Passadas mais de três décadas desde a entrada em vigor da lei 7.244, até que ponto os objetivos iniciais foram alcançados, em termos de superação da crise da justiça brasileira? Os mais importantes dados empíricos levantados pelo CNJ<sup>51</sup>, referentes ao funcionamento do JESP, são os seguintes: 1) uso dos Juizados como mecanismo de cobrança dirigido por empresas contra os cidadãos de média e baixa renda<sup>52</sup>; 2) os réus corporativos mais assíduos são bancos, companhias de seguro, empresas de comércio, empresas do setor de telefonia e concessionárias de serviços públicos;<sup>53</sup> 3) número reduzido de acordos em audiências; 4) comparecimento da maioria dos litigantes acompanhada de advogados particulares; 5) pessoas físicas usam advogados para litigar contra pessoas jurídicas como forma de equalizar situações de assimetria; 6) maior frequência de partes desacompanhadas de advogados em Juizados instalados em localidades de baixa renda e em demandas entre pessoas físicas; 7) o comportamento processual das partes varia, em termos de usos de instrumentos processuais, conforme elas disponham de defesa técnica ou não; 8) o tempo de trâmite dos feitos, do ajuizamento até a audiência de conciliação, durou em média cento e sessenta e oito dias.

Constatou-se o esvaziamento dos princípios que regeram o Juizado de Pequenas Causas e o modelo dele derivado, ainda em vigor. O próprio CNJ reconhece<sup>54</sup> que “muitas das principais diretrizes dos Juizados

---

<sup>51</sup> CNJ. *Perfil do acesso à justiça nos juizados especiais cíveis*. In: SILVA, Paulo Eduardo Alves da (Coord.) – Brasília, 2015, p. 27-88. Disponível em: [<http://www.cnj.jus.br/publicacoes>]. Acesso em: 26 outubro 2018.

<sup>52</sup> Na maioria dos casos em que as pessoas jurídicas demandam contra pessoas físicas, constatou-se que as primeiras utilizam os Juizados Especiais habitualmente, não litigam acompanhadas de advogados, buscam o juízo para auxiliar na cobrança de títulos executivos extrajudiciais (especialmente cheques e notas promissórias), conhecem bem os procedimentos e não se valem de mecanismos prévios de cobrança. (CNJ. *Perfil do acesso à justiça nos juizados especiais cíveis*, p. 38).

<sup>53</sup> Nota Filipe Rodrigues de Souza que “nos juizados surgiu a conhecida jurisprudência em torno do “mero dissabor cotidiano”, argumento utilizado para negar indenizações por danos morais pelas práticas ilícitas, principalmente de empresas de telecomunicações. Decerto, a tese é fruto de testes realizados por *repeat players*, que acabou sendo acolhida e difundida por todo o judiciário, sendo uma vitória para as empresas de telefonia.” (Litigância estratégica em favor de *ocasional players* com ênfase na atuação da Defensoria Pública. 2018. 50 f. Trabalho de Conclusão de Curso. Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.

<sup>54</sup> CNJ. *Redescobrimo os juizados especiais*. Disponível em: [<http://www.cnj.jus.br/corregedoria/cnj/redescobrimo-os-juizados-especiais>]. Acesso em: 26 outubro 2018.

Especiais foram sendo abandonadas, transformadas” e que “os critérios que devem orientar um processo que ali tramita – oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade – foram se perdendo ao longo do tempo”.

Sendo fictícia a ideia de que o rito processual dos Juizados é simples, informal, célere e propicia a conciliação e a paz social, é preciso pôr em xeque a noção de que um dos caminhos para viabilizar acesso à justiça passa pela relativização da importância da defesa técnica (especialmente em primeiro grau de jurisdição), ao invés de se mirar no investimento em políticas públicas que assegurem assistência jurídica irrestrita para a população, através da Defensoria Pública. De fato, o que se viu cristalizado na Lei dos Juizados de Pequenas Causas de 1984 foi, na esteira do que defendia Beatrice Moulton<sup>55</sup> em 1969 nos EUA, a inarredável presença de “advogados independentes” incumbidos de proteger juridicamente os litigantes vulneráveis. Por isso constava no art. 54 da norma que “Não se instituirá o Juizado de Pequenas Causas sem a correspondente implantação das curadorias necessárias e do serviço de assistência judiciária”.

É dever do Estado brasileiro zelar não apenas pela *possibilidade* de outorga de uma tutela jurisdicional. Impõe-se ao poder público que garanta aos cidadãos uma porta de entrada para a jurisdição sem descuidar da *qualidade* do serviço prestado, em termos de respeito ao devido processo legal e aos seus consectários constitucionais. Se a letargia estatal na solução do problema da defesa técnica para os necessitados já trazia na década de 1980 tantos prejuízos à população brasileira, a alternativa adotada foi a mais simplista e a que menos se adequou aos ditames do processo justo: ao invés de se consolidar um mecanismo eficiente de assistência jurídica gratuita – principalmente como meio de atingir o objetivo de autocomposição almejado pelo novo instituto – optou-se por atribuir capacidade postulatória ao leigo, alternativa economicamente compensadora para a administração pública.

---

<sup>55</sup> MOULTON, Beatrice. The Persecution and Intimidation of the Low Income Litigant as Performed by the Small Claims Court in California, p. 1.666.

Institucionalizou-se na *justiça comum* brasileira a *pro se litigation* norte-americana, em um panorama constitucional inteiramente diverso do país anglo-saxão (vale lembrar que a CLT – Consolidação das Leis do Trabalho – prevê desde o ano de 1943, em seu art. 791, a possibilidade de os empregados e os empregadores reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho – especializada da União – e acompanhar as suas reclamações).

Justamente após a entrada em vigor da CR/88, que previu a Defensoria Pública e a Advocacia como Funções Essenciais à Justiça, o art. 54 da Lei nº 7.244 se transformou em letra morta. Ele foi substituído por um comando pouco incisivo, espécie de norma programática constante no art. 56 da Lei nº 9.099, segundo a qual “Instituído o Juizado Especial, serão implantadas as curadorias necessárias e o serviço de assistência judiciária”. Revelou-se que a implantação de um serviço público de assistência jurídica gratuita não é – ao menos para o legislador – *conditio sine qua non* para a concreta instalação dos Juizados. Afinal, estes juízos funcionam em todos os quadrantes do Brasil sem atuação satisfatória da Defensoria Pública federal ou estadual, a um alto custo para os pobres.

Não se deve esquecer que a relativização da defesa técnica atenua o ônus do Estado de aparelhar a instituição, no intuito de promover a assistência jurídica dos vulneráveis leigos que não optem pela autodefesa. Isso porque falta razão política para investir no desenvolvimento da Defensoria se a própria lei criou condições para que os processados carentes possam fazer-se presentes nos atos procedimentais por sua conta e risco, mesmo que o façam tomados pela ilusão de acesso efetivo à tutela jurisdicional. Havendo vínculo estreito entre a defesa técnica e o princípio do contraditório, o direito de se fazer presente fisicamente nas dependências do órgão jurisdicional, relatar o caso e comparecer perante um juiz assegura, na melhor das hipóteses, acesso formal à justiça.

Quando o Supremo Tribunal Federal julgou as ADIs nº 1.539<sup>56</sup> e 3.168<sup>57</sup>, a Corte não atentou para o fato de que o sistema dos Juizados, ao relativizar a importância do advogado ou do defensor público em primeira instância, deu um passo decisivo para eliminação da oralidade, princípio fundante do mecanismo processual.

É em primeiro grau de jurisdição que se desenrola a fase instrutória, determinante para o resultado do processo, eis que através das provas as partes podem “influir eficazmente na convicção do juiz” (CPC, art. 369). Se o litigante promove a juntada de prova na fase recursal, cabe a ele o ônus de demonstrar a impossibilidade de tê-lo feito outrora, tratando-se de documento novo. Caso contrário o direito à produção probatória é acobertado pela preclusão. (CPC, art. 435, parágrafo único).

Não é razoável exigir do leigo, independentemente do seu conhecimento sobre a matéria fática, o domínio da técnica processual e a apresentação, no momento oportuno, de todos os elementos de prova cruciais para deslinde do feito, entabulando com a parte contrária e com o Judiciário diálogo necessário para julgamento eficiente. Todavia, sob o rito dos Juizados, a omissão instrutória motivada pela falta de conhecimento forense não é relevada para permitir a produção de provas em segunda instância, com auxílio de defesa técnica (compulsória na fase recursal). Em outras palavras: imputam-se ao leigo os rigores da responsabilidade pela gestão processual como se ele, por ato de ficção jurídica, fosse um profissional do Direito.

Extraí-se disso que a aproximação dos sujeitos do processo, a redução do formalismo e o ganho de celeridade somente adquirem sentido havendo possibilidade de o litigante exercer de fato poder de influência sobre o provimento jurisdicional. Inexistindo contraditório material, haverá simples monólogo coordenado pelo Estado-Juiz, com participação simbólica das partes na construção do provimento.

---

<sup>56</sup> STF. ADI nº 1.539/UF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 24.4.2003, DJ 5.12.2003.

<sup>57</sup> STF. ADI nº 3.168/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 8.6.2006, DJ 3.8.2007.

## 5. Conclusão

De tudo o que se observou a respeito do processo oral e do sistema dos Juizados Especiais Cíveis, pode-se formular as seguintes conclusões:

- 1) A essência do contraditório é o poder de influência das partes sobre o conteúdo decisório. Reduzir a capacidade de influência dos litigantes leva ao alcance de metas de produtividade judiciária, todavia desumaniza o processo;
- 2) A cooperação entre os sujeitos decorre do contraditório e é pressuposto de existência do processo oral. Fomentar o diálogo afasta a ideia de que o processo é “coisa das partes” e facilita a autocomposição, com impacto sobre a duração dos feitos;
- 3) É ilusória a chance de se obter (justa) autocomposição entre litigantes que possuem graus muito díspares de poder econômico e organizacional. A maneira mais eficaz de assegurar o diálogo isonômico é atribuir responsabilidade pela condução das negociações à defesa técnica;
- 4) Só é possível cogitar em diálogo, portanto, em processo oral, existindo assistência jurídica. O ambiente forense funciona baseado em uma subcultura própria que exclui a pessoa leiga, minando sua capacidade de elaborar uma estratégia processual eficaz;
- 5) Há uma lógica utilitarista por trás da técnica de relativização da defesa técnica no sistema dos Juizados Cíveis: flexibilizou-se uma garantia fundamental sob o pretexto de se expandir o exercício de outra prerrogativa constitucional (acesso à justiça). Isso sem esclarecer que somente é possível obter proteção judiciária efetiva mediante assistência jurídica;
- 6) Financeiramente é mais vantajoso para o poder público “educar” o leigo a fim de que ele litigue em causa própria, inculcando-lhe a ilusão de acesso real à justiça, do que consolidar um sistema universalizado de assistência jurídica integral e gratuita;
- 7) Viabilizar a litigância em causa própria, priorizando a autonomia privada, constitui opção política legítima dos Estados Unidos, adotada na gênese do país. A escolha pelo acesso formal à justiça poderia ser adotada no Brasil, caso existisse disposição expressa na Constituição brasileira em sentido contrário (arts. 133 e 134);
- 8) A eliminação da defesa técnica tem como principal e mais perigosa consequência o estímulo à ingerência e ao excessivo poder do órgão judicial;
- 9) A instalação dos Juizados Cíveis no Brasil, despida de um mecanismo eficaz de assistência jurídica gratuita, afastou precocemente o desejo dos reformistas de aproximar as pessoas pobres do Judiciário;



- 10) O sistema dos Juizados fulminou na origem a possibilidade de concretização de um verdadeiro processo oral, ao relativizar a presença da defesa técnica em primeira instância, momento procedimental adequado para produção probatória. Ao fragilizar a oralidade, o sistema também diminuiu exponencialmente as chances de diálogo entre os sujeitos do processo (através da imediação). O resultado, constatado pelo CNJ, é o baixo índice de acordos em audiência.

## VIII

# **Oralidade no processo civil brasileiro: pontos polêmicos acerca da produção e valoração da prova oral**

*Christiano Alves Monteiro De Castro*<sup>1</sup>

### **Introdução**

A notícia de que um novo Código de Processo Civil seria elaborado trouxe grande expectativa aos operadores e estudiosos do direito. Logo que designada a comissão de juristas responsável pela elaboração do anteprojeto que veio a se tornar o CPC/2015, muito se discutia acerca do modelo de processo que seria adotado como base sobre a qual seria construído o procedimento comum e os procedimentos especiais.

Para surpresa de boa parte da doutrina, no novo *Codex* não foi previsto um procedimento de tramitação sumária, como havia no CPC/73, e se desenhou o novel procedimento comum sobre as linhas que remontam o paradigma do processo escrito. Nessa transição, muitas dúvidas surgiram a respeito da permanência e da importância da oralidade no processo civil brasileiro.

Tomado tal contexto como pano de fundo, hodiernamente a doutrina tem discutido a repercussão da oralidade no transcorrer da fase instrutória do procedimento, momento em que a primazia pela produção da prova oral coloca em destaque o referido princípio.

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito pela FDUFG. Consultor da Assembleia Legislativa de Minas Gerais.

Ocorre que, frequentemente, algumas questões de relevo intimamente ligadas à oralidade são deixadas em segundo plano e, por consequência, não se produzem trabalhos sobre tais aspectos do tema.

Portanto, o presente trabalho buscará apreciar o princípio da oralidade aplicado à produção e valoração da prova oral e como as partes são impactadas no processo. Adiante, a discussão se concentrará em verificar se o processo civil brasileiro garante o exercício do direito da parte de ser ouvida pelo julgador, tal como previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969.

## 1. Oralidade e Processo Oral

O termo “oralidade”, quando aplicado ao processo civil, causa grande dissenso entre os processualistas. Sua fluidez permite que lhe sejam atribuídas várias conotações, possibilidade explorada ao extremo por cada um dos intérpretes que se propõe a retratá-la. Por esta razão, qualquer trabalho que tenha por objeto a oralidade deve, inicialmente, delimitar o sentido e a extensão com que tal expressão será utilizada ao longo do trabalho.

Nessa esteira, recorre-se, com o fito de melhor delinear o objeto do presente estudo, às lições da professora Renata Maia, que explana, com extrema simplicidade e clareza, seu entendimento acerca da oralidade no ambiente do processo civil:

A oralidade não é um princípio que se refira, indiscriminadamente, a todos os atos e fases do processo. A oralidade em si apresenta-se com mais ênfase na fase probatória, em que os atos referentes às provas testemunhais, ao depoimento pessoal e pericial deveriam ser realizados de forma oral.<sup>2</sup>

Do trecho citado, chama-se a atenção para alguns pontos de grande relevo. Em primeiro lugar, a professora expressa a oralidade como um

---

2 MAIA, Renata Christiana Vieira. A efetividade do processo de conhecimento mediante a aplicação do processo oral. 2015. 302 f. Tese (Doutorado em Direito Processual Civil). Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. p. 69.

princípio, do que se extrai a necessidade de entendê-la como uma norma de caráter geral e com alto grau de abstração, desempenhando, no processo civil, funções de natureza normativa, interpretativa e integrativa ou supletiva.

Adiante, a autora aponta a fase processual em que a oralidade ganha intensa notoriedade. Estar-se-á a falar da fase probatória, que se compõe de atos processuais destinados a instruir o processo. É certo que o ordenamento jurídico admite uma variedade enorme de meios de prova tendentes a revelar ou esclarecer determinado fato controverso da lide, mas, dentre todos, não há como negar o protagonismo da prova oral, pois que encarna aspectos subjetivos de grande valia para o julgador, externados por meio do comportamento e dos sentimentos daquele que se põe a produzir tal prova.

A oralidade, portanto, será entendida, no decorrer deste ensaio, como um princípio processual que norteia a fase probatória do procedimento, determinando, quando aplicável, a produção da prova de forma oral.

Por fim, insta, neste momento, fazer alguns alertas: primeiramente, a realização da prova oral, materialização última do princípio da oralidade no processo, não o qualifica, *per si*, como um “processo oral”. A expressão “processo oral”, da forma como comumente trabalhada pela doutrina, designa um modelo de processo informado por um rol específico de princípios que se mantêm interconectados. A esse respeito, utilizamos, uma vez mais, a sempre atual lição de Renata Maia:

O processo oral está sedimentado sobre quatro princípios basilares, numa interconexão insolúvel, a saber: a concentração, a imediatidade, a identidade física do juiz e a livre valoração das provas. Identifica-se o processo oral se esses princípios estiverem presentes no ordenamento processual.<sup>3</sup>

Por sua vez, repita-se, a oralidade representa um dos princípios contidos no paradigma do processo oral que determina, especialmente na fase instrutória, a prática de atos processuais sob a forma oral.

---

3 MAIA, Renata Christiana Vieira. A efetividade do processo de conhecimento mediante a aplicação do processo oral. 2015. 302 f. Tese (Doutorado em Direito Processual Civil). Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. p. 77.

Ademais, no processo oral a escrita é largamente utilizada, seja para formalizar e documentar os atos processuais, seja em razão das provas legais (escritas) que, assim como as provas orais, devem ser livremente valoradas pelo julgador para a formação de seu convencimento.

O processo oral, como o nome sugere, não trata da exclusão da escrita no processo, que exerce função predominante para o seu trâmite, inclusive quanto à sua aplicação. Desse modo, tal como reconhecia Giuseppe Chiovenda, “oralidade e escrita são indispensáveis também no processo oral”. O processo oral necessita da escrita, que tem fator primordial para refrescar a memória do juiz quanto aos atos orais realizados.<sup>4</sup>

Portanto, seguindo as lições de Cappelletti<sup>5</sup>, assim como é nefasto o processo que sustenta seus atos exclusivamente sob a forma escrita (*quod non est in actis, non est in mundo*), também é plenamente repudiável, pelos mesmos motivos (formalismos indesejáveis), um modelo de processo edificado inteiramente sobre atos processuais produzidos (ou reproduzidos) em audiências orais.

## 2. Oralidade e a produção de provas no processo civil brasileiro

A manifestação da parte no processo dar-se-á mediante o emprego das formas escrita e oral, a depender do ato processual que se intenta praticar. Nesse ponto, como já exposto, ainda que se adote o modelo de

---

4 MAIA, Renata Christiana Vieira. A efetividade do processo de conhecimento mediante a aplicação do processo oral. 2015. 302 f. Tese (Doutorado em Direito Processual Civil). Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. p. 74.

5 “Observam-se os gravíssimos inconvenientes de um processo rigidamente inspirado no princípio da escritura, no qual valia a máxima *quod non est in actis non est de hoc mundo*, ou seja, a máxima da inexistência jurídica de todo ato processual que não tivesse assumido a forma escrita – escrituras, documentos, petições – e se afirmava, por isso, da maneira mais radical, a necessidade de se abolir aquele princípio para substituí-lo por outro, totalmente oposto, pelo qual o juiz poderia e deveria apreciar na sua sentença apenas os atos que tivessem sido desenvolvidos na audiência oral de instrução. Todavia, está claro que, com isso, um formalismo vinha-se a substituir um outro, ainda que oposto. Se outrora se entendia como *acta* somente aqueles atos que tivessem assumido a forma escrita, agora válidos e existentes eram considerados apenas os atos orais. Dessa forma, o *quod non est in actis nos est in mundo* não era abolido, mas conservado, com a simples transformação do significado do substantivo: *acta* como atos orais, em lugar de escritos.” (CAPPELLETTI, Mauro. O valor atual do princípio da oralidade. Tradução: Daniel Usárroz. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v. 21, mar./2002, p. 255)

processo oral, a manifestação processual sob a forma escrita tem lugar de destaque.

A partir dessa constatação, Mauro Cappelletti se dedicou a analisar o fenômeno processual dirigindo-se a compreender “qual deveria ser, em um processo não meramente formalista, a relação mais favorável de coexistência entre forma oral e forma escrita dos atos processuais”<sup>6</sup>. Dessa análise, concluiu o ilustre autor italiano que:

a) sobre a **formulação-proposição da demanda**, bem como em relação à formulação dos seus elementos essenciais-constitutivos (*petitum* e conclusões; *causa petendi* e alegações dos fatos constitutivos do direito ou do contradireito exercido em juízo), **não restam dúvidas de que**, na normalidade dos casos, **a forma escrita facilita a precisão, a seriedade, a identificação** (*puntualizzazione*) **da própria demanda**. Esta tese é confirmada por quase todos os ordenamentos processuais modernos, os quais, tendo adotado o princípio da oralidade, todavia prescreveram, como regra geral, a forma escrita da demanda judicial (...).

b) em relação às **argumentações jurídicas** (técnico-jurídicas; interpretação de normas, dos negócios, dos documentos, etc.) **parece não menos duvidoso que**, sem negar a possibilidade de debates orais, **normalmente é muito mais séria e útil a elaboração escrita**, que permite à parte, ao seu defensor e ao próprio juiz, uma serena e mediata elaboração, permitindo um aprofundamento mediante consulta a obras científicas e jurisprudenciais, afastando o risco do emprego superficial da retórica e da improvisação, contra os esquecimentos, contra as perniciosas desigualdades do diverso grau de habilidade e de rapidez das partes contrapostas e dos respectivos defensores (...).

c) [referindo-se a CHIOVENDA] (...) E consciente ele foi também, por consequência, do fato de que **o campo no qual o princípio da oralidade podia e devia mais propriamente operar era justamente o das provas**.<sup>7</sup> (destaques nossos)

Portanto, uma vez estabelecida a relação direta e imediata entre o princípio da oralidade e a atividade probatória, convém elencar, desde já,

---

6 CAPPELLETTI, Mauro. O valor atual do princípio da oralidade. Tradução: Daniel Ustárroz. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v. 21, mar./2002, p. 256.

7 CAPPELLETTI, Mauro. O valor atual do princípio da oralidade. Tradução: Daniel Ustárroz. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v. 21, mar./2002, p. 256-257.

os tipos ou meios de prova expressamente previstos no CPC/15 cuja produção far-se-á precipuamente através do emprego da forma oral.

### **2.1. Depoimento pessoal (art. 385 ao 388) e confissão (art. 389 ao 395)**

Conforme nos ensina a doutrina mais abalizada, o depoimento pessoal em si não é meio de prova. Tal expediente serve a que a parte depoente esclareça sobre fatos pertinentes ao deslinde da causa. Ocorre que o interrogatório a que é submetido o depoente tem o condão de extrair-lhe a confissão, momento em que este admite a verdade de fatos contrários aos seus interesses e favoráveis aos de seu adversário. A confissão, conforme disposição expressa do art. 391 do CPC/15, “faz prova contra o confitente.”

### **2.2. Prova testemunhal (art. 442 ao 463)**

A prova testemunhal é aquela que busca reconstruir o fato a provar por meio de uma representação externada pela narração da testemunha. Em outras palavras, a prova testemunhal expõe o ponto de vista do declarante acerca do fato controvertido que se busca provar.

Trata-se de prova oral por excelência, já que, em regra, “as testemunhas depõem na audiência de instrução e julgamento, perante o juiz da causa” (art. 453), devendo, preferencialmente, “ser ouvidas na sede do juízo” (art. 449), onde responderão as perguntas formuladas diretamente pelas partes e pelo juiz (art. 459, caput e §1º).

### **2.3. Prova pericial (art. 464 ao 480)**

Não obstante tal meio de prova materializar-se através da escrita, dando origem ao laudo pericial, o CPC/15 prevê que, havendo necessidade de esclarecimentos adicionais, a parte poderá requerer ao juiz que intime o perito a comparecer à audiência de instrução e julgamento, formulando, para tanto, as perguntas que lhe serão feitas, sob a forma de quesitos (art.

477, § 3º). Neste caso, não restam dúvidas de que as respostas proferidas oralmente pelo perito em audiência passam a compor o conjunto probatório constituído pela prova pericial.

#### **2.4. Prova técnica simplificada (art. 464, § 2º a 4º)**

Dispõe o CPC/15 que, a requerimento das partes, o juiz poderá substituir a perícia pela produção de prova técnica simplificada, quando o ponto controvertido for de menor complexidade (art. 464, § 2º). Tal prova consiste na inquirição de um especialista, pelo juiz, sobre o ponto controvertido da causa que demande especial conhecimento científico ou técnico (art. 464, § 3º).

### **3. O fim prova tarifada e a (in)existência de prevalência da prova escrita sobre a prova oral**

Há muito, os modernos sistemas processuais superaram as previsões típicas dos períodos primitivo e medieval que impunham valor legal aos diversos meios de prova de que se valiam os litigantes para demonstrar a veracidade de suas alegações.

Em tal sistemática, denominada “prova legal” ou “prova tarifada”, a ordem jurídica criava uma verdadeira hierarquia entre as provas produzidas nos autos, de modo que o juiz, em uma típica operação matemática, ficava adstrito à prova de maior valor, não sendo livre para julgar a partir da consideração de todo o conjunto probatório então produzido.

A abolição da prova tarifada ocorreu expressamente no CPC/1939 em razão da incorporação dos princípios consecutórios do processo oral naquela codificação, sobretudo do princípio da livre valoração das provas, senão vejamos:

CPC 1939. Art. 118. Na apreciação da prova, **o juiz formará livremente o seu convencimento**, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pela parte. Mas, quando a lei considerar determinada



forma como da substância do ato, o juiz não lhe admitirá a prova por outro meio.

Parágrafo único. O juiz indicará na sentença ou despacho os fatos e circunstâncias que motivaram o seu convencimento.

O CPC/1973 reafirmou o princípio da livre valoração da prova<sup>8</sup>, enquanto a nova codificação, editada em 2015, fez reduzir sensivelmente o conteúdo do referido princípio, atrelando-o às provas constantes dos autos, do que se constata uma clara intenção do legislador de limitar o âmbito de atuação do magistrado no que concerne à apreciação e valoração da prova.<sup>9</sup>

Não obstante a celeuma doutrinária acerca da permanência ou não do princípio da livre valoração da prova no processo civil brasileiro, fato é que, independente da conclusão a que se chegue, não é legítimo inferir o automático retorno da sistemática de prova tarifada ao ordenamento jurídico pátrio a partir da derrocada do princípio em tela.

O juiz formará o seu convencimento a partir da análise de todo o conjunto probatório constante dos autos, do que deverá, expressamente, motivar as razões que o levaram a decidir em um dado sentido. Não se está a falar, portanto, de certa prevalência preestabelecida de um determinado tipo de prova sobre os demais, salvo em hipóteses específicas prevista em lei.

Contrapondo-se à conclusão acima exposta, há doutrinadores que vislumbram certa preponderância da prova escrita quando confrontada à prova oral, do que se poderia aventar a existência de certa “tarifação” entre ambas. Para esta corrente, tal preferência da prova documental (escrita) está ligada à adoção do modelo de processo escrito. Por essa razão, a “ausência de hierarquia entre provas” no processo civil brasileiro não seria verdadeira, pois se prefere, ainda que subjetivamente, a prova escrita.

---

8 CPC 1973. Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na decisão, os motivos que lhe formaram o convencimento.

9 CPC 2015. Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.

Cite-se, a exemplo, a lição do professor Darci Guimarães Ribeiro que, tomando a redação do art. 400, I, do CPC/73, correspondente ao art. 443, I, do CPC/15, assevera que:

O que se constata é que, em consequência do predomínio da prova legal, pelos critérios até agora apontados, a prova oral possui um valor reduzido de simples declaração. (...) Pode-se afirmar, com toda a certeza, baseado na nossa tradição, a *civil law*, que, objetivamente falando (critério objetivo da prova), não há uma hierarquia entre provas. Por esse motivo, o juiz, segundo o art. 131 do CPC [1973] ‘apreciará livremente a prova’; nada parece ser mais verdadeiro, mas, na realidade, não o é (...) a própria lei, art. 400, I, do CPC [1973], a doutrina e a jurisprudência entendem que não cabe prova testemunhal para fato comprovado por documento, mas a recíproca não é verdadeira. A questão é resolvida com uma simples pergunta: que tipo de prova seria preferível apresentar em juízo, uma prova documental ou uma prova testemunhal? Duvido que, em sã consciência, alguém preferisse apresentar, no nosso sistema, uma prova testemunhal ao invés de uma documental. Isso nos leva a concluir que há, subjetivamente falando (critério subjetivo da prova), uma hierarquia subjetiva entre as provas, na qual a prova legal goza de uma preferência no momento da apreciação.<sup>10</sup>

A prática forense nos conduz, em um primeiro momento, a aceitar, sem muita resistência, a colocação do ilustre processualista, mas uma análise serena e focada do texto legal afasta as conclusões a que chegou o autor.

Em primeiro lugar, a regra do inciso I do art. 440 do CPC/73 (correspondente ao inciso I do art. 443 do CPC/15) dispensa a prova oral testemunhal nas hipóteses em que o fato controverso restar provado por meio de prova documental, o que não diminui o valor da prova oral, mas, tão somente, aponta um cenário em que esta se torna dispensável, dando-se relevo ao princípio da economia processual. Ademais, há causas em que a prática nos apresenta situações diametralmente opostas àquela apresentada pelo autor, em que à prova oral é conferido maior destaque em comparação com a prova escrita, a exemplo de algumas ações na seara do direito de família.

---

10 RIBEIRO, Darci Guimarães. Audiência preliminar e oralidade. Revista dos Tribunais, vol. 759, jan./1999, p. 771.

Portanto, embora compreensível o raciocínio desenvolvido por RIBEIRO, não se concorda com a afirmativa que sustenta a existência de certa superioridade ou preferência, ainda que analisado o aspecto subjetivo da prova, entre a escrita e a oral. O intérprete que parte desta preconcepção quando da valoração dos diversos tipos de provas contidos nos autos, fora das hipóteses legalmente previstas, está a contrariar a sistemática estabelecida pelo próprio CPC/15, que não preestabelece, a priori, qualquer hierarquia ou prevalência entre os meios de prova.

#### **4. O direito da parte de ser ouvida pelo julgador e o declínio da oralidade no processo civil brasileiro**

O moderno direito processual, informado pelas garantias constitucionais que se inserem no modelo do justo processo, especialmente o direito ao contraditório pleno e efetivo – como meio de participar e influir na decisão do julgador – e à ampla defesa – permitindo à parte que produza as provas legalmente admitidas de que necessita para sustentar o seu direito –, contempla, muito mais que o direito a manifestar-se no processo, **o direito da parte de ser ouvida pelo juiz**, tomada a acepção literal da palavra “ouvir”<sup>11</sup>.

A professora Renata Maia expressa muito bem o conteúdo do direito que assiste à parte de ser ouvida pelo julgador, anotando que:

O sentido etimológico da palavra ouvir não é o mesmo que manifestar-se por escrito. Ouvir é escutar os sons pelo sentido do ouvido. E, portanto, quando se diz que as partes têm o direito de serem ouvidas, deve ser tido como oportunidade de falar, para que o juiz possa, por meio da palavra, escutá-las, e só se fala e se ouve, em audiência.<sup>12</sup>

---

11 “A nova leitura do princípio do contraditório, inerente ao devido processo legal, reconhece o seu caráter dialógico. O conhecimento dos fatos pode ser obtido através da oralidade, do ouvir e do escutar, que se dá em audiência.”(MAIA, Renata Christiana Vieira. A efetividade do processo de conhecimento mediante a aplicação do processo oral. 2015. 302 f. Tese (Doutorado em Direito Processual Civil). Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. p. 110).

12 MAIA, Renata Christiana Vieira. A efetividade do processo de conhecimento mediante a aplicação do processo oral. 2015. 302 f. Tese (Doutorado em Direito Processual Civil). Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. p. 108

Ademais, tal direito tem como sustentáculo as convenções internacionais que versam sobre direitos humanos<sup>13</sup>, citando-se, pela pertinência, o que dispõe a Convenção Americana de Direitos Humanos, incorporada ao sistema jurídico brasileiro após a edição do Decreto Presidencial n.º 678, de 1992:

Pacto de San José da Costa Rica – 1969. Artigo 8º – Garantias Judiciais: I – Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um Juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de carácter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer natureza.

O Código Modelo Ibero-americano de Processo Civil, assentado sobre os princípios norteadores do processo oral, salienta o direito de ser manifestar oralmente perante o juiz, ao asseverar que *“ese proceso oral es el de hablar y oír (audire-audiencia), que constituyen los modos naturales y concurrentes de desenvolvimiento”*.

No que concerne ao exercício do direito da parte de ser ouvida em juízo, uma questão que não se desvenda de plano diz respeito à forma e ao momento em que tal direito pode ser exercido no decurso da marcha processual.

Analisado o processo civil brasileiro, no que é idêntico a diversos sistemas processuais de Estados ocidentais de tradição romano-germânica, vislumbra-se que, a princípio, é dado à parte manifestar-se pessoalmente em juízo unicamente por meio de depoimento pessoal, expediente que transcorre durante a fase instrutória do feito.

Tal cenário nos apresenta uma grave contradição no sistema processual pátrio. É que dizer que à parte assiste determinado direito, significa

---

13 “As convenções internacionais não dizem que as partes têm direito de se manifestar; o verbo conjugado tanto na cláusula 8.1 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, quanto no artigo 10º da Declaração Universal dos Direitos Humanos e ainda no artigo 14.1 do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos, bem como o do artigo 6.1 do Convênio Europeu para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais é que toda pessoa tem o direito de ‘ser ouvida’.” (MAIA, Renata Christiana Vieira. A efetividade do processo de conhecimento mediante a aplicação do processo oral. 2015. 302 f. Tese (Doutorado em Direito Processual Civil). Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. p. 109)

colocá-la em situação processual de vantagem frente ao outro litigante. Ocorre que, caso preste depoimento em juízo, suas palavras somente serão capazes de gerar provas que lhe sejam desfavoráveis, configurando o instituto da confissão.

Na verdade, a doutrina, neste ponto, é uníssona em afirmar que o depoimento pessoal não constitui um direito da parte, mas sim um dever. Primeiro, porque a parte não pode requerer que seja tomado seu próprio depoimento em audiência; segundo, porque, uma vez requerido seu depoimento pela parte contrária ou mesmo *ex officio* pelo juiz, recusar-se a depor ou se manter em silêncio poderá acarretar à parte a imposição de pena de confissão (ficta); e, por fim, porque a doutrina majoritária<sup>14</sup> <sup>15</sup>, bem como a jurisprudência<sup>16</sup>, entendem que o depoimento pessoal não é apto a constituir prova em benefício do depoente, mas somente em seu desfavor.

Cappelletti, contrário ao entendimento que veda o aproveitamento do depoimento pessoal em favor da parte depoente, afirmava que:

(...) apenas ordenamentos jurídicos históricos e outros vigentes – mas que se encontravam na contramão dos progressos operados pelas reformas processuais – possuíam uma regulamentação legal que envolvia, em regra:  
a) a apriorística exclusão de toda a eficácia probatória da *pro se declaratio* da parte (em regra, salvo se “b”);

---

14 “Quanto ao depoimento pessoal, Mauro Cappelletti teve a oportunidade de demonstrar que os sistemas processuais da família do civil law sacrificam, pelo risco da suspeição, a prova mais apta a revelar a verdade ao juiz, o depoimento pessoal das partes, cuja eficácia fica restrita às declarações que lhes são desfavoráveis. (...) No CPC/73, o depoimento pessoal não perdeu ainda o seu caráter meramente negativo de instrumento de confissão, a exigir urgente reformulação para harmonizá-lo com as garantias fundamentais do processo, especialmente com as do contraditório e da ampla defesa.” (GRECO, Leonardo. A prova no processo civil: do Código de 1973 ao novo Código Civil. Revista Forense, vol. 374, 2004, p. 195-195)

15 “Uma coisa, porém, é certa: o depoimento pessoal, quando útil, destina-se a criar prova para o adversário do depoente, nunca para a própria parte que o presta. A razão é óbvia: ninguém produz, com suas próprias palavras, prova para si mesmo.” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Vol. I. 57ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 947)

16 EMENTA (...) No plano do direito probatório, o depoimento pessoal dos litigantes, segundo os princípios, nada prova a favor do depoente, senão contra. VOTO (...) No plano do direito probatório, o depoimento pessoal, se realizado, segundo os princípios, nada prova a favor do depoente, senão contra. Assim, pois, se o juiz dispensou o depoimento pessoal do recorrente, não o prejudicou, e, menos ainda, negou vigência ao previsto no art. 470 do Código de Processo Civil. (STF. Segunda Turma. RE 82.378/RJ. Relator Min. Firmino Paz. Data do Julgamento: 13.10.1981)

- b) a eficácia probatória vinculante da *pro se declaratio* jurada da parte (juramento como prova legal, admissível nos estreitos limites postos pela lei).
- c) a eficácia probatória vinculante da *contra se declaratio* (confissão) da parte;
- d) absurdas normas de valoração em respeito ao testemunho de terceiros [*testis unus testis nullus*; diferente valoração para o testemunho de homens e mulheres, ricos e pobres, etc.]<sup>17</sup>

Destarte, o autor italiano enxergava como retrógradas e ultrapassadas as disposições legais de um dado ordenamento jurídico que obstavam, aprioristicamente, a valoração do depoimento pessoal em benefício da parte depoente.

Neste sentido, registre-se a posição minoritária sustentada atualmente, dentre outros, pelo professor Fredie Didier Jr., para quem:

A princípio, a parte não pode requerer o seu próprio depoimento, tampouco pode o magistrado permitir que o seu advogado lhe faça perguntas, caso o seu depoimento seja requerido pela parte adversária. **As declarações de uma parte, contudo, podem servir como meio de prova em seu favor**, na medida em que reforcem a convicção do julgador.<sup>18</sup> [destaque nosso]

Há, ainda, no processo civil brasileiro, outra hipótese em que a parte pode ser intimada a se apresentar diante do magistrado para prestar-lhe esclarecimentos sobre fatos controvertidos da causa, ocasião em que seu depoimento não estará sujeito à pena de confesso. A doutrina, para diferenciar tal ato processual em relação ao depoimento pessoal, denomina-o “interrogatório livre”, cuja regulamentação está encartada no inciso VIII do art. 139 do CPC/2015.

Ainda que o referido interrogatório enseje o contato direto e imediato entre a parte interrogada e o julgador, materializado nos autos a partir da comunicação oral, seria forçoso estabelecer qualquer relação entre este ato processual e o direito da parte de ser ouvida, por razões análogas àquelas apontadas quando da abordagem do instituto do depoimento pessoal.

---

17 CAPPELLETTI, Mauro. O valor atual do princípio da oralidade. Tradução: Daniel Ustárroz. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v. 21, mar./2002, p. 258.

18 DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Vol. II. 13ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 176.

O interrogatório livre é uma prerrogativa do magistrado, inserto no texto do CPC/2015 especificamente no capítulo que elenca os poderes do juiz e, portanto, não se há falar, no caso, em exercido livre de um direito, pois que a parte não tem a faculdade de se apresentar ao magistrado para “ser ouvida” sobre determinado fato pertinente à causa, assim como suas palavras, tomadas em interrogatório, não têm o condão de colocar-lhe em situação de vantagem processual frente ao seu adversário, já que não se constituem em prova *pro se declaratio*.

Portanto, o direito da parte de ser ouvida pelo julgador, corolário do princípio do contraditório, apesar de expressamente previsto pela Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), ratificada pelo Brasil, parece ter sido esquecido pelo legislador quando da elaboração do CPC/15, já que seu exercício parece não ser regulado pela lei processual.

E não se há falar que tal direito constitui simples alusão ao modelo de processo oral, que privilegia a realização de atos processuais em audiência, sob pena de se esvaziar o conteúdo do próprio princípio.

É que durante o depoimento pessoal ou o interrogatório livre, a parte não tem liberdade para falar, estando adstrita aos questionamentos formulados pelo juiz ou pela parte adversária e, exceto no contexto desses dois atos processuais, as vezes que se fazem escutar em audiência são as dos advogados, o que, por óbvio, não representa adequadamente o exercício do direito ora retratado.

Toda essa reflexão acerca do direito das partes de serem ouvidas pelo juiz tem desdobramentos diretos na apreensão do modelo de processo oral. Isto porque, como assevera a doutrina, tal paradigma processual se edifica sob uma base comum formada por alguns princípios específicos<sup>19</sup>, incluído, dentre eles, o princípio da imediatidade. Por este princípio, o juiz deve se colocar em contato imediato com a prova, sobretudo com a prova oral, que, preferencialmente, deve ser produzida na presença do juiz da causa.

---

<sup>19</sup> Vide nota n. 2.

Tomado o entendimento doutrinário e jurisprudencial majoritário que refuta a produção da prova *pro se declaratio*, o depoimento pessoal e o próprio interrogatório livre, sendo os únicos momentos em que o litigante fala diretamente ao juiz, se tornam extremamente nefastos aos interesses da parte inquirida, já que, invariavelmente, não se há de colher qualquer situação processual vantajosa a partir da realização destes atos. Quando muito, se extrairá provas em desfavor do depoente.

