

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

NATÁLIA DE CAMPOS ARANOVICH

**FIXAÇÃO DOS PONTOS CONTROVERTIDOS NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL
BRASILEIRO E A INFLUÊNCIA DO CÓDIGO MODELO DE PROCESSO CIVIL
PARA A AMÉRICA LATINA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre

Orientador: Prof^a. Dr^a. Cláudia Lima Marques

PORTO ALEGRE

2007

NATÁLIA DE CAMPOS ARANOVICH

**FIXAÇÃO DOS PONTOS CONTROVERTIDOS NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL
BRASILEIRO E A INFLUÊNCIA DO CÓDIGO MODELO DE PROCESSO CIVIL
PARA A AMÉRICA LATINA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre

Orientador: Prof^a. Dr^a. Cláudia Lima Marques

PORTO ALEGRE

2007

NATÁLIA DE CAMPOS ARANOVICH

**FIXAÇÃO DOS PONTOS CONTROVERTIDOS NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL
BRASILEIRO E A INFLUÊNCIA DO CÓDIGO MODELO DE PROCESSO CIVIL
PARA A AMÉRICA LATINA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre

APROVADA PELA BANCA EXAMINADORA

Porto Alegre, de de 2007.

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof^a. Dr^a. Cláudia Lima Marques

À Prof. Dra. Cláudia Lima Marques

AGRADECIMENTOS

Agradeço à professora Cláudia Lima Marques pela confiança depositada, pela colaboração com seus ensinamentos, e por ter aceito a orientação para este trabalho. Sou grata também aos professores, colegas, e funcionários do Curso de Pós-Graduação da Universidade Federal do Estado do Rio Grande do Sul e a todos os meus familiares e amigos que me auxiliaram na elaboração e conclusão desse trabalho, sendo praticamente impossível nomeá-los nestes agradecimentos, pois são muitos e tenho convicção de que sabem exatamente quem são.

O grande mal das reformas parciais é o de transformar o Código em mosaico, com coloridos diversos que traduzem as mais variadas direções. Dessas várias reformas tem experiência o país; mas, como observou LOPES DA COSTA, umas foram para melhor; mas outras saiu a emenda pior que o soneto.

Buzaid, Alfredo. Exposição de motivos do Código de Processo Civil de 1973

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo analisar as alterações legislativas ocorridas em torno da regra de fixação dos pontos controvertidos no direito processual brasileiro, bem como as matrizes teóricas que deram origem a cada uma de tais reformas. O estudo inicia no final da década de 30, com a promulgação do primeiro Código Nacional de Processo Civil em 1939 e finda com a reforma legislativa processual provocada pela Lei n. 10.444, de 07 de maio de 2002. Além disso, de extrema importância é o exame do Código de Processo Civil Modelo para a América Latina e de suas matrizes teóricas. O referido diploma foi responsável pela alteração da redação do art. 331¹, do Código de Processo Civil de 1973. Através da adoção de algumas das diretivas do Código Modelo Tipo, pela Lei n. 8.952, de 13.12.1994, a regra do art. 331², do Código de Processo Civil de 1973, assumiu nova feição e passou a dispor, dentre outros institutos, a respeito da audiência de conciliação e da fixação dos pontos controvertidos. Posteriormente, e com a reforma de 2002, as orientações do Código Modelo Tipo incorporaram-se ainda mais ao direito processual brasileiro, tendo resultado na atual redação do art. 331, §2^a e §3^o do Código de Processo Civil.³

¹ “Art. 331. Se não se verificar nenhuma das hipóteses previstas nas seções precedentes, o juiz, ao declarar saneado o processo: (redação dada pela Lei n. 5.925, de 1.10.1973) I – decidirá sobre a realização do exame pericial, nomeando o perito e facultando às partes a indicação dos respectivos assistentes técnicos (redação dada pela Lei n. 5.925, de 1.10.1973); II – designará audiência de instrução e julgamento, deferindo as provas que nela não se produzirem (redação dada pela Lei n. 5.925, de 1.10.1973).”

² “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 30 (trinta) dias, à qual deverão comparecer as partes e seus procuradores, habilitados a transigir. (Incluído pela Lei n. 8.952, de 1994) § 1 Obtida a conciliação, será reduzida a termo e homologada por sentença. (Incluído pela Lei n. 8.952, de 1994); § 2 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. (Incluído pela Lei n. 8.952, de 1994).”

³ “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. (Redação dada pela Lei n. 10.444, de 2002). § 1^o Obtida a conciliação, será reduzida a termo e homologada por sentença. (Incluído pela Lei n. 8.952, de 1994). § 2^o 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. (Incluído pela Lei n. 8.952, de 1994). § 3^o 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 § 2^o. (Incluído pela Lei n. 10.444, de 2002).”

Palavras-Chave: Código Modelo Tipo para América Latina. Controvérsia. Fixação.
Processo Civil.

ABSTRACT

The objective of this work is to analyze the legislative changes occurring around the delimitation of controversial points in the Brazilian Civil Procedure law as well as the theoretical matrix that gave rise to each of these reforms. The study begins at the end of the 30s, with the promulgation of first National Civil Procedure Code in 1939 and ends with the legislative reform process caused by the Law n. 10.444, 07 May 2002. Besides, this work also analyzes the extreme importance of the Code of Civil Procedure Model for Latin America and its theoretical matrices. This Code was responsible for change the writing of article 331, of Brazilian Civil Procedure Code. Through the adoption of some of directives of Model Code Type, by the Law 8.952 of 13.12.1994, the rule of article 331, the Code of Civil Procedure, 1973, assumed new structure and now has, among other institutes, regarding a hearing on conciliation and the establishment of controversial points. Later, with the reform of 2002, the orientation of the Model Code Type reunited to the Brazilian procedural law and resulted in the current writing of article 331, §2º and §3º of the Code of Civil Procedure.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 FIXAÇÃO DOS PONTOS CONTROVERTIDOS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1939 A 1973	18
2.1 ORALIDADE COMO MATRIZ TEÓRICA DO CÓDIGO DE 1939 (DECRETO–LEI N. 1.608, DE 18 DE SETEMBRO DE 1939)	18
2.2 ART. 269 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1939	35
2.3 ESCRITURALIDADE E O ART. 451, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973 (LEI N. 5.869, DE 11 DE JANEIRO DE 1973)	51
3 FIXAÇÃO DOS PONTOS CONTROVERTIDOS E A INFLUÊNCIA DO CÓDIGO MODELO DE DIREITO PROCESSUAL PARA A AMÉRICA LATINA	71
3.1 ORALIDADE COMO MATRIZ TEÓRICA DO CÓDIGO MODELO TIPO PARA A AMÉRICA LATINA.....	75
3.2 INCORPORAÇÃO DO CÓDIGO MODELO TIPO PARA A AMÉRICA LATINA PELO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO (LEI N. 8.952, DE 13 DE DEZEMBRO DE 1994)	83
3.3 LEI N.10.444, DE 07 DE MAIO DE 2002 E A ALTERAÇÃO DO ART. 331, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	92
4 CONCLUSÃO	102
REFERÊNCIAS	109
OBRAS CONSULTADAS	118

1 INTRODUÇÃO

O antigo Código Civil de 1916 continha, no art. 75⁴, regra de liame entre o direito material e o processual⁵ ao preceituar que *a todo o direito correspondia uma ação que lhe assegurasse*.⁶ Embora a norma não tenha sido preservada, pelo novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002), isso não retira a importância do seu estudo a respeito da distinção entre o direito material e o direito processual.

Apoiando-se nos ensinamentos de Clóvis do Couto e Silva, podemos conceituar o direito material como sendo aquele que disciplina a ordenação da vida, regulamentando os direitos subjetivos, as pretensões, as ações, e as posições jurídicas.⁷ Já o direito processual, embora não totalmente estranho ao direito material⁸, tem como objetivo estabelecer um conjunto de regras e princípios destinados a resolver os litígios⁹, surgidos no plano do direito material, e solvidos pelo Estado, na pessoa do juiz.

⁴ “Art. 75. A todo direito corresponde uma ação, que o assegura.” (Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916).

⁵ Sobre a relação entre o Processo e o Direito Material no direito brasileiro vide: SILVA, Clóvis do Couto e. Direito material e processual em tema de prova. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 13, p. 135-146, 1979; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. São Paulo: Malheiros, 1995.

⁶ Doutrina mais antiga a respeito das origens do art. 75 do Código Civil de 1916, vide: SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 9. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964. p. 231 e ss.; BEVILÁQUIA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Rio, 1975.

⁷ “[...] tentando definir o direito material, pode-se dizer que é aquele que disciplina a ordenação da vida; que regula, em última análise, os direitos subjetivos, as pretensões, as ações, as posições jurídicas. Tudo enfim resulta de atos lícitos ou ilícitos dessas pessoas. E a composição ou satisfação desse direito pode ser feita voluntariamente, e na maioria dos casos o é, porque uma das partes reconhece que tem o dever de prestar, e adimple. Mas, em outros casos, tal não sucede, porque uma delas não quer ou não pode, isso não importa, satisfazer o dano ou cumprir a obrigação. É preciso que o Estado vá dirimir aquilo que se denomina litígio e, pelo menos a solução cogente dele não pertence ao direito material.” (SILVA, Clóvis do Couto e. Direito material e processual em tema de prova. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 13, p. 135-146, 1979. p. 136).

⁸ “[...] o direito processual não está totalmente fora do direito substancial, porque em toda a ordenação vital está prevista a hipótese de não ser cumprido o ordenamento. [...] a existência do litígio, e portanto o próprio litígio, está no plano geral do direito material.” (SILVA, Clóvis do Couto e. Direito material e processual em tema de prova. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 13, p. 135-146, 1979. p. 136).

⁹ Cândido Rangel Dinamarco classifica que a solução de conflitos visando a “paz social” é um dos escopos sociais do processo: “[...] por esse aspecto, a função jurisdicional e a legislação estão ligadas pela unidade do escopo fundamental de ambas: a paz social. Mesmo quem postule a distinção funcional muito nítida e marcada entre os dois planos do ordenamento jurídico (teoria dualista) há que se aceitar que o direito e processo compõem um só sistema voltado à pacificação dos conflitos.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 193).