O raciocínio ora externado nos conduz a uma verdadeira contradição: o modelo de processo oral, tido como o mais justo exatamente por proporcionar aos litigantes um contato direto e imediato com o julgador e deste com as provas, não dispõe de instrumentos que acarretem à própria parte qualquer proveito decorrente dessa comunicação estabelecida diretamente com o magistrado, sendo lógico concluir, observado o cenário atual, que a melhor estratégia processual envolve, por certo, evitar o contato da parte com o juiz. Prova disso é que, em regra, nenhum advogado deseja que seu cliente seja interrogado no decurso da marcha processual.

Esta blindagem que pretende, para o bem da parte, afastá-la da prática de qualquer ato oral<sup>20</sup> no processo perpassa outra interessante circunstância que se soma aos argumentos já elencados e culminam no afastamento da oralidade no processo civil brasileiro. Estar-se-á a falar dos aspectos subjetivos da parte depoente, tema esse retratado com maestria na obra do professor José Carlos Barbosa Moreira:

A imediação serve à comunicação; mas somente sob condições favoráveis lhe servirá bem. Seria desejável, nas pessoas que se encontram na audiência, uma sólida aptidão para expressar seus pensamentos e para compreender a expressão dos pensamentos alheios. O encontro deveria se realizar em um ambiente tranquilo e agradável, propício ao nascimento e ao desenvolvimento de uma relação de confiança recíproca. Pelo menos no Brasil, a realidade cotidiana não tem muito em comum com essa imagem de fábula.(...) A parte e a testemunha, por sua vez, nem sempre sabem se expressar bem ou, ainda quando o sabem, se deixam perturbar pelas formalidades judiciais que lhes pareçam estranhas; as

---

20 Neste ponto, faz-se referência ao depoimento pessoal, regulado pelo art. 385 e seguintes do CPC/2015, e ao interrogatório livre, previsto pelo art. 139, VIII, CPC/2015.



perturba, assim, a presença de pessoas que não conhecem [na audiência], ou que prefeririam não ter que encarar... Não surpreende que os resultados [das audiências] sejam muitas vezes inferiores aos esperados.<sup>21</sup> [tradução livre]

Destarte, parece não haver dúvidas de que as características pessoais da parte depoente, sobretudo as que impactam diretamente em sua capacidade de se comunicar, como o grau de escolaridade, a habilidade com as palavras, clareza e segurança, o nível de entendimento acerca do direito e dos fatos controvertidos a que se busca provar, podem alterar o resultado justo da decisão judicial.

Nessa esteira, a parte menos instruída está muito mais vulnerável e propensa a cair em armadilhas processuais preparadas pela parte contrária, ou mesmo, diante da falta de habilidade em se expressar oralmente, pode prestar declaração em juízo que lhe seja demasiadamente desfavorável, ainda que sua intenção não fosse realizar qualquer tipo de confissão. Por outro lado, a parte mais instruída tem mais chance de omitir fatos e de simular situações para convencer o juiz a respeito do seu ponto de vista dos fatos.

Portanto, apesar dos apelos da doutrina em favor do resgate da oralidade no processo civil brasileiro, sobretudo em razão dos benefícios que tal paradigma acarreta, o cerne desse modelo processual, ou seja, o ato oral e a mediação entre partes e julgador, é tema que gera polêmica.

Embora seja sensivelmente mais célere se comparado ao modelo de processo escrito, o processo oral, que concentra seus atos em audiências, pressupõe maior participação dos litigantes em contato direto com o magistrado, mas o que a prática forense tem nos mostrado é que a melhor estratégia processual não inclui franquear à parte liberdade e autonomia para se posicionar pessoalmente perante o juiz. Tal exposição, em consonância com a argumentação pregressa, é considerada pela grande maioria dos advogados como extremamente perniciososa aos interesses de seus representados, pois, se não traz benefícios diretos, enseja grandes riscos.

---

21 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Problemas de la intermediación en el proceso civil*. Revista de Processo, v. 34, abr./1984, p. 192.

Talvez por essa razão, durante o longo processo de elaboração e aprovação do novo CPC, não se ergueram vozes para conferir efetividade ao direito da parte de ser ouvida em juízo e o processo oral, dependente da imediação, tenha perdido força e sucumbido ante a prevalência do modelo de processo escrito sustentado pelo CPC/2015.

### **Considerações finais**

A oralidade é tema que causa grande celeuma no processo civil brasileiro, sobretudo após a vigência do CPC/2015. Se antes da publicação do novo *Codex* havia grande expectativa de que o paradigma do processo oral seria o escolhido para balizar o procedimento comum, viu-se, contudo, que o legislador estabeleceu a prevalência de um modelo processual eminentemente escrito e relegou a oralidade a princípio norteador da prática de atos processuais realizados pela forma oral quando necessários à instrução da causa.

Ocorre que essa subvalorização da oralidade causa reflexos nefastos ao processo, atingindo a diversos direitos proclamados pelo ordenamento jurídico pátrio, como o direito da parte de ser ouvida em juízo, corolário do princípio do contraditório. Mas, afastando-se do viés acadêmico que permeia toda essa discussão e enfocando a prática forense, o que se percebe é uma tendência de afastar a parte do magistrado, pois, considerado o vigente código processual, não se vislumbra maiores benefícios à parte depoente advindos da imediação que envolve a realização da prova oral.

Por essa razão, além da sucumbência do modelo de processo oral, vislumbra-se, hodiernamente, o declínio da própria oralidade no processo civil. Aquela lúdica imagem da parte que, em busca de justiça, se põe em contato direto com o julgador tem cedido espaço à seleção da melhor estratégia processual traçada pelo patrono da causa, a qual prescinde, no mais das vezes, da realização de qualquer ato oral pessoal por parte do litigante.

No final das contas, uma constante é certa: o direito se afasta cada dia mais de seus destinatários diretos para se tornar um objeto cujo manuseio cabe apenas aos seus operadores e, em meio a esse processo, o indivíduo que sofre qualquer tipo de lesão a direito seu posta-se silente frente a uma justiça sem rosto.

## IX

# O processo oral, a justiça restaurativa e a Comunidade Europeia

*Hilda Maria Porto de Paula Teixeira da Costa*<sup>1</sup>

### 1 Introdução

Por princípio da oralidade se entende a valorização da prova oral produzida pelas partes, que deverá ser levada em consideração para o julgamento do processo pelo próprio juiz que acompanhou sua produção, sendo a decisão proferida de forma imediata, com a devida publicidade.

Para GOUVEIA, “o princípio da oralidade, como modo de viabilizar uma maior efetividade na prestação da tutela jurisdicional”<sup>2</sup>, proporciona um verdadeiro acesso à justiça. Abrange vários outros princípios como: identidade física do juiz, imediação, concentração e irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias.

Segundo demonstra MAIA, o princípio da oralidade foi incorporado de forma pioneira, no séc. XX, no Código de Processo alemão (ZPO) de 1877 e no Código de Processo austríaco (ZPO austríaco) de 1895, passando a preponderar sobre a escrita no processo<sup>3</sup>.

Afirma a autora, Franz Klein é quem influenciou o código austríaco para que fosse incorporado esse princípio e, também, a legislação de vários

---

<sup>1</sup> Desembargadora do Tribunal de Justiça Minas Gerais. Doutoranda em Direito Processual Civil pela UFMG.

<sup>2</sup> GOUVEIA, Rachel Boerbon de Oliveira. *A aplicação do princípio da oralidade no Processo Civil Brasileiro e Alemão*. Anais do II Congresso Civil Internacional. Vitória, 2017, p. 78.

<sup>3</sup> MAIA, Renata Christiana Vieira. *A Efetividade Do Processo De Conhecimento Mediante a Aplicação do Processo Oral*, Tese doutorado Direito Processual Civil (Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais). Belo Horizonte, 2015, p. 145.

outros países europeus. Para Klein o processo é visto como uma tarefa social do Estado. A ideia é que incumbiria ao juiz e não às partes a condução do processo, uma vez que como aplicador da lei, para dirimir os conflitos, deve revisitar os fatos ocorridos antes de proferir sua decisão. É do juiz a responsabilidade pela simplicidade do processo, sua velocidade e sua economia.

O código austríaco, de forma vanguardista, passou a adotar um novo processo mais democrático e moderno, com a incorporação dos princípios da oralidade, imediatidade, publicidade, livre apreciação das provas e concentração dos atos. Dessa forma, o juiz deixa de ser passivo para ser um colaborador ativo.

MAIA menciona que o ZPO austríaco, embora tenha sido objeto de várias reformas pontuais, continua em vigor. As reformas foram, inicialmente, para modificarem a forma de julgamento em primeiro grau, ampliando os casos que poderiam ser julgados por juiz singular, mas todas visavam agilizar, simplificar e baratear os custos do processo, mantendo as ideias de seu idealizador<sup>4</sup>.

É importante mencionar que, desde a reforma de 1973, as atas e sentenças poderiam ser lavradas por meio acústicos, como fitas, de modo a manter sua literalidade.

O ZPO austríaco tem como base o processo oral, não sendo obrigatória a sessão inicial, mas se realizada, objetiva por as partes para conversarem e resolverem as provas a serem produzidas, podendo o juiz buscar, de ofício, uma solução consensual para o processo. O Juiz que participa dessa primeira sessão não necessita ser o que vai julgar o feito.

Realizada a audiência nela será produzida toda a prova necessária. Não se admitindo recurso separado das decisões proferidas em audiência, pois o objetivo é agilizar o feito e formar o livre convencimento do Magistrado.

Na Áustria, quase todos os feitos são julgados em um ano, apenas 20% não o são, o que demonstra a efetividade do uso da oralidade.

---

<sup>4</sup> MAIA, Renata Christiana Vieira. *A Efetividade Do Processo De Conhecimento Mediante a Aplicação do Processo Oral*, Tese doutorado Direito Processual Civil (Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais). Belo Horizonte, 2015, p. 149.

## 2 Desenvolvimento

### 2.1 Na Alemanha

O ZPO alemão é anterior ao austríaco e também se encontra sedimentado na oralidade, na imediatidade e na concentração, além da publicidade. Embora, tenha sofrido várias reformas, continuou a manter sua estrutura inicial.

No processo alemão, a audiência é única, mesmo perante os tribunais colegiados, sendo a reforma maior a que ocorreu em 1976, que entrou em vigor em 1977, procurando diminuir a sobrecarga dos tribunais e simplificando mais o processo, uma vez que o princípio da oralidade tinha sido desvirtuado pelo tempo.

Em 1990, veio nova reforma, permitindo que algumas demandas passassem a ser escritas, mas como não obteve o resultado pretendido, nova reforma adveio em 1993, modificando as regras quanto aos valores de alçada e de acesso aos tribunais do Estado. Entretanto, mesmo assim, não foi alcançado o resultado pretendido, de modo que os reformistas passaram a defender os meios alternativos de resolução de conflitos, com caráter prévio e obrigatório, além de fortalecerem a primeira instância e desestimularem os recursos.

A grande reforma foi implantada em 2002, conforme menciona MAIA, com o reforço do juízo conciliatório, a intensificação dos deveres do juiz e das partes, com aumento do poder inquisitivo do juiz, modificação radical da estrutura de julgamento da primeira instância recursiva, dentre outras<sup>5</sup>.

Contudo, a base do ordenamento processual alemão, que é o processo oral, continuou a ser adotado, assim como os princípios que lhe são

---

<sup>5</sup> MAIA, Renata Christiana Vieira. *A Efetividade Do Processo De Conhecimento Mediante a Aplicação do Processo Oral*, Tese doutorado Direito Processual Civil (Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais). Belo Horizonte, 2015, p. 157.

correlatos, como imediação, concentração e publicidade dos atos, reafirmando o poder do juiz para simplificar o procedimento e incentivar os meios alternativos de resolução de conflitos.

O juiz tem um papel importante, visto que é adotado o contraditório dialógico, pelo qual o juiz só poderá proferir uma decisão após ouvir as partes, exceto em relação aos custos<sup>6</sup>. As partes podem abrir mão da sessão prévia, mas tem que haver ao menos uma audiência para a decisão ser proferida. O tempo entre uma e outra não pode ser demorado e deve ser sempre estimulada a resolução consensual entre as partes. O juiz pode entabular com as partes um diálogo cortês, discutindo as circunstâncias do conflito, para compreender o estado da disputa, fazendo perguntas quando sentir necessidade, auxiliando as partes com relação a melhor prova a ser realizada em certos e determinados casos.

É obrigatório o comparecimento pessoal das partes, ou de seus procuradores com poderes para transigirem. Se as partes morarem longe, podem ser ouvidas por videoconferência no momento da audiência. O juiz pode alertar as partes de deficiências na sua defesa e alegações. A função do advogado, na audiência, se limita a esclarecer ou indicar um ponto ou outro para as partes, que podem falar diretamente nas audiências, colaborando para a construção da solução. O juiz tem um papel ativo, pautando sempre pelo diálogo.

É observado o princípio da concentração, imediação dos atos, e identidade física do juiz, sendo que o juiz que preside os atos processuais é quem deve proferir a decisão, tanto que os atos a serem proferidos em outra comarca devem ser transmitidos por videoconferência ao juiz da causa. A sentença deve ser proferida, em regra, na audiência, de forma oral, devendo o juiz demonstrar os motivos de seu convencimento, de acordo com a prova produzida.

---

<sup>6</sup> MAIA, Renata Christiana Vieira. *A Efetividade Do Processo De Conhecimento Mediante a Aplicação do Processo Oral*, Tese doutorado Direito Processual Civil (Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais). Belo Horizonte, 2015, p. 160-161.

O Código Alemão dá a devida sustentação ao processo oral e é exemplo de processo efetivo não por ser célere, mas pela qualidade de suas decisões e os números mostram que 80% das demandas são resolvidas na primeira audiência de conciliação<sup>7</sup>.

## 2.2 Na Espanha

Pela lei de processo anterior da Espanha vigia a predominância do processo escrito, que foi superada pela nova *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 2000, que alterou de forma profunda a estrutura procedimental existente, para obterem maior efetividade da tutela jurisdicional. A nova lei traz o processo oral de forma completa, com todos seus princípios: concentração, unicidade dos atos, a imediação e a publicidade.

Só o juiz, que participou da audiência na qual as provas foram produzidas, pode proferir decisão, sob pena de nulidade dos atos decisórios proferidos.

Há dois tipos de procedimento, o ordinário e o verbal, sendo que o primeiro deve ser aplicado residualmente, o que não for do juízo verbal é de sua **competência**.

No juízo ordinário a matéria é mais complexa e de maior valor.

Há a previsão de apenas uma audiência no juízo verbal e duas no ordinário. As alegações iniciais devem ser escritas, contudo, em ambos os procedimentos.

Designada a audiência, as partes devem comparecer pessoalmente, ou enviar procuradores com poderes para transigir.

A primeira audiência é para tentar uma composição amigável das partes, sendo a prova produzida na segunda, no juízo ordinário.

O juiz pode alegar e discutir com as partes os obstáculos processuais existentes na primeira audiência, para que possam ser superados, sendo

---

<sup>7</sup> MAIA, Renata Christiana Vieira. *A Efetividade Do Processo De Conhecimento Mediante a Aplicação do Processo Oral*, Tese doutorado Direito Processual Civil (Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais). Belo Horizonte, 2015, p. 164.



facultado às partes apresentarem alegações complementares em vista das que foram expostas pela parte contrária, podendo fazer pedido complementar, desde que a parte contrária concorde com isso.

As partes podem impugnar os documentos apresentados pela outra parte e requerer prova, podendo o juiz fixar os pontos controvertidos, dando oportunidade às partes para fazerem um acordo em relação a estes. O juiz pode advertir as partes sobre a insuficiência da prova, dando oportunidade para complementá-la. De modo que, sendo necessário poderá ser designada nova audiência. Realizada a prova, é facultada a apresentação de alegações orais pelas partes e após é prolatada a sentença oral imediatamente ou em 20 dias.

As audiências no processo espanhol são documentadas por gravação e reprodução de som e imagem.

### **2.3 Na Itália**

O Código *di Procedura Civile* de 1942 não adotou integralmente os princípios da oralidade, concentração e mediação e teve dificuldade de se adaptar a realidade do país. Em 1987, a Itália foi condenada pela Corte Europeia de Direitos Humanos pela demora na tramitação de seus feitos, de modo que passou a procurar minimizar essa situação com novas reformas que colocavam o processo de conhecimento mais próximo do processo do trabalho, eliminando o julgamento por órgão colegiado para ser julgado por juiz singular. Mas, o fato de não ter sido ampliado o número de juízes singulares, fez com que o processo continuasse a ser demorado.

Com isso vieram novas reformas incorporando o princípio oral e o justo processo, para que o processo tivesse uma duração razoável, acabando-se com a necessidade de duas audiências, para que os tempos mortos e as atividades supérfluas do processo fossem eliminados.

As dificuldades para o processo oral na Itália com o código de 1942 não partiu apenas da legislação, mas decorreu, também, do fato dos

advogados e juízes não quererem se preparar para a audiência a ser realizada, de modo que não seria possível o diálogo pretendido entre as partes e o juiz, como ocorre na Alemanha. Havendo muita desconfiança, além do fato de que o ensino jurídico não estimulava essa prática, diante das formalidades e excessos da burocracia.

Cabe ao juiz de paz julgar as causas de pequeno valor, não superior a cinco mil euros, relativas a bens móveis ou casos considerados mais simples pela legislação.

Os atos praticados perante o juiz de paz são concentrados em uma audiência que deve ser única, mas pode existir outra, se houver necessidade, sendo proferidas alegações orais e sentença em audiência.

O juiz italiano fica entre o juiz espanhol e o alemão, pois a legislação adotada o princípio dispositivo ou inquisitivo atenuado, podendo livremente interrogar as partes, de ofício inspecionar pessoas e coisas, e propor conciliação entre as partes.

## **2.4 Processo oral como marco de passagem do Estado liberal para o Estado Social**

Analisando esses procedimentos, fica claro que houve uma modificação no processo civil, retrato da transformação ocorrida com a mudança de paradigma do Estado Liberal para o Estado Social, com mudança do papel do juiz e das partes envolvidas nos conflitos existentes.

O processo deixou de ser um direito privado das partes, que detinham os poderes de livremente dele dispor, podendo definir seu início e fim, para ter um caráter público, que ultrapassa as questões individuais discutidas.

O Código de Processo Francês, extremamente liberal, disseminou essa ideologia, influenciando o código italiano de 1865, e o ZPO alemão de 1877, que previa um procedimento oral e público, baseado no livre convencimento do juiz e dos princípios da imediação e da concentração.

Foi o ZPO austríaco, obra de Klein, que modificou essa situação, simplificando o procedimento, passando o processo a ser visto como um direito público, no qual o juiz, desempenhando uma função estatal, tem a obrigação de dizer o direito a ser aplicado para as partes, através da sentença, em um prazo razoável de tempo.

Portanto, o papel do juiz se modificou, passando a ser o condutor do processo, tendo função de auxiliar a parte menos favorecida, de modo a manter a isonomia entre os litigantes, evitando que haja manobras protelatórias.

Essa mudança foi decorrente da necessidade de se reconhecer o mal social advindo da demora na solução dos litígios, que pode afetar toda a sociedade, adotando o princípio da oralidade e da imediação como forma de obter a justiça material pretendida.

ABREU (2014, p.09) salienta que: “Nessa mescla de princípios estruturantes o formalismo processual passa a visar aos fins do processo.”.

São essas novas ideias que propagadas em outros ordenamentos jurídicos, contribuíram para a estruturação de um processo mais democrático com um novo paradigma de tutela de direitos, permitindo um processo mais participativo, marcado pelo diálogo entre as partes.

Segundo menciona CALMON os elementos da oralidade são<sup>8</sup>:

- 1) Política Pública de resolução de conflitos com ênfase na autocomposição;
- 2) Concentração dos atos processuais;
- 3) Contraditório como diálogo cooperativo entre os sujeitos do processo;
- 4) Imediação como o contato direto do juiz com as partes e com as provas;
- 5) Participação efetiva do juiz na colheita da prova na busca da verdade;
- 6) Informalidade; e
- 7) Plena condução do processo pelo juiz de primeiro grau – impossibilidade prática de recurso contra decisões processuais.

Existem várias formas de resolução de conflitos de forma autocompositiva, dentre elas, a Justiça Restaurativa, na qual a oralidade é essencial

---

<sup>8</sup> CALMON, Petrônio. *O modelo oral de processo no século XXI*. Revista de Processo. v. 178. p.47-75. dez/2009, p. 4.

no seu procedimento, para que se possa chegar a um consenso entre as partes, sendo analisado de forma sucinta como tem sido o uso dessa ferramenta em vários países da Comunidade Europeia, na busca de uma maior pacificação social.

## 2.5 Justiça Restaurativa

Por Justiça Restaurativa se entende o método de resolução de conflitos, que procura obter uma solução com a participação dos envolvidos, vítima e ofensor, bem como de suas famílias e demais envolvidos no fato delituoso praticado, além de representantes da comunidade, onde se deu o fato e que tenham sido atingidos de forma direta ou indireta por ele.

O procedimento pode se desenvolver através de várias formas, como: mediação vítima e ofensor, círculos de paz, ou círculos de sentenciamento. Entretanto, em todas as formas, prepondera o princípio da oralidade, por objetivar que os próprios envolvidos encontrem a solução mais adequada ao fato ocorrido, através do diálogo respeitoso que não será reproduzido, nem encaminhado de forma escrita para o juiz competente. Para seu desenvolvimento é necessária a responsabilização de quem cometeu o ato delituoso e deve haver a voluntariedade das partes em participar desse procedimento.

Na comunidade europeia, prepondera a adoção da mediação vítima e ofensor, que pode ocorrer antes da propositura da ação penal ou após a denúncia do fato delituoso praticado e da pena imposta pelo ordenamento jurídico.

A Comunidade Europeia, através de várias resoluções do Conselho da Europa, tem incentivado os Estados-membros a adotarem formas mais adequadas de resolução de conflitos penais que os afetam.

Para tanto, publicou a Recomendação R (83) 7 orientando a participação do público na elaboração e aplicação das políticas criminais, que tendem a prevenir a criminalidade e facilitar a indenização e a reparação à vítima, como forma de substituição da pena privativa de liberdade.

A Recomendação R (85) 11 sugere que as decisões da justiça devem ser tomadas considerando a reparação do dano sofrido pela vítima e o esforço feito pelo autor do delito neste sentido.

A Recomendação R (87)18 aconselha aos governos a aplicação dos princípios de não criminalização e de intervenção mínima, objetivando a simplificação da justiça penal.

A Recomendação R (99) 19, que tem especial importância, por definir o uso da Justiça Restaurativa, incentivando que os Estados-membros recorram, cada vez mais, à mediação, como opção flexível e alternativa no procedimento penal tradicional, permitindo a participação da vítima, do delinquente e de todos aqueles que foram afetados pelo fato ocorrido, facultando um resultado mais construtivo.

É importante mencionar que as primeiras experiências com o uso de mediação na justiça penal ocorreu no Canadá, nos Estados Unidos e, em seguida, em 1977, na Inglaterra, em programas dirigidos a jovens e adultos. Em 1980, aconteceram as primeiras experiências na Alemanha, Áustria e na Holanda, e, em 1990, na Espanha.

Segundo menciona FROSTAD e SHEARING<sup>9</sup>, na Alemanha, as técnicas de Justiça Restaurativa mencionadas no Congresso da Associação Alemã de Assistência na Prova, em 1983, originou o Grupo de Trabalho Conciliação Autor-Vítima, que, em 1986, passou a organizar reuniões para estabelecer um plano de ação em relação à mediação entre vítima e ofensor. Em 1985, iniciou-se o *Täter-Opfer-Ausgleich* (Conciliação Vítima-Ofensor) na cidade de Braunschweig e, após, vários outros serviços que abordavam essa sistemática. Mas, foi apenas em 1990, que houve uma alteração legislativa para permitir os efeitos jurídicos-penais da prática da Justiça Restaurativa, com a edição da Lei de Reforma da Lei dos Tribunais de Jovens e a Lei para o descongestionamento da Administração da Justiça. Em 1992, criou-se o *TOA-Servicebüro* (que passou a cuidar das práticas

---

<sup>9</sup> FROUSTAD, Jan; SHEARING, Clifford. O Modelo Zwelethemba de Revolução de Conflitos. In: SLAKMON, C.; DE VITTO, R.; PINTO, R. (Orgs.). *Justiça restaurativa*. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o desenvolvimento. p. 79-124. 2005, p. 88.

conciliatórias) e ocorreram o XIX Congresso Alemão de Tribunais de Jovens e o LV Congresso Alemão de Juristas, que incentivaram a propagação das práticas restaurativas. Contudo, as iniciativas ainda são poucas, uma vez que o ordenamento jurídico desses países adota o princípio da legalidade, o que dificulta a possibilidade de as partes envolvidas num conflito terem autonomia para estabelecer a forma de reparação do dano causado, por meio de um acordo estabelecido entre a vítima e o ofensor.

Na Espanha, segundo ensina NERY, existe a previsão de se conceder ao acusado alguns benefícios jurídicos se ele repara o dano causado à vítima, como ser beneficiário de uma atenuante genérica prevista no art. 21.5; ter alguma atenuantes específicas reguladas nos tipos penais da parte especial do Código Penal; ou substituição de pena privativa de liberdade<sup>10</sup>.

Este último benefício só é concedido se a pena de prisão não exceder a um ano ou, excepcionalmente, até dois, por pena de arresto de fim de semana, que nada mais é do que uma pena imposta de forma substitutiva a pena privativa de liberdade de cura duração, ou multa.

NERY enfatiza, inclusive, que existem vários dispositivos do Código Penal espanhol que permitem a mediação entre as partes para se obter a reparação, favorecendo a reabilitação do infrator, ou a obtenção de vários benefícios, como suspensão da pena, liberdade condicional ou indulto, além de ser possível a retratação da representação, nos crimes que são condicionados essa condição de procedibilidade<sup>11</sup>.

Na Itália, segundo ensina SHIGEMATSU<sup>12</sup>, o art. 112 da Constituição impõe a obrigação do Ministério Público de processar quem comete qualquer delito, dispositivo que obsta o crescimento da mediação penal, mas, desde 1990, encontramos projetos de mediação penal, tendo sido criado,

---

<sup>10</sup> NERY, Déa Carla Pereira. *Justiça Restaurativa. Direito Penal do Inimigo versus Direito Penal do Cidadão*. Ed. Juruá. Curitiba. 2014, p. 162.

<sup>11</sup> NERY, Déa Carla Pereira. *Justiça Restaurativa. Direito Penal do Inimigo versus Direito Penal do Cidadão*. Ed. Juruá. Curitiba. 2014, p. 163.

<sup>12</sup> SHIGEMATSU, Leticia Achilles. *Justiça Restaurativa: uma remodelação da Justiça Criminal*, 2014. Disponível em: <<https://leticiaachilles.jusbrasil.com.br/artigos/317088159/justica-restaurativa-uma-remodelacao-de-justica-criminal>>. Acesso em 07.12.2018. In: SLAKMON, C.; DE VITTO, R.; PINTO, R. (Orgs.). *Justiça restaurativa*. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o desenvolvimento. 2005.

em 1996 o chamado “Ufficio per la Mediazionedi Milano”, um escritório de mediação localizado em Milão e idealizado por juristas, psicólogos com o apoio do Tribunal de Menores e outras instituições responsáveis pela justiça juvenil. Para isso é necessária a responsabilização do menor e o consentimento de seus responsáveis. Realizada a mediação, seu resultado poderá ser discricionariamente considerado ou não pelo Magistrado, podendo, inclusive, arquivar o processo penal.

Na Bélgica, o uso da Justiça Restaurativa é bem sucedido, principalmente na Comunidade Flamenca, cidade de Leuven, como cita ACHUTTI<sup>13</sup>, onde as primeiras iniciativas ocorreram no final da década de 1980, na justiça juvenil. Mas, seu desenvolvimento foi mais atuante na justiça criminal, permitindo, a partir de 1991, o uso da mediação penal, da mediação para reparação e da mediação na fase policial. Dessa forma, foi alterada a lei existente, primeiro em 1994 e após em 2005, permitindo sua utilização em todas as etapas processuais, seja na fase policial, como alternativa ao processo pelo Ministério Público, seja paralela ao processo, ou após a sentença. Com esse procedimento, objetivou-se dar uma resposta rápida para os delitos leves, aumentando a confiança da população no sistema judiciário e aumentando o apoio às vítimas desses delitos.

Na justiça juvenil, seu desenvolvimento ocorreu de forma mais ativa, a partir de 1999, em todos os seus distritos judiciais, com adoção de três modelos: mediação vítima-ofensor, serviço comunitário e programas de treinamento. Tais modelos eram aplicados por ONGs locais. A partir de 2006, com a alteração da Lei Juvenil de 1965, instituindo que os juízes devem dar preferência pelas alternativas restaurativas de solução de conflitos e os promotores devem considerar a uso da mediação antes de encaminhar o caso ao Judiciário, o uso da mediação e das conferências restaurativas se fortaleceu.

---

<sup>13</sup> ACHUTTI, Daniel. Justiça Restaurativa E Abolicionismo Penal – contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. Saraiva. 2ª edição. p.197-214, 2016, p. 201.

Portugal, seguindo a experiência belga e a Recomendação R (99) do Conselho Europeu, conforme menciona BRANDALISE<sup>14</sup>, procurando soluções alternativas ao processo criminal, dado o aumento da pequena criminalidade e a dificuldade do Estado de fornecer uma resposta adequada ao problema, estabeleceu a Lei n. 21/07. Por esta lei, permitiu-se a mediação penal de adultos em casos de procedimentos que dependam de queixa ou de acusação particular, após a investigação policial, principalmente quando versem sobre crimes contra as pessoas ou contra o patrimônio. Veda-se, no entanto, sua utilização quando a pena for superior a 5(cinco) anos; o crime praticado seja contra a liberdade ou autodeterminação sexual; o crime for de peculato, corrupção ou tráfico de influência; o ofendido for menor de 16 anos; ou se for aplicável o procedimento sumário ou sumaríssimo.

A vítima pode requerer a mediação, mas o Ministério Público pode opor-se ao seu requerimento quando entender que o crime praticado não está enquadrado dentre aqueles que permitem a mediação, ou, se entender que não há elementos suficientes da autoria do fato em si, ou uma causa de extinção da investigação.

O acordo pode ser livremente convencionado entre os envolvidos, mas não pode incluir sanções privativas de liberdade, ofender a dignidade do arguido e ser superior a seis meses. Se o acordo não for aceito pelo ofendido ou não se obtiver acordo, haverá o prosseguimento da ação penal.

Havendo concurso de crimes ou de pessoas, é possível o desmembramento para que seja procedida a mediação penal em relação ao que a permite.

No direito português, há a particularidade de que o Ministério Público pode se responsável pela finalização do processo criminal e não o juiz, por ser o detentor da ação penal.

Todas essas experiências de Justiça Restaurativas pressupõe a voluntariedade dos envolvidos, a confidencialidade do que for dito, o diálogo

---

<sup>14</sup> BRANDALISE, Rodrigo da Silva. Algumas Observações Sobre A Justiça Restaurativa Na Europa e a Mediação Penal de Adultos Portuguesa. Revista do Ministério Público do RS. n. 78. p. 15-33. set./dez. 2015, p. 22-23.



respeitoso e a escuta ativa, para que haja a reparação do fato delituoso e a restauração das relações existentes.

O mediador deve ter formação própria e, como terceiro, tem como objetivo ajudar as partes a encontrarem a solução adequada para o conflito existente.

### **3 Considerações finais**

O princípio da oralidade, que se iniciou na Áustria em 1895, disseminou para vários ordenamentos jurídicos, alguns o adotando de forma mais preponderante como a Espanha e outros de forma mais amena, como a Itália.

Entretanto, a oralidade permite uma resolução mais eficiente das demandas submetidas a apreciação do Poder Judiciário, por impor uma imediação e publicidade na prolação da sentença, que deve ser proferida pelo juiz que teve a oportunidade de colher as provas em audiência.

Dessa forma, os países que adotam esse princípio conseguem ter menor congestionamento processual e maior satisfação dos jurisdicionados, que, por terem a oportunidade de estarem com o juiz, se sentem mais confortados com a sentença proferida, uma vez que sabem que esta foi prolatada por quem teve a oportunidade de ouvir as testemunhas e analisar as provas produzidas.

A adoção do princípio da oralidade exige do juiz uma posição mais ativa e é fruto da mudança da concepção do processo como direito individual das partes, para uma concepção de que o processo deve ser público e alcançar o objetivo social de ajudar a pacificar os conflitos. Mudança que tornou mais democrático o processo judicial, modificando até a forma de se ver a sentença, que é proferida após a participação dos envolvidos na demanda posta.

O princípio da oralidade incentiva as formas autocompositivas de resolução de demandas, dentre elas, a Justiça Restaurativa que traz a oralidade na essência de seu procedimento, independentemente da técnica

aplicada: mediação vítima ofensor; círculos de paz ou círculos de sentenciamento.

A União Europeia tem incentivado o uso da Justiça Restaurativa para resolver os conflitos penais existentes, por entender que permitir a participação dos envolvidos, vítima e ofensor, e da comunidade afetada pelo fato, enseja uma solução mais democrática do conflito, fruto do entendimento dos envolvidos e não do poder estatal.

Essa prática é adotada em delitos de pequeno potencial ofensivo, para a obtenção de uma solução mais imediata e adequada à situação existente, considerando que mais importante do que punir é restaurar relações e permitir a continuidade da vida em comunidade.

Dessa forma, a própria comunidade, havendo a responsabilização do ofensor, escolhe a reparação a ser feita, alcançado o objetivo social do processo, que é alcançar maior pacificação social.

Na sociedade atual, só através de procedimentos orais, seja no processo civil ou no penal, que permitam a manifestação das partes, com a construção da resolução a ser adotada, se poderá obter decisões que sejam mais facilmente cumpridas e que, realmente, disseminem a cultura de paz.

## X

# Princípio da imediação: possibilidades do processo oral e estrutural

*Ismael Fernando Poli Villas Boas Júnior*<sup>1</sup>

### 1 O Processo Oral

Existem alguns temas que, volta e meia, retornam à baila na literatura processualista. Um deles é o processo oral. De fato, trata-se de vetusta discussão aquela que controverte as qualidades dessa espécie de processo, em detrimento às outras, embora não tenham essas últimas recebido nomenclatura própria.

Um dos equívocos mais frequentemente verificado nessas discussões é considerar que o processo oral se coloca como antagonista da utilização da escrita no procedimento judicial. Isso porque o processo oral não se resume à oralidade, embora encontre nessa um dos seus princípios mais caros. Como se verá adiante, esse modelo de processo<sup>2</sup>, entendido por alguns como mera técnica processual<sup>3</sup>, exige, para sua configuração em pureza conceitual, a presença de outros princípios conjugados.

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG. Pós-graduando em Direito Penal pela Damásio Educacional. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG. Assistente Administrativo no Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Membro associado do Instituto de Direito Processual - IDPro.

<sup>2</sup> MAIA, Renata Christiana Vieira. *A efetividade do processo de conhecimento mediante a aplicação do processo oral*. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG. Belo Horizonte, 2015, p. 18.

<sup>3</sup> IURA, Alexandre Miura. *Oralidade e escrita no processo civil*. Dissertação (Mestrado em Direito) Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP, São Paulo, 2013. p.65; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. V. I. São Paulo: Malheiros, 2003, p.197.

Sobre esse suposto antagonismo inconciliável entre oralidade e escrita, Taruffo identifica dois mitos correntes: o primeiro, de que a oralidade seria um valor ótimo básico e uma espécie de panaceia para todos os problemas do processo civil; o segundo, de que a escrita seria essencialmente perversa e responsável pela maioria dos problemas do processo civil.<sup>4</sup>

Na verdade, o princípio da oralidade não implica a completa negativa da função da escrita no processo, pois não se trata de “um princípio que se refira, indiscriminadamente, a todos os atos e fases do processo”, mas “apresenta-se com mais ênfase na fase probatória, em que os atos referentes às provas testemunhais, ao depoimento pessoal e pericial, deveriam ser realizados de forma oral”<sup>5</sup>. Assim, em razão desse especial âmbito de aplicação do princípio da oralidade, prestigiá-lo não enseja, então, expulsar a escrita do procedimento, conquanto se lhe reconheça importantes funções, como a de facilitar a exposição de questões complexas e argumentos jurídicos com maior completude, permitindo a análise detida e refletida das alegações, notadamente na fase postulatória.

Dessa feita, se o processo oral não é a mera negativa da escrita, tampouco se resume ao princípio da oralidade, cumpre esclarecer aquilo que ele é. Reporta-se, pois, ao conceito trazido por um de seus mais dedicados defensores:

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

---

<sup>4</sup> TARUFFO, Michele. *Oralidad y escritura como factores de eficiencia en el proceso civil*. Universitat de València. Versão abreviada. Disponível em: <https://www.uv.es/coloquio/coloquio/ponencias/8oratar2.pdf>; acesso em 17/11/2018.

<sup>5</sup> MAIA, Renata Christiana Vieira. *Op. Cit.* p. 69.

que todos os atos processuais se efetivem com a colaboração das partes (princípio da publicidade).<sup>6</sup>

Percebe-se, então, que o processo oral é aquele em que observado um conjunto de princípios inter-relacionados, quais sejam, imediação, identidade física do juiz, concentração, livre convencimento e publicidade.

No presente trabalho, interessa especialmente o princípio da imediação, essência do processo oral.<sup>7</sup>

## 1.2 O princípio da imediação

Imediato é o contato direto, sem intermediação, entre dois objetos, entre dois sujeitos ou entre um sujeito e um objeto. No processo civil, o princípio da imediação orienta a necessidade da “contemporânea e contínua relação comunicacional entre juiz, partes e provas (pessoais), a fim de que o julgador possa conhecer pessoal e diretamente as alegações das partes e o acervo probatório do processo, desde a sua iniciação”.<sup>8</sup>

O princípio da imediação prega, portanto, que o contato entre o juiz e as partes deva ser direto, dispensando intermediação. Disso decorre a existência de dois aspectos inerentes à imediação, um subjetivo e outro objetivo: a imediação subjetiva ou formal foca na circunstância de o juiz conhecer diretamente a prova, tendo como princípio corolário o da identidade física do juiz ou imutabilidade do juízo, que deverá ser o mesmo a instruir e sentenciar; já a imediação objetiva ou material recomenda a preferência do uso de provas diretas dos fatos para formação do convencimento e da motivação da decisão, o que, por sua vez, pressupõe o princípio do livre convencimento.<sup>9</sup>

---

<sup>6</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, Campinas: Bookseller, 4ª ed., 2009, p. 177-178. *Apud* MAIA, Renata Christiana Vieira. *Op. Cit.* p.73.

<sup>7</sup> MAIA, Renata Christiana Vieira. *Op. Cit.* p. 86.

<sup>8</sup> GOMES, Decio Luiz Alonso. *Imediação processual penal: definição do conceito, incidência e reflexos no direito brasileiro*. Tese (doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2013, p.31.

<sup>9</sup> *Idem.* p. 43.

Sobre a importância da mediação, Barbosa Moreira afirma que, no Direito Brasileiro, as provas devem sempre se produzirem ante o juiz, sendo que nada pode substituí-lo, nem se lhe outorga a faculdade de delegar sua competência, porque a exigência de mediação exclui essa possibilidade.<sup>10</sup>

Entretanto, como o mesmo autor admite, várias circunstâncias práticas acabam por mitigar a fiel aplicação da mediação, como, por exemplo, o falecimento, a remoção ou a promoção do juiz que procedeu à instrução, bem como a necessária atuação do advogado ou a subida dos autos em grau recursal. É verdade que, em primeira instância, os atos instrutórios podem, via de regra, ser repetidos. Da mesma forma, a gravação das audiências e depoimentos pode servir para que o tribunal tome contato com a prova produzida. Entretanto, ainda assim é forçoso admitir que a mediação sofre corriqueira mitigação na prática jurídica.

Nada obstante isso, permanece inalterada a importância da mediação, porque essa advém não apenas do mero respeito a normas processuais cogentes, mas especialmente por se tratar de “uma opção técnica de maior idoneidade ao pleno acerto dos fatos controversos”.<sup>11</sup>

Deveras, a oralidade e a mediação nos atos processuais não são um fim em si mesmas: são um meio de proporcionar às partes e ao órgão judicial a possibilidade de uma colaboração mais simples, mais segura – e, por fim, mais frutífera – na tarefa de esclarecer os fatos que integrarão a motivação da sentença.<sup>12</sup> Isso porque a produção de provas como a testemunhal, o depoimento pessoal e o interrogatório livre das partes, com observância da oralidade e mediação, resulta numa cognição mais completa, permitindo ao juiz acesso a elementos inerentes à fala e ao

---

<sup>10</sup> “en el derecho brasileño, las pruebas deben siempre producirse ante el juez. Nadie puede reemplazarlo, ni se le otorga a facultad de delegar su competencia. La exigencia de intermediación excluye esa posibilidad”. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Problemas de la intermediación en el proceso civil. In Temas de derecho procesual civil: tercera série*. São Paulo: Saraiva, 1984, p.58.