O referido dispositivo demonstra, também, que a ação, seja ela de direito processual ou de direito material, como costuma diferenciar a doutrina¹⁰, é sempre fundamentada em uma relação jurídica consubstanciada em fatos. Tais fatos são invocados no curso do processo e ensejam a aplicação, pelo juiz, de determinadas regras jurídicas. Além disso, os fatos serão os responsáveis por constituir o fundamento do pedido da parte.¹¹

Assim, dos fatos da vida nasce à incidência da regra jurídica.¹² Contudo, a classificação das normas de direito expostas na petição inicial, na contestação, e ao longo do procedimento e que fundamentam o pedido da parte, não são relevantes para a solução da controvérsia. Isso porque no direito brasileiro, vige o princípio *iura novit curia* ou ainda *mihi factum dabo tibi ius*¹³, o qual determina incumbir ao juiz

¹⁰ Sobre uma discussão mais recente a respeito das polêmicas sobre a ação de direito material e processual vide: AMARAL, Guilherme Rizzo do; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.). *Polêmicas sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

¹¹ Sobre a relação entre a ação e a importância de ter o direito material como substrato dessa relação alerta Carlos Alberto de Oliveira: “[...] é porque não parece possível afastar a ligação com o direito material, em virtude da ínsita instrumentalidade que a função jurisdicional exerce em relação a este, a que servem a ação e o processo, por meio do exercício de poderes, faculdades e ônus titulados pelas partes. Todo o processo está impregnado do direito material. Como vem ressaltar Fazzalari, o autor alega fatos, mas não qualquer ‘episódio da vida’, e sim, fatos que, enquadrando-se no esquema de uma norma, geram determinadas consequências jurídicas, deduzindo assim os fatos constitutivos da situação jurídica (substancial) preexistente, e antes de tudo, a situação fática concreta da qual deriva a posição de proeminência em relação ao bem vale dizer o direito subjetivo (substancial). Trata-se de direito afirmado, que logo passa a ser objeto de controvérsia e termina por se apresentar (na hipótese da sentença de acolhimento) como realidade declarada. Outro ponto de confluência é o pedido imediato, que contém a especificação da tutela jurisdicional pretendida (declarar, condenar, constituir, mandar executar), estreitamente vinculada ao direito material.” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O problema da eficácia da sentença. In: AMARAL, Guilherme Rizzo do; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.). *Polêmicas sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 45-46).

¹² Doutrina clássica sobre o conceito de fatos e fatos jurídicos que importam para o mundo jurídico, fazendo incidir as regras jurídicas é a de Pontes de Miranda: “[...] os fatos do mundo ou interessam ao direito, ou não interessam. Se interessam, entram no subconjunto do mundo a que se chama mundo jurídico e se tornam fatos jurídicos, pela incidência das regras jurídicas, que assim os assinalam.” (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado: parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. t. 1, p. 6).

¹³ O brocardo significa as partes conhecem os fatos enquanto o juiz, o direito, cabendo a ele aplicar ao caso concreto a norma que julgar mais adequada. A faculdade de o juiz aplicar o direito que considera o correto para o caso concreto não está sujeita à discussão no curso do processo. Assim, por exemplo, um fato não afirmado pela parte não pode ser considerado para o juiz como fundamento da sua decisão. Contudo, o mesmo não ocorre quando a parte olvida-se de afirmar a existência de uma norma jurídica aplicável ao caso concreto. Nessa hipótese pode o juiz considerar a norma como fundamento da sua decisão. Isto porque as normas existem independentemente da invocação das partes no processo. A origem dos brocardos é encontrada nos glosadores e servem para diferenciar a atividade do juiz ante aos fatos e o ao direito. Sobre o conceito do brocardo vide: AROCA, Juan Monteiro; MATÍES, José Flors. *Tratado de juicio verbal*. 2. ed. [Espanha]: Aranzadi,

selecionar as regras de direito que lhe pareçam mais convenientes para solver o conflito.¹⁴ Segundo ainda o princípio¹⁵, o magistrado pode, diante apenas dos elementos fáticos e das alegações existentes nos autos, fundamentar a decisão final da causa, mesmo quando não tenham sido objeto de prova no processo.¹⁶

Vistas tais considerações, este trabalho busca analisar se o instituto da fixação dos pontos controvertidos, previsto no art. 331, §§2º e 3º¹⁷ e no art. 451¹⁸, do Código de Processo Civil de 1973, pode ser mecanismo a justificar a existência de

2004. Vide também: BAUR, Fritz. Da importância da dicção *iuria novit curia*. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 1, n. 3, p. 169-177, jul./set. 1976.

¹⁴ “[...] em regra, as incertezas e dúvidas decorrentes da investigação fática não surgem quando se cuida da aplicação do direito pelo órgão judicial, regida atualmente pela máxima *iura novit curia*. [...] Na conceituação tradicional, o princípio *iuria novit curia* não só impõe ao juiz conhecer o direito e investigá-lo de ofício, caso não o conheça, mas torna também o órgão judicial totalmente independente na sua aplicação, desvinculando-o dos pedidos e alegações das partes a respeito. Nem a aceitação da existência de determinada norma jurídica, nem a investigação de seu sentido ou conteúdo, nem a subsunção dos fatos introduzidos no processo podem ser impostos pelas partes ao juiz. [...] De tal sorte, um acordo das partes sobre o julgamento de caráter jurídico não deve ser vinculante para o juiz. O tribunal pode, assim, extrair do material fático trazidos pelas partes as conclusões jurídicas não aportadas por elas aos autos.” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *O formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 164-165, grifo do autor).

¹⁵ Isso é o que determina o art. 131 do Código de Processo Civil de 1973: “Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e as circunstâncias dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.” (Código de Processo Civil de 1973: Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973).

¹⁶ “No sentido de que o juiz não está adstrito a julgar em conformidade com a norma invocada pelas partes também já decidiu o Superior Tribunal de Justiça: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA. RESILIÇÃO UNILATERAL. DEVOLUÇÃO DE PARCELAS PAGAS. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. CDC, ART. 51. PRECEDENTES. JULGAMENTO EXTRA PETITA. CPC, ART. 460. INOCORRÊNCIA. RECURSO DESACOLHIDO. I - Não julga fora dos limites do pedido o **juiz** que adota fundamentação legal não invocada pelas partes, nem profere sentença diversa da pedida, nem, outrossim, condena o réu em objeto diverso do que lhe foi demandado. II - Ausente o pré-questionamento, torna-se inviável o acesso à instância especial, a teor do enunciado n. 282 da súmula/STF. III - Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida, a teor do verbete sumular n. 83/STJ.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Resp n. 164953/RS*, Quarta Turma do STJ, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Julgado em: 23 de maio de 2000. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON>>. Acesso em: set. 2007).

¹⁷ “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 qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir. (Redação dada pela Lei n. 10.444, de 2002). (omissis). §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. (Incluído pela Lei n. 8.952, de 1994). §3º. Se o direito em litígio não admitir transação, ou se as circunstâncias da causa evidenciarem improvável sua obtenção, o juiz poderá, desde logo sanear o processo e ordenar a produção da prova, nos termos do §2º. (Incluído pela Lei n. 10.444, de 2002).”

¹⁸ “Art. 451. Ao iniciar a instrução, o juiz, ouvidas as partes, fixará os pontos controvertidos sobre que incidirá a prova”. Código de Processo Civil de 1973.” (Código de Processo Civil de 1973: Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973).

regra lógica¹⁹, inserta no ordenamento processual e destinada a expressar correspondência entre os fatos e as provas existentes nos autos com as regras jurídicas, as quais serão aplicadas na sentença pelo juiz e pelo Tribunal em grau de recurso.

Contudo, não poderíamos começar a investigação sem antes discorrer a respeito das origens legislativas do mecanismo. Para tanto, iniciaremos o estudo pelas matrizes da regra inserta no art. 269²⁰, no primeiro Código Nacional de Processo Civil de 1939 (Decreto-lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939), e dentro do sistema do chamado “princípio da oralidade²¹”. A instituição do processo oral, no direito brasileiro, visava acabar com a antiga visão privatística do processo conduzido, essencialmente, pelas partes e sem a intervenção do juiz.²² Pelo procedimento oral o juiz passava a auxiliar as partes na produção da prova e na delimitação da matéria de direito e do fato que serviria de fundamento para a sentença²³, função essa última assemelhada a atual regra de fixação dos pontos controvertidos prevista no atual art. 331, §1º e §2º do Código de Processo Civil.

¹⁹ Georges Kalinowski propõe o conceito de lógica como sendo: “Ciência das relações formais e constantes que existem entre certas proposições gramaticais. Elas identificam valores de verdade e falsidade.” (KALINOWSKI, Georges. *El problema de la verdad en la moral e y en derecho*. Tradução Enrique Mari. Buenos Aires: Ed. Universitaria de Buenos Aires, 1979. p. 99).

²⁰ “Art. 269. Terminada a instrução, o juiz fixará os pontos a que deverá limitar-se o debate oral. Em seguida será dada a palavra ao procurador do autor e ao do réu e ao órgão do Ministério Público, sucessivamente, pelo prazo de (20) vinte minutos para cada um prorrogável por dez (10) a critério do juiz.” (Código de Processo Civil de 1939: Decreto-lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939).

²¹ Segundo Galeno Lacerda o princípio da oralidade expressa o seguinte: “[...] Somente em 1939 nos libertamos dele com o surgimento do Código de Processo Civil. Já a contar do passado século apareceu o renascimento no processo civil, na Alemanha e na Áustria, como uma forma de oralidade mais apropriada, cujos códigos revolucionaram por completo a processualística de então. De acordo com esse sistema, os atos postulatórios devem ser expendidos oralmente e depois reduzidos à escrita. A prova é trazida ao juiz em audiência. As decisões preliminares são proferidas oralmente, bem como a sentença após o debate das partes. É preciso, evidentemente, que ao menos o resultado do processo seja documentado. Os atos escritos do processo devem ser trazidos ao juiz oralmente e depois de reduzidos à escrita.” (LACERDA, Galeno. *Teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 95).