<sup>11</sup> GOMES, Decio Luiz Alonso. *Op. Cit.* p.02.

<sup>12</sup> “la oralidade en los actos procesales no es un fin en si misma: es ele medio de proporcionar a las partes y al órgano judicial la posibilidad de una colaboración más sencilla, más segura – y por ende más fructuosa – en la tarea de clarificar los hechos que han de integrar la motivación de la sentencia. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Op. Cit.* p.58.

comportamento dos indivíduos que conferem maior ou menor credibilidade à narrativa fática apresentada.

Veja-se o que assevera Mauro Cappelletti sobre esses elementos, os quais denomina ‘provas indiretas’:

Ora, ninguém duvida dos perigos - da inexatidão, da incompletude, da distorção, quiçá inconsciente, quando não culposa ou dolosa, da realidade - ínsitos a este meio de prova [prova testemunhal]. [...] Por outro lado, há de se ter em mente que seria fruto de uma deplorável simplificação da análise considerar o testemunho como uma mera declaração-narração representativa. Em realidade, dita declaração acompanha a toda uma série de atos, de comportamentos, de dados, em suma, os quais, ainda que não propriamente representativos do fato a provar, são, porém, susceptíveis de valer como ‘provas indiretas’, ou seja, como indícios da veracidade da testemunha e da verdade do fato narrado por ele narrado: trata-se do modo como a testemunha narra os fatos, da subjetiva credibilidade do narrador, da objetiva verossimilhança do fato narrado etc. Esses indícios, já analisados por FRANCESCO MARIO PAGANO, na Itália, e, após, por J. BENTHAM, na Inglaterra, e mais tarde por J.W. PLANCK, na Alemanha, tem muitas vezes uma tal eficácia de convencimento que deles se descurar significaria fechar os olhos para a verdade.<sup>13</sup>

Da existência de tais “provas indiretas”, presentes e aproveitáveis somente na realização de provas orais e com observância da imediação, resultaria a vantagem desse modelo de produção probatória, em detrimento do modelo escrito e mediato, que não os aproveita ou valoriza.<sup>14</sup>

O modelo de produção de provas e, por conseguinte, de cognição oral e imediata seria preferível por não “estar fundamentado em apriorismos escolásticos nem em simples abstrações, mas sobre a análise fenomenológica e experimental da realidade, tal como essa se manifesta à observação” e implicar “uma renovada confiança no homem, e, assim, naquilo que aqui

<sup>13</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Valor atual do princípio da oralidade*. In Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, v. 21, fls.255/261, 2002, p.59.

<sup>14</sup> “Mas é claro que todos ou quase todos esses indícios terminam necessariamente por não serem valorizados no sistema da escritura, no qual o juiz que sentença não tem, por um lado, contato com as testemunhas e com as partes, não podendo, por outro, produzir e valorizar os importantes indícios que acompanham a narração da testemunha”. *Idem*. p.260.

particularmente nos interessa, no homem-juiz, nas suas capacidades de objetiva observação e de análise serena e imparcial dos dados observados”.<sup>15</sup>

Dessa forma, a imediação não apenas representaria opção técnica de maior idoneidade, como afirmado alhures, mas permitiria a humanização do processo, pois, “quando o processo se realiza pela forma escrita, não há qualquer contato do juiz com as partes” e “os escritos, as alegações e os arrazoados são letras mortas, não falam por si, não guardam as angústias, as expressões, os gestos e as atitudes”.<sup>16</sup> Prosseguindo no raciocínio, Maia afirma:

Além do mais, a imediação possibilita que a justiça se torne mais humana, por aproximar o juiz dos jurisdicionados, para que ambos se conheçam, possam falar e serem ouvidos, e juntos encontrarem a melhor solução para o conflito, ou, se assim não for, o de poderem exercer a devida influencia no convencimento do juiz, e participarem em simétrica paridade da construção do provimento final.<sup>17</sup>

De fato, seria de todo desejável que o exercício da jurisdição se desse, tal como o de qualquer outra função estatal, da forma mais próxima e humana possível, nunca assumindo feições autorreferenciais e herméticas, pois os poderes do Estado emanam do povo e em seu favor devem ser praticados. Assim, se a imediação contribui para esse objetivo de legitimação do sistema de justiça, por si só já seria adequado adotar-lhe na prática forense.

### 1.3 A eficiência do processo oral e da imediação

A doutrina não é uníssona ao tratar da eficiência e essencialidade do processo oral e, em especial da imediação, ao processo civil.

---

<sup>15</sup> *Idem*.

<sup>16</sup> MAIA, Renata Christiana Vieira. *Op. Cit.* p.140.

<sup>17</sup> *Idem*. p. 89.



Maia, partindo das premissas de Bentham, afirma os critérios utilizados para se definir a eficiência no processo: “1º retidão das decisões; 2º celeridade; 3º economia; e 4º isenção de obstáculos supérfluos”.<sup>18</sup> Com isso, conclui que o processo oral seria eficiente por apresentar, entre outras, as características de ser célere, humano, dinâmico, simplificado, dialógico, menos formal, realizado em contraditório dinâmico e participativo, permitindo que as partes conheçam o juiz que irá julgar sua demanda e, com isso, fortalecendo a confiança na justiça.<sup>19</sup>

Ao mesmo tempo, a autora reconhece a existência de desvantagens do processo oral, que encontram causa em dificuldades operacionais e pragmáticas na estrutura do Poder Judiciário e na formação dos operadores do Direito:

As desvantagens do processo se esbarram na estrutura, na máquina administrativa com um todo, uma vez que para sua implantação será necessária a ampliação dos quadros do judiciário, com mais vagas para juízes com efetiva capacitação, como também será necessária a mudança de cultura das universidades e da Ordem dos Advogados do Brasil, para capacitar altamente os advogados, habilitando-os para o processo oral.<sup>20</sup>

Em igual sentido, mas com foco na qualidade da cognição, Gomes principia por asseverar que a imediação não é uma condição para o conhecimento humano, pois esse seria possível independentemente da ausência de intermediação do contato entre o sujeito e o objeto a ser conhecido:

Neste sentido, a imediação não é uma condição para o conhecimento humano: tanto conhece aquele que o faz por um método que lhe proporciona uma percepção imediata do acontecimento a julgar, como quem recebe indiretamente de outro o relato do acontecimento ou percepção, ou quem o faz por

---

<sup>18</sup> BENTHAM, Jeremy. *Tratado de las Pruebas Judiciales*. Tradução de Don José Gomez de Castro. Madri: Imprensa de Don Gomes Jordan, 1835, p. 15. *Apud*. MAIA, Renata Christiana Vieira. *Op. Cit.* p.228.

<sup>19</sup> MAIA, Renata Christiana Vieira. *Op. Cit.* 237.

<sup>20</sup> *Idem*.

interposição de signos ou rastros que não representam o próprio acontecimento a conhecer, qualquer que seja a bondade ou do rastro em relação à verdade.<sup>21</sup>

A imediação estaria relacionada, então, “à eficácia da prova no processo e, assim, à efetividade dos procedimentos judiciais, pois supõe a exclusão de toda intermediação artificial e inútil entre o juiz e a prova”.<sup>22</sup> Por isso, esse princípio não seria constitutivo do processo ou elemento essencial à sua validade, mas “teria natureza verdadeiramente instrumental, constituindo um meio que facilita a consecução de um fim: a formação mais adequada do juízo, a essência da função jurisdicional”.<sup>23 24</sup>

Taruffo, por sua vez, propôs-se a analisar se a oralidade seria mais eficiente para o processo civil do que a escrita. Para tanto, utilizou-se de dois arquétipos de processo: o primeiro seria referente à pura resolução de conflitos, enquanto o segundo estaria relacionado uma resolução de conflitos mediante decisões justas.<sup>25</sup> Com isso, tem-se que as exigências de eficiência de um e de outro seriam diferentes. O primeiro arquétipo, de uma pura resolução de controvérsias, demandaria uma solução célere e econômica. Já o segundo exigiria, para além disso, uma decisão fundamentada sobre a apresentação adequada, completa e justa de todos os aspectos jurídicos das alegações das partes, assim como uma resolução certa, completa e verdadeira sobre os fatos, baseada no exame justo das provas.<sup>26</sup>

A partir desse raciocínio, e após tecer considerações sobre as vantagens e desvantagens de cada modelo, seja o escrito ou oral, o autor conclui não ser possível afirmar que um modelo é mais eficiente que o outro, mas que cada um pode ser mais eficiente para uns propósitos e não para

---

<sup>21</sup> GOMES, Decio Luiz Alonso. *Op. Cit.* p. 12.

<sup>22</sup> *Idem.* p. 18

<sup>23</sup> *Idem.* p. 34.

<sup>24</sup> Nesse sentido, lembre-se que Barbosa Moreira defende o mesmo, como já visto anteriormente, ao afirmar que a oralidade é um meio de proporcionar às partes e ao órgão judicial a possibilidade de uma colaboração mais simples, mais segura – e, por fim, mais frutífera – na tarefa de esclarecer os fatos que integrarão a motivação da sentença. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Op. Cit.* p. 58.

<sup>25</sup> TARUFFO, Michele. *Op. Cit.* p. 02.

<sup>26</sup> *Idem.* p. 03.

outros.<sup>27</sup> Disso resulta que “o problema primordial parece ser o de adaptar o processo às necessidades de cada causa”.<sup>28</sup>

Por outro lado, Iura discute se a oralidade e a imediação teriam algum valor intrínseco e abstrato, independente de sua adequação ao processo, afirmando que seriam, em verdade, técnica processual tendente à lhe conferir eficiência.<sup>29</sup>

Por todo o exposto, pode-se concluir que o processo oral não configura elemento constitutivo ou essencial à validade do processo, tampouco possui valor intrínseco ou fim em si mesmo. Representa, sobretudo, uma técnica processual tendente a lhe garantir eficiência, isto é, um instrumento vinculado à uma finalidade. Já o princípio da imediação, pedra de toque do processo oral, significa um estado ideal de coisas<sup>30</sup> a ser buscado pelo operador do Direito, justamente porque, embora não seja uma condição para a cognição judicial, confere-lhe maior eficácia, notadamente no que tange à prova oral, contribuindo para a formação de uma decisão justa e para a humanização do processo.

## 2 O processo estrutural

O início dos estudos sobre processos estruturais remonta ao julgamento histórico da Suprema Corte norte-americana no caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, em 1954. Na ocasião, foi declarado que a segregação racial nas escolas do Estados Unidos feria a sua Constituição e, com isso, determinou-se a sua imediata cessação. O cumprimento da decisão, porém, perdurou até meados da década de sessenta, diante da complexidade das circunstâncias envolvidas<sup>31</sup>, exigindo a prolação de

---

<sup>27</sup> *Idem.* p. 13

<sup>28</sup> *Idem.* p. 14.

<sup>29</sup> IURA, Alexandre Miura. *Op. Cit.* p.65.

<sup>30</sup> Veja-se o conceito de princípio jurídico trazido por Humberto Ávila: ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 16ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2015.

<sup>31</sup> Registra-se que o fim da segregação racial nas escolas não significou apenas admitir a matrícula de alunos negros em escolas para brancos, mas demandou a reformulação do currículo escolar, para incluir matérias relativas à

sucessivas decisões com a finalidade de dar eficácia à determinação original, incluindo a formulação de políticas públicas pelo Poder Judiciário.<sup>32</sup>

No âmbito doutrinário, o clássico artigo de Chayes<sup>33</sup> inaugurou o debate sobre a existência de um novo modelo / tipo de processo civil, desenvolvido a partir de 1875, em face do crescimento da regulação legislativa e intervenção estatal nos arranjos sociais e econômicos, bem como em razão da necessidade de questionar o caráter lógico e dedutivo da jurisdição, por causa de suas consequências políticas. Ele elencou as características do que chamou de modelo tradicional de processo civil e as comparou com as características dos chamados litígios de direito público (*Public Law Litigation*)<sup>34</sup>, para concluir que casos como o de *Brown v. Board of Education* eram representativos deste último.

Foi Fiss<sup>35</sup>, porém, que denominou o novo modelo processual de processo estrutural, em oposição ao modelo clássico, que chamou de solução de controvérsias. O autor afirma que o primeiro se dá quando o judiciário altera a estrutura e organização de burocracias da Administração ao dar

---

história das comunidades afrodescendentes nos EUA, o treinamento de professores, o planejamento de linhas de ônibus escolares que passassem pelos bairros negros em direção às escolas, etc.

<sup>32</sup> Para um histórico do caso, veja-se o estudo de Mariela Puga: PUGA, Mariela. *La litis estructural en el caso Brown v. Board of Education*. In *Processos estruturais*. ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Felix (Org.). Salvador: Editora Juspodium, 2017.

<sup>33</sup> CHAYES, Abram. *The role of the judge in the public law litigation*. In GRINOVER, A.P.; WATANABE, K; COSTA, S.H. *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: JusPodivm, 2017, p.31/69. Publicação original em *Harvard Law Review*, volume 89/1976, p.1281/1316.

<sup>34</sup> Para o autor, o Processo Civil Tradicional seria: a) bipolar, em que se teria dois interesses unitários e opostos; b) retrospectivo, pois voltado à verificação de fatos ocorridos e suas consequências jurídicas; c) interdependente com o direito material, na medida em que o remédio processual derivaria do escopo da violação ao direito substantivo; d) limitado em alcance, pois os comandos judiciais atingiriam apenas as partes; e) iniciado e controlado pelas partes, que detêm a iniciativa de delimitar os fatos, produzir as provas e formular os pedidos e questões a serem decididas pelo juiz.

Já os Litígios de Direito Público teriam como características: a) o escopo da ação não é dado exogenamente, mas fixado pelas cortes e pelas partes; b) a estrutura de partes não é rigidamente bilateral, mas dispersa e amorfa; c) a inquirição de fatos não é histórica e adjudicativa, mas preditiva e legislativa; d) o remédio judicial não é uma compensação pela violação do direito, mas é prospectivo, flexível e aberto; e) o remédio não é imposto, mas negociado; f) a sentença não encerra o envolvimento judicial no assunto, mas requer a contínua participação da corte para administrar sua execução; g) o juiz não é passivo, mas se envolve na avaliação de fatos e na delimitação do litígio; h) o objeto litigioso não é uma matéria privada entre particulares, mas uma disputa sobre a operação de políticas públicas.

<sup>35</sup> Veja-se: FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. São Paulo: RT, 2004, p. 25/104; *As formas de justiça*. In GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Suzana Henriques. *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: JusPodivm, 2017, p.119/174; *To make the Constitution a living truth: four lectures on the structural injunction*. In ARENHART, Sergio; JOBIM, Marco Felix (Org.). *Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 583/607.

concretude aos valores constitucionais abstratos, como se verificou no caso *Brown v. Board of Education*. Aliás, para Fiss, a função primeira da atividade jurisdicional seria exatamente “conferir significado concreto e aplicação aos valores constitucionais”, sendo que a eliminação de controvérsias entre as partes seria mera consequência do exercício dessa função.<sup>36</sup>

No Brasil, Grinover fala da existência dos conflitos de interesse público ou estratégicos como sendo aqueles “que se destinam à implementação de direitos fundamentais coletivos, implicando colocar em debate a atuação de grandes instituições ou serviços públicos”. Essa categoria de litígios deve ser diferenciada não somente dos conflitos privados, mas também do restante dos litígios coletivos, pois o diálogo processual ali estabelecido teria natureza “institucional, envolvendo outros ‘poderes’ estatais”.<sup>37</sup>

Como se vê, a conceituação do processo estrutural não é tarefa fácil nem tema de consenso pacífico na doutrina. Para os objetivos do presente trabalho, opta-se por adotar o marco teórico proposto por Vitorelli.<sup>38</sup>

O autor parte de sua própria classificação de litígios coletivos para formular uma definição do litígio estrutural. Para tanto, conjugam-se as noções de complexidade e conflituosidade. A primeira “representa a percepção de que a solução dos litígios pode ser de fácil delimitação (por exemplo, a restituição do valor subtraído ao grupo), mas também altamente variável, em contexto de divergências científicas ou sociais justificáveis”.<sup>39</sup> A segunda “é o grau de dissenso existente entre os integrantes da sociedade titular do direito litigioso”, ou seja, “dentro do grupo social titular do direito podem existir subgrupos que apresentem

<sup>36</sup> FISS, Owen. *As formas de justiça*. In GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Suzana Henriques. *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 126/127.

<sup>37</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Caminhos e descaminhos do controle jurisdicional de políticos públicas*. In GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Suzana Henriques da. *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 423/448.

<sup>38</sup> Veja-se: VITORELLI, Edilson. *Litígios estruturais*. In ARENHART, Sergio; JOBIM, Marco Felix (Org.). *Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017; VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional*. Tese (doutorado em Direito). Universidade Federal do Paraná, 2015.

<sup>39</sup> VITORELLI, Edilson. *Litígios estruturais...* p. 373.

pretensões total ou parcialmente antagônicas para a tutela do mesmo direito violado”.<sup>40</sup>

Dessa forma, existiriam: i) litígios globais, em que o dano “atinge a sociedade como um todo, mas nenhum de seus integrantes em particular”<sup>41</sup> (baixa ou alta complexidade e baixa conflituosidade); ii) litígios locais, que afetam especificamente uma sociedade, de modo a que “os efeitos da lesão sobre ela são tão mais graves do que sobre as pessoas que lhe são externas, que tornam o vínculo destas com a lesão irrelevante para fins de tutela jurídica”<sup>42</sup>, sendo que a presença de interesses individuais podem levar a um aumento da conflituosidade, sem chegarem ao ponto do antagonismo interno (baixa ou alta complexidade e média conflituosidade); iii) litígios de difusão irradiada, em que “a lesão afeta, de modo desigual e variável, tanto em intensidade, quanto em natureza, uma sociedade que se subdivide em vários subgrupos”<sup>43</sup>, ensejando a que as pessoas afetadas, por não possuírem lações de identidade comum, podem apresentar interesses verdadeiramente antagônicos (alta complexidade e alta conflituosidade).

Nesse quadro, o litígio estrutural se amoldaria à classificação de litígios de difusão irradiada, porquanto “trata-se de um conflito de elevada complexidade, que envolve múltiplos polos de interesse, os quais se apresentam em oposições e alianças parciais”.<sup>44</sup> Aliada essa circunstância a algumas outras características já vistas anteriormente em Fiss e Grinover, Vitorelli chega ao conceito de litígio estrutural:

Em resumo, litígios estruturais, para os efeitos do presente estudo, são aqueles que envolvem conflitos multipolares, de elevada complexidade, cujo objetivo é promover valores públicos pela via jurisdicional, mediante transformação de uma instituição pública ou privada. Há necessidade de reorganização de toda uma instituição, com a alteração de seus processos internos, de sua estrutura

---

<sup>40</sup> *Idem.*

<sup>41</sup> *Idem.*

<sup>42</sup> VITORELLI, Edilson. *O devido processo...*p.99.

<sup>43</sup> VITORELLI, Edilson. *Litígios estruturais...* p.374.

<sup>44</sup> *Idem.* p. 371.

burocrática e da mentalidade de seus agentes, para que ela passe a cumprir sua função de acordo com o valor afirmado pela decisão.<sup>45</sup>

## 2.1 O *special master* no Processo Estrutural

Como visto, o processo estrutural apresenta, dentre outras, duas características marcantes: a complexidade e a conflituosidade.

Esses aspectos peculiares exigem a adoção de práticas judiciais específicas para adequar os institutos processuais face à realidade do litígio altamente complexo e multipolar. Cita-se a necessidade de redefinição do conceito de contraditório, com nova dimensão e conteúdo, para que o direito de influir na decisão seja exercido pelos vários núcleos de interesses no objeto da controvérsia, seja diretamente, seja por “representantes adequados”, seja pela oitiva de especialistas. Além disso, tem-se que “elementos como a adstrição da decisão ao pedido, a limitação do debate aos contornos da causa de pedir, a dimensão da prova, a amplitude do direito ao recurso e os limites da coisa julgada exigem reformulação completa”.<sup>46</sup>

Um dos instrumentos utilizados para equacionar as necessidades da jurisdição frente aos processos estruturais é a assessoria especializada, comumente referida na literatura norte-americana como *special master*.

Afirma Levine que “frequentemente, o juiz nomeará um *special master*, seguindo os artigos 53 e 70 das Normas Federais de Processo Civil para supervisionar a implementação da ordem judicial”.<sup>47</sup> Em teoria, suas funções se limitariam a encontrar fatos (*fact-finder*), mas, na prática, ele atua

---

<sup>45</sup> *Idem*. p. 372.

<sup>46</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes*. In ARENHART, Sérgio; JOBIM, Marco Felix (Org.). *Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017, p.423/448; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processos estruturais no direito brasileiro*. In GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Suzana Henriques da. *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 475/492.

<sup>47</sup> “[...] often a judge will appoint a special master, pursuant to Rules 53 and 70 of the Federal Rules of Civil Procedure, to oversee the implementation of the remedial order”. LEVINE, Murray. *The role of special master in reform litigation: A case study*. In *Law and Policie*, v. 8, nº 1, Denver, janeiro de 1986, p.276.

também como um agente de transformação (*change agent*) e um representante da corte (*representative of the court*).<sup>48</sup>

Continua o autor apontando que essa multiplicidade de funções pode acarretar tensões e dificuldades para a legitimidade do instituto, pois, enquanto agente de transformação, o *master* deve encontrar fatos - realizar juízos cognitivos - com a específica finalidade de fazer cumprir a ordem judicial, mas, enquanto representante da corte ou quase órgão judicial (*quasi judicial officer*), deve guardar neutralidade e distanciamento dos interesses das partes. Por esses motivos, Levine entende que o *special master* exerce a função de amortecedor (*buffer*), isto é, amortecendo a relação entre o juiz e as partes, para que aquele conserve sua neutralidade e legitimidade no processo estrutural.<sup>49</sup>

Semelhante finalidade justifica a utilização do comissário *ad acta*, figura prevista pelo Direito italiano e descrita por Bonato como sendo um auxiliar do juiz, que atua como sua *longa manus* na tarefa de dar cumprimento a uma sentença proferida contra a Administração Pública.<sup>50</sup> A utilização do comissário é cabível quando uma decisão judicial implicar a substituição da Administração pelo juiz, no chamado *giudizio di ottemperanza*, de modo que o objetivo do instituto é justamente dar efetividade à execução da sentença judicial e, ao mesmo tempo, evitar uma interferência excessiva da jurisdição na atividade administrativa.<sup>51</sup> Bonato também assevera que o exercício do ofício público pelo comissário não apenas lhe confere poderes, mas também lhe implica a assunção de deveres e, por isso, não se duvida que deve apresentar imparcialidade e autonomia, sendo-lhe aplicáveis as normas de impedimento e suspeição.<sup>52</sup>

Já Fiss acrescenta outra função ao *special master*, a saber, a de suprir deficiências nas representações das partes:

---

<sup>48</sup> *Idem*.

<sup>49</sup> *Idem*. p.276/277.

<sup>50</sup> BONATO, Giovanni. *Il giudizio di ottemperanza e il commissario ad acta*. In GRINOVER, A.P.; WATANABE, K; COSTA, S.H. *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: JusPodivm, 2017, p.336/337.

<sup>51</sup> *Idem*. p. 339.

<sup>52</sup> *Idem*. p. 337.



As cortes de instrução e julgamento têm, por vezes, considerado isso necessário [...] para a criação das suas próprias estruturas administrativas, tal como *special master*, para a correção de quaisquer inadequações no que tange as representações. Como veremos o *special master* é um órgão com muitas funções, entre as quais inclui-se a representação. Ele às vezes age como parte apresentando ponderações sobre responsabilidades e medidas judiciais, que de outra forma, não seriam expressas pelos participantes do processo judicial (p.144).<sup>53</sup>

Além disso, Cabral e Zaneti Jr. discorrem sobre uma figura que poderia ser considerada uma espécie do gênero *special master*, isto é, a entidade de infraestrutura específica (*claim resolution facility*), a qual conceituam como entidades ou infraestruturas “criadas para processar, resolver ou executar medidas para satisfazer situações jurídicas coletivas que afetam um ou mais grupos de pessoas, que judicialmente seriam tratadas como milhares de casos individuais, casos repetitivos e ações coletivas”.<sup>54</sup>

As *facilities*, que podem ser pessoas físicas ou jurídicas, de trustes a escritórios de advocacia, estão inseridas no horizonte na eficiência processual e “pretendem proceder a uma alocação mais eficiente da prestação jurisdicional e do sistema de justiça com menos custos do que se atuasse o próprio judiciário na execução das medidas para correção do ilícito”. Assim, podem ter como escopo receber demandas, realizar juízos cognitivos sobre questões fáticas e jurídicas e, até mesmo, decidir sobre essas, o que torna essencial, segundo os autores, a independência, imparcialidade das entidades, acompanhamento dos órgãos públicos responsáveis e controle pelo poder judiciário”.<sup>55</sup>

Registra-se, ainda, a possibilidade de uma *facility* “tendo por objeto a produção de provas para serem utilizadas em processos repetitivos

---

<sup>53</sup> FISS, Owen. *As formas de justiça...* p. 144.

<sup>54</sup> CABRAL, Antônio do Passo; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Entidades de infraestrutura específica para a resolução de conflitos coletivos: claims resolution facilities e sua aplicabilidade no Brasil*. Disponível em: [https://www.academia.edu/37368086/Entidades\\_de\\_infraestrutura\\_espec%C3%ADfica\\_para\\_a\\_resolu%C3%A7%C3%A3o\\_de\\_conflitos\\_coletivos\\_as\\_claims\\_resolution\\_facilities\\_e\\_sua\\_aplicabilidade\\_no\\_Brasil\\_Claims\\_resolution\\_facilities\\_and\\_their\\_applicability\\_in\\_Brazilian\\_Law\\_](https://www.academia.edu/37368086/Entidades_de_infraestrutura_espec%C3%ADfica_para_a_resolu%C3%A7%C3%A3o_de_conflitos_coletivos_as_claims_resolution_facilities_e_sua_aplicabilidade_no_Brasil_Claims_resolution_facilities_and_their_applicability_in_Brazilian_Law_); acesso em 27/11/18.

<sup>55</sup> *Idem*. p. 05.

(art.69, § 2º, II, CPC) com a centralização (art.69, §2º, VI, CPC) ou a suspensão desses processos para o fim da prática dos atos instrutórios, barateando o custo da prova e acelerando o procedimento”.<sup>56</sup>

Por fim, é de se mencionar que o Direito positivo pátrio já prevê a figura do administrador judicial nos processos falimentares e de recuperação judicial, conforme disciplina da Lei nº 11.101/2005. Trata-se de pessoa física ou jurídica (art. 21), nomeada pelo juiz e a quem compete atribuições de, entre outras, requisitar informações das partes (art. 22, inciso I, alínea ‘d’), manifestar-se nos autos e formular requerimentos ao juiz (art. 22, inciso I, alíneas ‘g’ e ‘i’), fiscalizar as atividades do devedor no cumprimento do plano de recuperação judicial (art. 22, inciso II, alínea ‘a’) e assumir a representação da massa falida (art. 22, inciso III, alínea ‘c’).

De todo o exposto no presente tópico, percebe-se que existem, no ordenamento jurídico pátrio e alienígena, diversas hipóteses de criação de órgãos e entidades, todas as quais, por reunirem características comuns, integram o gênero *special master* ou assessoria especializada. Dentro desse gênero, ter-se-iam as *claim resolution facilities*, o administrador judicial, quiçá até mesmo os peritos oficiais designados para a confecção de laudos técnico-científicos, etc. Como características comuns, pode-se citar que se tratam de órgãos auxiliares, verdadeiros “particulares em colaboração com o Poder Público”,<sup>57</sup> que realizam atividades executórias e/ou cognitivas, suprem deficiências de representação das partes e intermediam a relação dessas com o juiz.

A relação do *special master* com o processo estrutural se evidencia, portanto, ao se recordar que esse último é marcado pela complexidade e conflituosidade. Assim, ao realizar atividades executórias e/ou cognitivas, o *master* colabora com o juízo com o enfrentamento da complexidade da lide; da mesma forma, equilibra e esclarece os interesses envolvidos quando supre deficiências de representação, reduzindo os desafios da conflituosidade.

---

<sup>56</sup> *Idem.* p. 06.

<sup>57</sup> BERNIER, Joice Ruiz. *O administrador judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 55.

### 3 O princípio da imediação e o *special master*

Viu-se que o princípio da imediação prega que o juiz deverá manter contato pessoal e direto com as partes, notadamente no âmbito da produção de provas orais, dispensando intermediação. Entretanto, viu-se, também, que a utilização do *special master* acarreta justamente a utilização de interposta pessoa, física ou jurídica, a intermediar (ou amortecer) a relação entre o juiz e as partes ou entre o juiz e os meios de prova. Dessa forma, inevitável refletir se essas são noções absolutamente antagônicas e se o uso do *special master* implica a negativa total do princípio da imediação e, conseqüentemente, do processo oral.

*Prima facie*, poder-se-ia pensar que sim, a utilização do *special master* seria inconciliável com as exigências da imediação e do processo oral, notadamente quando se pensa que o amortecimento da relação entre o juiz e as partes é apontado como uma de suas funções. Entretanto, não se pode olvidar que a imediação não encontra fim em si mesma,<sup>58</sup> mas é instrumento para uma finalidade,<sup>59</sup> qual seja, a de conferir qualidade à produção das provas, contribuindo para a formação do juízo cognitivo e, com isso, de uma decisão justa.

Assim, impõe-se analisar a questão sob outro aspecto, que não a mera realização ou não da imediação pelo *special master*, mas sim perquirir se esse contribui para a realização ou não das finalidades próprias da imediação. Afinal, como observado por Taruffo, não se trata de definir qual modelo de processo é mais eficiente, mas sim “adaptar o processo às necessidades de cada causa”.<sup>60</sup> Mesmo Gomes admite, também, que “nem sempre será possível aplicar de modo absoluto o princípio da imediação” e, portanto, o desafio seria “saber quando é razoável fixar alguma exceção,

---

<sup>58</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Op. Cit.* p.58.

<sup>59</sup> GOMES, Decio Luiz Alonso. *Op. Cit.* p. 34.

<sup>60</sup> TARUFFO, Michele. *Op. Cit.* p. 14.

bem assim se essas exceções (reputadas razoáveis) permitirão a maior adequada aproximação da reconstrução correta dos fatos”.<sup>61</sup>

Na tarefa de procurar responder a pergunta sobre se o *special master* realiza a função de conferir qualidade à produção das provas, contribuindo para a formação do juízo cognitivo (reconstrução correta dos fatos) e, com isso, de uma decisão justa, não se pode perder de vista as peculiaridades próprias do processo estrutural. A complexidade e a conflituosidade que lhe são características representam verdadeiros desafios à cognição judicial, seja porque os fatos, em si, e as possibilidades de remédios judiciais são de difícil apreensão, demandando análises técnicas complicadas, seja porque a divergência de interesses dentro de um mesmo polo processual acarreta a distorção desses fatos ou a completa subtração de interesses ao conhecimento judicial.

Assim, oportuno lembrar que os *special master*, dada a sua especialização técnica, podem “proceder a uma alocação mais eficiente da prestação jurisdicional” e ter por objeto “a produção de provas para serem utilizadas em processos repetitivos”.<sup>62</sup> Com isso, torna-se inegável que colaboram para a melhor reconstrução do quadro fático subjacente aos autos.

Além disso, quando age para a correção de quaisquer “inadequações no que tange as representações [...] apresentando ponderações sobre responsabilidades e medidas judiciais, que de outra forma, não seriam expressas pelos participantes do processo judicial”,<sup>63</sup> certamente evitam as distorções nas narrativas fáticas que seriam trazidas por representantes inadequados de coletividades internamente divididas.

Dessa forma, sem descuidar das vantagens da imediação no que tange à qualidade da cognição, especialmente na realização das provas orais, percebe-se que a utilização dos *special master* configura medida de adequação das vicissitudes do processo estrutural às mesmas necessidades e

---

<sup>61</sup> GOMES, Decio Luiz Alonso. *Op. Cit.* p. 30.

<sup>62</sup> CABRAL, Antônio do Passo; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Op. Cit.* p. 04/05.

<sup>63</sup> FISS, Owen. *As formas de justiça...*p. 144.

finalidades que orientam o processo oral, isto é, a concretização do direito material mediante decisões justas.

Ademais, a utilização do *master* para certas finalidades não implica o afastamento completo da imediação do processo. Em verdade, Fiss adverte para o risco desse instituto se tornar uma forma de os juízes se esquivarem da responsabilidade pela decisão judicial e, assim, “lançar uma sombra de ilegitimidade sobre todo o projeto de reforma estrutural”:

“Os juízes separam o direito e o remédio à sua própria maneira, designando ‘mestres especiais’ ou ‘receptores’ que se encarregam de uma maneira ou de outra do remédio. Analiticamente, essas agências auxiliares não podem ter maior poder do que uma corte e, por razões semelhantes, os erros que essas agências fazem deveriam ser totalmente atribuíveis aos juízes que os criaram e supostamente os supervisionam.[...] Na verdade, essas agências auxiliares podem ocasionalmente ser usadas pelos juízes como forma de se isolar da responsabilidade pelo remédio – não apenas pelo árduo trabalho de formular e implementar o remédio, mas também pelo alvoroço político que inevitavelmente acompanha esse escopo. [...] Como resultado, a nomeação de um mestre especial pode ser vista como a saída mais vívida do nosso *ethos* democrático e lançar uma sombra de ilegitimidade sobre todo o projeto de reforma estrutural.”<sup>64</sup>

Sobre essa legitimidade democrática, Arenhart bate-se pela necessidade de realização de audiências públicas nos processos estruturais, por constituírem “importante meio de diálogo entre a sociedade e o Poder Judiciário, em oportunidade multifacetada de debate e de apresentação de distintas posições e de diversos interesses”.<sup>65</sup> Mas, reconhecendo a dificuldade de garantir participação direta a todos os envolvidos, defende ainda que essa se dê por grupos reduzidos, método que, observado o controle da representatividade adequada, pode “equilibrar as vantagens e as

---

<sup>64</sup> FISS, Owen. *Fazendo da constituição uma verdade viva*. In ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. *Processos estruturais*. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 38/39.

<sup>65</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes*. In ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. *Processos estruturais*. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 433.

desvantagens da presença direta de todos os sujeitos interessados em um litígio estrutural”.<sup>66</sup>

Destarte, a utilização dos *special master*, além de servir à consecução dos objetivos do processo oral, pode ser conjugada com outros instrumentos processuais que garantam a observância da imediação, como a realização de audiências públicas, abertas a todos os interessados, ou audiências ordinárias, com a participação de grupos reduzidos, representantes adequados dos diversos interesses envolvidos no litígio.

#### 4 Considerações finais

De todo o exposto, pode-se concluir que:

- 1) O princípio da imediação é integrante e essencial ao modelo de processo oral, exigindo o contato direto entre o juiz e as partes e entre o juiz e os objetos de cognição.
- 2) A imediação não possui finalidade em si mesma, mas visa à eficácia e qualidade da prova, orientando uma melhor cognição judicial e permitindo a prolação de decisões justas, além de contribuir para a humanização do processo.
- 3) O processo estrutural é marcado pela complexidade e conflituosidade, características que demandam a utilização de instrumentos adequados a essa realidade.
- 4) O *special master* é gênero que abarca diversas espécies de órgãos auxiliares do juiz que realizam atividades executórias e/ou cognitivas, suprem deficiências de representação das partes e intermediam a relação dessas com o juiz, sendo comumente utilizado nos processos estruturais em razão de sua complexidade e conflituosidade.
- 5) A utilização de *special masters* não implica negativa absoluta do princípio da imediação e do processo oral, pois contribui para a consecução de objetivos comuns, isto é, conferir qualidade à cognição e, com isso, à formação de uma decisão justa.
- 6) A utilização dos *masters* sequer obsta a realização da própria imediação, pois remanesce a possibilidade de o juiz convocar audiências públicas ou designar audiências ordinárias para oitiva de grupos reduzidos, que sejam representantes adequados dos diversos polos de interesses envolvidos.
- 7) É possível conciliar o modelo de processo de oral, em especial o princípio da imediação, com os litígios estruturais.

---

<sup>66</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *Op. Cit.* p. 447.

## XI

### Oralidade como técnica procedimental

*Armando Ghedini Neto*<sup>1</sup>

#### 1 Introdução

O fomento do constitucionalismo ocorrido no século XX e após a segunda guerra mundial fez com que fossem desenvolvidas teorias que elevaram o processo a uma estrutura democratizante, possibilitando a participação das pessoas, direta ou indiretamente, no exercício das funções estatais, propiciando o “crescimento da importância do processo, que passou a garantir uma efetiva influência dos cidadãos em qualquer tomada de decisão” estatal, seja atuando diretamente nos procedimentos em que fazem parte, seja indiretamente por meio de seus representantes<sup>2</sup>. Por conseguinte, o processo constitucional se tornou a única forma de garantir a construção conjunta e democrática do pronunciamento decisório no âmbito jurisdicional, administrativo ou legislativo. Como decorrência, a Jurisdição, como atividade-dever do Estado de pronunciar o direito aplicável aos fatos, somente se concretiza mediante a garantia do devido processo constitucional<sup>3</sup>.

O debate oral entre os sujeitos processuais contribuirá para a construção conjunta e democrática da decisão, uma vez que surgirá a oportunidade de manifestação pessoal e direta, além da possibilidade de

---

<sup>1</sup> Juiz de Direito no Estado de Minas Gerais. Mestre em Direito Processual pela PUC Minas

<sup>2</sup> NUNES, Dierle Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Uma Análise Crítica das Reformas Processuais. Curitiba: Juruá, 2012, p. 39.

<sup>3</sup> NUNES, Dierle Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Uma Análise Crítica das Reformas Processuais. Curitiba: Juruá, 2012, p. 39; BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 38-42.

maior influência perante o prolator da decisão. No entanto, a aplicação da oralidade não tem sido feita como regra, mas como exceção, preferindo-se a prática dos atos processuais de modo escrito, à forma oral. A prática oral dos atos processuais permite maior diálogo e discussão entre os sujeitos processuais sobre os pontos controvertidos, otimizando o policentrismo processual e a decisão participada. A oralidade é um assunto constante nos debates entre os processualistas. Não obstante a gama de questões referentes ao tema, a doutrina mantém-se fiel a certos aspectos, notadamente, no que se refere à caracterização da oralidade apenas como princípio, estando fortemente vinculada aos ensinamentos de Chiovenda.

Daí decorre o tema central do presente artigo, qual seja, a caracterização da oralidade como uma técnica procedimental e não como um princípio, sendo necessária, como consequência, a averiguação da compatibilidade dos conceitos tradicionais de oralidade com o paradigma democrático de direito vigente desde a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) de 1988. Nessa medida, também é preciso averiguar se todos seus elementos, tais como a imediatidade, a identidade física do juiz, a irrecorribilidade em separado das interlocutórias e a concentração, são ainda aplicáveis e conciliáveis com o referido paradigma vigente desde a CRFB de 1988.

## **2 Modelo constitucional de processo**

A forma de estruturação do processo delinea o comportamento dos sujeitos processuais, atribuindo-lhes poderes, ônus e obrigações, bem como delimita a forma de se praticarem atos no curso do procedimento, de forma a possibilitar o protagonismo judicial, das partes, ou uma participação, além de criar condições para a utilização da oralidade ou da escritura. Com efeito, conforme bem exposto por Nunes, “a forma de estruturação do sistema jurídico guarda uma correlação com a própria organização estatal implementada em determinada quadra histórica, criando um horizonte interpretativo peculiar com base nesse paradigma



jurídico”<sup>4</sup>. Por isso, é fundamental trazer um delineamento teórico sobre o paradigma democrático de direito, traçando sua correlação com a atividade processual.

O paradigma vigente desde a CRFB de 1988 é o democrático de direito, por força de seu art. 1º, sendo imperioso expor quais são seus traços fundamentais. Trata-se de paradigma jurídico-normativo que se encontra expresso em um complexo de normas constitucionais e que pode ser sintetizado, segundo Canotilho, como sendo “o Estado limitado pelo direito e o poder político estatal legitimado pelo povo. O direito é o *direito interno* do Estado; o poder democrático é o *poder do povo* que reside no território do Estado ou pertence ao Estado.”<sup>5</sup> (grifo do autor). A limitação do Estado pelo Direito e o exercício do poder pelo povo se consolidam de modo técnico e expressivo pelo processo constitucional. “Alguns autores italianos vêm chamando esse sistema constitucional marcado pela articulação do poder político legitimado do povo (democracia) com a limitação do poder estatal (Estado de Direito) de *democracia constitucional*”<sup>6</sup> (grifo do autor). Assim, apesar de serem comuns diversos princípios e regras, existindo uma profunda conexão entre si, e sem olvidar que não se tratam de “meros modelos ou padrões estanques de diferentes espécies ou formas de Estado”<sup>7</sup>, necessário tecer algumas considerações sobre o que seja Estado Democrático e Estado de Direito.

O Estado de Direito seria o Estado da razão, ou seja, “aquele no qual se governasse segundo a vontade racional geral, com o objetivo de se alcançar o melhor para todos os indivíduos”, desvinculada da ideia de soberania centrada na pessoa física do monarca<sup>8</sup>. Sua dimensão encontra disciplina em um complexo de normas disseminadas por toda a

---

<sup>4</sup>NUNES, Dierle Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Uma Análise Crítica das Reformas Processuais. Curitiba: Juruá, 2012, p. 68.

<sup>5</sup>CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 231.

<sup>6</sup>BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 70.

<sup>7</sup>BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p.65.

<sup>8</sup>BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 59.

Constituição, não se restringindo a um governo dos homens com base no ordenamento jurídico<sup>9</sup>. Isso porque o Estado de Direito tem como elementos característicos a imperatividade do ordenamento jurídico, de modo que os governantes e os governados, como o próprio Estado, submetam-se às normas constitucionais e infraconstitucionais; a previsão da separação das funções do Estado; e a previsão de um rol de direitos e garantias fundamentais da pessoa em detrimento do Estado.

Após analisar os elementos essenciais do Estado de Direito, passa-se à averiguação do que seja Estado Democrático. “Segundo suas raízes gregas, a palavra *democracia* designa o poder do povo (*demos, kratos*)”<sup>10</sup> (grifo do autor). A democracia é uma forma de governo que se funda na autodeterminação e na soberania do povo, exercida diretamente ou por meio de seus representantes livremente escolhidos. Esse sistema procura igualar as liberdades públicas e implantar o regime de representação política popular. Segundo Brêtas, “a ideia fundamental de democracia, como dito, está relacionada à fonte de legitimação do poder, que é o povo, dele emanado o exercício do poder pelo Estado, motivo pelo qual, somente assim, pode ser considerado poder de direito”<sup>11</sup>.

O princípio democrático é mais do que um método de escolha dos governantes, pois, “como princípio normativo, considerado nos seus vários aspectos políticos, económicos, sociais e culturais, ele aspira tornar-se *impulso dirigente* de uma sociedade”<sup>12</sup> (grifo do autor). A democracia é um processo dinâmico, que permite que as pessoas do povo participem de forma crítica e ativa no processo de construção da sociedade, trazendo elementos,

---

<sup>9</sup>Segundo Brêtas, “deve-se ter em mente que a expressão *lei*, mencionada em ambas as normas transcritas, tem o sentido técnico-jurídico de *ordenamento jurídico*, na sua total extensão, ou seja, conjunto de normas jurídicas constitucionais e infraconstitucionais vigentes no sistema jurídico brasileiro, integrado por normas-disposições ou normas-preceitos (regras jurídicas) e normas-princípios (princípios de direito), ambas com igual força vinculativa” (BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 91).

<sup>10</sup>GOYARD-FABRE, Simone. *O que é democracia?* São Paulo: Martins Fontes. 2003, p. 9.

<sup>11</sup>BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 71 e 75.

<sup>12</sup>CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 288-289.

argumentos, reclamações e soluções aos inúmeros e complexos problemas existentes na contemporaneidade. Segundo Canotilho, “o princípio democrático não se compadece com uma compreensão estática de democracia”<sup>13</sup>.

Desta feita, o exercício de qualquer das funções do Estado só será legítimo quando houver possibilidade de participação de todos aqueles que puderem vir a ser afetados, direta ou indiretamente, pelos efeitos de um comando estatal. Essa garantia de participação deve existir em todas as três funções do Estado. Assim, a democracia não se restringe ao comparecimento regular às urnas para escolha dos representantes políticos, fato esse que constitui apenas um dos importantes aspectos da dimensão democrática. A participação pode se dar por inúmeras maneiras previstas na CRFB de 1988, tais como plebiscito, referendo, iniciativa popular e, notadamente, processo constitucional.

O delineamento do Estado Democrático de Direito é necessário para a compreensão do modelo constitucional de processo, na medida em que seus princípios devem permear todo o ordenamento jurídico, influenciando e traçando os marcos para sua interpretação. Com efeito, para se averiguar a legitimidade e a adequação normativa do comportamento das partes, é imprescindível investigar a compatibilidade com o paradigma jurídico vigente. Sobre processo democrático cite-se o posicionamento de Nunes:

Processo democrático não é aquele instrumento formal que aplica o direito com rapidez máxima, mas, sim, aquela estrutura normativa constitucionalizada que é dimensionada por todos os princípios constitucionais dinâmicos, como o contraditório, a ampla defesa, o devido processo constitucional, a celeridade, o direito ao recurso, a fundamentação racional das decisões, o juízo natural e a inafastabilidade do controle jurisdicional.<sup>14</sup>

Por sua vez, não se pode deixar de analisar o devido processo legal, que é considerado, conforme oportunas considerações de Brêtas, como o

---

<sup>13</sup>CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 288-289.

<sup>14</sup>NUNES, Dierle Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático. Uma Análise Crítica das Reformas Processuais*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 250.

“principal alicerce do processo constitucional”<sup>15</sup>. Com razão, o mencionado autor, na medida em que qualquer decisão proveniente das funções jurídicas do Estado somente pode ser obtida dentro de uma estrutura normativa metodológica, “a permitir que aquela decisão seja construída com os argumentos desenvolvidos em contraditório por aqueles que suportarão seus efeitos, em torno das questões de fato e de direito sobre as quais controvertem no processo”<sup>16</sup>, sob pena de não se legitimar constitucionalmente.

A CRFB de 1988 consagrou expressamente, no art. 5º, LIV e LV, o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal. Não poderia ter sido diferente, considerando que os direitos fundamentais são elementos básicos para a concretização dos fins buscados pelo Estado Democrático. Com efeito, “o constitucionalismo moderno amplia e difunde o tratamento dos direitos do homem, na ciência do Direito Constitucional, em uma atmosfera ideológica valorativa que os coloca em uma posição de verticalidade ascendente”<sup>17</sup>. O processo, nessa perspectiva, assume importante papel na concretização e real implementação dos direitos fundamentais, sendo considerado por Abboud como o “*locus* privilegiado para a proteção e implantação dos direitos fundamentais”<sup>18</sup>. Segundo Baracho, o “processo constitucional não é apenas um direito instrumental, mas uma metodologia de garantia dos direitos fundamentais. Suas instituições estruturais (*jurisdição, ação e processo*) remetem-nos à efetivação dos direitos essenciais”<sup>19</sup> (grifo do autor).

O processo constitucional torna efetiva a oportunidade de participação, fazendo com que a democracia deixe de ser mera retórica de justificação de interesses de minorias dominantes, para se transformar na

---

<sup>15</sup>BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 165.

<sup>16</sup>BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 164.

<sup>17</sup>BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito processual constitucional*. Aspectos contemporâneos. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 159.

<sup>18</sup>ABBOUD, Georges. *O Processo Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 114.

<sup>19</sup>BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito processual constitucional*. Aspectos contemporâneos. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 47.

metodologia de construção de uma sociedade mais solidária, organizada, tolerante e desenvolvida, ou seja, mais preocupada com o aperfeiçoamento. Não poderia ser outra a função de um processo constitucional inserido em um regime democrático. Isso porque, “como a Constituição sofre influência do sistema político, as orientações políticas recolhidas nos textos constitucionais contribuem, também, no desenvolvimento do processo. As vinculações entre o 'sistema político' e os 'sistemas processuais' são evidentes”<sup>20</sup>. É necessário, para que se respeite o Estado Democrático de Direito, que todos aqueles que exercem funções do Estado estejam comprometidos com as normas democráticas, sob pena de não serem legítimas as decisões por eles proferidas.

Nessa medida, em uma sociedade que se pretenda democrática, deve ser realçado o processo como garantia de participação, tornando as pessoas do povo autores/destinatários das decisões, retirando-as da posição de simples receptoras dos atos estatais. A participação técnica das partes é elemento estrutural e legitimante do processo<sup>21</sup>. Dentro dessa visão democrática de processo, pode-se adotar o entendimento da existência de uma interdependência entre os sujeitos processuais, e não uma relação de submissão como outrora sustentado<sup>22</sup>. O processo constitucional, como um direito/garantia constitucional, proporciona uma fiscalização ampla e irrestrita, com um consequente controle de todos os atos estatais, além de um coeso modelo de proteção dos direitos fundamentais, permitindo que qualquer pessoa forneça críticas aos atos emanados do Estado, de modo a propiciar a correção de aporias normativas e do sistema como um todo. Esse também é o pensamento de Nunes:

Percebe-se, no entanto, que o processo constitui, na atualidade, uma verdadeira garantia contra o exercício ilegítimo de poderes públicos e privados em todos os campos (jurisdicional, administrativo, legislativo), com o fim de

---

<sup>20</sup>BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 129.

<sup>21</sup>NUNES, Dierle Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Uma Análise Crítica das Reformas Processuais. Curitiba: Juruá, 2012, p. 207.

<sup>22</sup>NUNES, Dierle Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Uma Análise Crítica das Reformas Processuais. Curitiba: Juruá, 2012, p. 204.

controlar os provimentos dos agentes políticos e garantir a legitimidade discursiva e democrática das decisões.<sup>23</sup>

Portanto, para a legitimidade democrática dos atos praticados pelo Estado, é imprescindível a existência e a observância de um processo constitucional, seja o processo constitucional legislativo, o processo constitucional jurisdicional ou o processo constitucional administrativo.

Em outra medida, no eixo teórico democrático, foi incumbida à Jurisdição a função precípua de pronunciar o Direito, aplicando o ordenamento jurídico, após devidamente provocada, mediante a regência do Devido Processo Constitucional. Durante o curso do procedimento, as partes deverão ter a ampla possibilidade de participarem na formação da decisão, de modo que a decisão, “embora produzida *super partes* no processo, seria *preparado inter partes*”<sup>24</sup> (grifo do autor). A função jurisdicional representa para as pessoas do povo a posição de “último fronte”, no que se refere à proteção dos direitos fundamentais, “independentemente de quem pratique a agressão: seja o rei, seja o particular, o Estado ou até mesmo a maioria da sociedade”<sup>25</sup>, já que “o controle judicial da constitucionalidade dos atos de autoridade surge, atualmente, como contrapeso eficaz a um Executivo poderoso, em decorrência das solicitações provocadas”<sup>26</sup>.

A participação na formação das decisões judiciais está diretamente relacionada com a democratização da sociedade, na medida em que “*democratizar a democracia através da participação* significa, em termos gerais, intensificar a *otimização da participação directa e activa de homens e mulheres* (CRP, art. 109.º) no processo de decisão”<sup>27</sup>. Nesse contexto, devem ser observados os direitos e garantias fundamentais das

---

<sup>23</sup>NUNES, Dierle Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Uma Análise Crítica das Reformas Processuais. Curitiba: Juruá, 2012, p. 209.

<sup>24</sup>BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 34.

<sup>25</sup>ABBOUD, Georges. *O Processo Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 121.

<sup>26</sup>BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 11.

<sup>27</sup>CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 301.

partes, notadamente, o direito de acesso à Jurisdição, ao contraditório e à ampla defesa, nela compreendido o direito à defesa técnica, promovida por advogado ou defensor público, e a fundamentação racional das decisões. Outrossim, não adianta permitir que a parte simplesmente participe do processo, que seja ouvida, sendo necessário que se permita que seja ouvida em condições de poder influenciar efetivamente na decisão do juiz:

Na atualidade, o contraditório não significa apenas ciência bilateral e contrariedade dos atos e termos do processo e possibilidade que as partes têm de contrariá-los, mas é compreendido técnica e cientificamente como garantia de participação efetiva das partes no desenvolvimento do processo em suas fases lógicas e atos, a fim de que, em igualdade de condições, possam influenciar em todos os elementos e discussões sobre quaisquer questões de fato e de direito que surjam nas diversas etapas do itinerário procedimental, e que desponham como potencialmente importantes para a solução decisória jurisdicional a ser obtida ao seu final.<sup>28</sup>

O contraditório assegura às partes o direito de um conhecimento real e adequado de todos os atos do procedimento, de modo a se inteirarem de tudo o que possa interferir no exercício da defesa de seus direitos, implicando também na garantia de se defender de forma profícua, trazendo argumentos de fato e de direito aptos a influirem na solução da controvérsia, utilizando-se de todos os recursos disponíveis, bem como dos meios de prova cabíveis e relevantes. O contraditório, como garantia de influência e não surpresa, é “elemento normativo estrutural da participação (COMOGLIO, 1998, p.2), assegurando, constitucionalmente, o policentrismo processual”, possibilitando, dessa forma, a contribuição crítica e democrática na formação das decisões<sup>29</sup>. Além disso, a correta interpretação do contraditório impõe ao juiz que leve em consideração, no momento de decidir, argumentos, teses e provas trazidas pelas partes.

---

<sup>28</sup>BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias et al. *Estudo sistemático do NCPC com as Alterações Introduzidas pela Lei n.º: 13.256, de 4/2/2016*. 3. ed. Belo Horizonte: D' Plácido, 2016, p. 51.

<sup>29</sup>NUNES, Dierle Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático. Uma Análise Crítica das Reformas Processuais*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 227- 229.

Conforme já ressaltado, o princípio do contraditório está diretamente relacionado com a manifestação da democracia dentro do processo. A função de defesa e a função de não discriminação dos direitos fundamentais impõem que o Estado não só respeite, mas também trate de forma igual todas as pessoas. Para tanto, é necessário que sejam assegurados aos litigantes iguais meios e oportunidades de se manifestarem e influírem no teor dos provimentos judiciais.

Dentro do viés democrático, oportuno o entendimento de Nunes, segundo o qual, “a comunidade de trabalho deve ser revista em perspectiva policêntrica e participativa, afastando qualquer protagonismo e se estruturando a partir do modelo constitucional de processo”<sup>30</sup>. Nessa medida, é necessária a análise e a aplicação procedimentalizada dos princípios do modelo constitucional de processo, devendo ser exigida uma corresponsabilidade de todos os sujeitos do processo, com uma ampla discussão e divisão nas esferas de atuação antes da tomada de decisões, afastando-se, assim, qualquer caráter autoritário<sup>31</sup>. Portanto, a Jurisdição exercida com a observância do processo constitucional, na qual será respeitado o devido processo constitucional, com a ampla participação de todos os interessados, permite o restabelecimento dos direitos fundamentais violados, assegurando não apenas as liberdades individuais, mas também os direitos sociais e as prestações ativas devidas pelo Estado.

### 3 Oralidade

A oralidade é um assunto constante nos debates entre os processualistas. Não obstante a gama de questões referentes ao tema, a doutrina mantém-se fiel a certos aspectos, notadamente, no que se refere à caracterização da oralidade apenas como princípio, estando fortemente vinculada aos ensinamentos de Chiovenda, segundo o qual, “entre muitos

---

<sup>30</sup>NUNES, Dierle Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Uma Análise Crítica das Reformas Processuais. Curitiba: Juruá, 2012, p. 215.

<sup>31</sup>NUNES, Dierle Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Uma Análise Crítica das Reformas Processuais. Curitiba: Juruá, 2012, p. 223-224.



problemas concernentes ao procedimento, este é o fundamental. O tipo e os característicos de um processo determinam-se sobretudo pelo prevalecer do elemento oral ou do elemento escrito”<sup>32</sup>.

A oralidade, no entanto, não pode ser considerada em seu sentido literal, de modo que os atos processuais somente terão validade se praticados com a utilização da palavra falada. Nesse sentido, Chiovenda afirma que “se interpreta mal a natureza do processo oral”<sup>33</sup>. Para o referido autor, o processo oral deve ser analisado com a utilização da “prevalência da palavra como meio de expressão combinada com o uso de meios escritos de preparação e de documentação”, bem como com a aplicação dos princípios da imediação da relação entre o juiz e das pessoas cujas declarações deva apreciar, da identidade física do juiz, da concentração, e da irrecorribilidade das decisões interlocutórias em separado<sup>34</sup>.

Segundo Chiovenda, “um processo moderno dir-se-á oral ou escrito conforme o espaço que atribua à oralidade ou à escrita, e sobretudo pelo modo como nele se pratique a oralidade”<sup>35</sup>. No procedimento oral, a palavra verbalizada é utilizada de forma predominante, mas não exclusiva. A escritura, no procedimento oral, tem dupla finalidade, qual seja, “preparar o desenvolvimento da causa e documentar seu desenvolvimento”<sup>36</sup>. Para a caracterização de um procedimento como escrito ou oral, não importa apenas que seja utilizada a palavra falada. Nesse sentido, Morato também entende que “o facto de admitir-se a audiência e discussão oral das partes não implica que o procedimento seja oral, bem como o de se permittirem escripturas não inculca que seja necessariamente escripto”<sup>37</sup>.

---

<sup>32</sup>CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. 3. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bokseller, 1998, p. 56.

<sup>33</sup>CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. 3. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bokseller, 1998, p. 61.

<sup>34</sup>CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. 3. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bokseller, 1998, p. 61-67.

<sup>35</sup>CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. 3. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bokseller, 1998, p. 62.

<sup>36</sup>OLIVEIRA JÚNIOR, Zulmar Duarte de. *O princípio da oralidade no processo civil*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2011, p. 171.

<sup>37</sup>MORATO, Francisco. A oralidade. *Revista Forense*, Maio, 1938, p. 142.

A oposição e a conjugação da oralidade/escritura devem ser analisadas no aspecto do proveito sistêmico e com a conjugação de fatores econômicos, sociais e políticos, adequando-os às realidades contemporâneas, aos anseios da comunidade jurídica e da população em geral, bem como à análise de qual dos dois funciona melhor na prática. Além disso, ambos possuem vantagens e desvantagens, dependendo dos objetivos a serem alcançados, em conjugação com o paradigma jurídico vigente.

A prática oral dos atos processuais permite uma maior interação e discussão dos sujeitos processuais sobre os pontos controvertidos, fazendo com que seja construída uma decisão participada. Essa preparação metódica do debate também protegeria as partes de surpresas sobre o estágio da cognição e sobre o que deveria ser provado por elas, possibilitando-lhes o devido aparelhamento para todos os atos e termos do procedimento.

Por outro lado, oralidade como meio exclusivo de comunicação processual desapareceu quase por completo no processo ocidental, mantendo-se a verbalização, a oralidade primária ou oralidade pura apenas para algumas fases de determinados procedimentos<sup>38</sup>. Assim, são importantes as observações de Guedes, no sentido de que, “de modo geral, nas legislações brasileira e estrangeiras, e assim também na doutrina, as expressões *oralidade*, *processo oral*, *procedimento oral* e mesmo a expressão *procedimento por audiências* podem ter conotações diversas, ambíguas, às vezes confusas”<sup>39</sup>. De acordo com referido autor:

Essas expressões denotam, por vezes, a forma de realização de um ou de vários atos do processo, quando verbal; noutras, um mítico e genérico meio de realização de atos processuais, exclusivamente oral, ou ainda mecanismos capazes de permitir o predomínio da *oralidade* e suas vantagens, ou mesmo aquele sentido comum na doutrina, muito mais amplo e relacionado ao *princípio da oralidade*, desta vez como fonte de outros princípios e subprincípios.<sup>40</sup>

---

<sup>38</sup>GUEDES, Jefferson Carús. *O princípio da oralidade*. Procedimento por audiências no Direito Processual Civil Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 131.

<sup>39</sup>GUEDES, Jefferson Carús. *O princípio da oralidade*. Procedimento por audiências no Direito Processual Civil Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 170-171.

<sup>40</sup>GUEDES, Jefferson Carús. *O princípio da oralidade*. Procedimento por audiências no Direito Processual Civil Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 170-171.

Não obstante o sentido utilizado, não é possível aplicar a oralidade, senão por meio da audiência, da sessão de julgamento ou das entrevistas pessoais das partes e seus procuradores com os magistrados, ocasião em que serão produzidos os atos procedimentais, com oportunidade para as partes e seus procuradores manifestarem-se verbalmente, de forma imediata, aos magistrados. Também não se pode esquecer que as expressões *oralidade*, *procedimento oral* e *princípio da oralidade*, muitas vezes, são utilizadas de forma imprecisa. Oralidade “aparece em sentido estrito, como realização verbal de atos, ou em sentido amplo, como sinônimo de *princípio da oralidade*”<sup>41</sup>. Já a expressão procedimento oral é utilizada para denominar os procedimentos “informados tanto pela *oralidade em sentido estrito* como pela *oralidade em sentido amplo*”<sup>42</sup>.

Ocorre que a oralidade, assim com a escritura, não pode ser considerada de forma absoluta, no sentido de que somente o que for praticado de forma oral será válido e aceito no curso do procedimento, já que o fracasso dos excessos é inevitável. Da mesma forma que a rigidez da forma escrita, em observância ao brocado “quod non est in actis non est de hoc mundo” (“o que não está nos autos não está no mundo”), não pode ser aceita, o oposto também não deve ser admitido. Nesse sentido, Cappelletti afirma que:

As sérias desvantagens de um processo que estava rigidamente de acordo com o princípio da escrita, no qual a máxima “quod non est in actis nos es hoc mundo” tinha valor, ou o máximo da *inexistência legal* de qualquer ato processual que não tinha assumido a forma escrita – escritos, documentos, protocolos – ; e afirmou-se, portanto, da maneira mais radical, a necessidade de abolir esse princípio para *substituí-lo pelo princípio absolutamente oposto*, em virtude do qual o juiz poderia e deveria ter posto como base de sua sentença, *apenas aqueles atos que haviam sido desenvolvidos na audiência oral de*

---

<sup>41</sup>GUEDES, Jefferson Carús. *O princípio da oralidade*. Procedimento por audiências no Direito Processual Civil Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 170-171.

<sup>42</sup>GUEDES, Jefferson Carús. *O princípio da oralidade*. Procedimento por audiências no Direito Processual Civil Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 170-171.

*sustentação*. Mas atualmente está claro que, com isso, um formalismo estava vindo para substituir o outro, mesmo que fossem opostos<sup>43</sup> (tradução nossa).

Apesar de grande parte da doutrina definir a oralidade como um princípio, não são trazidas maiores explicações sobre essa escolha. Os doutrinadores não fazem distinção entre a oralidade como uma forma de se praticarem atos processuais, a oralidade como princípio e a oralidade como procedimento por audiência. Para que seja feita uma análise mais precisa da oralidade como princípio, imperioso trazer o delineamento teórico sobre o que sejam os princípios, diferenciando-os das regras, na medida em que não se trata de tema pacífico.

### 3.1 Oralidade como Princípio

#### 3.1.1 Princípios

O ordenamento jurídico, composto de normas jurídicas constitucionais e infraconstitucionais vigentes durante determinado período e em certo território, representa uma demonstração de soberania e do poder político de um Estado. Tais normas se subdividem em regras e princípios, apresentando-se, essa distinção e a aplicação dos princípios jurídicos, como assuntos que invadiram a literatura jurídica. É inquestionável o destaque atingido pelos princípios nos dias atuais, no que se refere ao aspecto interpretativo, integrativo, como fundamento e alicerce das regras e do próprio sistema jurídico-constitucional.

Para Dworkin, quando se raciocina ou se debate a respeito de direitos e obrigações jurídicas, recorre-se a determinados padrões que não são

---

<sup>43</sup>Se veían los gravísimos inconvenientes de un proceso rigidamente conforme al principio de la escritura, em el cual tenía valor la máxima 'quod non est in actis nos est de hoc mundo', o se la máxima de la *inexistencia jurídica* de todo acto procesal que no hubiese asumido la forma escrita - escrituras, documentos, protocolos -; y se afirmaba, por tanto, de la manera más radical, la necesidad abolir aquel principio para substituirlo *con el principio absolutamente opuesto*, em virtud del cual el juez habría podido y debido poner como base de su sentencia, *solamente aquellos actos que se hubieran desarrollado em la audiencia oral de sustación*. Pero está actualmente claro que, com esto, a un formalismo se venía a substituir outro, aunque fuese oposto (CAPPELLETTI, Mauro. *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*. Traducción del italiano de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1972, p. 85-86).

regras, mas princípios, políticas e outros tipos de padrões<sup>44</sup>. O autor utiliza a expressão *princípios*, de maneira genérica, diferenciando-os das regras. Além disso, a expressão princípios foi utilizada com distinção de *políticas*, de modo que o termo política seria um tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, e princípio seria “um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”<sup>45</sup>.

Dworkin afirma que a diferença entre os dois tipos de norma é de natureza lógica, de modo que, mesmo que princípios e regras apontem para decisões de casos específicos, existe uma diferença quanto à natureza da orientação, não podendo ser desconsiderado que, às vezes, as regras e os princípios desempenham “papéis bastante semelhantes”, sendo a diferença apenas uma questão de forma<sup>46</sup>. As regras “são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada”, na medida em que contribuem ou não para decisão do caso concreto, ou seja, são funcionalmente importantes ou desimportantes<sup>47</sup>. No caso de conflito, uma das regras deve prevalecer sobre a outra, devendo, o próprio sistema, por meio de outras regras, regulamentar a solução. Também pode ocorrer que o sistema dê preferência àquela regra que esteja sustentada por um princípio mais importante<sup>48</sup>.

De forma diversa, os princípios “não apresentam conseqüências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas”, possuindo uma dimensão de peso ou importância e uma força relativa, o que não ocorre com as regras<sup>49</sup>. Ou seja, os princípios não “prescrevem resultados”, mas orientam “a decisão em uma direção, embora de maneira

---

<sup>44</sup>DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 35-36.

<sup>45</sup>DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 35-36.

<sup>46</sup>DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39 e 44.

<sup>47</sup>DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 35-36 e 43

<sup>48</sup>DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 43.

<sup>49</sup>DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 40-42.

não conclusiva”<sup>50</sup>. Sobre a diferenciação feita por Dworkin entre regras e princípios, Galuppo afirma que:

Ao contrário das regras, que se aplicam de uma maneira “ou tudo ou nada (in an all-or-nothing fashion)” (Dworkin, 1978: 24), e que portanto comportam exceções enumeráveis previamente à sua aplicação (Dworkin, 1978: 25), os princípios comportam exceções à sua aplicação que não podem ser enumeradas previamente à hipótese concreta de sua incidência (Dworkin, 1978: 25), porque qualquer outro princípio pode, abstratamente, representar uma exceção à aplicação de um princípio. Ao contrário de Alexy, o que Dworkin está dizendo é que não se trata de imaginar uma ponderação, ou seja, imaginar-se um conflito resolvido pela aplicação de um e não aplicação de outro princípio, orientada pela hierarquização dos mesmos, mas de se imaginar que os princípios são normas que se excepcionam reciprocamente nos casos concretos, vez que não podem, muitas vezes, ser contemporaneamente aplicados. É claro que um princípio só pode excepcionar a aplicação de outro quando isso for suficientemente fundamentado de um ponto de vista discursivo. Mas efetivamente os discursos de aplicação podem apresentar tal fundamentação.<sup>51</sup>

Ressalte-se que, para Dworkin, mesmo quando se está certo da existência de alguma obrigação, não é possível explicar satisfatoriamente o seu fundamento, senão quando se identificam os princípios que estão sendo seguidos<sup>52</sup>. Nessa medida, os princípios, “nas questões judiciais mais difíceis”, “desempenham um papel fundamental nos argumentos que sustentam as decisões”<sup>53</sup>.

Traço fundamental da teoria de Dworkin é a pressuposição da integridade do direito. Galuppo afirma que o conceito de integridade está “ligado às razões que constituem o substrato das normas jurídicas (Dworkin, 1986: 222) e se conecta diretamente com os conceitos de justiça, de imparcialidade (Fairness) e de igualdade”. Segundo Galuppo, o que

<sup>50</sup>DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 57.

<sup>51</sup>GALUPPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 36, n. 143, p. 191-210, jul./set. 1999, p. 199.

<sup>52</sup>DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 24-25.

<sup>53</sup>DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 46.

garante a integridade do sistema jurídico é a existência de uma resposta correta a todos os casos<sup>54</sup>. Sobre a integridade do direito, cite-se Dworkin:

Temos dois princípios de integridade política: um princípio legislativo, que pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente, e um princípio jurisdicional, que demanda que a lei, tanto quanto possível, seja vista como coerente nesse sentido.

[...]

O direito como integridade é diferente: é tanto o produto da interpretação abrangente da prática jurídica quanto sua fonte de inspiração. O programa que apresenta aos juízes que decidem casos difíceis é essencialmente, não apenas contingentemente, interpretativo; o direito como integridade pede-lhes que continuem interpretando o mesmo material que ele próprio afirma ter interpretado com sucesso. Oferece-se como a continuidade - e como origem - das interpretações mais detalhadas que recomenda.<sup>55</sup>

Para Dworkin, a integridade promove a união da vida moral e política dos cidadãos e é importante para a proteção contra a parcialidade, a fraude, o favoritismo, o revanchismo e outras formas de corrupção. Além disso, com a integridade do direito, ocorre a rejeição da questão relacionada ao descobrimento ou à invenção do direito pelos juízes, sendo considerado que os magistrados fazem as duas coisas e nenhuma delas. Nessa medida, os magistrados que aceitam a integridade do direito decidem buscando encontrar, em um conjunto coerente de princípios, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade<sup>56</sup>.

### 3.1.2 Oralidade como princípio propriamente dito

A oralidade como princípio se caracteriza pela presença de outros *princípios* ou *subprincípios* que lhe são conexos. Segundo Chiovenda, para a

---

<sup>54</sup>GALUPPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 36, n. 143, p. 191-210, jul./set. 1999, p. 198.

<sup>55</sup>DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 213, 273 e 305.

<sup>56</sup>DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 228, 230, 271.

diferenciação entre um procedimento oral e outros, deve-se analisar a aplicação do princípio da oralidade, com a formulação de argumentos em audiência, bem como o emprego da imediação, da identidade física do juiz e da concentração. Chiovenda afirma que “num processo informado por esses **princípios**, sinteticamente denominado processo *oral*, predomina com fundamental importância a audiência, de pouca ou nenhuma importância, entretanto, no processo escrito [...]”<sup>57</sup>. Vejamos as palavras de Chiovenda:

O mesmo nome de *oralidade*, adotado pela necessidade de exprimir por uma fórmula simples e representativa um complexo de idéias e de caracteres, pode gerar equívocos, se não se analisarem os princípios distintos, conquanto intimamente associados entre si, que se encerram nessa fórmula e imprimem ao processo oral seu aspecto particular.<sup>58</sup>

Nota-se daí que, para a caracterização da oralidade, segundo o autor, é preciso não apenas que os atos processuais sejam praticados de forma verbalizada em audiência, mas que estejam presentes a identidade física do juiz, a imediação e a concentração. Ocorre que a doutrina não é unânime no que se refere aos subprincípios caracterizadores da oralidade. Para Guedes, “são todos, imediatidade, concentração, identidade física do juiz e irrecorribilidade em separado das interlocutórias, princípios correlatos ao princípio da oralidade, ou consecutórios, segundo abalizada doutrina”<sup>59</sup>. Já Oliveira Júnior entende que, para a caracterização da oralidade, é necessária a presença conjunta do “quinteto da oralidade”, ou seja: a prevalência da palavra falada, a imediação, a permanência subjetiva do juiz na condução do processo, a concentração e a irrecorribilidade em separado das decisões interlocutórias<sup>60</sup>.

---

<sup>57</sup>CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. 1. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bokseller, 1998, p. 74-75.

<sup>58</sup>CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. 3. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bokseller, 1998, p. 61.

<sup>59</sup>GUEDES, Jefferson Carús. *O princípio da oralidade*. Procedimento por audiências no Direito Processual Civil Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 56.

<sup>60</sup>OLIVEIRA JÚNIOR, Zulmar Duarte de. *O princípio da oralidade no processo civil*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2011, p. 170.



### 3.1.2.1 Imediatidade ou imediação

A imediatidade ou imediação está relacionada à presença física direta do juiz no tramitar do procedimento e, principalmente, no momento de se produzirem provas em audiência, pressupondo o contato direto do julgador com as partes, as testemunhas, os advogados e os peritos. Pretende-se, com isso, que a decisão seja baseada na prova colhida e na observação dos elementos ocorridos na audiência. Guedes define a imediatidade ou imediação da seguinte forma:

*O princípio da imediação ou da imediatidade está ligado diretamente ao princípio da oralidade, tendo por finalidade, diversamente dos demais que se seguirão, aproximar o julgador da prova, provenha essa prova das declarações das partes, das declarações de testemunhas ou mesmo da observação de coisas ou pessoas, facilitando o conhecimento sobre o fato *probandi*, regra manifesta no dispositivo sobre a coleta direta e pessoal da prova em audiência (art. 446).<sup>61</sup>*

Para Marques, “consiste o princípio da imediatidade em obrigar o contato direto do juiz com as partes e as provas, para assim, receber, também de maneira direta, o material e elementos instrutivos em que se baseará para julgar”<sup>62</sup>. Essa relação de proximidade entre o julgador e as provas produzidas também é analisada por Demercian, para quem “a imediação é a característica que representa com maior fidelidade o processo oral. E não seria exagerado afirmar-se que essa regra é o próprio núcleo desse sistema”<sup>63</sup>.

Por sua vez, de forma precisa, Rodríguez entende que “o termo imediatismo expressa convencionalmente proximidade ou contiguidade a algo, proximidade física a um objeto material que é suscetível de se tornar

---

<sup>61</sup>GUEDES, Jefferson Carús. *O princípio da oralidade*. Procedimento por audiências no Direito Processual Civil Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 57.

<sup>62</sup>MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. V. 1. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 380-381.

<sup>63</sup>DEMERCIAN, Pedro Henrique. *A oralidade no processo penal brasileiro*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 56.

um método de conhecimento e interação com o objeto em questão”<sup>64</sup> (tradução nossa). Parte-se do entendimento de que a decisão baseada em elementos colhidos diretamente acarretará confiabilidade maior do que aquela obtida por qualquer outro meio<sup>65</sup>.

A oitiva direta da prova oral produzida em audiência pelo juiz é um dos eixos estruturais da própria oralidade, fazendo com que o julgador saia da posição inerte de mero ouvinte e passe a ter a importante função de atuante na produção das provas. O órgão jurisdicional deve estar em contato direto com todos os atos produzidos no curso do procedimento e que são relevantes para a análise do objeto litigioso, incluindo tanto as alegações, quanto os atos probatórios. Com efeito, trata-se de uma postura participativa, que pressupõe comunhão de trabalho para que se alcance, democraticamente, solução para a controvérsia. Segundo Iura:

O legítimo valor da imediação no contato entre juiz, partes e testemunhas está na possibilidade de interação imediata do juiz com os depoentes, e a imprevisibilidade das perguntas que poderão ser formuladas. Isto porque, a imediação dificulta a construção de relatos falsos, mas coerentes, pois tolhe a possibilidade de o depoente refletir sobre todas as imbricações da falsa assertiva.<sup>66</sup>

De acordo com Chiovenda:

Quer o princípio imediação que o juiz, a quem caiba proferir a sentença, haja assistido ao desenvolvimento das provas, das quais tenha de extrair seu convencimento, ou seja, que haja estabelecido contato direto com as partes, com as testemunhas, com os peritos e com os objetos do processo, de modo que possa apreciar as declarações de tais pessoas e as condições do lugar, e outras,

---

<sup>64</sup>El vocablo inmediateción expresa convencionalmente proximidad o contigüidad a algo, cercanía física a un objeto material que es susceptible de convertirse en un método de conocimiento e interacción con el objeto de que se trate (RODRÍGUEZ, Nicolás Cabezedo. Aproximación de la teoría general sobre el principio de inmediateción procesal. De la comprensión de su transcendencia a la expansión del concepto. In: CARPI, Frederico; ORTELLS, Manuel (Eds.). *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. V. II. València: Universitat de València, 2008, p. 317).

<sup>65</sup>RODRÍGUEZ, Nicolás Cabezedo. Aproximación de la teoría general sobre el principio de inmediateción procesal. De la comprensión de su transcendencia a la expansión del concepto. In: CARPI, Frederico; ORTELLS, Manuel (Eds.). *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. V. II. València: Universitat de València, 2008, p. 320.

<sup>66</sup>IURA, Alexandre Miura. *Oralidade e escrita no processo civil*. 2012. 142 f. Dissertação (Mestrado) – Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 125.

baseado na impressão imediata, que delas teve, e não em informações de outro.<sup>67</sup>

Nesse mesmo sentido é o posicionamento de Morato:

Este segundo requisito, da **immediatezza** como dizem os italianos, da **imediatez** como podemos traduzir em vernáculo clássico, consiste em fazer o juiz assistir a produção das provas donde tirar sua convicção, isto é, entrar em relações directas com as testemunhas, peritos e objectos do juízo, de modo a colher de tudo uma impressão imediata e pessoal; principio que está intimamente ligado á oralidade, por que só no procedimento oral póde ser plena e eficazmente applicado.<sup>68</sup>

A imediação, para a maioria da doutrina, está vinculada ao aproveitamento das impressões pessoais obtidas pelo magistrado. Para Oliveira Júnior, “a testemunha vale não só pelo que diz, mas também pelo modo que diz. Esta deve ser valorada em todos os seus elementos, no tom de sua voz, na firmeza e desembaraço com que fala, na sua expressão corporal, etc”<sup>69</sup>. Já Cappelletti afirma que “este método implica uma renovada confiança no homem e, conseqüentemente, naquilo em que estamos particularmente interessados, no juiz-homem, na sua capacidade de observação objetiva e de análise serena e imparcial dos dados observados”<sup>70</sup> (tradução nossa).

Sob outro ângulo, Rodríguez expõe os vários aspectos da imediação, que se manifestam segundo se tome como ponto de referência o objeto da ação, os sujeitos ou os atos do procedimento, individualmente ou de forma combinada<sup>71</sup>. Segundo o autor:

---

<sup>67</sup>CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. 1. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Boксeller, 1998, p. 65.

<sup>68</sup>MORATO, Francisco. A oralidade. *Revista Forense*, Maio, 1938, p. 144.

<sup>69</sup>OLIVEIRA JÚNIOR, Zulmar Duarte de. *O principio da oralidade no processo civil*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2011, p. 183.

<sup>70</sup>Este método implica una renovada confianza en el hombre, y por consiguiente, por lo que aquí particularmente nos interesa, en el hombre-juuez, en sus capacidades de objetiva observación y de sereno e imparcial análisis de los dados observados (CAPPELLETTI, Mauro. *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*. Traducción del italiano de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1972, p. 94).

<sup>71</sup>RODRÍGUEZ, Nicolás Cabezu. Aproximación de la teoría general sobre el principio de intermediación procesal. De la comprensión de su transcendencia a la expansión del concepto. In: CARPI, Federico; ORTELLS, Manuel (Eds.). *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. V. II. València: Universitat de València, 2008, p. 317.

Nesse duplo sentido, considera-se um princípio relacionado às relações entre o juiz ou tribunal e o objeto do processo, ou como uma imposição ao juiz de estar em contato imediato com os demais sujeitos envolvidos no processo, com os atos da parte; ou, integrando algumas das configurações anteriores, como uma regra que coloca em conexão com o corpo decisório com a finalidade do caso e os assuntos processuais, ou com as partes e as provas; ou incluindo todas essas perspectivas, o contato permanente do juiz com todos os elementos do processo capazes de formar sua convicção, seja subjetiva ou objetiva<sup>72</sup> (tradução nossa).

Saliente-se, por oportuno, que, não obstante a necessidade do juiz participar da oitiva da prova produzida em audiência, em observância ao policentrismo processual e à comparticipação, entende-se que não é mais possível relacionar a imediação às impressões pessoais do magistrado, se é que isso é possível, por se tratar de postura antidemocrática. Isso porque a técnica processual exige, no ato de decidir, que o juiz apresente critérios objetivos, visíveis, além de definidos e delimitados pelo ordenamento jurídico. O julgador deve estar vinculado a elementos não subjetivos, de modo que os litigantes possam contar com a mesma segurança, “quer estejam diante de um juiz dotado de inteligência, cultura e sensibilidade invulgares, quer estejam diante de um juiz que não tenha sido agraciado com os mesmos predicados”<sup>73</sup>. Sobre o assunto, Gonçalves leciona que:

O mais alto grau de racionalidade atingido pelos ordenamentos jurídicos contemporâneos, que se seguiu à conquista das garantias constitucionais, importa na superação do critério de aplicação da justiça do tipo salomônico, inspirada apenas na sabedoria, no equilíbrio e nas qualidades individuais do julgador<sup>74</sup>.