²² “[...] O processo oral, atende a todas as exigências acima mencionadas: confere ao processo o caráter de instrumento público; substitui a concepção duelística pela concepção autoritária e pública do processo, simplifica a sua marcha, racionaliza a sua estrutura e, sobretudo organiza o processo no sentido de tornar mais adequada e eficiente a formação da prova, colocando o juiz em relação a esta na mesma situação em que deve colocar-se qualquer observador que tenha por objeto conhecer os fatos e formular sobre eles apreciações adequadas ou justas [...]” (CAMPOS, Francisco. Exposição de motivos do Código de Processo Civil. In: PROCESSO Oral: coletânea de estudos de juristas nacionais. Rio de Janeiro: Forense, 1940. p. 262-263).

²³ CAMPOS, Francisco. Exposição de motivos do Código de Processo Civil. In: PROCESSO Oral: coletânea de estudos de juristas nacionais. Rio de Janeiro: Forense, 1940. p. 262-263.

Ainda, a regra do art. 269 do Código de 1939 é considerada pelos processualistas como norma inspiradora do art. 451²⁴ do Código de Processo Civil de 1973.

A pesquisa da evolução legislativa tem início no ano de 1939, porque se considera que foi apenas com o diploma processual de 1939 que o processo civil brasileiro começou a consolidar-se como disciplina autônoma dentro do ordenamento jurídico, pois antes era chamada de direito judiciário ao invés de direito processual.²⁵ Anteriormente à promulgação do primeiro Código de Processo Nacional em 1939 e da Carta Constitucional Brasileira de 1937, a legislação processual era de competência dos Estados, o que resultava em Códigos Processuais Estaduais nem sempre harmônicos entre si no que diz respeito as suas matrizes teóricas.²⁶ Os Códigos Estaduais, com exceção do baiano, eram

²⁴ Das origens da regra de fixação dos pontos controvertidos como tendo fundamento no art. 269 do Código de 1939 ressaltava Ernane Fidélis dos Santos ao comentar o art. 451 do Código de Processo Civil de 1973: “No Código de 1939, ao terminar a instrução o juiz fixava o objeto da demanda e os pontos em que a divergência se manifestara, dando início ao debate (art. 269). No Código de 1973, houve substancial alteração para melhor, pois o objeto da demanda e os pontos controvertidos da lide já estabelecem por ela mesma. Assim, ao invés de o juiz fixar pontos controvertidos para o debate, fá-lo para a produção da prova. Isso facilita a colheita da prova, evitando indagações inúteis sobre fatos e situações já provados ou que não interessam à solução da lide.” (SANTOS. Ernane Fidélis dos. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1980. v. 3, t. 1, p. 214). No mesmo sentido: “Segundo o art. 451, do vigente C.P.C, o magistrado *ao iniciar a instrução (rectius, imediatamente antes de iniciar a instrução)*, deverá, ouvida as partes, fixar *os pontos controvertidos sobre que incidirá a prova*. Pelo regime processual de 1939, era *após* encerrada a fase probatória que o juiz fixava o *objeto da demanda e os pontos em que se manifestou a divergência*, assim orientando as partes com vistas ao debate oral.” (CARNEIRO, Athos Gusmão. *Audiência de instrução e julgamento*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 63, grifo nosso).

²⁵ A respeito da nomenclatura Direito Judiciário: “A norma jurídica, trazendo em si a coação da coletividade, realiza o Direito como expressão de equilíbrio geral através do processo; aquele no aglomerado social tem a função específica dessa realização possui ao seu alcance umas das tantas faculdades ou uns tantos poderes que justificam a sua finalidade. O conjunto de tais faculdades ou poderes constitui, grosso modo, o Direito Judiciário. [...] Ontologicamente, o Direito Judiciário era e continua sendo o conjunto de disposições tendentes à manutenção das relações jurídicas violadas, a serem violadas ou que possam ser violadas. Realizava antes o seu objetivo funcional com o *combate* entre os interessados; realiza-se atualmente, porém, com a sua *autoridade própria*.” (COSTA, Filomeno J. da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1940. v. 1, p. 549).

²⁶ Durante o período que antecedeu ao Governo de Getúlio Vargas, vigorava, no Brasil, a Constituição de 1891, que determinava que competia à União apenas a função de legislar sobre as normas de Direito Processual Federal, isto é, no que dizia respeito aos processos em que houvesse participação da União (art. 34, alínea 23: Constituição de 1891 estabelecia que à União competia apenas legislar sobre o Direito Processual federal (art. 34, 23): “Art. 34 - Compete privativamente ao Congresso Nacional: 23º) legislar sobre o direito civil, comercial e criminal da República e o processual da Justiça Federal.” (Constituição Federal de 24 de fevereiro de 1891). As causas que envolviam interesses privados à União não tinha interesse em intervir, tampouco em legislar, e por isso a competência legislativa sobre Direito Processual e seu procedimento era deixada para os Estados. Ainda a respeito dos fatores que justificavam a autonomia legislativa dos Estados para legislar sobre matéria processual, são apontadas por: MARTINS, Pedro Batista. Conferência

impregnados por uma cultura do processo conduzido pelas partes e sem a interferência do juiz, principalmente na produção das provas.²⁷ Por esta razão, optou-se por iniciar-se essa pesquisa através do direito processual civil brasileiro unificado em um sistema de normas vigentes para todos os Estados brasileiros, o que ocorreu apenas em 1939.

Após a análise do Código de 1939, estudaremos as matrizes teóricas do segundo Código Processual Brasileiro, de 1973. O diploma alterou a sistemática decisória do processo civil prevista, até então, no Código de 1939 e outorgou poderes ao juiz para decidir as questões processuais antes de iniciada à audiência de instrução, o que não era permitido pelo Código de 1939. Ainda, foi antecipada para o início da audiência de instrução a decisão de fixação dos pontos controvertidos sobre a qual deveria recair a prova (art. 451²⁸), enquanto tal atividade era exercida de forma similar, pelo juiz, no art. 269 do Código de 1939, depois de encerrada audiência de instrução.²⁹

pronunciada no Clube dos Advogados da Capital Federal em novembro de 1939. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 37, n. 71, p. 4, jan. 1940.

²⁷ Em relação à concepção privatística adotada no Brasil, do Direito Processual já atentava Odilon de Andrade que: “Esta orientação publicística do processo, vitoriosa em toda a doutrina, já consagrada na legislação de muitos povos, adotada nos projetos de reforma dos Códigos processuais de alguns outros e reclamada com insistência por todos como uma necessidade imperiosa, não teve, entretanto, entre nós na época das proliferações dos códigos estaduais, a não se no Código Baiano, organizado pelo eminente juriconsulto Eduardo Espínola, o menor eco, apesar de muitos deles terem sido elaborados por juristas de alta estirpe intelectual, conhecedores do movimento doutrinário e legislativo que se elaborava em todos os países cultos em torno do assunto. Esse fato mostra a força, em nosso mundo forense, do espírito conservador. Afeitos, desde séculos, ao princípio dispositivo do processo, não cedíamos a um palmo sequer do conceito individualístico que dele tínhamos por herança. A iniciativa de Eduardo Espínola ficou sem seguidores. Para todos os códigos estaduais, com a única exceção apontada, o processo continuou a ser uma luta entre os litigantes a que o juiz assistia impassível até o momento de proferir a sentença. As partes articulavam o que queriam; produziam as provas que queriam produzir; deixavam paralisado o processo o tempo que desejassem. A tudo o juiz assistia inerte e impassível, aceitava o processo tal como lho ofereciam, sem poder intervir e eficazmente na preparação e andamento da causa. Se uma das partes juntava aos autos um documento não legalizado, o juiz tinha de admiti-lo sem poder advertir a parte da falta existente e determinar a sua regularização; e na sentença, desprezaria tal documento por sua ineficiência.” (ANDRADE, Odilon de. Os poderes do juiz no processo civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 37, n. 85, p. 4, out. 1940).

²⁸ “Art. 451. Ao iniciar a instrução, o juiz, ouvidas as partes, fixará os pontos controvertidos sobre que incidirá a prova.” (Código de Processo Civil de 1973: Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973).

²⁹ Ver: CARNEIRO, Athos Gusmão. *Audiência de instrução e julgamento*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

Posteriormente, serão analisadas as matrizes do Código Modelo Tipo para a América Latina, responsáveis por influenciar a promulgação da Lei n. 8.952, de 13 de dezembro de 1994, no Brasil. Da referida lei resultou nova modificação legislativa que alterou a regra de saneamento do processo até então vigente no art. 331, do Código de 1973.³⁰ A reforma substituiu o despacho saneador pela audiência de conciliação e incluiu a atividade delimitadora da controvérsia no momento inicial da ação.³¹ Além disso, embora o art. 451, do Código de 1973 não tenha sido expressamente revogado pela lei de 1994, a regra de fixação dos pontos controvertidos ganhou “novo colorido” dentro do Código e da sistemática decisória do processo até então existente. Isso porque, pela nova redação do art. 331, §2º, o juiz passou a estar autorizado a delimitar a controvérsia em audiência de conciliação e antes mesmo de já requeridas e deferidas as provas a serem produzidas no processo. Tudo isso, resultado da influência do Código Modelo Tipo para a América Latina.