---

<sup>72</sup>En este doble sentido, se le considera un principio afín a las relaciones entre el juez o tribunal sentenciador y el objeto del proceso, o como una imposición al juzgador de hallarse em contacto inmediato con los demás sujetos que intervienen em el proceso, com los actos de parte; o, integrando algunas de las anteriores configuraciones, como regla que pone en conexión al órgano decisor com el objeto de la causa y los sujetos procesales, o com las partes y las pruebas; o comprendiendo todas essas perspectivas, como el contato permanente del juez com todos los elementos del proceso aptos para formar su convicción, ya fueran subjetivos, ya objetivos (RODRÍGUEZ, Nicolás Cabezedo. Aproximación de la teoría general sobre el principio de inmediateción procesal. De la comprensión de su transcendencia a la expansión del concepto. In: CARPI, Federico; ORTELLS, Manuel (Eds.). *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. V. II. València: Universitat de València, 2008, p. 317-318).

<sup>73</sup>GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 38.

<sup>74</sup>GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 37.

Na atualidade, o contraditório não significa apenas ciência bilateral e possibilidade que as partes têm de contrariá-los, mas é compreendido, técnica e cientificamente, como garantia de participação efetiva das partes no desenvolvimento do processo, em seus atos e fases lógicas, a fim de que, em igualdade de condições, possam influenciar no resultado final da controvérsia. As partes devem ter a possibilidade de trazer elementos e participar de discussões sobre quaisquer questões de fato e de direito que surjam nas diversas etapas do itinerário procedimental e que despontem como potencialmente importantes para a solução decisória jurisdicional a ser obtida ao seu final.

As impressões pessoais não são auditáveis pelo contraditório, ficando no íntimo do julgador. Não é possível aos demais sujeitos processuais, nem mesmo às instâncias recursais, argumentarem no sentido de que tais impressões pessoais não correspondem à realidade do que se pretende demonstrar. Por exemplo, o tom de voz, a firmeza, a linguagem corporal e a desenvoltura com que uma testemunha fala podem ser interpretadas de diversas maneiras, levando-se em conta o nervosismo, a condição socioeconômica, o medo, dentre outros inúmeros fatores, que também são objeto de interpretação.

Não é possível trazer para a decisão tais impressões, mesmo que as provas sejam gravadas, tratando-se de subjetivismo que não pode ser aceito em um processo democrático, por ser impossível de se fazer contraprova, ferindo, assim, a ampla defesa e o contraditório. O contraditório assegura às partes o direito de um conhecimento real e adequado de todos os atos do procedimento, de modo a se inteirarem de tudo o que possa interferir no exercício da defesa de seus direitos, implicando também na garantia de se defenderem de forma profícua, trazendo argumentos de fato e de direito aptos a influir na solução da controvérsia, utilizando-se de todos os recursos disponíveis, bem como dos meios de prova cabíveis e relevantes.

Iura entende que, “se prevalecer a tese segundo a qual o juiz tem esta capacidade de determinar a fidedignidade do depoimento pela observação

da linguagem corporal e do modo de falar do depoente, o julgador que colhesse a prova oral deveria fazer tais peculiaridades constarem dos autos”<sup>75</sup>. Esse entendimento, com exceção das audiências gravadas, seria fator de delongas das audiências de instrução e julgamento, com a obrigatoriedade de se constarem todas as observações pessoais do juiz sobre a descrição do comportamento das testemunhas e eventuais questionamentos das partes. Ainda sobre o assunto, novamente são importantes os apontamentos de Iura:

Deveras, deve-se reconhecer que a linguagem corporal e a capacidade da testemunha de responder prontamente sem reticências são critérios de duvidosa confiabilidade e cientificidade. Para o homem simples, estar numa sala de audiências diante de juiz e advogados é um fato que escapa completamente ao seu cotidiano, de modo que o nervosismo e a dificuldade em articular as respostas às perguntas que lhe foram formuladas é uma reação perfeitamente compreensível, ainda que seja totalmente genuíno o seu depoimento. De outra banda, algumas pessoas possuem o controle emocional e a velocidade de raciocínio necessário para fornecer respostas falsas de forma rápida e calma.

A rigor, tem se questionado até mesmo a confiabilidade da análise realizada por técnicos especializados com o auxílio de polígrafos – equipamentos desenvolvidos para monitorar respostas fisiológicas do corpo humano, tais como ritmo cardíaco, pressão sanguínea, ritmo respiratório, e a temperatura corporal, e que serviriam, em tese, para atestar a validade de respostas. Segundo pesquisa realizada pelo *Office of Technology Assessment* do Congresso norte-americano, em determinadas circunstâncias extremas, o índice de acerto do polígrafo não supera 57,9%, de modo que ainda que o instrumento possa ser útil na área militar e de segurança nacional, a sua utilidade como prova judicial pode ser questionada.<sup>76</sup>

Ou seja, de acordo com a análise dos dados acima expostos, nem mesmo técnicos devidamente treinados, com equipamentos apropriados, e criados com a finalidade específica de apuração da verdade da afirmação,

---

<sup>75</sup>IURA, Alexandre Miura. *Oralidade e escrita no processo civil*. 2012. 142 f. Dissertação (Mestrado) – Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 121-124.

<sup>76</sup>IURA, Alexandre Miura. *Oralidade e escrita no processo civil*. 2012. 142 f. Dissertação (Mestrado) – Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 122-124.

possuem grau elevado de acerto em seus resultados. Por uma razão maior, não se poderia impor ao magistrado que não recebeu algum treinamento, ou contou com a ajuda de algum aparelho, o dever de pressentir a verdade dos dizeres das partes ou testemunhas. Taruffo também entende que se deve excluir o entendimento de que o contato imediato do juiz com a testemunha “possa levar a uma espécie de adivinhação ou de intuição subjetiva sobre se a testemunha disse ou não disse a verdade”<sup>77</sup> (tradução nossa).

Não se desconhece a opinião no sentido de que “a mediação não é elemento único do processo oral e não se efetiva na prática sem os outros elementos do quinteto da oralidade, mormente a concentração e a identidade física do juiz”. Esse pensamento se baseia no fato de que o juiz que vai decidir a causa deve ser o mesmo que tenha “estabelecido relação imediata com as partes, testemunhas e peritos que venham ao juízo”, já que é quem, com base em tal prova oral, “retirou suas impressões imediatas sobre o processo e seu objeto litigioso”<sup>78</sup>.

No entanto, conforme se afirmou, não se pode vincular imediatidade com impressões pessoais do julgador, sob pena de se descaracterizar o processo como democrático. Não obstante todas as vantagens obtidas com a mediação, não se pode desconsiderar que raramente é realizada uma só audiência por dia pelo juiz, o que faz com que a imediatidade nem sempre seja real. Em procedimentos complexos e demorados, ou mesmo após inúmeras audiências no mesmo dia, o juiz, como qualquer outro ser humano, não é capaz de prestar a mesma atenção em todos ou em muitos detalhes importantes<sup>79</sup>.

Por fim, ressalte-se que existem exceções à mediação, podendo ser citada a produção da prova testemunhal por meio de carta precatória e

---

<sup>77</sup>At any rate, it has to be excluded that the immediate contact of the trier of fact with the witness may lead to a sort of divination or of subjective intuition about whether the witness told or did not tell the truth (TARUFFO, Michele. Orality and writing as factors of efficiency in civil litigation. In: CARPI, Frederico; ORTELLS, Manuel (Eds.). *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. V. I. València: Universitat de València, 2008, p. 197).

<sup>78</sup>OLIVEIRA JÚNIOR, Zulmar Duarte de. *O princípio da oralidade no processo civil*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2011, p. 181.

<sup>79</sup>FENOLL, Jordi Nieva. The disadvantages of orality. In: CARPI, Frederico; ORTELLS, Manuel (Eds.). *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. V. II. València: Universitat de València, 2008, p. 472.

rogatória, afastando a colheita direta da prova pelo juiz que decidirá os pedidos e as questões.

### 3.1.2.2 Concentração

Pelo *princípio* da concentração, busca-se agrupar o máximo de atos processuais em um momento devidamente delimitado. Por meio da concentração, impõe-se o conhecimento e o julgamento dos pedidos e das questões em uma única audiência ou em poucas audiências contíguas. Para Chiovenda, “este princípio da *concentração* é a principal característica *exterior* do processo oral, e a que mais influi na abreviação das lides”<sup>80</sup>. De acordo com citado autor:

À sua vez, ainda este princípio é necessário à aplicação dos precedentes. Efetivamente, quanto mais se acerquem da decisão do juiz as atividades processuais, tanto menor é o perigo de que se lhe oblitere a impressão delas e de que o traia a memória; e tanto mais fácil será manter a identidade física passível, num longo período, de mais facilmente mudar, por morte, doença, transferência, promoção, aposentadoria.<sup>81</sup>

Morato também entende que o elemento chamado concentração é a principal característica da oralidade, de modo que, “quanto mais próximos da decisão do juiz são os movimentos processuais, tanto menor é o perigo do desaparecimento das impressões pessoais e dos factos que a memória registra”<sup>82</sup>. Para o autor, a concentração “consiste em apertar o feito em um período breve, reduzindo-o a uma só audiência ou a poucas audiências a curtos intervallos”<sup>83</sup>. Marques argumenta igualmente que a concentração é crucial para a definição de oralidade, tratando-a “como *conditio sine*

---

<sup>80</sup>CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. 3. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bokseller, 1998, p. 74-75.

<sup>81</sup>CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. 3. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bokseller, 1998, p. 66.

<sup>82</sup>MORATO, Francisco. A oralidade. *Revista Forense*, Maio, 1938, p. 145.

<sup>83</sup>MORATO, Francisco. A oralidade. *Revista Forense*, Maio, 1938, p. 145.



*qua non* do sistema oral”<sup>84</sup>. Já Sotelo afirma que “com a oralidade e o imediatismo a concentração é praticada em um único ato, diante da própria dispersão da escrita”<sup>85</sup>. Sobre o assunto, Guedes traz importantes observações:

Manifesta-se preponderantemente de duas maneiras, reduzindo-se o número de atos processuais ou encurtando o tempo entre os atos (aspecto objetivo) ou ainda pela 'proximidade temporal entre aquilo que o juiz apreendeu com sua observação pessoal, e o momento em que deverá avaliá-lo na sentença. Esse é o elemento decisivo para a preservação das vantagens do princípio' (aspecto subjetivo). Poderá se dizer que um elemento é consequência do outro, mas é perfeitamente possível se pensar em encurtamento temporal entre atos processuais, sem ocorrência do *princípio da imediatidade*, o que esmaeceria o elemento subjetivo.<sup>86</sup>

Não obstante a sua importância para a caracterização da oralidade, não foi dada a devida relevância à concentração no procedimento comum regido pelo CPC de 2015. A afirmação se justifica pelo fato de terem sido previstas pelo menos três possíveis audiências, quais sejam, a audiência de conciliação, a audiência de saneamento e organização do processo e a audiência de instrução e julgamento.

Além disso, existe uma gama de atos preliminares à realização de qualquer dessas audiências, evidenciando que o curso do procedimento comum pode se alongar consideravelmente no tempo. Com efeito, a fase postulatória é feita toda por escrito, e, salvo algumas exceções, também a fase decisória. Mesmo na audiência de instrução e julgamento, apesar de previsto, não se aplica, na prática, a inteireza da concentração, na medida em que, raramente, as razões finais orais e a sentença são apresentadas em audiência. Essa diluição do procedimento comum em algumas fases a

---

<sup>84</sup>MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. V. 1. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 380.

<sup>85</sup>Con la oralidad y la intermediación se practica la concentración en un solo acto, frente a la dispersión propia de la escritura (SOTELO, José Luis Vásquez. La oralidad y en el moderno proceso civil español y su influencia sobre la prueba. In: CARPI, Frederico; ORTELLS, Manuel (Eds.). *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. V. II. València: Universitat de València, 2008, p. 262).

<sup>86</sup>GUEDES, Jefferson Carús. *O princípio da oralidade*. Procedimento por audiências no Direito Processual Civil Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 63.

serem praticadas em momentos esparsos enfraquece demasiadamente a concentração e, via de consequência, a própria oralidade.

Ao que se percebe, toda a doutrina citada relaciona a concentração à redução dos atos do procedimento ao menor tempo possível, buscando-se, com isso, preservar, na mente do julgador, os fatos relevantes ocorridos no curso do procedimento, de modo a não se alterarem as impressões pessoais. Por isso, novamente, faz-se necessário ressaltar que essa postura não se coaduna mais com o paradigma do Estado Democrático de Direito, adotado pela República Federativa do Brasil desde 1988, sendo pertinentes todos os apontamentos feitos quando do estudo da imediatidade.

Com efeito, nesse particular, a concentração certamente é importante para a efetividade do processo e da eficiência da Jurisdição, propiciando que os atos sejam realizados de forma reunida em um único momento, acarretando a celeridade. Isso não significa que deva ser utilizada como uma forma de preservação de impressões pessoais do magistrado. Nessa medida, propõe-se uma releitura da concentração para afastar, assim como na imediação, o elemento subjetivo para a sua caracterização, sob pena de afronta ao contraditório, à ampla defesa e ao Estado Democrático de Direito.

### 3.1.2.3 Identidade física do juiz

O princípio da identidade física do juiz determina que o magistrado que presidiu e encerrou a instrução processual fique vinculado ao processo, de modo a se tornar obrigado a proferir a sentença. Para Silva, “de todos esses elementos, o que oferece, em tese, dificuldade na aplicação do princípio, está na chamada 'identidade física do juiz', que originalmente, correspondia na certeza de que o mesmo juiz que despachasse a inicial e instrísse o processo, fosse o autor da sentença”<sup>87</sup>.

---

<sup>87</sup>SILVA, José de Anchieta. O princípio da oralidade – pela valorização do princípio da oralidade no projeto de novo Código de Processo Civil. In: ROSSI, Fernando; RAMOS, Glauco Gumerato; GUEDES, Jefferson Carús; DELFINO, Lúcio; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro (Coords.). *O futuro do Processo Civil no Brasil: uma análise crítica ao Projeto do Novo CPC*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 302-303.

Parte-se da crença de que o juiz que colheu as provas tem melhores condições de julgar. Chiovenda entende que “a impressão recebida pelo juiz que assiste a um ou mais atos não se pode transfundir no outro que tenha de julgar, mas somente se lhe poderia transmitir por meio da escrita, e, em tal hipótese, o processo, que seria oral em relação ao juiz instrutor, seria escrito relativamente ao julgador”<sup>88</sup>. Para Guedes, “é conceituado sinteticamente como o princípio que impõe que profira a decisão (sentença) o juiz que colheu a prova oral em audiência. [...] Este princípio é nominado por alguns doutrinadores como da *identidade do juiz na instrução* e por outros como *aquele que vincula o juiz da instrução ao ato sentencial*”<sup>89</sup>. Não se pode deixar de consignar que Rodríguez entende que a identidade física do juiz seria, na verdade, a aplicação da imediação em sentido estrito<sup>90</sup>. Segundo o autor:

A questão é apoiada pela literalidade da Exposição de Motivos da LEC, que diferencia entre imediatismo em um sentido amplo, a presença judicial; e imediatismo em um sentido estrito, a obrigação de ditar a sentença pelos “Juízes e magistrados que presenciaram a colheita da prova em audiência”. Esta última norma teria sua fundamentação jurídica correlata em diferentes preceitos, onde está disposto que somente as causas dos membros do órgão jurisdicional que assistiram à audiência ou julgamento, << mesmo depois de terem deixado aqueles para exercer suas funções no tribunal >> (artigo 194.1 LEC), na medida em que a substituição do juiz ou de qualquer dos membros do tribunal determinaria a necessidade de repetir a audiência (artigo 200 LEC)<sup>91</sup> (tradução nossa).

---

<sup>88</sup>CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. 1. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bo-okseller, 1998, p. 65.

<sup>89</sup>GUEDES, Jefferson Carús. *O princípio da oralidade*. Procedimento por audiências no Direito Processual Civil Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 68.

<sup>90</sup>RODRÍGUEZ, Nicolás Cabezu. Aproximación de la teoría general sobre el principio de inmediateción procesal. De la comprensión de su transcendencia a la expansión del concepto. In: CARPI, Federico; ORTELLS, Manuel (Eds.). *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. V. II. València: Universitat de València, 2008, p. 322.

<sup>91</sup>El interrogante viene respaldado por la literalidad de la Exposición de Motivos de la LEC, donde se diferencia entre inmediateción em sentido amplo, la presencia judicial; e inmediateción em sentido estrito, la obligación de dictar sentencia de << los Jueces y Magistrados que presenciaron la práctica de las pruebas en el juicio o vista >>. Esta última norma tendría su correlativa plasmación legal en preceptos diferentes a los mencionados, donde se dispone que sólo podrán fallar las causas los integrantes del órgano jurisdicional que hayan asistido a la vista o juicio, << incluso aunque después hubieran dejado aquéllos de ejercer sus funciones en el tribunal >> (art. 194.1 LEC), hasta el punto que la sustitución del juzgador o de alguno de los miembros del tribunal determinaría la necesidad de repetir la vista (art. 200 LEC) (RODRÍGUEZ, Nicolás Cabezu. Aproximación de la teoría general sobre el principio de

No entanto, entende-se tratarem-se de elementos distintos, de modo que a identidade física do juiz está ligada à vinculação do magistrado que ouviu a prova oral, ao dever de proferir a sentença. A identidade física do juiz seria consectário lógico dos dois primeiros *princípios*, de modo que a “oralidade e a imediatidade seriam frustaneas si os actos processuaes se desenvolvessem perante juízos diversos”<sup>92</sup>. Parte-se, assim, de uma pressuposição de que o magistrado que concluiu a instrução processual compreende melhor o conjunto probatório colhido no decorrer do procedimento.

Por outro lado, percebe-se que paulatinamente a identidade física do juiz foi sendo enfraquecida no ordenamento pátrio, resultando na sua abolição. Isto porque, o CPC de 1939 era rígido no que se referia à identidade física do juiz, determinando que o juiz que concluiu a audiência deveria ser o mesmo que sentenciaria, mesmo nas hipóteses de transferência, promoção e aposentadoria, salvo quando a aposentadoria se desse por absoluta incapacidade física ou moral para o exercício do cargo<sup>93</sup>. Essa situação foi abrandada no CPC de 1973, que previu que 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”<sup>94</sup>. Por fim, deve ser mencionado que o CPC de 2015 não acolheu o princípio da identidade física do

---

inmediación procesal. De la comprensión de su transcendencia a la expansión del concepto. In: CARPI, Federico; ORTELLS, Manuel (Eds.). *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. V. II. Valência: Universitat de Valência, 2008, p. 322).

<sup>92</sup>MORATO, Francisco. A oralidade. *Revista Forense*, Maio, 1938, p. 144.

<sup>93</sup>Disponha o art. 120 do CPC de 1939 que:

“Art. 120. O juiz transferido, promovido ou aposentado concluirá o julgamento dos processos cuja instrução houver iniciado em audiência, salvo si o fundamento da aposentação houver sido a absoluta incapacidade física ou moral para o exercício do cargo.

O juiz substituto, que houver funcionado na instrução do processo em audiência, será o competente para julgá-lo, ainda quando o efetivo tenha reassumido o exercício.” (BRASIL. Decreto-lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, Seção 1, p. 24369, 13 out. 1939).

<sup>94</sup>Disponha o art. 132 do CPC de 1973 que:

“Art. 132. 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.

Parágrafo único. Em qualquer hipótese, o juiz que proferir a sentença, se entender necessário, poderá mandar repetir as provas já produzidas. (Incluído pela Lei n.º 8.637, de 31.3.1993)” (BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 jan. 1973).

juiz, sendo suprimido o correspondente ao art. 132 do CPC de 1973. Dessa maneira, com o silêncio do CPC de 2015 acerca das hipóteses que autorizam a aplicação do princípio da identidade física do juiz, entende-se que o legislador primou por sua exclusão do sistema processual civil.

Constata-se, assim, que, por opção legal (critério de política legislativa), considerou-se desnecessário estabelecer uma vinculação do juiz que finalizou a instrução com aquele que proferirá a decisão. Com todo o respeito que merecem as opiniões em contrário, e firme nas opiniões já expostas, entende-se que foi acertada a decisão legislativa de não mais adotar a identidade física do juiz.

Dentro de um viés democrático, que pressupõe a desvinculação de subjetivismos no momento de se decidir, não mais se justifica a vinculação do juiz instrutor da causa com a decisão, que deverá ser baseada em critérios, provas e argumentos objetivos existentes dentro do processo, e não em opiniões pessoais não controláveis pelo contraditório. A identidade física do juiz não é um elemento essencial nos procedimentos civis, de modo que a sua falta não acarreta alguma ofensa ao devido processo legal e ao texto constitucional.

Além disso, diversas outras provas também importantes, como a pericial e a documental, são produzidas sem a presença do juiz. Não existe hierarquia entre os meios de prova, de modo que deva existir uma primazia entre qualquer delas para vincular o decisor. Dar mais valor, em abstrato, a qualquer desses elementos de prova poderia importar, mesmo que não expressa ou intensamente, ao retorno a algumas características das provas tarifárias.

Ademais, diversas decisões importantes, como as que apreciam os pedidos de tutela provisória, são baseadas em provas documentais, sem que sua apreciação vincule o juiz. Nas provas documentais ou periciais, o magistrado não participa da sua realização, o que não as torna menos importante. É de ser ressaltado também que inúmeros pedidos são decididos sem a produção de provas orais, de modo que inexistente vinculação de qualquer juiz que atuou em tais processos com a prova colhida.

### 3.1.2.4 Irrecorribilidade em separado das decisões interlocutórias

O princípio da irrecorribilidade em separado das interlocutórias determina que os recursos interpostos contra essas decisões não suspendam o curso do procedimento, sendo mantida a concentração. De acordo com Guedes, de todos, “é o que tem menor aplicação, efetividade e importância”<sup>95</sup>. Para o autor, “em associação com o *princípio da concentração*, objetiva também evitar o excessivo truncamento do processo, pelas constantes interrupções ocasionadas pela interposição dos recursos que postergam a decisão”<sup>96</sup>. Para Morato, “este último requisito da irrecorribilidade das interlocutórias tende por igual a assegurar a actuação dos primeiros, impedindo que os julgamentos se dilatam, concentrando a causa e abreviando o tempo para sua decisão”<sup>97</sup>.

No processo civil brasileiro, não existe uma exata irrecorribilidade das decisões interlocutórias, em vista de serem diversas delas passíveis de agravo de instrumento. O CPC de 2015 traz, no art. 1.015, o rol das decisões passíveis de serem impugnadas por agravo de instrumento. Nessa medida, a irrecorribilidade em separado das decisões interlocutórias encontraria óbice também no princípio da primazia do exame do mérito, previsto nos arts. 485, 932, parágrafo único, e 1.029, §3º, ambos do CPC de 2015, segundo o qual, o exercício da Jurisdição deve se orientar pela atividade satisfativa dos direitos discutidos em juízo. Por isso, sempre que possível, o juiz deveria superar os vícios, permitindo sua correção, a fim de examinar o mérito da causa.

---

<sup>95</sup>GUEDES, Jefferson Carús. *O princípio da oralidade*. Procedimento por audiências no Direito Processual Civil Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 72.

<sup>96</sup>GUEDES, Jefferson Carús. *O princípio da oralidade*. Procedimento por audiências no Direito Processual Civil Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 73.

<sup>97</sup>MORATO, Francisco. A oralidade. *Revista Forense*, Maio, 1938, p. 145.

### 3.2 Técnica

A técnica está relacionada com a racionalidade da forma e do saber agir, de modo a se conseguir obter os resultados desejados. Técnica, de acordo com Gonçalves, é o “conjunto de meios adequados para a consecução dos resultados desejados, de procedimentos idôneos para a realização de finalidades”<sup>98</sup>. Para André Lalande, segundo Gonçalves, a palavra *técnica* possui dois sentidos, quais sejam: “conjunto de procedimentos bem definidos e transmissíveis destinados a produzir certos resultados julgados úteis” e “em sentido especial [...] a palavra técnica se diz particularmente dos métodos organizados que se fundam sobre um conhecimento científico correspondente”<sup>99</sup>.

Rüdiger entende que “a técnica significa conhecimento e, como tal, é um modo de saber, uma forma de pensamento”, consistindo “no cálculo dos meios adequados à consecução de determinado fim, na sua obtenção calculada”<sup>100</sup>. De acordo com Rüdiger, a “técnica significa conhecimento operatório”<sup>101</sup>. Assim, a técnica “não seria, em essência, portanto, a atividade que intervém sobre as coisas, mas o saber sobre a forma como elas acontecem, com elas se verificam nesse processo”<sup>102</sup>.

A técnica jurídica e a sua aplicação, pelo que se vê, não se destinam a atender a caprichos ou a se tornarem obstáculo para o alcance de determinada finalidade. Pelo contrário, buscam ser uma atividade necessária para que se obtenha determinada resposta. Dessa forma, ainda segundo Gonçalves, o procedimento jurisdicional, como “técnica criada pelo ordenamento jurídico, e trabalhada pela ciência do Direito Processual”, deve “se esmerar em fornecer o melhor instrumental teórico para que o

---

<sup>98</sup>GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 16.

<sup>99</sup>GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 16.

<sup>100</sup>RÜDIGER, Francisco. *Martin Heidegger e a questão da técnica*. Prospectos acerca do futuro do Homem. Porto Alegre: Sulina, 2006, p. 33 e 78.

<sup>101</sup>RÜDIGER, Francisco. *Martin Heidegger e a questão da técnica*. Prospectos acerca do futuro do Homem. Porto Alegre: Sulina, 2006, p. 29.

<sup>102</sup>RÜDIGER, Francisco. *Martin Heidegger e a questão da técnica*. Prospectos acerca do futuro do Homem. Porto Alegre: Sulina, 2006, p. 88.

processo se torne a técnica mais idônea possível ao cumprimento de sua finalidade”<sup>103</sup>.

A técnica processual busca criar a melhor e mais eficaz estrutura para que a decisão seja proferida de forma legítima, garantindo a ampla participação das partes na defesa de seus direitos, mediante a proteção de todos os direitos e garantias processuais.

Por outro lado, não se pode desconsiderar o alerta de Habermas, no sentido de que “não só a sua aplicação, mas já a própria técnica é dominação metódica, científica, calculada e calculante (sobre a natureza e sobre o homem)”. Para Habermas, “a técnica é, em cada caso, um projecto histórico-social; nele se projecta o que uma sociedade e os interesses nela dominantes pensam fazer com os homens e com as coisas”<sup>104</sup>. Ainda de acordo com o autor, “cremos entender por <<técnica>> a disposição cientificamente racionalizada sobre processos objetivados; referimo-nos assim ao sistema em que a investigação e a técnica se encontram com a economia e a administração e são por elas retro-alimentadas”<sup>105</sup>.

### 3.3 Oralidade como técnica

Após a análise do entendimento doutrinário relativo à oralidade, e empreendendo estudos sobre as definições de princípio e técnica, entende-se que a oralidade não se enquadra como princípio, mas como uma técnica procedimental.

A oralidade não é causa e justificação de outras normas, nem tampouco possui uma função normativa própria, fundamentando, de qualquer modo, o ordenamento jurídico. Igualmente, não se verifica, na oralidade, a orientação de resultados ou decisões em determinada direção, mesmo de maneira não conclusiva. Ou seja, não existe uma função argumentativa relacionada à oralidade que não mostra, ou sequer sinaliza, o

<sup>103</sup>GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 28 e 147.

<sup>104</sup>HABERMAS, Jürgen. *Técnica e ciência como ideologia*. Tradução de Arthur Morão. Lisboa: Edições 70, 1958, p. 46-47.

<sup>105</sup>HABERMAS, Jürgen. *Técnica e ciência como ideologia*. Tradução de Arthur Morão. Lisboa: Edições 70, 1958, p. 101.



sentido que o decisor deve seguir para tomar determinada decisão. Percebe-se assim que a oralidade não desempenha um papel fundamental nos argumentos que sustentam as decisões, notadamente, nas questões judiciais mais difíceis.

Além disso, não se constata na oralidade qualquer papel de fundamento das regras ou das decisões, não se prestando a embasar a validade da aplicação de algum ato processual. Como ressaltado, no paradigma democrático, sentimentos pessoais sobre a prova colhida não podem ser levados em consideração pelo julgador, de modo que a prática oral de atos visando este motivo não tem mais fundamento constitucional. A objetividade com que as provas devem ser colhidas e analisadas, afastando subjetivismos, retira a necessidade de contato pessoal do magistrado que decidirá com as partes e testemunhas.

Os atos obrigatoriamente realizados de forma oral no curso do procedimento, somente o são devida à impossibilidade de serem praticados de outro modo como, por exemplo, a oitiva de testemunhas. Embora diversas outras condutas possam ser praticadas oralmente, como as alegações finais e a sentença, não existe a obrigatoriedade para tanto.

Os atos praticados no curso do procedimento não deixarão de ser válidos caso não sejam praticados de forma oral, e sejam praticados de forma desconcentrada, e por outro juiz que não aquele que concluiu a instrução, conforme já devidamente analisado. Caso a oralidade realmente fosse um princípio, as decisões proferidas deveriam necessariamente ser orientadas e fundamentadas no sentido do maior número de atos serem praticado de forma oral, concentradamente e pelo mesmo juiz que concluiu a instrução.

Por outro lado, dentro do procedimento, existe uma determinação de quando os atos praticados de forma oral serão obrigatórios ou mesmo permitidos, sendo estabelecidos os momentos em que será utilizada a palavra oral, a concentração dos atos, a imediatidade e a identidade física do juiz. Ou seja, trata-se de forma diretamente ligada à técnica, e não aos princípios. Com efeito, a técnica, como conjunto de procedimentos definidos e que buscam a produção de resultados úteis, mais se compatibiliza com a

oralidade. A determinação da concentração dos atos processuais é feita para momentos específicos e de acordo com a política legislativa, o que leva à conclusão de que pressupõe regras específicas para sua atuação, de modo que restaria afastada a caracterização da oralidade como princípio.

De outra feita, a imediatidade, relativizada com a oitiva de partes e testemunhas por juízos diversos daqueles que decidirão, ou mesmo seu afastamento ou substituição por depoimentos escritos, também descaracteriza a oralidade como princípio. Além disso, como ressaltado, existem momentos exatos em que devem ser aplicadas e até mesmo suprimidas a identidade física do juiz e a irrecorribilidade em separado das decisões interlocutórias. Caso a oralidade fosse realmente um princípio, seus *subprincípios* não poderiam ser afastados, pelo contrário, deveriam ser aplicados em sua inteireza, além de servirem de base para a tomada de quaisquer decisões, o que não acontece.

Outrossim, o procedimento jurisdicional, com uma técnica criada pelo ordenamento jurídico, prevê especificamente sequência de regras e comportamentos das partes, que podem ser orais ou escritos, concentrados ou não, sempre buscando a produção de um resultado útil. Portanto, entende-se que a oralidade não é um princípio, mas uma técnica procedimental, sendo estabelecidos, dentro do procedimento, os momentos em que serão utilizadas a palavra oral e a imediatidade, bem como outros elementos correlatos, mas não essenciais, como a concentração dos atos e a identidade física do juiz.

#### **4 Conclusão**

O ordenamento jurídico, composto de normas jurídicas constitucionais e infraconstitucionais vigentes durante determinado período e em certo território, é composto de normas que se subdividem em regras e princípios. Assim, e com base na teoria de Dworkin, as regras são aplicáveis no contexto do tudo ou nada, de modo que sua aplicação ocorrerá

apenas se a hipótese de sua incidência for preenchida. Os princípios, por sua vez, não determinam os resultados, servindo para orientar a decisão.

Lado outro, está relacionada com a racionalidade da forma e do saber agir, de modo a se conseguir obter os resultados desejados. A técnica jurídica e a sua aplicação pretendem ser uma atividade necessária para que se obtenha determinada resposta, criando a melhor e mais eficaz estrutura para que seja proferida decisão legítima, garantindo a ampla participação das partes na defesa de seus direitos, mediante a proteção de todos os direitos e garantias processuais. Em razão disto, percebendo-se que a oralidade não apresentou função de orientação de resultados ou decisões em determinada direção, mesmo que de maneira não conclusiva, e chegando-se à constatação de que a oralidade não possui função interpretativa ou supletiva do sistema, nem tampouco uma função normativa própria, fundamentando, de qualquer modo, o ordenamento jurídico, entende-se que a oralidade não seria um princípio.

Com efeito, a técnica, como conjunto de procedimentos definidos e que buscam a produção de resultados úteis, mais se compatibiliza com a oralidade, determinando quando deveria ocorrer a concentração dos atos processuais, a imediatidade, a identidade física do juiz e a irrecorribilidade em separado das decisões interlocutórias. Caso a oralidade fosse realmente um princípio, seus *subprincípios* não poderiam ser afastados. Pelo contrário, deveriam ser aplicados em sua inteireza. Na realidade, a oralidade não é elemento norteador da estruturação dos procedimentos na esfera civil. Essa afirmação tem por base, não só as regras que dispõem sobre a prática dos atos no curso do procedimento e da aplicação dos elementos da oralidade, como também uma constatação empírica, na medida em que raramente os sujeitos processuais dão primazia à prática oral de atos. Portanto, entende-se que a oralidade não é um princípio, mas uma técnica procedimental, sendo estabelecidos, dentro do procedimento, os momentos em que serão utilizadas a palavra oral e a imediatidade, bem como outros elementos correlatos, mas não essenciais, como a concentração dos atos e a identidade física do juiz.

Como decorrência, à concentração dos atos, à imediatidade, à identidade física do juiz e à irrecorribilidade das decisões interlocutórias, não se pode atribuir a natureza jurídica de princípio, ou de subprincípios, razão pela qual, em diversas oportunidades, referidas expressões vieram em destaque. Seria preferível denominá-los elementos componentes da oralidade, por serem suas partes integrantes. Tais elementos, conforme visto, devem ser relidos de acordo com o paradigma do Estado Democrático de Direito, enfatizando a possibilidade de comparticipação e desvinculando-os de quaisquer elementos subjetivos. Portanto, concluiu-se que a imediação e a identidade física do juiz não podem ter a conotação de preservar as íntimas convicções e impressões pessoais do magistrado. Deve-se dar à imediação a acepção de contato direto do juiz com as partes, de modo a possibilitar a influência e a comparticipação de todos os sujeitos processuais. Igualmente, a identidade física do juiz deve ser considerada apenas como uma medida de política legislativa de distribuição de trabalho. A concentração certamente é importante para a efetividade do processo e da eficiência da Jurisdição, propiciando que os atos sejam realizados de forma reunida em um único momento, acarretando a celeridade. Isso não significa que deva ser utilizada como uma forma de preservação de impressões pessoais do magistrado. Nessa medida, propõe-se uma releitura da concentração, assim como na imediação, para afastar o elemento subjetivo para sua caracterização, sob pena de afronta ao contraditório, à ampla defesa e ao Estado Democrático de Direito.

## XII

# **Da audiência preliminar à audiência de saneamento compartilhado: uma análise a partir do modelo de colaboração processual**

*Iago Batista*<sup>1</sup>

### **Introdução**

A disciplina da atividade de saneamento processual sofreu grandes modificações desde a promulgação do Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73), que passou por diversas reformas, até a instituição do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015).

A atividade, exercida com maior expressão na passagem da fase postulatória para a instrutória, exerce grande influência no iter processual e nos rumos da resolução do mérito das causas, uma vez que através dela é que o juiz toma diversas providências visando ao encerramento prematuro do feito, com ou sem resolução do mérito, ou à sua preparação para a instrução e julgamento.

Com o novo diploma legal, a atividade de saneamento e organização do processo ganha novas nuances, com maior incidência do dever de colaboração do juiz, possibilidade de delimitação negociada das questões de fato e de direito e, ainda, de saneamento oral em audiência.

Trata-se do que vem sendo chamado de saneamento compartilhado, com objetivos diferentes da antiga audiência preliminar do CPC/73.

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Advogado.

Nesse sentido, o trabalho pretende apresentar o conceito de saneamento processual, o regramento da extinta audiência preliminar do CPC/73, e, em seguida, expor o modelo colaborativo de processo pretendido pelo CPC/2015 e a manifestação do princípio da cooperação através do chamado saneamento compartilhado em audiência.

## 1. O saneamento processual

O saneamento do processo é uma atividade exercida pelo juiz que consiste na organização dos atos processuais e correção de seus eventuais vícios, presente em todo o iter processual.

Contudo, se manifesta com maior expressividade entre a fase postulatória e na transição para a fase probatória, de modo que, no processo civil atual, há uma verdadeira fase de saneamento e organização do processo, quando ocorre o julgamento conforme o estado do processo, que pode resultar na sua extinção<sup>2</sup>, no julgamento antecipado do mérito<sup>3</sup>, no julgamento antecipado parcial do mérito<sup>4</sup> ou no proferimento da chamada decisão de saneamento<sup>5</sup> propriamente dita.

A decisão de saneamento, que à época do Código de Processo Civil de 1939 e também na primeira redação do Código Buzaid era denominada

---

<sup>2</sup> Art. 354. Ocorrendo qualquer das hipóteses previstas nos arts. 485 e 487, incisos II e III, o juiz proferirá sentença.

<sup>3</sup> Art. 355. O juiz julgará antecipadamente o pedido, proferindo sentença com resolução de mérito, quando:

I - não houver necessidade de produção de outras provas;

II - o réu for revel, ocorrer o efeito previsto no art. 344 e não houver requerimento de prova, na forma do art. 349.

<sup>4</sup> Art. 356. O juiz decidirá parcialmente o mérito quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles:

I - mostrar-se incontroverso;

II - estiver em condições de imediato julgamento, nos termos do art. 355.

<sup>5</sup> Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo:

I - resolver as questões processuais pendentes, se houver;

II - delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos;

III - definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373;

IV - delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito;

V - designar, se necessário, audiência de instrução e julgamento.

“despacho saneador”<sup>6</sup>, foi conceituada por Galeno Lacerda como aquela “proferida logo após a fase postulatória, na qual o juiz, examinando a legitimidade da relação processual, nega ou admite a continuação do processo ou da ação, dispondo, se necessário, sobre a correção de vícios sanáveis”<sup>7</sup>.

Nas lições de Humberto Theodoro Júnior, é a decisão proferida “ao final das providências preliminares, para reconhecer que o processo está em ordem e que a fase probatória pode ser iniciada, eis que será possível o julgamento do mérito”<sup>8</sup>.

Para Galeno Lacerda, o saneamento processual é a manifestação do princípio da economia, que “transcende a mera preocupação individualista de poupar trabalho a juízes e partes, de frear gastos excessivos, de respeitar o dogmatismo dos prazos”<sup>9</sup> e que visa, “à ânsia de perfeição da justiça humana – reconhecer e proclamar o direito, com o menor gravame possível”<sup>10</sup>.

Galeno Lacerda, já em 1953, compreendia a importância da eficiência do processo civil, mencionando que o saneamento possui como finalidade precípua a redução do custo do processo, entendido não só como os custos financeiros diretos, mas também os desgastes psicológicos e o prejuízo material indireto que a privação do bem da vida causa ao seu legítimo titular.

No processo civil atual, a atividade saneadora é instrumento para efetivação da regra da primazia do mérito<sup>11</sup> e, a fase de organização e

---

<sup>6</sup> Quanto à denominação “despacho saneador”, cabe observar que desde meados do séc. XX já se discutia acerca da sua inadequação, conforme lição de Galeno Lacerda, que o caracterizava como ato de decisão com conteúdo declaratório e volitivo, citando, ainda, o português Barbosa de Magalhães: “a expressão – despacho saneador – não é própria; em nosso parecer deve ser suprimida, ou ser substituída por outra, que, praticamente, não sabemos qual seja”. LACERDA, Galeno. *Despacho Saneador*. Porto Alegre: Imprensa, 1953. Pág. 11.

<sup>7</sup> LACERDA, Galeno. *Despacho Saneador*. Porto Alegre: Imprensa, 1953. Pág. 7.

<sup>8</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. Pág. 829.

<sup>9</sup> LACERDA, Galeno. *Op. Cit.*. Pág. 6.

<sup>10</sup> *Idem*.

<sup>11</sup> Art. 4º. As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

saneamento, um dos momentos processuais mais propícios para que o juiz exerça o seu dever de colaboração<sup>12</sup>.

## 2. Antecedentes: o saneamento e a audiência preliminar do CPC/73

Conforme observa Paulo Eduardo Alves da Silva<sup>13</sup>, o CPC/73 pretendeu simplificar a racionalizar o procedimento, conforme se denota da sua exposição de motivos: “introduzimos modificações substanciais, a fim de simplificar a estrutura do Código, facilitar-lhe o manejo, racionalizar-lhe o sistema e torna-lo um instrumento dúctil para a administração da justiça”.

Silva explica que essa racionalização gerou a redução da oralidade<sup>14</sup>, da concentração<sup>15</sup> e da imediatidade<sup>16</sup> que existia no CPC/39. Com efeito, na redação original do CPC/73, a oralidade estava presente apenas na audiência de instrução e julgamento, designada no então chamado despacho saneador. Havia, então, presença da concentração dos atos, uma vez que a audiência de instrução seria marcada em data próxima à do proferimento da decisão de saneamento.

Contudo, ainda na *vacatio legis* do CPC/73, o seu art. 331 sofreu uma importante modificação. O objeto do saneamento deixou de ser o deferimento da prova pericial que deveria ser requerida já na petição inicial ou na contestação e passou a ser, além da verificação da (in)existência de

---

<sup>12</sup> Art. 6º. Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

<sup>13</sup> SILVA, Paulo Eduardo Alves. Gerenciamento de Processos Judiciais. São Paulo: Saraiva, 2010. Pág. 103.

<sup>14</sup> “Por oralidade processual, compreende-se a concentração do procedimento, a imediação das relações entre as partes e os juízes e, sobretudo, a restauração da autoridade do juiz e a ampliação do seu poder de investigação. Desse modo, o termo oralidade seria a síntese e o símbolo do movimento reformador”. MAIA, Renata Christiana Vieira. A efetividade do processo de conhecimento mediante a aplicação do processo oral. 2015. Tese (Doutorado em Direito Processual Civil). Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Pág. 69-70.

<sup>15</sup> “A concentração para o processo oral reside na circunstância de que tendo o juiz o contato imediato com as provas, e passando ele a ter a base suficiente para proferir sua decisão em suas íntimas convicções, torna-se necessário que essa seja proferida em curto espaço de tempo, evitando que o tempo corrompa e fulmine o convencimento do juiz frente as provas diante dele realizadas”. *Ibidem*. Pág. 90.

<sup>16</sup> “Por imediação, entende-se o princípio que está intimamente ligado ao princípio da identidade física do juiz. É por meio dele que se assegura ao juiz o conhecimento direto do objeto da demanda. Ao juiz que caiba proferir a sentença, será ele o legitimamente autorizado para a colheita das provas, a estar em contato direto com as partes, pois do contrário, se se permitisse que um juiz instruisse o processo e outro proferisse a decisão, maculado estaria o processo oral”. *Ibidem*. Pág. 85.



vícios, o momento em que o juiz decidiria sobre as provas a serem produzidas e a designação da audiência de instrução e julgamento<sup>17</sup>.

A diferença parece simples, mas implicou na necessidade de abertura de prazo para especificação de provas, ainda que tal decisão não estivesse expressamente prevista no Código, mitigando a concentração ao distanciar o saneamento da audiência de instrução<sup>18</sup>. “Conseqüentemente, a oralidade e a tentativa de resolução amigável ficaram relegadas ao final do procedimento, o que neutralizou o potencial desses mecanismos”<sup>19</sup>.

No mesmo sentido, Maia aponta que na redação original do CPC de 1973 “não havia previsão da realização de uma audiência preliminar (art. 331), uma vez que a tentativa de conciliação [...] só ocorreria quando da audiência de instrução e julgamento, tanto no procedimento sumário, quanto no ordinário”<sup>20</sup>.

Esse procedimento, que rejeitava o modelo processual austríaco de 1895, baseado na oralidade e na concentração processual<sup>21</sup>, viria a ser alterado pela Lei n.º 8.952, de 13 de dezembro de 1994, e depois pela Lei n.º 10.444, de 7 de maio de 2002<sup>22</sup>, voltando às inspirações austríacas.

O rito ordinário passou a contar com uma audiência preliminar cuja função expressa era a de tentar conciliar as partes e proporcionar sua participação na fixação dos pontos controvertidos.

Silva ressalta que, analisando os modelos que inspiraram a reforma, havia ainda um “escopo geral de promover a economia processual pela organização do processo, relativo ao procedimento escrito, prolongado e rígido”<sup>23</sup>. Visava, sobretudo, reduzir o tempo entre o início do processo e a sentença de mérito<sup>24</sup>.

---

<sup>17</sup> SILVA, Paulo Eduardo Alves. *Op. Cit.* Pág. 106.

<sup>18</sup> *Idem.*

<sup>19</sup> *Idem.*

<sup>20</sup> MAIA, Renata Christiana Vieira. *Op. Cit.* Pág. 60.

<sup>21</sup> SILVA, Paulo Eduardo Alves. *Op. Cit.* Pág. 107.

<sup>22</sup> MAIA, Renata Christiana Vieira. *Op. Cit.* Pág. 60.

<sup>23</sup> SILVA, Paulo Eduardo Alves. *Op. Cit.* Pág. 108.

<sup>24</sup> *Idem.*

A redação dada pela lei n.º 8.952, de 13 de dezembro de 1994, foi a seguinte:

“Art. 331. Se não se verificar qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes e a causa versar sobre direitos disponíveis, o juiz designará audiência de conciliação, a realizar-se no prazo máximo de trinta dias, à qual deverão comparecer as partes ou seus procuradores, habilitados a transigir.

§ 1º Obtida a conciliação, será reduzida a termo e homologada por sentença.

§ 2º Se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário.”

Maia ressalta que a existência dessa audiência preliminar é

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

A intenção parecia mesmo a de reinserir, entre a postulação e a instrução, momentos para a oralidade, tentativa de resolução consensual e a fixação compartilhada dos pontos controvertidos<sup>25</sup>. À época, ressaltou-se o seu potencial de organização do processo, sendo considerada como oportunidade para a conciliação e organização do processo.

Contudo, conforme ressaltam Maia<sup>26</sup> e Silva<sup>27</sup>, as audiências fracassaram, tronando-se mero rito formal, com pouco aproveitamento da

---

<sup>25</sup> *Ibidem*. Pág. 109.

<sup>26</sup> “No Brasil há uma cultura de sentença e, enquanto tal cultura não for alterada por estímulos, a começar pelos bancos escolares, será difícil implantar a forceps - uma cultura de pacificação. Em razão da cultura de sentença, a audiência preliminar prevista no artigo 331 do CPC de 1973 fracassou, porque a tentativa de conciliação, para a fixação oral pelo juiz, após ouvirem as partes os pontos controvertidos da causa, é cumprido como mera formalidade por muitos magistrados”. MAIA, Renata Christiana Vieira. *Op. Cit.* Pág. 62.

<sup>27</sup> SILVA, Paulo Eduardo Alves. *Op. Cit.* Pág. 110.

oralidade, sem promoção da consensualidade e do gerenciamento dos próximos atos do processo.

Além disso, a obrigatoriedade da audiência foi alvo de severas críticas<sup>28</sup>, que levaram à segunda reforma introduzida pela já mencionada Lei n.º 10.444, de 7 de maio de 2002, tornando-a facultativa:

"Art. 331. Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir.

§ 3º Se o direito em litígio não admitir transação, ou se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável sua obtenção, o juiz poderá, desde logo, sanear o processo e ordenar a produção da prova, nos termos do § 2º."

Os parágrafos 1º e 2º, relativos à fixação dos pontos controvertidos, foram mantidos.

A modificação, ao dispor que "se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável sua obtenção, o juiz poderá, desde logo, sanear o processo e ordenar a produção da prova" reduziu ainda mais o potencial da audiência de aproveitar-se a oralidade, a mediação e a promoção da solução consensual do conflito, fortalecendo seu caráter meramente formal e relegando o saneamento à modalidade escrita e solipsista.

### **3. O CPC/2015 e a colaboração processual**

Para entender a dimensão assumida pelo saneamento do processo no atual contexto do processo civil brasileiro é preciso analisar as normas fundamentais que dimensionam a aplicação de todas as regras contidas no CPC/2015 e o modo de atuação que elas impõem a todos os sujeitos no âmbito processual civil.

---

<sup>28</sup> Idem.

Nesse sentido, o art. 6.º do CPC/2015 dispõe que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

Para Mitidiero, o CPC/2015 adotou a colaboração sob dois enfoques ou dimensões: como modelo e como princípio<sup>29</sup>.

A colaboração, enquanto modelo, corresponde à organização do papel das partes e do juiz no processo, considerado como uma comunidade de trabalho na qual as “tarefas” são distribuídas entre todos os sujeitos de maneira equilibrada.

Ainda segundo Mitidiero, o modelo de processo colaborativo pressupõe a compreensão do Estado como guardião e promotor dos direitos constitucionalmente assegurados (pressuposto social da colaboração), a compreensão do Direito como elemento cultural e problemático, de feição lógico-argumentativa e não meramente descritiva, de modo que as normas jurídicas são o resultado da colaboração entre o legislador e o juiz (pressuposto lógico da colaboração) e, por fim, que considera a produção de decisões justas, através da busca pela verdade – que exige dos sujeitos a observância à boa-fé objetiva – como objetivo máximo do processo (pressuposto ético da colaboração)<sup>30</sup>.

O modelo cooperativo de processo altera fortemente o papel do juiz na condução do processo, que, nessa perspectiva, deve ser isonômico na sua condução e assimétrico apenas quando impõe suas decisões:

“A paridade na sua condução está em que, embora dirija processual e materialmente o processo, atuando ativamente, fá-lo de maneira dialógica. O juiz participa do processo colhendo a impressão das partes a respeito dos seus rumos, possibilitando assim a influência dessas na formação de suas possíveis decisões. [...] A assimetria, de outro lado, está em que o juiz, ao decidir as questões processuais e as questões materiais do processo, necessariamente

---

<sup>29</sup> MITIDIERO, Daniel. A colaboração como modelo e como princípio no processo civil. *Revista de Processo Comparado*. Vol. 2. 2015, P. 83-97.

<sup>30</sup> *Ibidem*. Pág. 84.

impõe o seu comando, cuja existência e validade independem de expressa adesão ou de qualquer espécie de concordância das partes.”<sup>31</sup>

Sob a dimensão principiológica, a colaboração impõe uma revisão das responsabilidades dos sujeitos processuais na condução do processo visando à organização equilibrada dos poderes e deveres de cada um. E isso se faz, primordialmente, a partir do estabelecimento de regras a serem seguidas pelo juiz na condução do processo<sup>32</sup>. Aliás, a fim de evitar o comum equívoco de considerar que o princípio da colaboração incide nas atividades entre as partes, é importante ressaltar que

“a colaboração no processo não implica colaboração entre as partes. As partes não querem colaborar. A colaboração no processo que é devida no Estado Constitucional é a colaboração do juiz para com as partes. Gize-se: não se trata de colaboração entre as partes. As partes não colaboram e não devem colaborar entre si simplesmente porque obedecem a diferentes interesses no que tange à sorte do litígio. O máximo que se pode esperar é uma colaboração das partes para com o juiz no processo civil.”<sup>33</sup>

Portanto, para efetivar o princípio da colaboração, o juiz precisa cumprir com os deveres que o consubstanciam: o dever de esclarecimento, de diálogo, de prevenção e de auxílio aos litigantes<sup>34</sup>.

Esses deveres se manifestam em diversos momentos durante o curso do processo, impondo ao julgador o dever de indicar obscuridades ou incoerências de narrativas (dever de esclarecimento), indicar às partes escolhas processuais equivocadas com propensão à obstar o exame do mérito (dever de prevenção), auxiliar as partes no cumprimento de ônus processuais (dever de auxílio) e integrar as partes ao processo decisório (dever de diálogo)<sup>35</sup>.

---

<sup>31</sup> Idem.

<sup>32</sup> MITIDIERO, Daniel. *Op. Cit.* Pág. 85.

<sup>33</sup> Idem.

<sup>34</sup> MITIDIERO, Daniel. *Op. Cit.* Pág. 85.

<sup>35</sup> Idem.

Essa integração corresponde ao dever de diálogo, oportunizando que as partes se pronunciem acerca de todo e qualquer elemento que possa servir como fundamento determinante para o julgamento da causa, inclusive as questões apreciáveis de ofício (vedação à decisão-surpresa, art. 10 do CPC/2015)<sup>36</sup>.

A colaboração – tanto como modelo quanto como princípio fundamental – se manifesta sobremaneira na fase de organização e saneamento do processo (pelo menos isso é o que se espera), um dos momentos processuais mais oportunos para que os deveres de esclarecimento, prevenção, auxílio e diálogo se manifestem na atuação do juiz.

#### 4. O saneamento compartilhado e a audiência de saneamento

Conforme já salientado, a atividade de organização e saneamento se manifesta entre a fase postulatória e a probatória, tanto que a legislação passou a prever toda uma fase voltada a essa atividade que visa aferir a viabilidade do processo e a delimitação das questões de fato e de direito que envolvem a demanda.

No CPC/73, o saneamento era atividade exclusiva do magistrado, uma vez que, mesmo após a reforma que introduziu a audiência preliminar, o saneamento realizava-se de maneira solipsista e a audiência preliminar tornou-se, na prática, mera formalidade, isso quando ainda era realizada.

Já o CPC/2015 introduziu uma nova sistematização a respeito da organização e saneamento do processo, elencando, no art. 357, *caput*, e §§ 2º e 3º, três modalidades de saneamento:

Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo:

- I - resolver as questões processuais pendentes, se houver;
- II - delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos;

---

<sup>36</sup> MITIDIERO, Daniel. *Op.Cit.* Pág. 86.

- III - definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373;
- IV - delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito;
- V - designar, se necessário, audiência de instrução e julgamento.

§ 10 Realizado o saneamento, as partes têm o direito de pedir esclarecimentos ou solicitar ajustes, no prazo comum de 5 (cinco) dias, findo o qual a decisão se torna estável.

§ 20 As partes podem apresentar ao juiz, para homologação, delimitação consensual das questões de fato e de direito a que se referem os incisos II e IV, a qual, se homologada, vincula as partes e o juiz.

§ 30 Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações.

A primeira e velha modalidade consiste no proferimento de uma decisão acerca de eventuais vícios formais a serem sanados, delimitação das questões de fato e de direito, definição e (re)distribuição do ônus da prova e (in)deferimento de produção de outras provas.

O §1º do art. 357 prevê a possibilidade de que as partes solicitem esclarecimentos ou ajustes nessa decisão, o que denota o caráter dialógico do dispositivo, uma vez que o requerimento não se caracteriza como um recurso, mas como o estabelecimento de um diálogo entre juiz e parte acerca da organização do processo para o julgamento da causa. É dizer, a parte assume uma posição de igualdade perante o juiz na preparação do processo para julgamento.

A segunda modalidade, expressa no art. 357, §2º, do CPC/2015, é novidade no sistema processual brasileiro e consiste na permissão para que as partes delimitem consensualmente as questões de fato e de direito que serão objeto de prova e que são relevantes para o julgamento do mérito.

Trata-se de negócio jurídico processual típico para delimitação consensual das questões de fato e de direito, que, contudo, depende de homologação pelo juiz, que deve avaliar não somente a adequação das questões delimitadas para o julgamento da lide, mas também a legalidade da convenção.

A terceira modalidade consiste no que a doutrina tem chamado de saneamento compartilhado<sup>37</sup>, previsto no art. 357, §3º, do CPC/2015. Traza-se na possibilidade de que seja designada audiência para que o saneamento “seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações”<sup>38</sup>.

Portanto, trata-se da hipótese em que o saneamento será realizado da forma mais próxima do modelo cooperativo de processo, em que as partes e seus procuradores integram e complementam a atividade do juiz a partir de uma participação efetiva na organização do que virá a ser o provimento jurisdicional de mérito.

Mitidiero já ressaltava, desde a época do CPC/73, que “em um processo de estrutura cooperativa, o ideal é que toda essa atividade [de saneamento] seja realizada em audiência, propiciando-se um amplo contato e debate oral entre todos aqueles que participam do contraditório”<sup>39</sup>.

Segundo o art. 357, §3º, a audiência de saneamento é uma oportunidade para que o juiz convide as partes a fazer integrações ou esclarecimentos quanto às suas alegações. A possibilidade dessas “integrações e esclarecimentos” que dizem respeito aos pedidos e principalmente à causa de pedir levantam questionamentos acerca da dimensão que tais manifestações podem tomar.

Isso porque, conforme art. 329 do CPC/2015, uma vez aperfeiçoada a citação, o autor não poderá aditar ou alterar o pedido e a causa de pedir sem o consentimento do réu. Portanto, entende-se que as integrações e esclarecimentos, principalmente quando empreendidas pela parte autora, devem ser recepcionadas com cautela pelo juiz e preferencialmente em audiência, a fim de evitar uma violação ao contraditório.

---

<sup>37</sup> HOFFMAN, Paulo. Saneamento compartilhado. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

<sup>38</sup> Art. 357, §3º.

<sup>39</sup> MITIDIERO, Daniel. Bases para construção de um processo civil cooperativo: o Direito processual civil no marco teórico do formalismo – valorativo. Tese de Doutorado. UFRGS – Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Pág. 86.



Nesse sentido o enunciado nº 428, do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: “a integração e o esclarecimento das alegações nos termos do art. 357, §3º, não se confundem com o aditamento do ato postulatório previsto no art. 329.

Por sua vez, se realizados em audiência, as integrações e os esclarecimentos permitem o imediato diálogo entre as partes e o juiz, preservando o contraditório e garantindo ainda economia processual e celeridade, uma vez que não haverá abertura de prazo para que o réu se manifeste quanto a eventual aditamento, além da redução da probabilidade de recurso contra a decisão de saneamento.

Quanto à designação da audiência de saneamento, o dispositivo, a princípio, denota uma restrição à sua possibilidade:

§ 3º Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações.

Apesar de expressar um dever do juiz e não mera faculdade, limita a sua designação para casos em que houve “complexidade em matéria de fato ou de direito”.

Lima e Dias apontam o que seriam as complexidades em matéria de fato e de direito nos seguintes termos:

*“Complexidade em matéria de fato:* ficará configurada quando os pressupostos fáticos da incidência apresentarem controvérsia de difícil averiguação ou cuja discrepância de argumentação demonstre evidente dificuldade de discernimento quanto aos fatos alegados, capazes de justificar e exigir a produção de provas específicas. Em verdade, não será a complexidade da eventual prova a ser produzida que justificará a designação da audiência, mas sim as características das próprias controvérsias identificadas a partir das versões e alegações das partes, dos pressupostos fáticos e dos elementos da *causa petendi*, à luz das provas já produzidas.

*Complexidade em matéria de direito:* ocorrerá quando existir enquadramento normativo ou questão jurídica de alta indagação debatida nos autos, que seja relevante para a decisão de mérito e que ainda não tenha sido enfrentada pelos

Tribunais ou em relação à qual ainda não exista posicionamento consolidado por meio de precedentes.”<sup>40</sup>

Mendes e Capiotto aduzem que, apesar da audiência de saneamento efetivar uma preparação mais adequada da causa e promover o estímulo à resolução consensual do litígio, “não se pode olvidar que a realização da solenidade implica em dispêndio de tempo ao juiz, às partes e aos seus advogados” e concluem que sua designação deve ocorrer, “como regra, nos processos em que presente a complexidade fática ou jurídica a justificá-la”<sup>41</sup>.

Contudo, entende-se que apesar da limitação aparente, no mesmo sentido do enunciado nº 298 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, “a audiência de saneamento e organização do processo em cooperação com as partes poderá ocorrer independentemente de a causa ser complexa”.

Apesar do juízo de complexidade ficar a cargo do juiz, que aparenta ter ampla liberdade em designar ou não a audiência de saneamento, considera-se que interpretar restritivamente o dispositivo que prevê a possibilidade de saneamento compartilhado em audiência seria confrontá-lo com as normas fundamentais do CPC/2015.

Isso porque a audiência de saneamento deve ser enxergada como uma das manifestações do princípio da colaboração anunciado no tópico anterior, revelando uma das faces do processo cooperativo, modelo que o CPC/2015 pretende implementar a partir do seu art. 6º.

Portanto, o CPC/2015, ao adotar novas modalidades de saneamento do processo, exterioriza o dever de colaboração que o juiz tem para com as partes, dele exigindo uma postura mais ativa e possibilitando a realização de um processo mais concentrado, alinhado com a regra da primazia do mérito insculpida no seu art. 4º, isto é, um processo mais célere e efetivo.

---

<sup>40</sup> LIMA, Marcellus Polastri. DIAS, Luciano Souto. Reflexões e Proposições Sobre a Audiência de Saneamento Compartilhado do Código de Processo Civil De 2015. Revista de Processo | vol. 268/2017. Pág. 78.

<sup>41</sup> CAPIOTTO, Gabriele Mutti. MENDES, Anderson Cortez. Saneamento do Processo no Novo Código de Processo Civil. Revista de Processo. v. 42, n. 266. Pág. 87.

## Considerações finais

O saneamento, enquanto ato processual, se manifesta não somente na fase que recebe o seu nome, mas desde a postulação até o início da fase decisória. É através dele que o juiz evita e corrige nulidades constatadas ou em potencial, valorizando a atividade jurisdicional satisfativa.

O Código de Processo Civil de 1973 previa um modelo de saneamento que, embora visasse à imediatidade e à concentração dos atos, tornou-se, na prática, escrito, formal e sem ampla participação das partes.

O Código de Processo Civil de 2015, dando ênfase à necessidade de tornar o processo um instrumento de obtenção de uma tutela jurisdicional substancial e efetiva, previu, dentre outras normas fundamentais, o dever de que o juiz promova o saneamento de forma mais ativa, isto é, ao impor o dever de que o julgador colabore com as partes com vistas à resolução do mérito, atribui a ele uma carga maior de responsabilidade pelo devido saneamento do feito.

Nesse mesmo sentido, previu-se a possibilidade de designação da audiência de saneamento quando verificada a complexidade da matéria de fato ou de direito, o que, em certa medida privilegia a oralidade e abre espaço para o gerenciamento oral da demanda, realizado não somente pelo juiz, mas com a comparticipação das partes.

Portanto, o legislador, ainda que de modo acanhado, promoveu a inserção de alguns dos princípios do processo oral na fase de organização e saneamento do processo, que, contudo, somente serão percebidos se juiz e partes adotarem uma postura mais ativa e propositiva diante do processo.

A partir da análise da norma positivada e da bibliografia pertinente pode-se afirmar que a fase de organização e saneamento do procedimento comum apresenta poucos traços de oralidade e não se insere no modelo de processo oral.

## XIII

# O processo oral nas instâncias recursais: aspectos dogmáticos à luz do novo Código de Processo Civil

*Pedro Augusto Silveira Freitas*<sup>1</sup>

*Renata C. Vieira Maia*<sup>2</sup>

### Introdução

O modelo de processo oral pressupõe a conjugação de princípios basilares que, reunidos, permitem identificar a conformação de seu arquétipo teórico. Em outras palavras, no intuito de alcançar o *estado ideal a ser promovido*<sup>3</sup> e de realizar o seu constante aperfeiçoamento, o modelo de processo oral se realiza por meio da combinação de diversos princípios, de forma que “para que se possa afirmar se um processo é oral, faz necessária a presença não só da oralidade em si, mas que também sejam observados alguns outros princípios [...]. Com a observância e presença

---

<sup>1</sup> Graduação em Direito pela Universidade de Itaúna (2010-2013) e pela Faculdade Milton Campos (2013-2015); especialização em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2016-2017); mestrado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2018).

<sup>2</sup> Professora adjunta de Direito Processual Civil da UFMG - Universidade Federal de Minas Gerais no Curso de Graduação e Pós-Graduação. Diretora da DAJ - Divisão de Assistência Judiciária da Faculdade de Direito da UFMG. Coordenadora da Câmara de Mediação - Projeto de Extensão da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Mestra em Direito Empresarial - Faculdades Milton Campos e Doutora em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Minas Gerais. Conselheira do IDPro - Instituto de Direito Processual.

<sup>3</sup> Interessante, nesse sentido, a observação de Humberto Ávila, ao afirmar que “os princípios também requerem, para a sua aplicação, um processo discursivo de valoração de razões, seja para a delimitação dos bens jurídicos que compõem o estado ideal a ser promovido, seja para a definição do seu âmbito de aplicação frente a outros princípios, seja, ainda, para a definição dos comportamentos necessários à promoção do fim que estatuem”. In: ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 81.

indissociável destes princípios, é que se pode afirmar estar ou não diante de um processo oral”<sup>4</sup>.

Afirma-se, nessa medida, que “o processo oral está sedimentado sob quatro princípios basilares, numa interconexão insolúvel, a saber: a concentração, a imediatidade, a identidade física do juiz e a livre valoração das provas. Identifica-se o processo oral, se esses princípios estiverem presentes no ordenamento processual”<sup>5</sup>.

Sobre os princípios essenciais do processo oral, cumpre assinalar, a partir dos ensinamentos da autora Renata Maia registrados em sua tese doutoramento – referência literária sobre a temática –, algumas considerações sobre os princípios basilares do modelo de processo oral, a fim de que se possa, na sequência, perquirir a existência de tal modelo nos processos que tramitam perante instâncias colegiadas.

Insista-se: somente conhecendo os nortes principiológicos do processo oral é que se poderá conhecer, com precisão técnica, o seu conteúdo normativo, os seus limites e o âmbito de sua incidência. Logo, é de extrema relevância compreender cada um desses vetores normativos, a fim de que, no conseqüente, também se apreenda do que trata o modelo de processo oral.

Sobre o *princípio da oralidade*, afirma-se que “a oralidade, no sentido imediato significa que o juiz deve conhecer todas as atividades processuais (as alegações escritas, a petição inicial, as defesas, as provas escrita e oral, os depoimentos pessoais, as perícias, etc.) não só com base em escritos, que são mortos, como também nas impressões absorvidas em sala de audiência, que são revigoradas pelos escritos ou pelas gravações e, por consequência lógica, exige-se que a sentença seja proferida por quem participou dessas atividades realizadas pela forma oral”<sup>6</sup>.

Em relação ao *princípio da identidade física do juiz*, tal comando normativo “é imprescindível para a existência do processo oral, uma vez que a sentença só poderá ser proferida por quem tomou assento na audiência,

---

<sup>4</sup> MAIA, Renata Christiana Vieira. *A efetividade do processo de conhecimento mediante a aplicação do processo oral*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2015, f. 81.

<sup>5</sup> *Ibidem*, f. 278.

<sup>6</sup> *Ibidem*, f. 81.

e que a viva voz viu e ouviu os testemunhos e as partes e que percebeu suas impressões, seus gestos e suas atitudes. O juiz no processo oral deve ser mais ativo, diligente, vigilante, interessado, enfim, mais humano, permanecendo mais que atual a advertência de Calamandrei que dizia que ‘justiça significa compreensão, porém o caminho mais direto para compreender os homens é aproximar deles com sentimento’<sup>7</sup>.

No que se refere ao *princípio da imediatidade*, trata-se de permitir uma aproximação entre as partes, de modo que se possa “conhecer a face do juiz e esse a face dos jurisdicionados, como também o de permitir ao juiz conhecer os fatos, para que sem filtros e intermediários, em contraditório, chegue o mais próximo possível da realidade. O que só poderá chegar se tiver acesso direto não só com as partes, mas também com os testemunhos, estando, desse modo, a exercer o seu juízo de valor, e, portanto, o seu livre convencimento”<sup>8</sup>. Além disso, conforme esclarece a mencionada autora, a “imedição possibilita que a justiça se torne mais humana, por aproximar o juiz dos jurisdicionados, para que ambos se conheçam, possam falar e serem ouvidos, e juntos encontrarem a melhor solução para o conflito, ou, se assim não for, o de poderem exercer a devida influência no convencimento do juiz, e participarem em simétrica paridade da construção do provimento final”<sup>9</sup>.

O *princípio da concentração*, por sua vez, “reside na circunstância de que tendo o juiz o contato imediato com as provas, e passando ele a ter a base suficiente para proferir sua decisão em suas íntimas convicções, torna-se necessário que essa seja proferida em curto espaço de tempo, evitando que o tempo corrompa e fulmine o convencimento do juiz frente as provas diante dele realizadas. Ora, uma vez estendida em demasia a decisão, haverá uma perda substancial das impressões por ele percebidas e que dificilmente são transpostas para a escrita”<sup>10</sup>.

---

<sup>7</sup> *Ibidem*, f. 83.

<sup>8</sup> *Ibidem*, f. 89.

<sup>9</sup> *Ibidem*, f. 89.

<sup>10</sup> *Ibidem*, f. 90.

O *princípio do livre convencimento* observou a sua evolução a partir do movimento reformador que permitiu a abolição da tarifação das provas legais, “permitindo que o magistrado não só colhesse as provas, como também estivesse em contato direto e imediato com as provas, e pudesse exercer a livre valoração das provas, manifestando livremente o seu convencimento fundamentado”<sup>11</sup>. Desse modo, a livre valoração implica, conseqüentemente, que “o juiz pode utilizar-se das impressões colhidas em audiência, sem que necessariamente elas estejam transpostas para a ata. Sendo assim, mitigado no rigor máximo o princípio inerente ao processo escrito de que ‘o que não está nos autos não está no mundo’”<sup>12</sup>.

No que se refere ao *princípio da publicidade*, “é aquele que serve de instrumento também para a pacificação e harmonia social, porque permite que o público, não só as partes, conheçam e fiscalizem os atos jurisdicionados realizados pelo juiz. Devendo, portanto, serem realizados à vista do público. Exige-se que a justiça e os atos processuais não sejam secretos e que nem mesmo as decisões sejam arbitrárias, devendo serem elas motivadas de acordo com as provas produzidas mediante o livre e prudente convencimento do juiz, sob pena de nulidade”<sup>13</sup>.

A conjugação destes princípios permite a consubstanciação do processo oral, distinguindo-lhe a tonalidade, bem como autoriza a consecução de um processo que a justiça nele realizada “seja mais humanizada, percebendo que cada caso é um caso, e não tratando os jurisdicionados como meros expedientes ou números a serem manipulados estatisticamente”<sup>14</sup>. Constata-se, assim, que o processo oral “se torna o embrião do devido processo legal, por permitir não só a publicidade, a justa valoração da prova, como a participação dos interessados em contraditório dinâmico, e ainda por possibilitar o contato do juiz com as partes e provas, propiciando um processo mais humano”<sup>15</sup>.

---

<sup>11</sup> *Ibidem*, f. 94.

<sup>12</sup> *Ibidem*, f. 94.

<sup>13</sup> *Ibidem*, f. 100.

<sup>14</sup> *Ibidem*, f. 279.

<sup>15</sup> *Ibidem*, f. 279.

Realizadas essas prévias considerações sobre o modelo de processo oral, passa-se, agora, a investigar se o regramento processual ditado pelo Código de Processo Civil de 2015, bem como pelo Regimento Interno do TJMG, quanto ao julgamento realizado perante as instâncias recursais, confirma *ou* refuta os princípios que caracterizam o processo oral.

## **1. A realização de sustentação oral no âmbito das instâncias colegiadas.**

Os tratados e os documentos internacionais passaram a prever, de forma expressa e incontestável, o *processo como direito do homem* e, nessa medida, como método de garantia, de proteção e de efetivação dos mais variados direitos, previstos no ordenamento jurídico em que o indivíduo se encontra inserido. Sob a perspectiva do processo enquanto componente dos Direitos Humanos, se destaca o direito do indivíduo de ser ouvido durante o seu julgamento.

O Código de Processo Civil e o Regimento Interno do TJMG assim regulamentam a possibilidade de sustentação oral, respectivamente:

### **CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL:**

Art. 937. Na sessão de julgamento, depois da exposição da causa pelo relator, o presidente dará a palavra, sucessivamente, ao recorrente, ao recorrido e, nos casos de sua intervenção, ao membro do Ministério Público, pelo prazo improrrogável de 15 (quinze) minutos para cada um, a fim de sustentarem suas razões, nas seguintes hipóteses, nos termos da parte final do caput do art. 1.021:

- I - no recurso de apelação;
- II - no recurso ordinário;
- III - no recurso especial;
- IV - no recurso extraordinário;
- V - nos embargos de divergência;
- VI - na ação rescisória, no mandado de segurança e na reclamação;
- VII - (VETADO);
- VIII - no agravo de instrumento interposto contra decisões interlocutórias que versem sobre tutelas provisórias de urgência ou da evidência;
- IX - em outras hipóteses previstas em lei ou no regimento interno do tribunal.



§1º A sustentação oral no incidente de resolução de demandas repetitivas observará o disposto no art. 984, no que couber.

§2º O procurador que desejar proferir sustentação oral poderá requerer, até o início da sessão, que o processo seja julgado em primeiro lugar, sem prejuízo das preferências legais.

§3º Nos processos de competência originária previstos no inciso VI, caberá sustentação oral no agravo interno interposto contra decisão de relator que o extinga.

§4º É permitido ao advogado com domicílio profissional em cidade diversa daquela onde está sediado o tribunal realizar sustentação oral por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, desde que o requeira até o dia anterior ao da sessão.

#### **REGIMENTO INTERNO DO TJMG:**

Art. 105. Poderá haver sustentação oral pelo prazo de 15 (quinze) minutos para cada uma das partes e o Ministério Público, na condição de fiscal da lei, ressalvados os prazos especiais fixados em lei:

- I - nas hipóteses previstas na legislação processual e neste regimento interno, inclusive nos incidentes de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas;
- II - nos agravos de instrumento e interno de decisão que:
  - a) versar sobre tutelas provisórias de urgência ou da evidência;
  - b) decretar falência ou deferir o pedido de recuperação judicial;
  - c) decretar prisão civil;
  - d) pronunciar a prescrição ou a decadência;
  - e) julgar monocraticamente a apelação ou o reexame necessário.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos apregoa que “todo ser humano tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei”, bem como o direito, “em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele”<sup>16</sup>.

De igual forma, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) assegura que “toda pessoa tem direito a

---

<sup>16</sup> Disponível em: <<https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>>. Acesso em: 30 set. 2018.

ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal, formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”<sup>17</sup>.

As legislações nacionais, e, mais especificamente, a legislação processual civil brasileira, incorpora o direito do cidadão de ser ouvido – *right to be heard* –, quando da realização de seu julgamento perante o Tribunal. Uma das facetas do direito de ser ouvido pode ser expressada pela possibilidade de se realizar sustentação oral perante os julgadores que compõe o órgão colegiado. Nessa oportunidade, permite-se que os advogados das partes exponham, de viva voz, aos julgadores, as razões do recurso interposto e, portanto, a necessidade de reforma da decisão judicial impugnada.

O processualista Freddie Didier Jr., ao analisar a sustentação oral diante das garantias constitucionais, esclarece que, “diante da garantia constitucional do contraditório, permite-se que, no julgamento a ser proferido pelo tribunal, possam as partes sustentar oralmente as razões de seus recursos, contribuindo para a reflexão dos julgadores, ao mesmo tempo em que tentam convencê-los do acerto de suas respectivas teses, com o que se contribui para uma decisão mais aprimorada”<sup>18</sup>.

Assim, segundo o mencionado processualista, fica claro que “a sustentação oral é manifestação do contraditório, devendo ser assegurada às partes sua produção na sessão de julgamento nos órgãos colegiados”<sup>19</sup>. Logo, a sustentação oral, “concretiza os princípios do contraditório e da ampla defesa, sendo permitida para viabilizar o debate no julgamento, com que se confere à parte mais um meio para exercer seu direito de influência, contribuindo com o convencimento dos julgadores. A sustentação oral concretiza,

---

<sup>17</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf)>. Acesso em: 30 set. 2018.

<sup>18</sup> DIDIER JR., Freddie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis*, incidente de competência originária de tribunal. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 62.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 63.

igualmente, o princípio da cooperação, inserindo a parte, por seu advogado, no debate a ser travado pelos membros do órgão julgador”<sup>20</sup>.

Importante registrar, no particular, que o Superior Tribunal de Justiça, reconhecendo a importância do ato processual da sustentação oral, decidiu, recentemente, em questão de ordem, que o Ministro que não participou do início do julgamento, com sustentação oral, fica impossibilitado de participar posteriormente do julgamento. Isto porque não se pode admitir a livre alteração de quórum, em qualquer instância, dando margem à violação do juiz natural, especialmente quando há sustentação oral, já que seria uma desconsideração com a advocacia e com a possibilidade de o advogado influenciar o resultado dos julgamentos (disponível em: <[http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/Comunicação/noticias/Notícias/Ministro-que-não-acompanhou-sustentações-orais-não-está-habilitado-a-participar-do-julgamento](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunicação/noticias/Notícias/Ministro-que-não-acompanhou-sustentações-orais-não-está-habilitado-a-participar-do-julgamento)>).

Constata-se, portanto que a sustentação oral — enquanto ato processual de explicitação das razões do recurso ou dos fundamentos da ação de competência originária — é meio efetivo para preservação, ainda que mitigada, do processo oral nas instâncias recursais, servindo como meio de efetivar o princípio da oralidade neste ambiente de formação de decisões em colegiado.

## **2. A permissão quanto aos esclarecimentos relativos à matéria de fato.**

A sustentação oral não se confunde com o simples esclarecimento de fatos. Logo, assegura-se ao advogado, em qualquer momento do julgamento, usar da palavra, pela ordem, para esclarecer fatos ou dúvida surgida na sessão. Desse modo, o simples esclarecimento de fato pode ser feito independentemente de qualquer requerimento que anteceda o início das discussões entre os julgadores.

Assim dispõem o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil e o Regimento Interno do TJMG, respectivamente:

---

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 64.

**LEI Nº 8.906/94. DISPÕE SOBRE O ESTATUTO DA ADVOCACIA E A ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (OAB).**

Art. 7º São direitos do advogado:

X – usar da palavra, pela ordem, em qualquer juízo ou tribunal, mediante intervenção sumária, para esclarecer equívoco ou dúvida surgida em relação a fatos, documentos ou afirmações que influam no julgamento, bem como para replicar acusação ou censura que lhe forem feitas;

**REGIMENTO INTERNO DO TJMG:**

Art. 106. Encerrada a sustentação oral, é defeso às partes e ao procurador de justiça intervir no julgamento, exceto se autorizado pelo presidente, para arguir erro de fato em que incorra o votante.

De acordo com Fredie Didier Jr., “enquanto a sustentação oral sofre limitações, não cabendo no julgamento de agravo de instrumento, de embargos de declaração e de agravo interno (ressalvadas as exceções destacadas), o simples esclarecimento de fato cabe em qualquer caso, não havendo ressalva”. O mencionado doutrinador ainda elucida que “independentemente da sustentação oral, o advogado pode, no julgamento de qualquer recurso ou ação, esclarecer equívoco ou dúvida surgida em relação a fatos, documentos ou afirmações que influam no julgamento. A intervenção do advogado, no particular, destina-se (com o perdão do pleonasmo) a esclarecer *fatos*, não se lhe permitindo sustentar teses jurídicas, nem interferir nos votos lançados pelos julgadores, nem discordar do entendimento ali manifestado”<sup>21</sup>.

Logo, conforme se pode observar, a expressa previsão legal e regimental quanto à possibilidade de o advogado esclarecer, na sessão de julgamento, erro quanto à apreciação da matéria fática implica maior contato entre os julgadores, as partes e o objeto litigioso. Tal possibilidade de esclarecimento quando ao conteúdo da decisão instaura, no momento do julgamento, um *debate genuíno* – realizado em contraditório dinâmico e com respeito ao princípio da cooperação processual –, tornando efetivos

---

<sup>21</sup> DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis*, incidente de competência originária de tribunal. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 70.

os princípios da oralidade, da imediatidade e da publicidade, próprios do processo oral.

### **3. O debate quanto à existência de fato superveniente à decisão recorrida ou de questão apreciável de ofício ainda não examinada e a proibição de decisão surpresa.**

O Regimento Interno do TJMG assegura o direito das partes de se manifestarem sobre a existência de *fato superveniente* à decisão recorrida ou sobre a existência de *questão apreciável de ofício* ainda não examinada. Tal manifestação poderá ocorrer na mesma sessão de julgamento, caso concordem as partes, oportunidade em que os advogados se manifestarão sobre a questão de direito ou de fato aventada pelo órgão julgador.

Assim estipula o Regimento Interno do TJMG:

#### **REGIMENTO INTERNO DO TJMG:**

Art. 105. Poderá haver sustentação oral pelo prazo de 15 (quinze) minutos para cada uma das partes e o Ministério Público, na condição de fiscal da lei, ressalvados os prazos especiais fixados em lei:

[...]

§1º Se, durante a sessão de julgamento de causa cível, o relator, de ofício, por provocação da parte ou de qualquer integrante do órgão julgador, constatar a existência de fato superveniente à decisão recorrida ou a existência de questão apreciável de ofício ainda não examinada, os quais devam ser considerados no julgamento do recurso ou do processo de competência originária, o julgamento será imediatamente suspenso a fim de que as partes se manifestem especificamente.

**§2º O Presidente da turma julgadora, após o relator esclarecer qual é a questão nova, consultará os representantes das partes presentes na sessão se estão habilitados a se manifestarem oralmente sobre ela pelo prazo de até 10 (dez) minutos, caso em que o julgamento prosseguirá.**

Tais disposições regimentais se harmonizam com o preceito contido no Código de Processo Civil, que proíbe expressamente a prolação de decisões-surpresa, ao vedar que o pronunciamento judicial ocorra sobre

fundamento sobre o qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar previamente.