Finalmente, abordaremos as influências posteriores que o Código Tipo para a América Latina continuou a exercer no nosso sistema processual, as quais culminaram com a completa modificação do sentido da regra do saneamento do

³⁰ Neste sentido: “É fácil perceber que os fundamentais traços estruturais dessa audiência prévia estão presentes na dicção do art. 331 do Código de Processo Civil e no seu § 2º, portadores da assimilação do instituto no direito brasileiro. Eis o que ficou inscrito, por determinação da Lei n. 8.952, de 13 de dezembro de 1994: [...] Nessa redação está presente o intuito de plantar no procedimento ordinário brasileiro a audiência preliminar do Código-Tipo respeitada a estrutura do procedimento e sempre ressalvada a disponibilidade da *res in iudicium deducta* (como já estava no art. 447 do Código de Processo Civil-v. CC, art. 1.035). Tanto quanto a do modelo, a nossa audiência preliminar preordena-se ao trinômio conciliação-saneamento-organização.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do código de processo civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 117-118). “Embora inexistente menção expressa ao Código Modelo para a Ibero-América na Exposição de Motivos do Código de Processo Civil brasileiro, vários princípios e regras são comuns. A inspiração tornou-se mais evidente, agora de forma explícita, em reformas introduzidas no sistema a partir de 1994. A falta de referência inicial talvez se dê pelo fato de a aprovação do projeto brasileiro ter ocorrido em janeiro de 1973, após algum tempo de debate no Congresso Nacional. Nessa medida, a remessa do anteprojeto verifica-se antes da apresentação final do Código Modelo, realizada no Rio de Janeiro, em maio de 1988.” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. O código modelo na América Latina e na Europa: relatório brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 29, n. 113, p. 147-189, jan./fev. 2004. p. 147, grifo do autor).

³¹ A nova redação do art. 331 do Código ficou assim definida: “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 30 (trinta) dias, à qual deverão comparecer as partes e seus procuradores, habilitados a transigir. (Incluído pela Lei n. 8.952, de 1994) § 1º Obtida a conciliação, será reduzida a termo e homologada por sentença. (Incluído pela Lei n. 8.952, de 1994); § 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

processo e da prova. Essa última reforma legislativa, instaurada pela Lei n. 10.444, de 2002, criou uma nova fase processual, denominada de audiência preliminar em substituição a expressão audiência de conciliação, alterando, novamente, a redação do art. 331³², do Código. Pelo §3º do art. 331, inserido pela nova lei, resgatou-se a atividade de saneamento, como era chamado no Código de 1973, ampliando-a para abranger dentre outras questões a delimitação da controvérsia da matéria fática, pelo juiz.

produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário. (Incluído pela Lei n. 8.952, de 1994).”

³² A nova redação do art. 331 do Código, provocada pela Lei n.10.444/04 e vigente até hoje é a seguinte: “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. (Redação dada pela Lei n. 10.444, de 2002). § 1º Obtida a conciliação, será reduzida a termo e homologada por sentença. (Incluído pela Lei n. 8.952, de 1994). § 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. (Incluído pela Lei n. 8.952, de 1994). § 3º Se o direito em litígio não admitir transação, ou se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável sua obtenção, o juiz poderá, desde logo, sanear o processo e ordenar a produção da prova, nos termos do § 2º. (Incluído pela Lei n. 10.444, de 2002).”

2 FIXAÇÃO DOS PONTOS CONTROVERTIDOS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1939 A 1973

2.1 ORALIDADE COMO MATRIZ TEÓRICA DO CÓDIGO DE 1939 (DECRETO-LEI N. 1.608, DE SETEMBRO DE 1939)

Como pressuposto para a compreensão da norma de fixação dos pontos controvertidos é indispensável o estudo dos fundamentos³³ que justificam o nascimento da regra no ordenamento processual e remontam, no Brasil, ao final da década de trinta.³⁴

O primeiro Código Nacional de Direito Processual de 1939 (Decreto-lei n. 1.608/39), nasceu de exigência constitucional, das Cartas Magnas de 1934 e de 1937, promulgadas durante o período político do denominado “Estado Novo” do governo de Getúlio Vargas.³⁵

³³ Sobre a importância da compreensão dos fundamentos do Direito Processual Civil considerava Rainer Sprung: “A questão sobre os fundamentos do direito processual civil desdobra-se nos possíveis temas: por um lado, a discussão dos princípios processuais em vigor do tribunal civil, mas por outro lado também, quando não mesmo em primeiro lugar, a busca daqueles fundamentos racionais determinantes que regeram o legislador na consideração dos chamados *princípios processuais* e na formação concreta das instituições processuais singulares [...]” (SPRUNG, Rainer. Os fundamentos do direito processual civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 5, n. 17, p. 138-149, jan./mar. 1980. p. 138).

³⁴ A respeito das origens da regra de fixação dos pontos controvertidos vide: CARNEIRO, Athos Gusmão. *Audiência de instrução e julgamento e audiências preliminares*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

³⁵ Sobre as razões políticas que justificaram a promulgação do novo Código, Odilon de Andrade, em conferência pronunciada na Faculdade de Direito do Rio de Janeiro e no Instituto dos Advogados de Niterói em julho de 1940 atentava que: “Em uma conferência que, por dignificante convite da diretoria do Clube dos Advogados, fiz na sede desse prestigioso sodalício, tive a ocasião de expender a opinião de que, frustrada a tentativa de elaborar-se o novo Código Nacional de Processo Civil, em obediência à Constituição de 1934, e, sobrevivendo a carta constitucional de 10 de Novembro de 1937, que alterou substancialmente o regime político do país, era inevitável que, tratando-se de um problema essencialmente político, se cogitasse de introduzir no processo civil aquela restauração do princípio da autoridade que foi e está sendo introduzida em todas as esferas da vida nacional. Trata-se portanto de projetar no campo do processo os princípios autoritários em que se inspira a organização constitucional do Estado. Como bem acentua Calamandrei, se o Estado é, no processo, representado pelo juiz, a consequência lógica do princípio autoritário introduzido no processo é a ampliação de seus poderes.” (ANDRADE, Odilon de. Os poderes do juiz no processo civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 37, n. 85, p. 3-14, out. 1940. p. 3).

Logo após a promulgação da Constituição de 1934, foi atribuída a um grupo de processualistas a tarefa de unificar a legislação processual. A primeira fase da elaboração do novo Código Processual ocorreu no período de 1934 a 1937, onde pequenas e tímidas modificações foram apresentadas. Contudo, foi na segunda fase desses estudos, no período entre o ano de 1937 – data da promulgação da segunda Constituição do Governo Vargas – e o ano de 1939, que observou-se a verdadeira tentativa de modificação da cultura processual brasileira. A segunda fase dos estudos processuais foi responsável por consagrar, no Brasil, as bases fundamentais para a construção do novo Direito Processual, o qual unificado em um corpo legislativo tinha como sua matriz teórica o princípio da oralidade.³⁶

O procedimento oral ou o princípio da oralidade foi considerado pelos autores do projeto como o mais adequado a fundamentar as bases do novo direito processual, porque nele encontravam-se as raízes justificadoras do exercício dos poderes do juiz.³⁷

O “duelo” entre as partes, até então predominante na cultura processual brasileira, deveria ser substituído pelo processo organizado, de forma sistemática e dirigido por um juiz dotado poderes na condução da prova e da decisão final da causa. A vontade do magistrado deveria ser o reflexo da vontade da coletividade dos cidadãos que formavam o Estado e não mais os interesses exclusivos das partes. Ao aplicar a lei, ao caso concreto, o julgador não estaria apenas solucionando um

³⁶ “A reforma do processo brasileiro vem constituindo tema em foco desde a promulgação da Constituição de 1934, que retirou dos Estados a competência exclusiva para legislar sobre direito adjetivo, outorgando à União. Foi assim, em função do estabelecimento da unidade processual que teve início o movimento reformista. [...] A reforma ficou situada na zona puramente técnico-jurídico e daí o sentido conservador que lhe respirava por todos os poros. [...] No curto espaço de quatro anos o sentido da reforma processual brasileira assumiu dois aspectos totalmente distintos. A primeira fase (1934 – 1937) marcou, apenas, tímidos ensaios de modificações de pequenos detalhes do nosso velho processo e a segunda (1937-1939), apesar de recente, assinala-se, ao contrário pela decisão do Governo de realizar uma reforma total, qual a da substituição do processo escrito pelo oral.” (BILAC, Pinto. *Aspectos da reforma processual brasileira*. In: PROCESSO oral: coletânea de estudos de juristas nacionais. Rio de Janeiro: Forense, 1940. p. 26).

³⁷ “[...] si a questão era de remodelar o processo no sentido de torná-lo adequado aos seus fins, de infundir na máquina da justiça um novo espírito, que é, precisamente o espírito público, tão ausente da concepção tradicional do processo; si o problema era, em suma, de racionalizar o processo, adaptando-a às formas mais precisas adquiridas pelo espírito humano para o exame e a investigação das questões, a opção não poderia decidir-se a não ser pelo processo oral, em uso em toda a Europa, à exceção da Itália, onde a reforma está iminente.” Ver exposição de motivos do Código de 1939 onde se encontra a justificativa para a adoção do princípio da oralidade (CAMPOS,

conflito privado, mas resguardando a manutenção da ordem jurídica e da paz social.³⁸ Assim, a figura do “juiz fantoche”³⁹, predominante na antiga sistemática processual dos Códigos Estaduais, foi substituída no Código 1939 pela figura do magistrado ativo que conduzia o processo e impulsionava o procedimento.

Contudo, a peculiaridade apresentada pela nova ordem processual nacional estava calcada no predomínio da fala em relação à forma escrita dos atos processuais.⁴⁰ A oralidade adotada pelo Código de 1939 significava que o contado entre o juiz e as partes era oral, enquanto a escrita tinha a finalidade de

Francisco. Exposição de motivos do Código de Processo Civil. In: PROCESSO oral: coletânea de estudos de juristas nacionais. Rio de Janeiro: Forense, 1940. p. 251-268).