O Código de Processo Civil assim determina, em diversos de seus dispositivos:

**CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL:**

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.  
Art. 933. Se o relator constatar a ocorrência de fato superveniente à decisão recorrida ou a existência de questão apreciável de ofício ainda não examinada que devam ser considerados no julgamento do recurso, intimará as partes para que se manifestem no prazo de 5 (cinco) dias.

§1º Se a constatação ocorrer durante a sessão de julgamento, esse será imediatamente suspenso a fim de que as partes se manifestem especificamente.

Logo, há que se reconhecer que o dever do Tribunal conceder oportunidade às partes para se manifestarem sobre fato superveniente à decisão recorrida e sobre questão apreciável de ofício ainda não examinada permite reconhecer que entre os sujeitos processuais — partes, advogados e juízes — se forma uma relação de maior proximidade com a controvérsia e, por isso mesmo, aumentam-se as chances de resolvê-la por meio de uma decisão de mérito justa e efetiva. Além disso, nessa oportunidade é possível, também nessa oportunidade, presenciar a atuação normativa dos princípios da oralidade, da imediatidade e da publicidade, regentes do processo oral.

**4. A impossibilidade do aparte e a expressa permissão quanto aos esclarecimentos prestados ao órgão julgador.**

Conquanto a legislação extravagante assegure ao advogado o direito de requerer esclarecimentos quanto a existência de algum equívoco ou de alguma dúvida surgida em relação a fatos, documentos ou afirmações que influam no julgamento, as normas regimentais, de um modo geral,

proíbem o *aparte*<sup>22</sup> durante a sessão de julgamento. Desse modo, os advogados não podem interromper a prolação do voto pelo julgador e nem mesmo apontar consideração após o seu pronunciamento, a fim de manifestar algum inconformismo em relação ao seu resultado.

No entanto, conquanto seja negada aos advogados a possibilidade de realização de *aparte* aos votos do que estão sendo proferidos, faculta-se, por outro lado, aos magistrados a realização de pedido de esclarecimentos quanto aos aspectos do caso em julgamento. Desse modo, os julgadores que participam do julgamento podem pedir esclarecimentos ao advogado que realizou sustentação oral ou que assiste ao julgamento, não existindo limitação quanto à matéria, se de direito, se fática.

Neste sentido, observe a disposição do Regimento Interno do TJMG:

**REGIMENTO INTERNO DO TJMG:**

Art. 105. Poderá haver sustentação oral pelo prazo de 15 (quinze) minutos para cada uma das partes e o Ministério Público, na condição de fiscal da lei, ressalvados os prazos especiais fixados em lei:

[...]

§10. Na sustentação oral é defeso o *aparte*, sendo facultado aos desembargadores que participarem do julgamento pedir esclarecimentos ao orador.

Portanto, pode-se observar, também nessa oportunidade, que a possibilidade de os julgadores pedirem esclarecimentos ao orador permite reconhecer a existência de um maior contato entre os julgadores, as partes e o objeto litigioso, estabelecendo entre eles um debate efetivo, em favor da efetivação de um processo oral.

## **5. O efeito devolutivo do recurso de apelação e a utilização dos meios eletrônicos na colheita e no registro da prova.**

Inicialmente, cumpre registrar que de acordo com o disposto no artigo 1.013 do CPC/2015, o recurso de apelação devolve ao Tribunal o

---

<sup>22</sup> *Aparte*. [De à + *parte*.] **S. m. 1.** Interrupção que se faz a um orador, no meio do seu discurso. In: FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa. 4. ed. Curitiba: Positivo, 2009, p. 159.

conhecimento de toda a matéria efetivamente impugnada. Percebe-se, portanto, que o efeito devolutivo do recurso de apelação permite que o Tribunal investigue e analise amplamente as provas produzidas perante a instância de origem e sobre elas exerça o seu juízo de valoração, especificamente sobre aquele capítulo impugnado pela parte recorrente.

O Código de Processo Civil assim dispõe:

**CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL:**

Art. 1.013. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.

§1º Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que não tenham sido solucionadas, desde que relativas ao capítulo impugnado.

§2º Quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais.

Conforme esclarece Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

O efeito devolutivo da apelação faz com que seja devolvido ao tribunal *ad quem* o conhecimento de toda a matéria efetivamente impugnada pelo apelante nas suas razões de recurso. Recurso ordinário por excelência, a apelação tem o maior âmbito de devolutividade dentre os recursos processuais civis. [...] O apelo pode ser utilizado tanto para a correção de injustiças como para a revisão e reexame das provas. A limitação do mérito do recurso, fixada pelo efeito devolutivo, tem como consequências: a) a limitação do conhecimento do tribunal, que fica restrito à matéria efetivamente impugnada (*tantum devolutum quantum apelatum*); b) proibição da reforma para pior; c) proibição de inovar em sede de apelação (proibição de modificar a causa de pedir ou o pedido).<sup>23</sup>

Dentre as provas que poderão ser analisadas pelo Tribunal, a partir do espectro do efeito devolutivo do recurso de apelação, encontram-se aquelas que foram colhidas e registradas por meios eletrônicos, com a gravação de som e de imagem, o que permite um contato mais vívido e realístico dos julgadores *ad quem* com o acervo probatório produzido pelas

---

<sup>23</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 2221/2222.



partes. Nessa hipótese, a análise da prova torna-se mais fidedigna ao acontecimento dos fatos.

De acordo com a Renata Maia, em assertiva extraída de sua tese de doutoramento, atualmente “já não há como permitir que a formalização dos atos orais se dê apenas pela forma escrita. O Judiciário deve acompanhar o avanço das tecnologias, incentivando a formalização dos atos orais em gravações em áudio e vídeo, que melhor que a escrita conseguem conservar gestos, expressões, atitudes, e até mesmo o silêncio (que fala) dos depoimentos das partes, testemunhas e peritos. As novas tecnologias podem servir de auxílio para a conservação dos atos orais”<sup>24</sup>.

Bem por isso, a referida autora reconhece, com espeque na doutrina de Barbosa Moreira, que “o quanto o uso da tecnologia seria um avanço para o processo oral, permitindo-se, assim, manter incólume os princípios da imediação e a livre valoração das provas. Depositando nele, no uso dos meios tecnológicos mais modernos, a esperança de melhora do judiciário, ao afirmar ‘que enquanto não for possível contar com eles no cotidiano forense, permanecerão modestas as perspectivas de autêntico progresso’”<sup>25</sup>.

Quanto à possibilidade de gravação da audiência em imagem e em áudio, confira as disposições do Código de Processo Civil e da Portaria Conjunta TJMG Nº 480/PR/2016, ao tratarem da gravação audiovisual de audiências e da colheita do depoimento das partes em mídia digital:

#### **CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL:**

Art. 367. O servidor lavrará, sob ditado do juiz, termo que conterá, em resumo, o ocorrido na audiência, bem como, por extenso, os despachos, as decisões e a sentença, se proferida no ato.

§1º Quando o termo não for registrado em meio eletrônico, o juiz rubricar-lhe-á as folhas, que serão encadernadas em volume próprio.

§2º Subscreverão o termo o juiz, os advogados, o membro do Ministério Público e o escrivão ou chefe de secretaria, dispensadas as partes, exceto quando houver ato de disposição para cuja prática os advogados não tenham poderes.

---

<sup>24</sup> MAIA, Renata Christiana Vieira. *A efetividade do processo de conhecimento mediante a aplicação do processo oral*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2015, f. 74.

<sup>25</sup> *Ibidem*, f. 96/97.

§3º O escrivão ou chefe de secretaria trasladará para os autos cópia autêntica do termo de audiência.

§4º Tratando-se de autos eletrônicos, observar-se-á o disposto neste Código, em legislação específica e nas normas internas dos tribunais.

§5º A audiência poderá ser integralmente gravada em imagem e em áudio, em meio digital ou analógico, desde que assegure o rápido acesso das partes e dos órgãos julgadores, observada a legislação específica.

§6º A gravação a que se refere o § 5º também pode ser realizada diretamente por qualquer das partes, independentemente de autorização judicial.

Art. 460. O depoimento poderá ser documentado por meio de gravação.

§1º Quando digitado ou registrado por taquigrafia, estenotipia ou outro método idôneo de documentação, o depoimento será assinado pelo juiz, pelo depoente e pelos procuradores.

§2º Se houver recurso em processo em autos não eletrônicos, o depoimento somente será digitado quando for impossível o envio de sua documentação eletrônica.

§3º Tratando-se de autos eletrônicos, observar-se-á o disposto neste Código e na legislação específica sobre a prática eletrônica de atos processuais.

**PORTARIA CONJUNTA TJMG Nº 480/PR/2016:** Regulamenta a gravação audiovisual de audiências em mídia digital, no âmbito da Justiça Comum de Primeiro Grau do Estado de Minas Gerais.

Art. 2º A gravação abrangerá apenas as pessoas que serão ouvidas, sendo que os microfones captarão os áudios (falas) do Magistrado, Representante do Ministério Público, do Defensor Público e de Advogados, a fim de garantir a autenticidade daquele ato.

[...]

Art. 4º Havendo dificuldade de expressão da parte ou da testemunha, ou, ainda, se ocorrer qualquer causa que impossibilite a gravação audiovisual de toda audiência ou de parte dela, o Juiz de Direito utilizará o método tradicional de colheita de prova, fazendo constar as razões no respectivo termo.

Art. 5º É vedado o registro de imagens do depoente, quando for necessária a preservação da sua identidade, nos termos da Lei federal nº 9.807, de 13 de julho de 1999, cabendo ao juiz avaliar a conveniência do registro apenas de áudio ou a coleta em meio escrito.

Art. 6º As declarações colhidas, mediante a utilização do sistema de gravação audiovisual, serão registradas de forma padronizada e sequencial, em “CD-ROM” não regravável ou em “DVD-ROM” não regravável, que acompanhará os respectivos autos, devendo ser organizado da seguinte forma:

A par dessas considerações, pode-se perceber que o efeito devolutivo do recurso de apelação permite a ampla investigação, pelo Tribunal, das provas produzidas em primeira instância. O efeito devolutivo, nesse sentido, é suficiente para permitir que o Tribunal interaja e realize verdadeira imersão nas provas produzidas pelas partes. Além disso, a possibilidade de colher e de registrar a prova por meios eletrônicos, com gravação de imagem e de som, revigora os princípios da imediatidade e da livre valoração da prova perante as instâncias recursais.

## **6. Os poderes instrutórios do Relator e a realização da prova em grau recursal.**

O Código de Processo Civil confere ao Relator, e, no caso de omissão deste, ao órgão colegiado, poderes para determinar a correção de vícios na instrução probatória, possibilitando que a produção da prova ocorra em sede recursal. Assim, reconhecida a necessidade de produção de prova, o Relator converterá o julgamento em diligência e determinará a realização das provas necessárias ao julgamento do mérito do recurso, decidindo-se o recurso após a conclusão da instrução.

Humberto Theodoro Júnior, correlacionando as duas temáticas – poderes instrutórios do relator e possibilidade de produção de prova em grau recursal –, esclarece que “quando for reconhecida a necessidade de produção de prova, o relator, ou o órgão colegiado competente, converterá o julgamento em diligência para a conclusão da instrução, que se realizará no tribunal ou em primeiro grau de jurisdição”. Na sequência afirma que “o que a lei quer é que não se anule sentença, nem se rejeite recurso, diante da instrução incompleta da causa. Integrada a instrução, o recurso será decidido pelo mérito, evitando, dessa maneira, nova sentença e nova apelação”.<sup>26</sup>

Sobre a possibilidade de produção da prova no Tribunal, Fredie Didier assim esclarece os modos como se realiza a sua colheita: “a prova oral,

---

<sup>26</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Execução forçada, processo nos tribunais, recursos e direito intertemporal*. vol. III. 48. ed. Rio de Janeiro: 2016, p. 781.

em tribunal, pode ser colhida de três formas: a) expede-se *carta de ordem* a juiz de primeira instância, para que colha a prova oral (art.972, CPC, por analogia); b) o relator faz a colheita da prova oral em seu gabinete (art. 932, I, CPC); c) a prova oral pode ser produzida em sessão do órgão colegiado, hipótese de raro acontecimento, tendo em vista o acúmulo de serviço nos tribunais; embora seja de rara verificação, essa hipótese certamente daria aos magistrados melhores condições para valorar a prova produzida, em razão da imediatidade com a colheita das provas, muito importante em provas orais”<sup>27</sup>.

Sobre os poderes instrutórios outorgados ao Relator, confira a previsão contida no Código de Processo Civil:

**CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL:**

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

VIII - determinar, a qualquer tempo, o comparecimento pessoal das partes, para inquiri-las sobre os fatos da causa, hipótese em que não incidirá a pena de confesso;

Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.

Art. 932. Incumbe ao relator:

I - dirigir e ordenar o processo no tribunal, inclusive em relação à produção de prova, bem como, quando for o caso, homologar autocomposição das partes;

Sobre a possibilidade de produção de prova em grau recursal:

**CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL:**

Art. 938. A questão preliminar suscitada no julgamento será decidida antes do mérito, deste não se conhecendo caso seja incompatível com a decisão.

[...]

§3º Reconhecida a necessidade de produção de prova, o relator converterá o julgamento em diligência, que se realizará no tribunal ou em primeiro grau de jurisdição, decidindo-se o recurso após a conclusão da instrução.

---

<sup>27</sup> DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis*, incidente de competência originária de tribunal. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 48.

§4º Quando não determinadas pelo relator, as providências indicadas nos §§1º e 3º poderão ser determinadas pelo órgão competente para julgamento do recurso.

Assim, a permissão para realização de prova na instância recursal, inclusive sem o retorno dos autos à primeira instância, representa mecanismo adequado para constatação da existência do processo oral no ambiente de instância colegiada. Além disso, a feitura da prova perante o Tribunal implica valorização dos princípios da imediatidade e da livre valoração da prova, na medida em que os magistrados integrantes do órgão colegiado passam a ter contato direto com a realização e a colheita da prova.

## **7. A possibilidade de autocomposição das partes em grau recursal.**

De acordo com expressa previsão legal, o juiz poderá, a qualquer tempo e com a ajuda de conciliadores e mediadores, tentar conciliar as partes a fim de que alcancem a autocomposição. Tal prerrogativa é igualmente atribuída ao juiz que compõe órgão colegiados, de forma a permitir que, também nos Tribunais, se intente a conciliação e a mediação entre as partes.

Sobre a temática, discorrerem Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

A atividade de tentar conciliar as partes é decorrente do ofício do magistrado, de sorte que não pode ser vista como caracterizadora de suspeição de parcialidade do juiz, nem de prejulgamento da causa. Para tanto, deve o juiz fazer as partes anteverem as possibilidades de sucesso e de fracasso de suas pretensões, sem prejudicar a causa e sem exteriorizar o seu entendimento acerca do mérito [...].<sup>28</sup>

Sobre o regramento dado pelo Código de Processo Civil:

---

<sup>28</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 636.

### **CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL:**

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

V - promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais;

Art. 932. Incumbe ao relator:

I - dirigir e ordenar o processo no tribunal, inclusive em relação à produção de prova, bem como, quando for o caso, homologar autocomposição das partes;

Constata-se, portanto, que a permissão para que o Relator promova e homologue a autocomposição das partes, inclusive mediante o auxílio de conciliadores e mediadores judiciais, permite o reconhecimento da presença do processo oral nas instâncias recursais, na medida em que exige o contato entre o juiz e as partes demandantes.

### **Considerações finais**

Após a realização dessas considerações e tendo em vista o procedimento próprio para o julgamento dos recursos e das ações de competência originária dos Tribunais, destacando-se as limitações probatórias e também discursivas inerentes a essa fase procedimental, nega-se a plena vigência do processo oral nas instâncias recursais.

Todavia, o regramento processual do Código de Processo Civil previsto para o processamento e para o julgamento de ações de competência originária e de recursos cíveis perante as instâncias recursais confirma, em certa medida, alguns dos princípios que caracterizam o processo oral. Assim, afirma-se que: *i.* a possibilidade de realizar sustentação oral perante os julgadores, de esclarecer questões de fatos e de tomar esclarecimentos no momento do julgamento, revigoram o princípio da oralidade; *ii.* a gravação da prova oral em mídia eletrônica, bem como a possibilidade de produção da prova em grau recursal, reforça os princípios da imediatidade e da livre valoração da prova; *iii.* por fim, o dever de

promover a autocomposição das partes, também em sede recursal, reafirma a existência do modelo de processo oral.

Conclui-se, portanto, que, admitindo-se a possibilidade de flexibilização quanto a esse modelo teórico<sup>29</sup>, afirma-se que processo oral se encontra presente nas instâncias recursais, mas de forma extremamente mitigada e, ainda, dependente da disposição do órgão julgador em torná-lo efetivo.

---

<sup>29</sup> Em sentido contrário, Petrônio Calmon afirma que “não segue o modelo oral de processo aquele em que não estão presentes todos esses elementos [política pública de resolução de conflitos com ênfase na autocomposição; concentração dos atos processuais; contraditório como diálogo cooperativo entre os sujeitos do processo; imediação como o contato direto do juiz com as partes e com as provas; participação efetiva do juiz na colheita da prova na busca da verdade; informalidade; e plena condução do processo pelo juiz de primeiro grau, com impossibilidade prática de recurso contra decisões processuais]”. CALMON, Petrônio. *O modelo oral de processo no século XXI*. Revista de Processo, vol. 178/2009, p. 47-75, dez. 2009.

## XIV

### A oralidade no processo civil brasileiro

*Fernando Gonzaga Jayme*<sup>1</sup>

*Gláucio Maciel Gonçalves*<sup>2</sup>

*João Alberto de Almeida*<sup>3</sup>

*Renata C. Vieira Maia*<sup>4</sup>

#### Introdução

O vigente Código de Processo de Processo Civil brasileiro de 2015 prevê a realização, já no início do processo de conhecimento, de uma audiência inaugural ou prévia de conciliação ou mediação, cujo método de resolução autônoma depende da escolha das partes e da natureza do conflito. Estabelece também a possibilidade de ser realizada uma audiência

---

<sup>1</sup> Professor Associado de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da UFMG. Advogado. Conselheiro Seccional da OAB/MG. Membro do Comitê Técnico Científico do Parque Tecnológico BHTEC. Membro do Conselho Estadual de Direitos Humanos. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1992), Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1999 e 2003).

<sup>2</sup> Doutor em Direito (2007), na área de concentração de Direito Constitucional, pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), instituição na qual se graduou (1993) e concluiu o Mestrado (2000). Pós-doutor pela Albert-Ludwigs-Universität (<http://www.uni-freiburg.de>), em Freiburg, Alemanha, na área de processo civil, de janeiro de 2015 a janeiro de 2016, pesquisador-visitante do Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, também em Freiburg, de março de 2015 a janeiro de 2016. De maio a julho de 2014, foi Visiting Foreign Judicial Fellow no Federal Judicial Center ([www.fjc.gov](http://www.fjc.gov)), em Washington/DC, EUA, pesquisando sobre administração da justiça. Professor associado de processo civil na graduação da UFMG, é membro do corpo permanente da pós-graduação, com pesquisa nas áreas de processo civil e administração da justiça.

<sup>3</sup> Professor Associado III da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Juiz do Trabalho Aposentado - TRT/3ª Região, Mestre e Doutor pela Faculdade de Direito Universidade Federal de Minas Gerais, Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual - IBDP, Membro do Instituto de Direito Processual - IDPro, Advogado.

<sup>4</sup> Professora adjunta de Direito Processual Civil da UFMG - Universidade Federal de Minas Gerais no Curso de Graduação e Pós-Graduação. Diretora da DAJ - Divisão de Assistência Judiciária da Faculdade de Direito da UFMG. Coordenadora da Câmara de Mediação - Projeto de Extensão da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Mestre em Direito Empresarial - Faculdades Milton Campos e Doutora em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Minas Gerais. Conselheira do IDPro - Instituto de Direito Processual.



para saneamento compartilhado do processo. Ao contrário da primeira, esta audiência será designada diante da complexidade da matéria de fato e/ou de direito, mas sempre a depender da vontade do juiz. Pode ser ainda realizada uma terceira audiência, de instrução e julgamento, que só ocorre se houver provas orais a serem colhidas pelo juiz. Apesar de a lei processual prever a realização de três possíveis audiências, a prévia, a de saneamento compartilhado e a de instrução e julgamento, vê-se que não é possível, por isso apenas, dizer que há no processo civil brasileiro um processo oral. Isto porque, o simples fato de se verificar no ordenamento processual a possibilidade da realização de três audiências não autoriza que se afirme a existência de um processo oral. Para se afirmar, ou não, a existência de um processo oral faz-se necessário que estejam presentes não só a possibilidade do intercâmbio de informações e do diálogo entre partes e juiz em audiência, mas que sobretudo sejam observados princípios e regras processuais fundamentais, tais como a imediação, a concentração de atos, a identidade física do juiz, a publicidade e a condução eficiente do juiz na instrução do processo.

## **1. Das audiências no procedimento comum do CPC/15**

### **1.1 Da Audiência Prévia ou Inaugural**

São dois os processos no Código de Processo Civil, o de conhecimento e o de execução. Ao contrário deste último, em que são vários os procedimentos a serem observados a depender da obrigação inadimplida, se de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar, para aquele só há um único procedimento denominado de procedimento comum, com exceção de alguns poucos procedimentos especiais, como é o caso das ações que envolvam questões de família<sup>5</sup>, monitória, possessória, de consignação em

---

<sup>5</sup> Importante observar que o procedimento especial das ações de família, prevê, obrigatoriamente a realização da audiência prévia (art. 695 do CPC/15). Ao contrário do que ocorre no procedimento comum.

pagamento, dentre outros, cuja especialidade do procedimento advém da necessidade do direito material vindicado<sup>6</sup>.

O Código de Processo Civil de 2015 eliminou a pluralidade de procedimentos então existente no CPC/73 onde se via ao lado dos procedimentos especiais, o procedimento sumário e o ordinário. Desde a elaboração do anteprojeto de lei, optou-se por eliminar o procedimento ordinário, tendo como inspiração o procedimento sumário (artigos 275 e seguintes do CPC/1973), que passaria a ser denominado de procedimento comum. Lembre-se que pelo procedimento sumário então previsto os atos deveriam ser realizados em audiência, sendo de se anotar que José Carlos Barbosa Moreira<sup>7</sup> nele reconhecia o exemplo de processo oral então existente no ordenamento jurídico pátrio.

Atualmente há, ao lado dos procedimentos especiais, apenas o procedimento comum, que se inicia com a citação do requerido para comparecer a uma audiência prévia de conciliação ou mediação. Caso frustrada a composição do litígio pela via da conciliação ou mediação é que a contestação será apresentada, no prazo de 15 (quinze) dias a contar da última sessão ou da audiência. Excepcionalmente, recusando as partes a conciliação ou quando a causa não comportar autocomposição é que esta audiência não ocorrerá (art. 334, §4º, CPC/15). Nestes casos, o prazo para contestar é de 15 dias e terá como termo *a quo* o protocolo da manifestação expressa do requerido pela não audiência, e no segundo caso, a juntada do mandado de citação.

Pensava-se em já iniciar o procedimento pelo comparecimento das partes em juízo para, antes de acirrados os ânimos, pudessem chegar a uma resolução consensual do conflito. Ocorre que a prática tem demonstrado a pouca adesão dos magistrados, e mesmo dos advogados, a esta audiência prévia.

---

<sup>6</sup> THEODORO JR. Humberto. Curso de Direito Processual Civil II – Procedimentos especiais. 52ª ed. rev. e at.. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 5.

<sup>7</sup>MOREIRA. José Carlos Barbosa, Comentários ao Código de Processo Civil, vol. V, 6ª ed. 2ª tir. rev. e atual., Rio de Janeiro : Forense, 1994, p. 4.

Em pouco tempo de vigência do CPC/15, os magistrados brasileiros pouco valor têm atribuído a esta audiência. Tanto que não é difícil verificar nos Tribunais de Justiça<sup>8</sup> decisões nas quais o entendimento é de que não há obrigatoriedade para sua designação. E ainda que o Código de Processo Civil, em seu artigo 334, §4º, indique que a audiência só não será realizada se ambas as partes manifestarem, expressamente, o seu desinteresse, o que se observa é que tal previsão legal vem se tornando letra morta por iniciativa dos próprios tribunais. Exemplo de tal situação se verifica quando reconhecem que a ausência da parte que manifestou seu desinteresse expressamente não é punida com a multa de até 2% (dois por cento) da vantagem econômica (§8º, art. 334 do CPC/15), por considerarem que só haverá punição no caso de ausência injustificada<sup>9</sup>. Mera manifestação de desinteresse, de acordo com o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, já se mostra mais que suficiente para justificar a ausência da parte à audiência, a ponto de não se lhe aplicar a multa.

Se há necessidade de manifestação expressa de ambas as partes para que não ocorra a audiência e se a ausência de uma delas, pelo fato de manifestar desinteresse, já põe por terra a realização da audiência, sem que se lhe imponha a respectiva sanção, segundo entendimento do o próprio Tribunal, é de se ter por ineficaz o dispositivo, frustrando importante iniciativa do legislador. Na realidade, segundo o art. 334, do CPC/15, a

---

<sup>8</sup> TJMG Agravo de Instrumento n.º 1.0000.16.0535043/001, Relator: Des. Márcio Idalmo Santos Miranda, 9ª Câmara Cível, j. 18/10/2016, p. 25/10/2016; TJSP Apelação n.º 102877376.2016.8.26.0002 - Relator: Des. Kenarik Boujikian, 34ª Câmara de Direito Privado; j. 19/04/2017; p. 19/04/2017. Sobre o tema, vale conferir o artigo de Suzana Cremasco - "O art. 334 do CPC/2015: a realização da audiência inicial de tentativa de mediação ou conciliação é obrigatória ou pode ser dispensada pelo juiz?" Disponível em: <http://processualistas.jusbrasil.com.br/artigos/453984284/edicao-comemorativa-a-posicao-dos-tribunais-apos-um-anode-vigencia-do-cpc-2015> << acessado em 10 de maio de 2017 >>

<sup>9</sup> Tomemos a título de exemplo, o que vem entendendo o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no qual reconhece que "somente o não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é passível de multa. Manifestado expressamente pela parte o seu desinteresse na autocomposição, resta justificado o seu não comparecimento ao ato." (TJMG - Apelação Cível 1.0567.15.002353-7/001, Relator(a): Des.(a) Evandro Lopes da Costa Teixeira, 17ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 08/02/2018, publicação da súmula em 26/02/2018). E para o TJMG, somente é passível punir se a parte não manifestou o seu desinteresse. Se se não houver informação expressa do "seu desinteresse na autocomposição, não compareceu em audiência de conciliação, tampouco se fez representar por procurador, cabível a aplicação da penalidade por ato atentatório à dignidade da Justiça, nos termos do art. 334, §8º do CPC/15." (TJMG - Apelação Cível 1.0000.17.085211-5/001, Relator(a): Des.(a) Amorim Siqueira, 9ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 20/02/2018, publicação da súmula em 26/02/2018).

audiência se realizará ainda que uma das partes manifestasse o seu desinteresse em participar.

E não só isso, o próprio Código de Processo Civil, no §10º, do artigo 334, ao permitir que a parte possa se fazer representar nesta audiência por pessoa munida de procuração específica para negociar ou transigir, acabou por facultar o comparecimento pessoal da parte. Deste modo, os Tribunais vêm seguindo a orientação de que não há qualquer prejuízo para a realização desta audiência se a parte se fizer representar por procurador com poderes especiais para transigir<sup>10</sup>.

Como se vê, a audiência prévia ou inaugural estabelecida para o procedimento comum passou a ser vista apenas como uma etapa não obrigatória<sup>11</sup>, pois não se aplica qualquer sanção à parte que manifestou desinteresse em dela participar, ou que deixando de comparecer pessoalmente se faça representar por procurador com poderes especiais. Demonstra-se assim a pouca valia deste poderoso meio para que as partes em imediação com o juiz ou seu auxiliar (apenas nesta fase inaugural) possam se encontrar e se possível buscar a autocomposição, tal como tanto almeja, incentiva e estimula o legislador processual civil (art. 3º, §3º, CPC/15).

Não há como se conceber fiquem alheias as partes já nesta primeira audiência. Basta lembrar que para a realização da mediação a presença das partes é indispensável, uma vez que não se trabalha no procedimento da mediação tão somente o objeto da demanda (sua posição), mas sobretudo seus interesses e sentimentos que são impossíveis de serem traduzidos apenas no mencionado objeto da demanda.

---

<sup>10</sup> Tribunal de Justiça de Minas Gerais vem perfilhando o entendimento do qual não há necessidade de comparecimento pessoal da parte na audiência inaugural, bastando que esta se faça representar por procurador com poderes para transigir, porquanto “a ausência em audiência de conciliação não caracteriza ato atentatório à dignidade da justiça quando a parte não comparece pessoalmente, mas faz-se representar por advogado ao qual conferiu poderes para negociar e transigir em seu nome. (TJMG - Apelação Cível 1.0569.14.003733-8/001, Relator(a): Des.(a) Adriano de Mesquita Carneiro, 11ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 11/09/2019, publicação da súmula em 18/09/2019)

<sup>11</sup> Neste sentido, Renata C. Vieira Maia, já sustentava no artigo “Da petição inicial e da resposta do réu: principais inovações e modificações” (in- “Processo Civil Brasileiro – Novos Rumos a partir do CPC/15”. Belo Horizonte: Ed. Del Rey. 2016, p.109) que esta audiência da forma como prevista é uma faculdade dada às partes, e ainda que uma destas manifeste o seu desinteresse, seria o quanto bastava para a sua não realização. A despeito de haver, quem pense o contrário como Freddie Didier Jr e Humberto Theodoro Jr., como demonstrado.

## 1.2 Da audiência de saneamento compartilhado

Entre a audiência inaugural e a audiência de instrução e julgamento, mas sempre depois da contestação e eventual réplica, há previsão para que o juiz diante da complexidade da causa (seja de fato ou de direito, ou de ambos), possa designar audiência para que o saneamento seja realizado em cooperação com as partes (§8º, do art. 357 do CPC/15).

Esta sim seria verdadeira espécie de audiência preliminar tal como concebida pelo Código Modelo de Processo Civil para os estados Ibero-americanos (art. 298.3<sup>12</sup>, Código Modelo). Nesta audiência preliminar, tal como concebido no Código Modelo (art. 301<sup>13</sup> do Código Modelo), serão realizados cinco atos considerados essenciais, a saber: a) tentativa de conciliação, ainda que parcial, pelo juiz da causa; b) o saneamento do processo

---

<sup>12</sup> “298.3. Transcurridos los plazos señalados, con contestación o sin ella, se convocará a audiencia preliminar.”

<sup>13</sup> “Art. 301. (Contenido de la audiencia preliminar).

En la audiencia preliminar se cumplirán las siguientes actividades:

- 1) Ratificación de la demanda y de la contestación y, en su caso, de la reconvencción y de la contestación a la misma, pudiéndose alegar hechos nuevos siempre que no modifiquen la pretensión o la defensa, así como aclarar sus extremos si resultaren oscuros o imprecisos, a juicio del Tribunal o de las partes.
- 2) Contestación por el actor de las excepciones opuestas por el demandado y por éste de las que hubiere opuesto el actor respecto de la reconvencción.
- 3) Tentativa de conciliación, que deberá realizar el Tribunal, respecto de todos o algunos de los puntos controvertidos.
- 4) Recepción de la prueba sobre las excepciones, en la situación extraordinaria de entender el Tribunal que existe algún hecho a probar, en cuyo caso se recibirán, exclusivamente, las pruebas solicitadas en el escrito en que se hubieren opuesto las excepciones y aquellas que lo fueron en la ocasión a que refiere el numeral 2.
- 5) Pronunciamiento de sentencia interlocutoria con el fin de sanear el proceso, para resolver los problemas planteados por las excepciones procesales propuestas o las nulidades denunciadas o las que el Tribunal hubiere advertido y decidir, a petición de parte o de oficio, todas las cuestiones que obstaren a la decisión de mérito, incluyendo la improponibilidad de la demanda y la legitimación en la causa, cuando ésta sea definible al comienzo del litigio. El Tribunal podrá prorrogar la audiencia a los efectos de lo dispuesto en el numeral 4), pero en la siguiente oportunidad deberá recibirse la totalidad de la prueba y pronunciarse la sentencia interlocutoria de saneamiento. La formulación de sus fundamentos podrá diferirse hasta otra audiencia que habrá de llevarse a cabo en plazo no mayor de diez días y, cuando la complejidad del asunto lo justifique, se podrá prorrogar la audiencia por plazo no mayor de quince días para pronunciar la sentencia con sus fundamentos.
- 6) Fijación definitiva del objeto del proceso y de la prueba; pronunciamiento sobre los medios de prueba solicitados por las partes, rechazando los que fueren inadmisibles, innecesarios o inconducentes (artículo 33.6), disponiéndose la ordenación y diligenciamiento de los que correspondan, recepción de los que fuere posible diligenciar en la propia audiencia y fijación de otra complementaria para el diligenciamiento de los restantes, acordándose lo necesario para que, en ocasión de esa audiencia complementaria, se diligencien totalmente las pruebas que no se hubieren recibido en la audiencia preliminar (artículo 303.1.).

Las partes podrán proponer nuevos medios de prueba que, a juicio del Tribunal, refieran a hechos nuevos o a rectificaciones hechas en la propia audiencia (numeral 1).”

com resolução das exceções e matérias de ordem processual, eliminando possíveis vícios que poderiam acarretar na nulidade do processo; c) determinar de forma definitiva o objeto da demanda; d) delimitar os pontos controvertidos e que serão objeto de prova oral, pronunciando sobre os meios de prova solicitados pelas partes, refutando as que forem inadmissíveis, desnecessárias ou incoerentes; e, e) designando, se for o caso, uma outra audiência para colheita das provas orais, que deve realizar-se em breve espaço de tempo.

A exemplo do Código Modelo, a audiência de saneamento compartilhado terá por finalidades: a) resolver as questões pendentes; b) delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, com especificação dos meios probatórios; c) delimitar as questões de direito relevantes para a decisão de mérito; e d) designar, caso seja necessária a produção de prova oral, a audiência de instrução e julgamento.

Mas ao contrário da previsão que consta do Código Modelo, esta audiência, de acordo com o Código de Processo Civil de 2015, só será designada pelo juiz em caso de complexidade, embora se reconheça com Fredie Didier Jr. que, pela importância dos atos a serem ali realizados, deveria ela ser uma obrigação, independente da complexidade ou não dos fatos e/ou do direito, porquanto “não há qualquer restrição para que o juiz a determine em causas não tão complexas. O saneamento compartilhado tende a ser mais frutuoso sempre”<sup>14</sup>.

Mas para que esta audiência atinja os objetivos nela buscados, torne-se imprescindível, assim como se reconhece na audiência inaugural, o comparecimento pessoal das partes. Do contrário, torna-se infrutífera a sua realização. Afinal, não há ninguém melhor para conhecer a matéria de fato senão as próprias partes que terão condições mais satisfatórias de esclarecer os pontos obscuros ou mesmo deficitários da demanda e auxiliar o juiz quanto ao melhor meio de prova a ser realizada.

---

<sup>14</sup> DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 1. Salvador: Ed. JusPodium, 17ª ed. rev. ampl. E atual., 2015, p. 694.

Do contrário, a se realizar esta audiência como eram feitas as audiências preliminares previstas no artigo 331 do CPC/1973, conforme bem observou José Carlos Barbosa Moreira<sup>15</sup>, sem a efetiva participação e estímulo do juiz e sem a participação das partes, contando tão somente com seus advogados, é melhor nem tê-la.

### 1.3 Da audiência de instrução e julgamento

Esta é a única audiência nos procedimentos comum ou especial que, em havendo necessidade de realização de prova oral, tal como o depoimento pessoal das partes, ouvida de testemunhas, esclarecimentos do perito ou mesmo prova pericial de menor complexidade, será obrigatória (arts. 358 e 361 do CPC/15). Esta audiência só não ocorrerá se não houver necessidade de se produzir prova oral, caso em que haverá o julgamento antecipado do mérito (inc. I, art. 355 do CPC/15).

Como bem observa Humberto Theodoro Júnior, esta audiência tem um ponto alto para o procedimento oral, “pois concentra os atos culminantes da disputa judicial. Nela o juiz entra em contato direto com as provas, ouve o debate final das partes e profere sentença. (...). Por meio dela, põem-se em prática os princípios da oralidade e concentração do processo moderno.”<sup>16</sup>

As partes, pelo que estabelece o Código de Processo Civil de 2015, só estão obrigadas a comparecer nesta audiência se forem intimadas a prestar depoimento pessoal, caso em que não comparecendo lhes será aplicada a pena de confesso (§1º, art. 385 do CPC). Denota-se que é faculdade das partes estar ou não presentes na audiência de instrução e julgamento, porquanto a sua indispensabilidade só se dará no caso em que forem intimadas para prestar depoimento pessoal.

---

<sup>15</sup> Isto por que, se houver a utilização inadequada da técnica oral ocorrerá “maiores perigos do que todo o conjunto de aspectos negativos da técnica escrita. Em última análise, a uma audiência mal realizada é preferível nenhuma. Aqui como alhures, *corruptio optimi péssima*.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Temas de direito processual : quarta série, p. 137)

<sup>16</sup> THEODORO JR. Humberto. Curso de Direito Processual Civil II - Procedimentos especiais. 52ª ed. rev. e at.. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 881.

Embora facultativa a presença das partes nesta audiência, também se reconhece que seu não comparecimento inviabiliza sua participação no processo em simétrica paridade, com poder de influência, de não surpresa e de efetiva participação de todos, partes e juiz. Sem contar que sempre haverá possibilidade de o juiz pedir esclarecimentos às partes quando a matéria fática, inquirindo-as sobre os fatos da causa, hipótese em que não incidirá a pena de confesso (art. 139, inc. VIII do CPC/15).

Tal ausência dificultará também a imediação entre partes e juiz, inviabilizando-se que ocorra de modo satisfatório a sua participação no processo e no convencimento do juiz e também no seu próprio convencimento frente as provas realizadas a viva voz e a sentença proferida. Afinal, como bem pondera Chiovenda, convém ressaltar que o cabe ao juiz “colaborar na formação do material de cognição, pondo-o em contato imediato e contínuo com as partes desde o momento da constituição do processo, de sorte que lhe seja fácil predispor o encaminhamento da causa, dilucidando as dúvidas, provocando das partes as indicações de fatos mais importantes, assinalando-lhes simples e economicamente as lacunas de sua defesa e de suas provas.”<sup>17</sup>

E não há melhor lugar para que o juiz esteja em contato com as partes senão nas audiências, sendo a presença de todos de suma importância em qualquer procedimento. Pois assim como se exige que o juiz presida a audiência, há também necessidade de que as partes nela também compareçam para que a oralidade, a imediação, a concentração, publicidade também se façam presentes.

Findos os debates orais, será dada a palavra, primeiro, ao advogado do autor, depois, ao advogado do réu, e também, se estiver presente, ao membro do Ministério Público, para que em 20 (vinte) minutos, prorrogáveis por mais 10 (dez) minutos a critério do juiz (art. 364 do CPC), cada um faça as suas alegações orais. Apenas em caso de impossibilidade é que as alegações finais orais serão substituídas por memoriais. Encerrando-se

---

<sup>17</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil. Tradução de Paolo Capitanio e anotações de Enrico Tullio Liebman. Campinas: Bookseller, 4ª ed., 2009, p. 1.016.



o debate em audiência, o juiz poderá naquele momento proferir sentença ou fazê-lo utilizando-se do prazo impróprio de até 30 (trinta) dias úteis (art. 366 do CPC).

Em suma: de acordo com o previsto no Código de Processo Civil é possível que pelo procedimento comum ocorram 3 (três) audiências. Contudo, de todas elas, apenas será obrigatória a realização da audiência de instrução e julgamento, na hipótese de ser necessário produzir provas orais. Disto se conclui que - caso qualquer uma das partes se manifeste pela não realização da audiência prévia ou inaugural, o juiz entenda não ser necessário designar audiência para saneamento compartilhado e, ainda, que não se tenha provas orais a serem colhidas - o processo de conhecimento no Brasil pode ser encerrado sem que ocorra uma única audiência, constituindo-se em um processo eminentemente escrito. O que é inconcebível quando se pensa em processo oral.