³⁸ “Os traços que acabamos de pôr em relevo eram conseqüência da *concepção duelística* do processo, diz o Dr. Campos, isto é, da concepção de processo como um mero *instrumento de luta entre particulares* onde o Estado fazia apenas ato de presença, desinteressando-se do resultado e dos meios pelos quais era obtido. O que o ilustre estadista brasileiro chamava *concepção duelística* do processo é o que ordinariamente se designa por *concepção individualista* ou *particularista*; a relação processual é uma relação de puro *direito privado*, a que o Estado se mantém alheio; o processo é uma luta entre dois particulares, a que o juiz assiste impassível e de braços cruzados até o momento da sentença. A esta *concepção duelística* substitui-se a *concepção autoritária*; o processo como um instrumento de investigação da verdade e distribuição da justiça. E como uma das prerrogativas do Estado, daí vem que este não pode assistir, impassível e inerte, ao desenrolar do drama judiciário: tem de intervir nele ativamente como interessado, para que o resultado corresponda ao fim, para que triunfe a *verdade* e a *justiça*, em vez de triunfar a *força* ou a *astúcia* [...]” (REIS, João Alberto dos. Código de processo civil brasileiro. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 38, v. 87, n. 460, p. 288-295, out. 1941. p. 289). No mesmo sentido: “[...] A finalidade do processo não consiste em obter para as partes, separadamente, a manutenção dos seus direitos e, sim, em conservar a ordem jurídica. [...] Observado desse ponto de vista, o processo pertence em primeiro plano, ao Estado; portanto, ao público e não as partes.” (BERNHARDT, Wolfgang. O domínio das partes no processo civil. In: PROCESSO oral: coletânea de estudos de juristas nacionais. Rio de Janeiro: Forense, 1940. p. 182).

³⁹ A expressão “juiz fantoche” ou “juiz manequim” foi utilizada por Gabriel de Rezende Filho quando formulava críticas ao Direito Processual até então vigente no Brasil e sobre à atividade do juiz: “O processo é, antes de tudo, o instrumento pelo qual a sociedade tutela direitos privados em luta, porém controlado pelo juiz, representante do Estado, ao qual incumbe atuar a lei em cada caso, realizando-lhe a vontade positiva ou negativa, como diz Chiovenda, fazendo, enfim, triunfar a verdade em juízo. Em tempos idos, quando predominava a concepção de luta judiciária como um duelo entre os litigantes se entregava inteiramente a direção do processo, com a faculdade de alegarem e provarem como e quando entendessem; quando ao juiz era defeso imiscuir-se por qualquer modo na produção da prova; nesses tempos bem mesquinha era a atividade judicial, podendo-se assegurar que o juiz não passava, então, como lembram os autores, de um **fantoche**, de um **manequim**, movido discricionariamente pela vontade dos litigantes. A passividade do juiz era a conseqüência natural da feição individualística do processo. Daí, o julgar-se a relação processual como um mero negócio privado, do qual os interessados podiam dispor à vontade.” (REZENDE FILHO, Gabriel de. A reforma processual. In: PROCESSO oral: coletânea de estudos de juristas nacionais. Rio de Janeiro: Forense, 1940. p. 206, grifo do autor).

⁴⁰ “A palavra é necessária à comunicação, o escrito é necessário à documentação das deduções das partes. Com isto se compreende facilmente que o princípio da oralidade não exclui de modo algum a escritura no processo, ao contrário, oralidade e escritura devem coexistir e integrar-se, o princípio da oralidade significa somente que a palavra serve de **meio de comunicação** e a escritura de **meio de documentação** [...]” (MORATO, Francisco. A oralidade. In: PROCESSO oral: coletânea de estudos de juristas nacionais. Rio de Janeiro: Forense, 1940. p. 5, grifo do autor).

documentação e registro dos atos processuais.⁴¹ Portanto, a função da escrita, no procedimento oral era instrumental e justificava o meio de registro e documentação da fase inicial da demanda, através das alegações feitas pelas partes no curso do processo. Na fase escrita e inicial da demanda delimitava-se o objeto do processo, trazendo-se para os autos os elementos essenciais para a formação da relação jurídica processual. Todavia, sendo a escrita preparatória, ela apenas fornecia os limites, mas não o conteúdo das declarações das partes. O conteúdo das declarações das afirmações apenas passava a existir como elemento do processo quando instaurado o debate e a discussão sobre a sua existência, inexistência, relevância ou irrelevância.⁴²

A principal característica do procedimento oral estava na existência de um momento, no qual o magistrado intervinha no processo para instaurar o debate da causa com as partes, as testemunhas, e os peritos. O debate era um dos principais elementos de formação da convicção do juiz sobre a matéria controvertida relevante para a aplicação das regras de direito material que poriam fim ao litígio entabulado entre as partes.⁴³ A intervenção do julgador e a instauração dos debates com os

⁴¹ “Uma coisa é o processo, outra o procedimento. O processo é uma direção no movimento, determinada pelos atos da causa, o procedimento é o modo de mover e a forma que é movido o ato. [...] Para caracterizar com rigor científico o instituto não basta atender aos elementos exteriores das palavras. Conforme exemplificam os intérpretes, o fato de admitir-se a audiência e a discussão oral das partes não implica que o procedimento seja oral, bem como o de se permitirem escrituras não inculca que seja necessariamente escrito. Um procedimento se diz oral ou escrito segundo o modo por que nele atua a palavra falada ou a palavra escrita.” (MORATO, Francisco. *A oralidade. PROCESSO oral: coletânea de estudos de juristas nacionais*. Rio de Janeiro: Forense, 1940. p. 2).

⁴² “Nada disso, porém, exclui a necessidade da escrita. Duplo mister exerce a escrita no processo oral. Consiste o primeiro em preparar o debate. O primeiro escrito preparatório é o que insere a demanda judicial, e esta deve indicar os elementos da demanda e os meios de prova de modo tão preciso e determinado que coloque o réu em condições de se defender; de outra forma, declarar-se-á inadmissível o pedido. [...] No processo escrito, a escrita é a forma das deduções; uma demanda, uma exceção, uma proposta de prova só será válida se feita por escrito; e, mesmo no processo escrito que admite audiência, as deduções em audiência se apresentam por escrito. Os escritos preparatórios do processo oral, ao contrário, com exceção do escrito que contém a demanda introdutória, não são a forma da declaração, são apenas o anúncio das declarações a fazer-se em audiência.” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969. v. 3, p. 52).

⁴³ “Prende-se, no entanto, a denominação à oralidade da discussão da causa, característica essencial do sistema. Deve o juiz receber de todos os elementos do pleito uma impressão viva e real, e essa só a palavra falada lhe pode dar. Por isso, a exposição da pretensão do autor, da contestação do réu, os depoimentos das partes e testemunhas, o parecer dos peritos, tudo, enfim, há que ser feito na presença mesma do juiz, que só assim poderá surpreender a verdade em suas fontes mais próximas.” (ESTELITA, Guilherme. *O processo oral e sua adoção no Brasil*. In: *PROCESSO oral: coletânea de estudos de juristas nacionais*. Rio de Janeiro: Forense, 1940. p. 81).

partícipes do processo foram centralizadas em um único momento: a audiência.⁴⁴ Apenas, em audiência, na qual presentes o juiz, as partes, as testemunhas, e os peritos é que seria possível colher os elementos que serviriam de base para formar a convicção do juiz no que tange aos fatos controvertidos da demanda. A fixação desses fatos teria como conseqüência a delimitação dos suportes fáticos para a incidência das normas de direito material a serem aplicadas pela sentença.⁴⁵ Portanto, uma das funções primordiais da audiência, prevista no Código de 1939, era de “aclarar” os arrazoados das partes, para que assim fosse possível ao juiz, em conjunto com os partícipes do processo, debater e delimitar qual a matéria fática verdadeiramente controvertida para a aplicação e escolha das regras de direito material relevantes para a sentença.⁴⁶

⁴⁴ “A audiência se relaciona estreitamente com os princípios da oralidade e publicidade; é de suma importância no processo oral, exatamente porque destinada, nele, à discussão integral da causa (debate), o que compreende todas as atividades processuais, que por sua natureza, por especial dispositivo de lei ou por especial provisão, não se devam realizar fora da audiência; abrange em particular a constituição das partes ou de seus procuradores, a exposição das demandas e das exceções, a produção das provas, a leitura dos pedidos e a discussão sobre os resultados da instrução. No processo escrito, ao inverso, escassa é a importância da audiência. [...] O complexo das atividades que se desenvolvem na audiência é regulado pelo juiz, e, se o juízo for colegial, pelo presidente, ele dá e cassa a palavra, chama à ordem os que ultrapassam os limites de decorosa e ordenada discussão; elimina as digressões ociosas e as questões escusadas, proíbe interrupções, e, quando reconhece que a causa está suficientemente discutida e esclarecida, faz cessar o debate; fixa além disso, as questões em torno às quais, em seguida à exposição do fato, deve girar a discussão pública.” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969. v. 3, p. 11-12).

⁴⁵ “Oralidade e documentação, como alternativa técnica, representam apenas um problema de graduação. Fala-se de processo oral, quando a comunicação direta do pensamento ao juiz se faz viva voz, embora logo se registre por escrito. Também é oral o procedimento em que predomina a palavra falada, embora o pedido e a contestação se façam por escrito. Fala-se, ao contrário, de processo documentado, quando a comunicação com o juiz é escrita, e as provas, embora originariamente obtidas pela palavra falada (como os testemunhos e perícias), chegam ao magistrado em forma de documentos. A história do processo oral tem dois grandes momentos: para os países de cultura germânica, a sanção da Ordenança Processual Civil Austríaca de 1895; para os países de cultura latina, o ‘Relatório’ de Chiovenda, para a Comissão de Reforma do Post-Guerra. Ambos esses documentos são o ponto de partida para uma nova época.” (COUTURE, Eduardo J. Oralidade e regra moral no processo civil. In: PROCESSO oral: coletânea de estudos de juristas nacionais. Rio de Janeiro: Forense, 1940. p. 103).

⁴⁶ “[...] outra coisa é o chamado princípio dos debates, que significa a competência exclusiva das partes para proporcionar a matéria do processo. Por esse princípio o juiz só pode tomar em consideração fatos apresentados pelas partes, sendo-lhe vedado oficialmente perscrutá-los. Servirão de base para a sentença fatos não contestados, ou fatos confessados, sem que o juiz possa examinar-lhes a veracidade. Desta forma; o juiz pode ser obrigado a fundar sua decisão em um estado de coisas inventado, apresentando-se passagens forçadas em um lugar de fatos verídicos. O juiz corre perigo de não sentir os acontecimentos alegados como um conjunto oriundo da vida real, mas como um amontoado de fatos em desacordo, combatidos, não combatidos ou confessados, que a sua própria autoridade não lhe permite por em ordem, porque o direito de indagação que lhe confere é apenas um recurso incompleto.” (BERNHARDT, Wolfgang. O domínio

A oralidade representava ainda a soma de um conjunto de princípios intimamente ligados entre si. Dentre eles estava o da identidade física do juiz, da concentração, e da imediação e da livre apreciação das provas pelo juiz e a irrecorribilidade das decisões interlocutórias⁴⁷.

O autor do projeto do Código de 1939, Pedro Batista Martins, em uma entrevista ao Diário de Pernambuco, esclarecia que a oralidade se desenrolava em mais três princípios que deveriam também nortear o processo civil, que eram o da concentração, da identidade física do juiz, e da irrecorribilidade das decisões interlocutórias.⁴⁸ A concentração e a identidade física do juiz estavam relacionadas

das partes no processo civil. In: PROCESSO oral: coletânea de estudos de juristas nacionais. Rio de Janeiro: Forense, 1940. p.183).

⁴⁷ “O chamado sistema oral não pode, evidentemente, prescindir da discussão oral, mas apenas representa uma série de exigências e de conseqüências, que são tão importantes quanto a própria oralidade. [...] Os famosos princípios, a que alude o relatório, são simples meios, ou expedientes técnicos, de que usa o legislador para conseguir um determinado escopo: a apuração dos fatos controvertidos e a aplicação da norma jurídica adequada, ou, na expressão de Carnelutti, a justa composição da lide. [...] A grande maioria dos litígios, porém, versa sobre a existência e interpretação dos fatos constitutivos, modificativos ou extintivos do alegado direito das partes. Para bem conhecer esses fatos, deve o juiz observar diretamente as respectivas provas (princípio da imediação), desde o início da causa até o respectivo julgamento (princípio da identidade física da pessoa do julgador); circunscrever e orientar os debates em torno desses fatos e, se necessário, ordenar a produção de provas (princípio inquisitório); fundar livremente a sua convicção no material colhido (princípio da livre apreciação das provas). Este desideratum só poderá ser conseguido se a causa for instruída, discutida e julgada em uma, ou algumas audiências próximas (princípio da concentração), sem suspensão do seu curso em virtude de questões incidentes (princípio da irrecorribilidade das decisões interlocutórias), devendo a discussão ser feita oralmente em audiência, para não retardar o julgamento (princípio da oralidade). É da coordenação desses diversos princípios, do entrosamento dessas várias engrenagens que se forma um maquinismo delicado e complexo: – o sistema processual conhecido por processo oral.” (GUIMARÃES, Luiz Machado. O processo oral e seus críticos. In: PROCESSO oral: coletânea de estudos de juristas nacionais. Rio de Janeiro: Forense, 1940. p. 220).

⁴⁸ “O anteprojeto do Código de Processo Civil, já entregue ao Ministro da Justiça, adota o princípio da oralidade e concentração. Aliás, o governo, que é a quem compete ditar a orientação política de suas leis, não podia recomendar o sistema escrito, que, excessivamente liberal, deixa ao arbítrio exclusivo das partes a formação e a marcha dos processos. Pelo sistema oral – concentrado o Estado chama a si a direção do processo, intervindo autoritariamente, por meio de seu representante – o juiz, em todas outras fases processuais. O juiz deixa de ser sujeito meramente passivo no processo, sendo-lhe facultadas todas as iniciativas. É incontestável, portanto, que do ponto de vista político, o sistema-oral concentrado é o que afina melhor com a nova orientação constitucional. O princípio da oralidade concentrada não equivale ao verbalismo, mas o que o caracteriza é a convergência de certos requisitos, entre os quais se destacam: 1º. Autoridade do juiz – o juiz é o verdadeiro agente no processo. De elemento passivo que é no processo tradicional, transforma-se em força propulsora, podendo conceder ou recusar as provas que lhe forem requeridas e determinar, por autoridade própria, as que lhe pareçam necessárias ao descobrimento da verdade. 2º. Concentração – isto é, designação pelo juiz de uma audiência em que se devem produzir todas as provas, sob a sua direta e imediata fiscalização. Em seguida realizam-se os debates, podendo o juiz sentenciar na mesma ou em outra audiência que então designar. 3º. Supressão dos recursos protelatórios – o agravo por termo nos autos é regra. Esse recuso será considerado em 2ª instância por ocasião do julgamento do recurso de apelação. Há casos, porém, em que se admitem recursos autônomos de agravo de instrumento e alguns, outros raros, em que

diretamente com a oralidade e com a forma de exercício da autoridade do magistrado no processo.⁴⁹ O terceiro princípio, o da irrecorribilidade das decisões interlocutórias, foi imposto não exatamente como um corolário da oralidade, mas como uma tentativa de acabar com a morosidade do processo⁵⁰ e evitar que as

se dará ao recurso efeito suspensivo. São esses, em largos traços, os requisitos do sistema oral.” (MARTINS, Pedro Batista. O futuro do Código do Processo Civil e Comercial. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 25, n. 73, p. 437-444, jan. 1938. p. 438).

⁴⁹ Sobre a oralidade e a concentração como princípios do Código de 1939, explicava o autor do projeto, Pedro Batista Martins, que: “[...] O que principalmente o distingue do processo escrito é a concentração, em virtude da qual toda a atividade instrutória se desenvolve na audiência, sob as vistas de um juiz. Nela é que se produzem as provas, nela, o juiz inquire as testemunhas, ouve os peritos e as partes, examina as provas documentais. Finda a instrução, é ainda na audiência que se travam os debates orais e nela, ou noutra que for especialmente designada, o juiz proferirá a sentença. Receiam muitos, entre nós, que o juiz se veja na contingência de improvisar a sentença. O receio é, todavia, infundado. O princípio da concentração supõe a competência do juiz para a direção do todo: o processo. Não há ato processual, a começar pela petição inicial que deve ser examinado *in limine* que possa realizar-se sem a responsabilidade do juiz, que deixa de ser um simples autômato, movido mecanicamente pela vontade das partes’. Não tendo sido estranho à instrução, como se dá no procedimento escrito, o juiz, na ocasião tem de proferir sentença, já se acha familiarizado com as controvérsias de fato e de direito. Por outro lado, sendo diretas as relações entre juiz e as pessoas, cujas declarações terá que avaliar, é claro que na hipótese uma improvisação se torna impossível. De acordo com esse princípio, o juiz que tiver de pronunciar a sentença deve ser o mesmo que assistiu o desenvolvimento das provas, das quais terá que haurir seu convencimento. [...] Contato direto entre juiz e as pessoas cujas declarações lhe cumpre apreciar; identidade, durante todo o tratamento da causa, da pessoa física que tiver de julgá-la; concentração, numa só, ou em poucas audiências sucessivas das fases decisórias, e finalmente, a irrecorribilidade dos despachos interlocutórios.” (MARTINS, Pedro Batista. Sobre o Código de Processo Civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 37, n. 72, p. 5-13, 1940. p. 10-12, grifo do autor).

⁵⁰ Sobre a morosidade do processo e da necessidade de outorga de poderes ao juiz, na direção do feito, alertava Candido Neves que: “No processo oral, para o qual se orientou a preferência do legislador brasileiro, os princípios da concentração e da imediação falhariam às suas finalidades, se ao juiz, cuja aproximação com a lide se reclama, não se facultassem melhor intervir na arena, para promover a brevidade processual, e, ao mesmo tempo, melhor informar a sua própria consciência. [...] Dessas, a primeira diz respeito propriamente à direção do processo ora expressamente entregue ao juiz. Em uma luta em que o Estado intervém, por invocação do ofendido, para proteger o direito de que ele é o legislador, causa espanto que não lhe caiba a direção. Teme-se a ditadura judiciária, mas se esquece que a Magistratura é o Estado, no mais respeitável e no mais moderado de seus poderes. Demais disso, o poder de condução do processo não foi outorgado ao juiz em termos ditatoriais, antes com um propósito determinado e dentro de limites tranquilizadores. O juiz dirigirá o processo- estabelece o art. 112 – por forma que assegure à causa andamento rápido”. Esse é o sentido de seus poderes. Essa a liberdade que ao juiz se conferiu. Não se lhe outorgam poderes de direção arbitrária, nem se o armou de poderes discricionários. O que se quer é que ele dirija o processo por forma que assegure à causa andamento rápido. E se recordarmos que a morosidade dos processos era o *leit motiv* de todas as gritas contra a nossa Justiça, desde a época do descobrimento até a terceira república, deveremos reconhecer que o mandamento legal correspondeu a um instante prolongado lamento da consciência jurídica nacional. [...] mas quando se fala em morosidade processual o que se censura é a lentidão excessiva, é o desapareço pelo tempo, é o retardamento intencional, não os expedientes protelatórios, filhos da fraude procrastinatória da Justiça. Não há como falar-se em morosidade, quando se investiga, ou se debate para esclarecer os fatos ou buscar a verdade, ainda que inatingida. E é isso mesmo que, com perfeita segurança de princípios e apropriada linguagem científica, se contém no art. 112 que estamos considerando: ‘o juiz dirigirá o processo por forma que assegure à causa andamento rápido, sem prejuízo da defesa dos interessados.’ Aí está bem claro que não se pretende apenas rapidez. Ela será um modo de agir, que se impõe, mas que se subordina. O que se procura é a verdade, para sobre essa base assentar-se a Justiça. Ressalvando a defesa dos interessados, vale dizer, das partes, põe o legislador à evidência o objetivo da ação do juiz: sua meta é a Justiça; esta

partes interpusessem recursos, meramente protelatórios, para a solução da causa e interrompessem o curso entre a fase probatória e a sentença. Tais princípios foram preservados pelo Código de Processo Civil de 1939.

Em conformidade com um dos principais defensores do princípio, Giuseppe Chiovenda, a oralidade não poderia representar unicamente a existência de um momento de debate onde se discutia e se delimitava o objeto da causa em audiência. A discussão por “amor” à própria discussão não teria nenhuma utilidade prática para o processo, tampouco para a aplicação do princípio da oralidade, se não existisse o dever de vincular o julgador que fosse proferir a sentença com o objeto da prova por ele colhido em audiência.⁵¹ Essa correspondência era representada pelo princípio da identidade física do juiz.