## **2. Princípios que orientam o processo oral**

Como já observado por Renata C. Vieira Maia<sup>18</sup>, ressalta-se que embora “a oralidade possa ser compreendida de forma mais ampla a agregar outros princípios, tais como o da imediação, concentração, publicidade e identidade física do juiz, esses princípios, em hipótese alguma, são inerentes ao procedimento, mas ao próprio processo”<sup>19</sup>. Deve-se considerar que não é pelo predomínio da realização de atos orais, tais como os que ocorrem em audiência, que se pode classificar como oral o processo, pois “não basta apenas que sejam realizados de forma oral, uma vez que para verificar se o processo é oral, torna-se necessário a presença de outros

---

<sup>18</sup> MAIA, Renata C. Vieira. A efetividade do processo de conhecimento mediante a aplicação do processo oral. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG. Belo Horizonte, 2015, p. 71 e 72

<sup>19</sup> É o processo que se impregna dos princípios da oralidade, publicidade, paridade de armas, concentração, imediação e outros. E o *iter* procedimental vai variar de acordo com os vários ordenamentos existentes, permitindo, assim, que haja a participação cada vez mais dos interessados na elaboração e participação do provimento final.

princípios<sup>20</sup> que seriam corolários e adjacentes a ele ou mesmo decorrentes dele.”<sup>21</sup>

Compreende-se, portanto, por processo oral aquele em que estejam presentes como normas fundantes, a imediação, a identidade física do juiz, a ampliação de poderes deveres do juiz, a concentração de atos e a publicidade destes.

## 2.1 A imediação

Por imediação compreende-se a inter-relação entre partes e juiz, permitindo a este último conhecer os fatos diretamente por meio dos esclarecimentos das partes e das provas orais, sem que para tanto se utilize de intermediários. A imediação é uma forma de tornar a justiça mais humana, porque em certa medida está mais próxima dos jurisdicionados, o que permite às partes conhecer a face do juiz. Ou como bem afirmam Joan Picó I. Junoy e Elisabet Cerrato Guri<sup>22</sup>, Vásquez Sotelo<sup>23</sup> e Fernando Diz<sup>24</sup>, “um processo com rosto humano” ou um processo mais humano.

Por meio da imediação há intercâmbio entre as partes e o juiz que irá julgar a causa, complementando-se a comunicação que até então ocorria por meio dos arrazoados. Permite-se a interação pelo meio oral, do falar e ouvir, pelo diálogo para que em simétrica paridade e participação, seja encontrada a melhor solução para o objeto do processo. Seja por meio da

---

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

<sup>21</sup> MAIA, Renata C. Vieira. A efetividade do processo de conhecimento mediante a aplicação do processo oral. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Belo Horizonte, 2015, p. 72

<sup>22</sup> JUNOY, Joan Picó I. GURI, Elisabet Cerrato. El control de la valoración judicial de las pruebas personales en la segunda instancia civil. In - CARPI, Federico y RAMOS, Manuel Ortells (org.) Oralidad y Escritura en un Proceso Civil Eficiente – comunicaciones. Vol.II, València: Universitat de València, 2008, p.225.

<sup>23</sup> SOTELO, José Luis Vásquez. La oralidad y escritura en el moderno proceso civil español y su influencia sobre la prueba. València: Universitat de València, 2008, p. 257

<sup>24</sup> DIZ, Fernando Martín. Oralidad y eficiencia del proceso civil : ayer, hoy y mañana, València: Universitat de València, 2008, p. 37-38

autocomposição que deve a toda etapa do processo ser estimulada e incentivada, seja por meio da decisão adjudicada.

## **2.2 Identidade física do juiz**

Outro princípio que se encontra umbilicalmente interligado ao da imediação é o da identidade física do juiz. Perde-se a essência do processo oral se o juiz que colheu a prova e esteve em contato com partes e testemunhas não for o mesmo que irá proferir a sentença.

O princípio da identidade física do juiz é imprescindível para a existência do processo oral, pois a sentença só poderá ser proferida por aquele que colheu as provas em audiência e manteve direto diálogo com as partes. Ademais, a “separação das funções de recolher as provas e de decidir o processo é nefasta e inconveniente, uma vez que o juiz prolator da decisão que não esteve presente nas audiências e nem teve a oportunidade de entabular um diálogo com as partes e testemunhas, não terá condições de proferir uma decisão com base nas suas impressões imediatas.”<sup>25</sup>

## **2.3 Concentração dos atos**

Outro princípio indissociável aos já mencionados é o da concentração, pois de nada adianta observar a imediação e a identidade física do juiz se a sentença for proferida após decorrido longo espaço de tempo da realização da audiência. Isto porque, estando o juiz diretamente com as partes, colhendo as provas, passa ele a ter base suficiente para decidir, mas se a sentença for proferida muito tempo depois da audiência, torna-se mais difícil a utilização das provas e impressões pessoalmente colhidas. Por isso mesmo é que pelo princípio da concentração se exige seja a sentença proferida em pouco tempo, até mesmo em audiência, ou, na impossibilidade, nos dias subsequentes, próximos à data em que foi

---

<sup>25</sup> MAIA, Renata C. Vieira. A efetividade do processo de conhecimento mediante a aplicação do processo oral. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Belo Horizonte, 2015, p. 84

finalizada a instrução. Evita-se, assim, que o tempo corrompa e fulmine as impressões obtidas pelo juiz frente as provas por ele diretamente colhidas, com seus próprios olhos, ouvidos e percepções.

Ademais, como observa Chiovenda<sup>26</sup>, dizer oralidade seria o mesmo que dizer concentração, porque para ele este princípio constituiria a principal<sup>27</sup> característica do processo oral, de modo que este deve se realizar por meio de uma ou poucas audiências, afastando-se o risco de que as impressões recebidas pelo juiz e guardadas em sua memória sejam esquecidas.

## 2.4 Publicidade dos atos

Não se pode olvidar da necessidade de se observar a publicidade dos atos mormente quando se trata de processo oral. De acordo com Ada Pellegrini Grinover<sup>28</sup>, junto com outros princípios a publicidade dos atos compõe a unidade do processo, consubstanciada em seus princípios básicos e fundamentais. Por este princípio, em geral, devem ser públicos todos os atos processuais. Assim, como se falar em publicidade de atos se todos eles ocorrem apenas dentro dos gabinetes, tornar público o processo clama por um esforço maior, que permita à sociedade maior participação, compreensão e controle da atividade jurisdicional. Acredita-se que “a oralidade da audiência pública permite que a comunidade entenda a administração da justiça pelos tribunais.”<sup>29</sup>

É a sociedade que também deve exercer o controle dos atos do juiz. Assim, é pressuposto funcional do princípio da oralidade o de que qualquer pessoa possa estar presente nas salas de audiência e nas sessões de

---

<sup>26</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil. Tradução de Paolo Capitanio e anotações de Enrico Tullio Liebman. Campinas: Bookseller, 4ª ed., 2009, p. 1.007

<sup>27</sup> Também nesse sentido reconhece VEIGA, Vasco Soares. Da Oralidade (Estudo a propósito da revisão do Código de Processo Civil). Coimbra: Coimbra Editores, 1961, p.77

<sup>28</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. Processo Trabalhista e Processo Comum. Revista de Direito do Trabalho, vol. 15. São Paulo: RT. Setembro de 1978, p. 86

<sup>29</sup> HIRSCH, Günter. Oralidad e intermediación del proceso. Tensión entre los parámetros constitucionales y los aspectos de la economía procesal en el procedimiento judicial. Revista Mexicana de Justicia, nº. 14. México: Reforma Judicial, 2009, p. 193. Tradução livre do original: “la oralidad de la audiencia pública la que permite a la comunidad entender la impartición de justicia por los tribunales.”

julgamento, com exceção dos atos que devam ocorrer em segredo de justiça. Não se vê a presença dos princípios informadores do processo oral quando ele é “formado e desenvolvido na secretaria e no gabinete do juiz, o público não está presente e nem pode se fazer presente, a não ser pelas publicações das intimações no jornal oficial. Não havendo público, torna-se difícil fiscalizar os atos realizados pelo juiz em seu gabinete e saber se ele próprio quem proferiu a decisão”<sup>30</sup>

## 2.5 Da irrecurribilidade, em separado, das decisões interlocutórias

Chiovenda afirma que a irrecurribilidade das decisões interlocutórias em separado constitui consectário lógico da oralidade. Para ele, se fossem observados todos os princípios consectários da oralidade, sobretudo a concentração dos atos, não haveria necessidade de se recorrer em separado das decisões interlocutórias. É preciso que a “decisão do incidente não seja recorrível à parte da questão principal.” A irrecurribilidade das interlocutórias deveria ser uma regra, só permitindo a interposição de recursos em separado apenas para afastar algumas exceções *litis ingressum impediende*.<sup>31</sup>

Para José Carlos Barbosa Moreira<sup>32</sup> não faz sentido pensar em recorribilidade em separado quando se estiver frente a um verdadeiro processo concentrado, como é o processo oral, porquanto seria natural que a interposição contra as decisões do juiz de primeiro grau fossem restringidas a apenas um único recurso, contra a sentença, por meio do qual a parte inconformada levará para conhecimento do tribunal a matéria, devolvendo-lhe o conhecimento de toda a matéria.

---

<sup>30</sup> MAIA, Renata C. Vieira. A efetividade do processo de conhecimento mediante a aplicação do processo oral. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Belo Horizonte, 2015, p.99/100

<sup>31</sup>CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil, 2009, p. 1008

<sup>32</sup>MOREIRA, José Carlos Barbosa, Comentários ao Código de Processo Civil, vol. V, p. 434

## 2.6 Do papel ativo do juiz

Mas há certamente outro princípio consectário da oralidade que, embora não tenha sido objeto de análise por Giuseppe Chiovenda<sup>33</sup>, é certamente um princípio que, se bem compreendido, levará a uma maior e melhor observância do processo oral, qual seja, a função preponderante do juiz na condução do processo. Afinal, como há muito advertia José Carlos Barbosa Moreira, para que o processo seja a efetivo e eficiente<sup>34</sup> há que se dar a devida importância pela qual o órgão judicial o conduza. Reforçando ele que “precisamos de juízes compenetrados da relevância social de sua tarefa e das repercussões que o respectivo desempenho produz no tecido da sociedade.”<sup>35</sup> Devendo ele, por óbvio exercer um papel mais ativo, “no que tange à ‘direção formal’ do processo” e também na “‘direção material’ (...). Muito particularmente na modalidade oral, o método ‘concentrado’ afigura-se propício à atuação prática da diretriz de ‘cooperação’

---

<sup>33</sup> Juan Montero Aroca, ferrenho crítico à socialização do processo, critica que a pretexto de dar um valor atual ao princípio da oralidade, tem-se levado a uma mescla caótica de coisas distintas, e que vem causando uma confusão sem saída. Reiterando que “hoy no puede seguir manteniéndose que la oralidad lleve inevitablemente a un “proceso social”, en el sentido en que esa expresión se ha entendido en los países ex

Socialistas.” Criticando deste modo, o ativismo judicial, e que nem mesmo Chiovenda não teria defendido e nem mesmo participado “de una concepción en buena medida autoritaria y no liberal de las relaciones entre Estado e individuo. Chiovenda se ha había mostrado en desacuerdo con Menger, hablando de la necesidad de ser más prudente, aunque no puede desconocerse que se ha llegado a afirmar que es un precursor del fascismo.” (AROCA, Juan Montero. LA NUEVA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL ESPAÑOLA Y LA ORALIDAD. Conferencia pronunciada en las XVII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, celebradas en San José, Costa Rica, los días 18 a 20 de octubre de 2000, p. 20 a 22 - e que se encontra ora publicada nesta obra coletiva). E em contraposição a este entendimento, reconhece José Carlos Barbosa Moreira em seu artigo “Neoprivatismo do Processo Civil”, publicado no livro *Temas de Direito Processual Civil - Nona Série*. São Paulo: Saraiva, 2007, pags. 87 a 101, rebate este argumento de Montero Aroca e do qual remetemos e indicamos a sua leitura.

<sup>34</sup> Por eficiente, compreende pelo processo que além de célere (sem dilações indevidas) e económico seja aquele que se encerra por uma decisão fundamentada, tendo por base os fatos alegados e provados e as razões de direito. E sustenta-se com Michele Taruffo que sem dúvida, “a oralidade por ser uma forma eficiente para a práticas as provas quando se cumprem as condições principais (para além do contato direto do juiz com os fatos, com as fontes da prova): a concentração e a resolução imediata ao final da última audiência.” (TARUFFO, Michele. *Oralidade e escritura como fatores de eficiência en el proceso civil*. In - CARPI, Federico e RAMOS, Manuel Ortells (org.) *Oralidad y Escritura en un Proceso Civil Eficiente - Ponencias generales e informes nacionales*. vol. I, València : Universitat de Valencia, 2008, p. 215-216)

<sup>35</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Por um processo socialmente efetivo*. In- *Temas de Direito Processual Civil - Oitava Série*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 27

entre o juiz e litigantes, que com razão se costuma incluir entre os postulados básicos do ‘processo social’.”<sup>36</sup>

O processo oral necessita da figura escorreita e ativa do juiz, que embora imparcial não deve ser estranho ao processo e muito menos ao procedimento. Afinal, com bem observado por Michele Taruffo, “não se espera que o juiz seja passivo e neutro no âmbito do processo: ser imparcial não significa se posicionar (ou seja, permanecer neutro). Ao contrário: ‘a imparcialidade refere-se a uma posição ativa no juízo’ e ‘dá estrutura ao juízo’.”<sup>37</sup>

A seu turno, Mauro Cappelletti também sempre defendeu a necessidade de que o papel do juiz seja mais ativo, sobretudo na escorreita observância e controle do procedimento. Neste sentido tome-se a advertência do Juiz Irving R. Kaufman (*American Bar Association Journal*, 56, 1970, pp 929, 933) ao reconhecer que: “a presente tendência em acentuar a importância de uma intervenção tempestiva do juiz (...) representa o coroamento dos esforços de muitos dos nossos maiores juristas, feitos com o fim de induzir os juízes (...) a assumir uma parte ativa na conduta do procedimento (...).”<sup>38</sup>

Quando se fala, portanto, de exigir um papel mais ativo do juiz é dizer que ele deve se comportar como verdadeiro diretor do processo, restaurando-se sua autoridade na condução do procedimento. No processo oral, o juiz não pode e nem deve ser inerte, passivo ou mero espectador, cabe a ele zelar por seu papel de verdadeiro gestor<sup>39</sup> do processo, estando atento

---

<sup>36</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Temas de direito processual : quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989 “*Saneamento do processo e audiência preliminar*” relatório para a IX Jornadas do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, realizado em Madri, em junho de 1985, p. 133/134.

<sup>37</sup> TARUFFO, Michele. Uma simples verdade – O juiz e a construção dos fatos. RAMOS, Vitor de Paula (tradutor). São Paulo: Ed. Marcial Pons, 2012, p. 146

<sup>38</sup> CAPPELLETTI, Mauro. Processo, Ideologias e Sociedade. Vol I, Trad. e notas Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris Ed., 2008, p. 362

<sup>39</sup> Já não se pode mais permitir que o juiz renuncie o seu papel de direito do processo. José Carlos Barbosa Moreira, há muito já nos advertiu são várias as razões para que o juiz deixasse de exercer de modo eficaz o seu papel de direção, sobressaindo-se “o fato de que o pleito não raro passa sucessivamente pelas mãos de vários magistrados. O princípio da identidade física, mesmo restritamente entendido, como identidade entre o juiz “que concluir a audiência” e o que julgar a lide, sofreu atenuações no art. 132 do Código nacional. Para dizer a verdade, o ideal seria que todo o processo se desenvolvesse em primeiro grau sob direção única, do primeiro ao último ato. Não se pode esperar que um juiz controle com a necessária firmeza a marcha do pleito, se sabe que, mais cedo ou mais tarde, será

e seguindo à risca o procedimento. Até porque, dele exigir esta postura, é o mesmo que dizer que deve estar em condições de “dirigir o processo e conduzi-lo até sua resolução com a maior celeridade possível e compatível com uma decisão acertada.”<sup>40</sup> Estando atento ao procedimento, para que sejam observados os princípios da imediação, identidade física do juiz, concentração dos atos, publicidade, sem os quais não será possível falar da existência de um processo oral.

Com Aroldo Plínio Gonçalves reafirma-se que “o juiz é sujeito do processo, é o sujeito que tem a titularidade não apenas do ato do provimento final, mas de provimentos emitidos.... Sendo sujeito de atos processuais, é claro que ele participa do processo. A participação do juiz, na fase de instrução, que afasta definitivamente a possibilidade de que ele seja visto como um simples autômato é posta em relevo por BARBOSA MOREIRA, que, com base em várias disposições do Código de Processo Civil de 1973, demonstra que ele não se limita a ‘uma postura de estátua’. A maior participação dos juízes no processo é um direito que, conforme alerta, assiste à própria sociedade, para o qual o legislador deve ser sensibilizado e despertado.”<sup>41</sup>

### 3. O processo oral e o CPC/15

O Código de Processo Civil de 2015, se analisado apenas pelo ângulo da realização dos atos orais, em audiência, até pode parecer, num primeiro momento, ter adotado o processo oral. Entretanto, para que se afirme haver o direito processual civil brasileiro adotado, ou não, o processo oral, faz-se necessário analisar os demais princípios, a começar pela imediação.

---

substituído no comando. O ideal, por definição, é sem dúvida inatingível: quando nada em caso de morte, sem falar de outros menos dramáticos, inexistente alternativa para a substituição. Seria de desejar, porém, que as normas de organização judiciária cuidassem de impedir que se converta em regra geral um permanente rodízio, consoante vem acontecendo em não poucos casos.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Reformas Processuais e Poderes do Juiz. Rio de Janeiro: Revista da EMERJ, v. 6, n. 22. 2003, p. 68-69)

<sup>40</sup> AROCA, Juan Montero. LA NUEVA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL ESPAÑOLA Y LA ORALIDAD. Conferencia pronunciada en las XVII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, celebradas en San José, Costa Rica, los días 18 a 20 de octubre de 2000, p. 21. Observe-se que até mesmo Montero Aroca, reconhece que é contra o ativismo do juiz na busca da prova, reconhece que o papel do juiz, no processo oral, é de saber conduzir o processo para a entrega da decisão em pouco tempo possível.

<sup>41</sup> GONÇALVES, Aroldo Plínio. Técnica processual e teoria do processo. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 103



Com exceção da audiência prévia (§1º, art. 334 do CPC, cuja realização pode se dar por auxiliares do juízo – conciliadores ou mediadores), todos os atos orais em audiência devem ser realizados na presença do juiz (art. 357 – audiência de saneamento – e art. 358 – audiência de instrução e julgamento – ambos do CPC/15).

Contudo, para que a mediação atinja o seu objetivo, faz-se necessário que esteja acompanhada pela identidade física do juiz. Registre-se que quanto a este princípio omitiu-se o Código de Processo Civil de 2015, não obstante o anteprojeto de lei, em seu artigo 112<sup>42</sup>, tenha previsto a necessidade de que fosse observada a identidade do juiz que participa da audiência e o prolator da decisão. Mas, ainda que não haja previsão expressa no atual Código de Processo Civil, há de se reconhecer que deve ser respeitado este princípio, uma vez que ele é consectário do princípio do processo cooperativo<sup>43</sup> (art. 6º do CPC/15).

Embora o Código de Processo Civil, em seu artigo 366, determine que o juiz profira sentença em audiência, findos os debates orais, também estabelece que esta pode ser proferida após a audiência, mas desde que observados o prazo de 30 (trinta) dias úteis. Este prazo só passa a ser contado do encerramento da audiência, se nesta foram feitas alegações orais (art. 364 do CPC/15). Do contrário a sentença só será proferida após a apresentação das razões finais escritas (§2º, art. 364 do CPC/15), o que inviabiliza a presença da concentração. Isto sem contar que o prazo do juiz é sempre impróprio, o que não permite aferir se os 30 (trinta) dias serão mesmo observados. Não obstante, o artigo 4º do CPC/15, em sua norma fundamental estabelecer que “as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.”

---

<sup>42</sup> O princípio da identidade física do juiz no anteprojeto encaminhado ao Senado dispunha que “Art. 112 O juiz que concluir a audiência de instrução e julgamento resolverá a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor.

*Parágrafo único.* Em qualquer hipótese, o juiz que tiver que proferir a sentença poderá mandar repetir as provas já produzidas, se entender necessário.”

<sup>43</sup> Neste sentido, MAIA, Renata C. Vieira. *A identidade física do juiz como princípio consectário do processo cooperativo.* In- Processo Civil Contemporâneo – Homenagem aos 80 anos do Prof. Humberto Theodoro Jr. Organização Edgard Audomar Marx Neto *et al.* – Rio de Janeiro: Forense, 2018, pp. 222-238

Por outro lado, quanto ao princípio da publicidade, há expressa previsão na Constituição e no Código de Processo Civil (art.5º, inciso LX e art. 93, X, ambos da Constituição e arts 11 e 189 do CPC/15) de que todos os atos do processo devem ser públicos, com exceção daqueles em que a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem.

A publicidade<sup>44</sup> é hoje um princípio tão caro ao processo que é reconhecido como direito fundamental, sendo inerente ao devido processo legal. Com exceção, portanto, daqueles atos em que há restrição da publicidade, como por exemplo, as ações de família.

No que tange à irrecorribilidade das decisões interlocutórias em separado, o legislador procurou restringir ao máximo a possibilidade de se recorrer delas em separado, tendo limitado a sua recorribilidade a apenas a um rol taxativo tal como previsto no artigo 1.015 do CPC. No entanto, o Superior Tribunal de Justiça em recentes decisões vem estendendo a possibilidade de se recorrer de decisões que ainda que não contempladas no rol taxativo possam sofrer impugnação imediata uma vez que tese firmada (Tema 988) foi a de que: “O rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação.”<sup>45</sup>

Mas ainda que o Superior Tribunal de Justiça tenha por meio do Recurso Especial 1.696.396, julgado pela técnica de julgamento repetitivo, ampliado o rol das decisões interlocutórias passíveis de recurso, como já se sustentou<sup>46</sup> neste trabalho, pode-se afirmar que dentre todos os princípios que orientam o processo oral a irrecorribilidade das interlocutórias

---

<sup>44</sup> Artigo5º, inciso LX da Constituição – “A lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem.” E o inciso X, do artigo 93 da Constituição ainda estabelece que: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;”.

<sup>45</sup> REsp 1696396/MT, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 05/12/2018, DJe 19/12/2018;

<sup>46</sup> MAIA, Renata C. Vieira. A efetividade do processo de conhecimento mediante a aplicação do processo oral. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Belo Horizonte, 2015, p.101

em separado pouco nele interfere diretamente. Não obstante, a possibilidade de ser recorrer da decisão interlocutória em separado, só faz constatar que o processo civil brasileiro não se atenta pela concentração dos atos. Isto porque, se decisão de mérito fosse proferida em curto espaço de tempo, não haveria necessidade da recorribilidade da decisão em separado vez que bastaria apenas um recurso<sup>47</sup>.

Quanto ao papel ativo do juiz na condução do processo, não se duvida de sua previsão pelo Código de Processo Civil de 2015 (art. 139). O papel do juiz no processo, segundo o estabelecido pelo Código de Processo Civil, sofreu uma revalorização, com modificação e ampliação, cabendo a ele conduzir o processo em cooperação com as partes (art. 6º do CPC/15), bem como zelar pelo efetivo contraditório (art. 7º do CPC/15) e pela duração razoável do processo (art. 4º do CPC/15). Registre-se, ainda, que tem ele o poder/dever do impulso oficial (art. 2º do CPC/15), sendo-lhe conferida a possibilidade de flexibilizar o procedimento, adequando-o às necessidades concretas da lide, de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito (inc. VI, art. 139 do CPC/15).

O juiz também poderá, em qualquer fase do processo, determinar o comparecimento pessoal<sup>48</sup> das partes para inquiri-las sobre os fatos da causa, hipótese em que não ocorrerá a pena de confesso. E mais, a opção do legislador foi a de também atribuir poderes instrutórios ao juiz quanto às provas a serem realizadas no processo – ativismo judicial probatório - que advém do princípio cooperativo (como exemplo ver os artigos 370, 385, 421, 438, 461; §2º do 464, 480 e 481).

---

<sup>47</sup> Neste sentido, vale conferir o artigo de Teresa Arruda, intitulado “O destino do agravo após a sentença”, (in Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais, vol. 7. Nelson Nery Jr. E Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2003, p. 690).

<sup>48</sup> No direito italiano, essa iniciativa é chamada de interrogatório livre. Reconhecendo Mauro Cappelletti que o princípio da oralidade se demonstra pela importância que deve ser dada ao depoimento da parte e também pelo interrogatório livre, ou seja, não formal, por meio de um espontâneo colóquio entre o juiz e as partes. Pretendendo este demonstrar que “ secondo la quale l’oralità (e quindi l’immediatezza) non può realizzarsi se non attraverso l’interrogatorio libero della parte inteso come mezzo di prova liberamente valutabile, sarà un argomento efficace proprio al fine proprio al fin de risolvere, come si farà in questo studio e nella prosecuzione di esso, sul piano di una interpretazione logico-sistematica i gravissimi dubbi che l’equivoca disciplina dell’istituto non manca di sollevare.” (CAPPELLETTI, Mauro. *La testimonianza della parte nel sistema dell’oralità – contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile*. Milão : Ed. Giuffrè, 1962, vol 1, p. 28).

Ocorre que, mesmo com a presença de todos estes princípios no ordenamento processual civil brasileiro, sobretudo do princípio do contraditório, como poder de influência efetiva na resolução do processo, e do princípio cooperativo, não se pode dizer que há um processo oral<sup>49</sup> no Brasil pelas seguintes razões:

a) não há respeito à identidade física do juiz e, por consequência, prejudicada fica a imediação do juiz com as partes; b) não é possível afirmar que existe concentração dos atos processuais, vez que não há previsão de qualquer admoestação ao magistrado que após longo tempo da realização da audiência decida o mérito; c) o processo é eminentemente escrito, manifestando as partes seu desinteresse em comparecer a audiência prévia, deixando o juiz não convocar as partes para a audiência de saneamento compartilhado e não havendo provas orais a produzir, o processo se finaliza sem que tenha ocorrido qualquer audiência.

Em síntese, é possível afirmar que o sistema atual, apesar de recentemente renovado, desafortunadamente padece de grande desconcentração dos atos e de uma razoável duração do processo, demonstrando que o juiz, embora, investido de poderes para conduzir um processo célere, efetivo e ético, pode ainda se manter inerte e se ver com um mero juiz expectador.

## 4. Exemplos do processo oral - Espanha e Uruguai

### 4.1 O processo oral espanhol

A *Ley de Enjuiciamiento Civil* - LEC de 7 de janeiro de 2000 rompeu com os laços seculares da anterior lei de *Enjuiciamiento* de 1881, cujo

---

<sup>49</sup> Em relatório sobre a prova e o sistema oral brasileiro sob a égide do CPC/73, elaborado Marinoni, já reconhecia ele que o “Código de Processo Civil brasileiro de 1973 acentua a forma escrita do processo. Apesar de que determinadas etapas do procedimento civil de jurisdição ordinária tenham alguns elementos da caráter oral e a oralidade.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *La Prueba en el sistema oral Brasileño*. In - CARPI, Federico y RAMOS, Manuel Ortells (org.) *Oralidad y Escritura en un Proceso Civil Eficiente – Ponencias generales e informes nacionales*. vol. I, València: Universitat de València, 2008, p. 325). E pode se observar que este cenário por ele relatado não mudou, continuamos a ter um processo em que a forma escrita continua acentuada.

procedimento era eminentemente escrito, para adotar em sua pureza o processo oral. A previsão para adoção da oralidade encontra-se no artigo 120.2 da Constituição Espanhola, onde se lê que “el procedimiento será predominantemente oral, sobre todo en materia criminal”.

Anova lei de *enjuiciamiento* de 2000 determina que sejam observadas a imediação, a publicidade e a oralidade para que seja efetivado o processo oral<sup>50</sup>, que se desenvolve por meio das técnicas de audiências.

De concreto, para o procedimento denominado “juicio ordinario” ocorrem pelo menos duas audiências: “a) a ‘audiência previa’, que é obrigatória, e que tem quatro claras finalidades, a saber: (1) tentativa de conciliação - do início até o final do ato -, (2) o saneamento que visa sanear os possíveis defeitos processuais, (3) a delimitação das questões litigiosas, e (4) delimitação da matéria objeto da prova – proposição e admissão das provas-; e b) a audiência de instrução (‘juicio’), para a prática das provas y a formulação das conclusões”.<sup>51</sup>

A opção legislativa para permitir a plena adoção da oralidade no processo espanhol foi a de que se deve observar a imediação e a identidade física do juiz. Tanto que para garantir o pleno respeito a estes princípios há previsão expressa de nulidade do ato<sup>52</sup>, caso não sejam observados. O juiz, conforme esclarece Juan Picó I Junoy, pelo artigo 137<sup>53</sup> e o artigo

---

<sup>50</sup> Juan Montero Arica destaca que “los principios del procedimiento conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 2000, dije que en la misma se asume la oralidad y sus consecuencias (forma predominantemente oral de los actos, concentración o unidad de acto, inmediación y publicidad) de modo razonable, sin llevarla a sus extremos.” AROCA, Juan Montero. El proceso civil llamado “social” como instrumento de “justicia” autoritaria. Lima: Gaceta Jurídica. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, 2004. Vol. 6, p. 18.

<sup>51</sup> JUNOY, Joan Picó I. El Principio e Oralidad en el Proceso Civil Español. In - CARPI, Federico y RAMOS, Manuel Ortells (org.) Oralidad y Escritura en un Proceso Civil Eficiente - Ponencias generales e informes nacionales. vol. I, València: Universitat de Valencia, 2008, p. 362

<sup>52</sup> Para garantizar el pleno respeto a esta inmediación, la infracción de tales previsiones normativas se castiga con la máxima sanción procesal, a saber, la “nulidad de pleno derecho de las correspondientes actuaciones” (art. 137.3 LEC). JUNOY, Joan Picó I. El Principio e Oralidad en el Proceso Civil Español (...), 2008, p. 364

<sup>53</sup> “1. Los Jueces y los Magistrados miembros del tribunal que esté conociendo de un asunto presenciarán las declaraciones de las partes y de testigos, los careos, las exposiciones, explicaciones y respuestas que hayan de ofrecer los peritos, así como la crítica oral de su dictamen y cualquier otro acto de prueba que, conforme a esta Ley, deba llevarse a cabo contradictoria y públicamente. 2. Las vistas y las comparencias que tengan por objeto oír a las partes antes de dictar una resolución se celebrarán siempre ante el Juez o los Magistrados integrantes del tribunal que conozca del asunto”.

289.2<sup>54</sup> da *Ley de Enjuiciamiento Civil* - LEC, assume um papel de direção do procedimento, cabendo a ele a obrigação de colher as provas e estar em contato imediato com as partes, sendo certo que a ele, que esteve em contato com as partes, é dado o dever de proferir a sentença<sup>55</sup>, ainda que deixe de exercer suas funções como magistrado, por ter se aposentado. Do contrário, de nada servirá a imediação.

Embora não se possa dizer que no processo espanhol o juiz exerça um papel ativo<sup>56</sup>, no sentido de possua poderes para determinar a realização de provas de ofício, em nada foi prejudicado o processo oral espanhol. Até porque o juiz espanhol tem poderes-deveres na condução do processo, devendo zelar pela oralidade, imediação e publicidade dos atos. Tanto que, para que seja observado o processo oral torna-se necessário que “os atos orais se realizem ante o juiz, de maneira concentrada e com a possibilidade de ser controlados por terceiras pessoas, isto é, com imediação, concentração e publicidade, garantias todas elas para dar plena efetividade ao princípio da oralidade.”<sup>57</sup>

## 4.2 O processo oral uruguaio

A exemplo da *Ley de Enjuiciamiento* espanhola de 2000 que catapultou um procedimento eminentemente escrito, tal como o que era previsto na LEC de 1881, assim também ocorreu no Uruguai no ano de 1989. O *Código General del Proceso* – CGP de 1989, revogou o anterior código que também era secular, de 1877, e que padecia dos mesmos vícios herdados

---

<sup>54</sup> “Será inexcusable la presencia judicial en el interrogatorio de las partes y de testigos, en el reconocimiento de lugares, objeto o personas, en la reproducción de palabras, sonidos, imágenes y, en su caso, cifras y datos, así como en las explicaciones, impugnaciones, rectificaciones o ampliaciones de los dictámenes periciales”.

<sup>55</sup> Neste sentido, prevê o artigo 194 da LEC: “1. En los asuntos que deban fallarse después de la celebración de una vista o juicio, la redacción y firma de la resolución, en los tribunales unipersonales, o la deliberación y votación, en los tribunales colegiados, se realizarán, respectivamente, por el Juez o por los Magistrados que hayan asistido a la vista o juicio, aunque después de ésta hubieran dejado aquéllos de ejercer sus funciones en el tribunal que conozca del asunto.”

<sup>56</sup> AROCA, Juan Montero. Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Texto base de la conferencia pronunciada en las XVII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal», celebradas en San José, Costa Rica, los días 18 a 20 de octubre de 2000. Los poderes del juez e la oralidad. Valencia: Ed. Tirant Lo Blanc, 2001, p. 603

<sup>57</sup> JUNOY, Joan Picó I. El Principio e Oralidad en el Proceso Civil Español (...), 2008, p. 363.

da velha *Ley de Enjuiciamiento Civil* Espanhola. O processo uruguaio, assim como o espanhol, era eminentemente escrito, com fases estanques, burocrático, formal e bastante lento. Mas este cenário muda completamente com a entrada em vigor do novo código de processo.

A intenção dos legisladores com a elaboração e promulgação do Código Geral de Processo – CGP de 1989, foi a de eliminar velhas práticas que ocorriam no sistema, o que exigiu uma capacitação dos antigos e novos juízes que já deveriam assumir suas funções tendo em mira a nova realidade, possibilitando a implantação do novo sistema de forma gradual e ininterrupta.

Os principais objetivos da reforma buscada com a adoção do novo procedimento foram: a) reverter o alto grau de ineficiência pela demora na prestação jurisdicional; b) simplificar e reduzir o número das estruturas processuais e seus trâmites burocráticos; c) permitir o contato direto do juiz com as partes e as provas; d) converter o juiz em verdadeiro diretor do processo; e) moralizar o processo evitando condutas desleais e dilatórias, exigindo-se a boa fé, lealdade e a cooperação processual<sup>58</sup>; f) adotar a o princípio da instrumentalidade e possibilitar a flexibilização das formas processuais; e, por fim, g) priorizar a autocomposição.

O Código *General del Proceso*, seguindo o modelo desenhado pelo Código Modelo de Processo Civil, introduziu a oralidade, a concentração<sup>59</sup> e a imediação<sup>60</sup> nos processos cíveis, cuja estrutura se baseia no processo

---

<sup>58</sup> CGP/1989 – “Art. 5º - Buena fe, lealtad y colaboración procesal.-

Las partes, sus representantes o preliminar asistentes y, en general, todos los partícipes del proceso, ajustarán su conducta a la dignidad de la justicia, al respeto que se deben los litigantes y a la lealtad y buena fe.

Los sujetos del proceso deberán actuar con veracidad y brindar la máxima colaboración para la realización de todos los actos procesales. (Artículo 142).

El incumplimiento de este deber tendrá las consecuencias previstas en cada caso por la ley.

El tribunal deberá impedir el fraude procesal, la colusión y cualquier otra conducta ilícita o dilatoria.”

<sup>59</sup> CGP/1989 “Art. 10º Concentración procesal.-

Los actos procesales deberán realizarse sin demora, tratando de abreviar los plazos, cuando se faculta para ello por la ley o por acuerdo de partes, y de concentrar en un mismo acto todas las diligencias que sea menester realizar.”

<sup>60</sup> CGP – “Art. 8º - Inmediación procesal.-

por audiências e no qual o juiz se constitui em verdadeiro diretor do processo, deixando assim de ser mero expectador.

Para assegurar a eficaz adoção da oralidade, atribuiu-se atenção especial a alguns de seus pilares, quais sejam, ao princípio da imediação, da concentração<sup>61</sup>, da publicidade, identidade física do juiz. Neste sentido, veja-se afirmativa de Santiago Pereira Campos ao reconhecer que “o aumento dos poderes-deveres do juiz demonstrou ser um instrumento muito eficaz para a busca da verdade material dos fatos da causa e a concretização de uma solução de justa na sentença.”<sup>62</sup>

Assim como o processo espanhol, o processo uruguaio é um processo que se desenvolve por audiências<sup>63</sup>, por meio de uma audiência (art. 383.3 c/c art. 341 do CGP/89) e a outra designada de “Declaración” ou complementar (art. 161 do CGP/89). E em ambas as audiências é indispensável o comparecimento pessoal<sup>64</sup> das partes. Devendo ser observada a identidade física do juiz (arts. 101 e 209 do CGP/89).

Por consequência, desde a entrada em vigor do CGP de 1989 foi obtida a prestação jurisdicional célere, no qual o tempo do processo foi reduzido à metade em comparação com a duração dos procedimentos judiciais antes da reforma.<sup>65</sup> Tanto que hoje (antes da reforma o sistema processual era

---

Tanto las audiencias como las diligencias de prueba que así lo permiten, deben realizarse por el tribunal, no pudiendo éste delegarlas so pena de nulidad absoluta, salvo cuando la diligencia debe celebrarse en territorio distinto al de su competencia o en los casos expresamente previstos por la ley.”

<sup>61</sup> A título de exemplo, tal como previsto no artigo 18.3 do CGP - “En el proceso por audiencia se pronunciará la sentencia al final de ésta, pudiendo diferirse, si fuere menester, la redacción de los

fundamentos del fallo. En tal caso la impugnación procederá una vez que éstos sean notificados. Así mismo, podrá postergarse la emisión de la sentencia en los casos expresamente previstos.”

<sup>62</sup> CAMPOS, Santiago Pereira. *La Reforma de la Justicia Civil en Uruguay. Los Procesos Ordinarios Cíviles por Audiencias*. in - Justicia civil: Perspectivas para una reforma en América Latina. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA. 2008, p. 209.

<sup>63</sup> CGP/89 - “Art. 100. En los procesos que se desarrollan por audiencias, el tribunal las presidirá por sí mismo bajo pena de nulidad que compromete su responsabilidad funcional.”

<sup>64</sup> CGP/89 - “Art. 340 Audiencia preliminar.-

340.1 Las partes deberán comparecer a la audiencia en forma personal, salvo motivo fundado, a juicio del tribunal, que justifique la comparecencia por representante. Las personas jurídicas y los incapaces comparecerán por intermedio de sus representantes (artículo 32).”

<sup>65</sup> CAMPOS, Santiago Pereira. *La Reforma de la Justicia Civil en Uruguay. Los Procesos Ordinarios Cíviles por Audiencias*. in - Justicia civil: Perspectivas para una reforma en América Latina. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA. 2008, p. 264



desacreditado) o sistema é tido por exemplo a ser seguido. Em pesquisa realizada e publicada pelo Jornal *El Pais*, o índice de confiança da justiça uruguaia é de 54,1%<sup>66</sup>, ficando só atrás do Canadá (índice de 58,3%) e à frente dos Estados Unidos. O que demonstra que o Uruguai é o primeiro país da América Latina onde mais confiança se deposita no sistema judicial.

### **Considerações finais**

No Brasil, não obstante a presença dos princípios da oralidade e seus consectários lógicos (tais como concentração e imediação), não é possível afirmar que temos um processo oral. Não existem reprimendas ou sanções às partes e tampouco aos magistrados caso não sejam estes princípios observados. O sistema atual repita-se, recentemente renovado, desafortunadamente padece de grande desconcentração dos atos e de uma não razoável duração do processo. Podendo-se afirmar que o CPC/15 assim como no CPC revogado prevalece o modelo de processo escrito. E embora o juiz brasileiro esteja investido de poderes para bem conduzir um processo célere, cooperativo, efetivo e ético, ainda se mantém inerte, como típico juiz expectador.

Como se observou nos ordenamentos da Espanha e do Uruguai, para se ter um processo oral, faz-se necessário se obtenham meios necessários para se exigir o cumprimento dos princípios que o envolvem, do contrário não seria possível sua observância.

Reconhece-se que, se houver vontade do magistrado na condução firme do processo, com observância da imediação, identidade física do juiz e concentração de atos, será possível falar em processo oral. Mas, observe-se, apenas se houver vontade e efetiva participação do magistrado e das partes. Porquanto a observação, de forma isolada, de um ou outro princípio, não faz do processo de conhecimento no Brasil, um processo oral.

---

<sup>66</sup> Fonte: World Justice Project<sup>®</sup> - <http://worldjusticeproject.org/> e <https://www.elpais.com.uy/informacion/judicial-anos-predominan-mujeres.html>

A Editora Fi é especializada na editoração, publicação e divulgação de pesquisa acadêmica/científica das humanidades, sob acesso aberto, produzida em parceria das mais diversas instituições de ensino superior no Brasil. Conheça nosso catálogo e siga as páginas oficiais nas principais redes sociais para acompanhar novos lançamentos e eventos.



**[www.editorafi.org](http://www.editorafi.org)**  
**[contato@editorafi.org](mailto:contato@editorafi.org)**