A identidade física do julgador representava princípio subjetivo, porque vinculava a pessoa do magistrado que conduziu a instrução a ser o mesmo responsável por proferir a sentença. O Código de 1939 adotou a identidade física do juiz como regra obrigatória, no sentido de que o magistrado que conduziu a instrução deveria ser o responsável por proferir a sentença. O princípio, contudo, era regra que tinha suas exceções, principalmente, quando as testemunhas eram ouvidas por carta precatória, ou ainda em outros casos excepcionais como, por exemplo, aposentadoria, falecimento, ou remoção de comarca de juízes. Por essas razões, o art. 120, do Código de Processo Civil de 1939 previa que, nesses casos, ou se remeteriam os autos para o magistrado que conduziu a instrução julgar, ou o juiz substituto deveria mandar repetir a instrução probatória na sua presença.⁵² A

não prescinde da verdade, e para encontrá-la cabe ao juiz dirigir o processo, certo, porém, de que um dos disfarces com os quais tantas vezes se apresenta a injustiça é a justiça tardia, a Justiça que chega depois que o litigante perdeu, nas refregas do pretório, a última camisa ou o interesse pela vitória.” (NAVES, Candido. Limites à intervenção do juiz na direção do processo civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro v. 39, n. 89, p. 373-381, 1945. p. 375-376, grifo do autor).

⁵¹ “[...] o princípio da oralidade não se pode contentar de uma *discussão oral*, como a que se admite em nossa lei, mas que dia a dia raramente se exercita entre nós. [...] à discussão oral reduz-se em regra a uma repetição supérflua. Se, ademais, a instrução compreende prova testemunhal, interrogatórios, perícias, não tem sentido a discussão oral que sobrevenha meses e anos depois de haver um juiz delegado inquirido as testemunhas e as partes: a discussão oral deve corresponder a imediata discussão de um debate oral [...]” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969. v. 3, p. 51).

⁵² “Art. 120. O juiz transferido, promovido ou aposentado concluirá o julgamento dos processos cuja instrução houver iniciado em audiência, salvo si 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

identidade física do magistrado era requisito essencial para a aplicação do princípio da oralidade, e para os fins previstos pelo Código de Processo de 1939. Isso porque, pelo procedimento oral, a convicção do julgador em relação à matéria de fato deveria resultar da sua percepção direta sobre os fatos probandos e não sobre elementos reduzidos a escrito, como ocorria no sistema processual anterior.⁵³ Ainda, caso o magistrado que conduziu a instrução não fosse o mesmo que proferisse a sentença, poderia ocorrer que o juiz designado para a sua substituição desenvolvesse uma linha de raciocínio completamente diversa da do magistrado que conduziu a instrução, acarretando, assim, a inutilidade do próprio debate e da fase instrutória.⁵⁴

O projeto do Código também não deixou de considerar que a aplicação do princípio da identidade física do juiz merecia ser adaptado à realidade do

reassumido o exercício. Parágrafo único. Se, iniciada a instrução, o juiz falecer ou ficar, por moléstia, impossibilitado de julgar a causa, o substituto mandará repetir as provas produzidas oralmente, quando necessário.” (Código de Processo Civil de 1939: Decreto-lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939).

⁵³ Sobre a importância da identidade física do juiz ressaltava a exposição de motivos do Código de 1939 que: “O ponto é importante. No processo em vigor o juiz só entra em contato com a prova testemunhal ou pericial através do escrito a que foi reduzida. Não ouviu as testemunhas, não inspecionou as cousas e os lugares. Qual o grau de valor que conferirá o depoimento das testemunhas e das partes, si não as viu ou ouviu, si não seguiu os movimentos de fisionomia que acompanham e sublinham as palavras, si no escrito não encontra atmosfera que envolvia no momento o autor do depoimento, as suas palavras ou o seu discurso? Que juízo formará sobre a situação dos lugares e a condição das cousas, descritas no laudo pericial, si de uma e de outra não tem nenhuma impressão pessoal? Tudo quanto for objeto de prova, visto apenas através de transcrição de impressões alheias, o juiz colocará no mesmo plano, por lhe faltar precisamente o critério pessoal, único que autoriza a medir o valor das provas, a graduar seu peso, a conferir a cada uma o seu coeficiente específico na formação do juízo. O processo oral coloca à disposição do 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 de preferências da opinião. [...] Ora, o processo tem por fim a investigação de fatos. Será possível ao juiz investia-los apenas no papel, nos relatórios e depoimentos escritos, abstraindo-se das pessoas e das cousas? Seguramente não, a não ser que o processo de julgamento corresponda ao da investigação dos fatos onde eles não se encontram, isto é, a não ser que os juizes passem a adotar para o julgamento o mesmo processo de BRIOYDE – o da sorte tirada nos dados.” (CAMPOS, Francisco. Exposição de motivos do Código de Processo Civil. In: PROCESSO oral: coletânea de estudos de juristas nacionais. Rio de Janeiro: Forense, 1940. p. 263).

⁵⁴ “É claro, com efeito, que tanto a oralidade quanto a imediação são impraticáveis se os diversos atos processuais se desenvolverem perante pessoas físicas a cada trecho variadas; pois que a impressão recebida pelo juiz que assiste a um ou mais atos não se pode transfundir no outro que tenha que julgar, mas somente se lhe poderia transmitir por meio da escrita, e em tal hipótese, o processo que seria oral em relação ao juiz instrutor, tornar-se-ia escrito relativamente ao julgador. Se, portanto, o juiz for colegial, todas as atividades processuais, às declarações, as provas deverão desenvolver-se perante o colégio e não perante um juiz delegado. A obra isolada do presidente ou juiz delegado pode ser útil nas atividades meramente preparatórias, não, porém, na formação do material de cognição. [...] É como se o processo fosse um quadro, uma estátua, um edifício que um artista pode esboçar e outro concluir, e não uma cadeia de raciocínios, que exige, quanto seja possível, a unidade da pessoa que o realiza.” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969. v. 3, p. 54).

procedimento probatório, razão pela qual o processo decisório deveria ser célere e concentrado em uma única audiência. Da necessidade de celeridade na decisão judicial nascia outro princípio: o da concentração dos atos processuais em audiência.

A concentração dos atos processuais ocorria em um momento único do processo: na audiência. Nessa oportunidade permitia-se ao juiz uma visão ampla de todas as provas do processo e da matéria controvertida. O princípio da concentração foi consagrado, expressamente, pelo art. 270, do Código, o qual determinava: “[...] a audiência será contínua, e só por motivo de força maior se interromperá. Não sendo possível concluir a instrução, o debate e o julgamento em um só dia o juiz independentemente de novas intimações, marcará a continuação para o dia próximo.”⁵⁵

A concentração da produção da prova em uma única audiência justificava-se para evitar a realização de várias audiências o que implicaria em grande espaço de tempo entre a produção da prova e a decisão final da causa. Isso também provocaria fazer com que o juiz formasse sua convicção analisando escritos de audiências e fatos ocorridos no passado e não sobre suas próprias convicções relativas à totalidade do conjunto probatório.⁵⁶ Considerava-se que o tempo fragmentava a análise do conjunto probatório, enquanto a concentração propiciava uma análise integral do conjunto e, ainda, dava melhores condições para que fosse proferido um julgamento mais acertado e seguro em relação à matéria de fato.⁵⁷

Além de implementar o princípio da oralidade, o Código trouxe outra inovação bastante significativa no que diz respeito à função do juiz no processo e relacionada com a atividade de valoração do material probatório constante nos autos.

⁵⁵ Código de Processo Civil de 1939: Decreto-lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939.

⁵⁶ Idem nota 50.

⁵⁷ “Efetivamente, quando 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. [...] e aqui melhor se manifesta a diferença entre processo oral e escrito: que, ao passo que o oral tende necessariamente a restringir-se a uma ou poucas audiências próximas, nas quais se desenvolvem todas as atividades processuais, o processo escrito, ao contrário, difunde-se numa série indefinida de fases, pouco importando que uma atividade se desenvolva mesmo a grande distância da outra, de vez que é apoiado nos atos escritos que o remoto juiz terá, um dia, de julgar.” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969. v. 3, p. 54-55).

Antes da implementação do Código de 1939, o magistrado não era responsável pela direção do processo, tampouco pela formação do material probatório necessário para elaborar sua convicção em relação à matéria de fato. A função do Poder Judiciário limitava-se a proferir a sentença resolvendo o litígio estabelecido entre as partes e em conformidade com o que determinava a lei. As partes eram responsáveis pela condução do procedimento, pois “acreditava-se que o livre jogo das forças entregues a si próprias daria em todos os casos o melhor equilíbrio” para uma melhor solução da causa.⁵⁸ A prova era analisada, pelo julgador, apenas no final do procedimento, isto é, na sentença e quando recebia o material probatório dos autos reduzidos a escritos e o confrontava com as normas legais. Em relação à atividade de avaliação das provas, o juiz era mero intermediário entre o legislador e o material dos autos.⁵⁹ A avaliação das provas pelo juiz resultava em atividade matemática, porque apenas somava o conjunto probatório e aplicava o “peso” determinado pela lei a cada prova. O fato considerava-se provado quando havia no processo uma prova de maior valor. Esse era o sistema da prova legal que vigorava até a promulgação do Código de 1939 e tinha sua origem no processo bárbaro das ordálias.⁶⁰ Ainda, pelo sistema da prova legal conferia-se ao legislador o poder de decidir quando um fato considera-se provado ou não. Cada prova possuía valor predeterminado em lei. Ao juiz apenas competia comparar o material fático dos autos que lhe era entregue reduzido em escritos e confrontá-lo com o valor que a lei

⁵⁸ “O nosso processo civil contém, até hoje, vestígios da época liberal-individualística, para a qual o processo era um assunto que somente dizia respeito aos litigantes. Ao Estado cumpria imiscuir-se o menos possível na esfera processual para que na sua ação não se visse uma tutela policial. [...] Acreditava-se que o livre jogo das forças entregues a si próprias daria em todos os casos o melhor equilíbrio. Destarte, a ordem processual tornou-se uma simples instrução de combate das partes perante o juiz, a quem apenas competia zelar pela observância das regras. Às partes cabia organizar a lide pela forma que entendessem, porquanto elas e não o juiz eram as forças dominantes no processo. [...] Por este motivo, na primitiva regulamentação do nosso processo civil, as partes não somente determinavam a finalidade do processo como também dirigiam a sua marcha. Era-lhes facultado anular prazos (§ 205, a.F.), prorrogá-los (§ 202 a.F), sustar à vontade o andamento do feito (§ 228 a.F), tornar completamente livre a discussão: e isso era, evidentemente, uma porta aberta à protelação do processo.” (BERNHARDT, Wolfgang. O domínio das partes no processo civil. In: PROCESSO oral: coletânea de estudos de juristas nacionais. Rio de Janeiro: Forense, 1940. p. 181).

⁵⁹ “Na prova legal, o momento probatório apresenta-se ao espírito do legislador, antes que ao do juiz: o legislador, partindo de considerações de normalidade geral, fixa em abstrato o modo de coligir determinados elementos da decisão, subtraindo essa operação lógica às que o juiz livremente realiza para formar a sua própria convicção.” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969. v. 3, p. 93).

⁶⁰ A respeito das origens do processo bárbaro das ordálias vide: SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária Cível e Comercial*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1983. v. 1, p. 15.

atribuía a cada uma das provas. Essa tradição foi mantida pelas Ordenações Portuguesas e vigoraram por bastante tempo no Brasil.⁶¹ A falta do contato direto do juiz com a produção do material probatório proporcionava a total liberdade de atuação das partes na direção do feito e, principalmente, na fase instrutória. Essa liberdade permitia retardar a prolação da sentença e dava margem para as partes debaterem e provarem teses desprovidas de relação com o objeto da controvérsia.⁶² A ausência de intervenção do juiz no curso da instrução processual e o predomínio da escrituralidade dos atos processuais eram algumas das principais causas pelas qual o processo se transformava em um “amontoado” de papéis e em debates intermináveis que nenhuma relação tinha com o objeto da controvérsia.⁶³

Contudo, a situação mudou, em razão da entrada em vigor do primeiro Código Nacional de Processo em 1939. A mudança era imprescindível para a instauração da nova ordem processual calcada no princípio da oralidade. A finalidade da nova ordem processual era de centralizar o exercício da jurisdição no Poder Judiciário. Com vistas a esse fim, o Estado retirou das partes o direito de conduzir a “marcha” do processo, que passou a ser exercida pelo juiz. No entanto,

⁶¹ “A avaliação das provas foi vinculada assim a normas preestabelecidas. As razões que permitiram negar fé à testemunha foram rigidamente numeradas, ordenadas e classificadas. Durante a prova legal, isto é, o complexo de regras que dividindo as provas em plenas e semi plenas, e cada uma, de sua vez, em várias espécies, determinando o número de presunções necessárias para formar uma prova, o número das provas semi plenas necessário a uma prova plena, precisando os casos e defeitos devido aos quais uma prova plena desce a semi plena, subordinando a idoneidade das provas à natureza do Juízo, impediu a convicção do juiz, reduzindo o ofício do magistrado a uma verificação, toda aritmética, do concurso do número de elementos precisos para formar no caso concreto aquilo que chamou de verdade legal. [...] O amor às distinções sutis, e sobretudo a tendência a raciocinar por via de deduções de princípios preestabelecidos, ao invés de fazê-lo baseado na observação dos fatos, devia favorecer, necessariamente, a construção de um sistema probatório todo apriorístico e formal como o das provas legais, do qual nem tudo é de rejeitar. [...] O processo tornou-se escrito porque o juiz, devendo avaliar a atendibilidade dos testemunhos, como das outras provas, baseado em regras gerais preestabelecidas, argumentando com uma série de circunstâncias exteriores acuradamente assinaladas nos verbais (*conditio, sexus, aetas, discrentio, fama, fortuna, fides, inimicitia*, etc.), não teve mais nenhum impulso para o exame direto das testemunhas. Faltava ao juiz a faculdade e a necessidade de servir-se de um instrumento mais refinado e seguro de indagação: a observação.” (CHIOVENDA, Giuseppe. A oralidade e a prova. In: PROCESSO oral: coletânea de estudos de juristas nacionais. Rio de Janeiro: Forense, 1940. p. 140-143, grifo do autor).

⁶² BERNHARDT, Wolfgang. O domínio das partes no processo civil. In: PROCESSO oral: coletânea de estudos de juristas nacionais. Rio de Janeiro: Forense, 1940. p. 181.

⁶³ “[...] de nada valem as reformas da organização judiciária, a criação de novos tribunais, enquanto não reformarem o processo, a justiça há de ser tardia, demorada, manca e imperfeita. É necessário acabar com o processo escrito, com o materialismo forense, que confunde o processo com os autos em que ele é escrito. E exclama: – Os autos! Eis o inimigo [...]” (GUIMARÃES, Luiz Machado.

restava ainda conferir autoridade ao julgador na fase final da demanda, isto é, na elaboração da decisão final da causa. A sentença não poderia mais estar subordinada única e exclusivamente à vontade do Poder Legislativo. O Poder Legislativo tinha a função de promulgar a lei e não resguardá-la no ordenamento jurídico. A proteção do ordenamento jurídico era agora a função primordial do Poder Judiciário, e por esta razão, ou seja, para que o juiz proferisse uma decisão mais acertada da causa deveria desfrutar de autonomia para formar sua convicção, resultante da percepção direta do material constante nos autos.

A outorga dos poderes de direção ao juiz, na formação e delimitação do material probatório, foi, assim, uma forma encontrada pelos autores do projeto para eliminar as raízes das tradições privatísticas de atuação das partes na condução do processo. Era dever do juiz administrar o material probatório trazido pelas partes aos autos em prol da defesa do ordenamento jurídico e da busca da investigação da verdade sobre os fatos.⁶⁴ Só um julgador ativo e conhecedor dos limites da controvérsia judicial, e ainda livre para avaliar o material probatório, de acordo com as suas próprias percepções, é que poderia impedir a produção, pelas partes de provas desprovidas de relação para a solução da controvérsia.

Alterava-se, assim, substancialmente a finalidade da instrução no curso do processo, porque agora ela seria conduzida pelo juiz com a finalidade de propiciar-lhe os elementos responsáveis por formar sua convicção em relação à matéria de fato quando da decisão final da causa. Substitui-se, desta forma, o sistema da prova legal pelo sistema da livre convicção, no qual o magistrado teria liberdade não só para conduzir o procedimento probatório como também para valorar a prova constante nos autos.

O processo oral e seus críticos. In: PROCESSO oral: coletânea de estudos de juristas nacionais. Rio de Janeiro: Forense, 1940. p. 17).

⁶⁴ “Que o processo civil não tem por fim a investigação da verdade objetiva, não acreditamos que modernamente possa ser objeto de discussão. Tal objetivo poderia constituir um belo ideal em si se não fosse como todos os ideais pouco menos que irrealizável. Entre o conceito de Wach [...] de que a sentença obriga em virtude da sua força autoritária e não em virtude da sua veracidade, e do de Pagenstecher [...], que o funda nesta última qualidade, destaca-se a prioridade do primeiro conceito, porque, sem dúvida, as sentenças injustas também são obrigatórias. Entretanto, o fato de que a investigação da verdade não constitua a finalidade do processo civil não quer dizer que ela seja indiferente, principalmente, quando se faz notar uma evolução sensível para a preponderância da direção oficial do juiz sobre a iniciativa provada.” (MELERO, Valentin da Silva. O chamado dever

O princípio da livre convicção foi consagrado como regra no art. 118, do Código de Processo, ao estabelecer que: “Na apreciação da prova, o juiz formará livremente o seu convencimento, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes nos autos, ainda que não alegados pela parte. Mas, quando a lei considerar determinada forma como da substância do ato, o juiz não lhe admitirá prova por outro meio.”⁶⁵ A convicção do julgador deixava, portanto, de ser atividade mecânica e aritmética de comparação entre o material escrito constante nos autos com a forma prescrita em lei para ser atividade eminentemente intelectual e resultante da percepção direta do juiz sobre os fatos probandos.

Para Giuseppe Chiovenda, o princípio da livre convicção era tão necessário para o procedimento do tipo oral como o ar é necessário para que o ser humano respire. O juiz deveria ser livre para observar o resultado da prova de acordo com as suas próprias convicções sobre o que viu diretamente nos autos.⁶⁶ Essa liberdade é da essência do procedimento oral. Ainda para Giuseppe Chiovenda, a diferença entre um procedimento do tipo oral de um do tipo escrito estava justamente na finalidade que um e outro sistema atribuem para a fase probatória. No sistema da livre convicção, o juiz participa da fase instrutória diretamente, ouvindo testemunhas, colhendo o depoimento das partes, porque é esse o material resultante do debate responsável por fundamentar a sua convicção na sentença. Todavia, se o sistema é o de prova legal, como vigorou por muito tempo na cultura processual, pouco importa o contato do magistrado com as partes e com a prova, porque o juiz só precisa proclamar o resultado da lei em comparação com o material probatório escrito trazido pelas partes.⁶⁷

de dizer a verdade no processo civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 36, v. 81, n. 439, p. 71-74, jan. 1940. p. 71).

⁶⁵ Código de Processo Civil de 1939: Decreto-lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939.

⁶⁶ “Sendo assim todos compreenderão como a oralidade é tão indispensável ao juiz que deve pronunciar-se segundo o princípio da **livre convicção**, como o ar é necessário para que respiremos. Como se pode dizer que seja livre de fato na avaliação das provas, o juiz que deve julgar da credibilidade de uma testemunha sem haver visto e ouvido, mas somente lendo o **verbal** de seu depoimento? O juiz deve confrontar entre si as declarações das partes sem as haver pessoalmente visto e ouvido? O juiz que deve formar uma idéia da situação dos lugares a que se refere a controvérsia sem os haver visitado, somente lendo as descrições feitas por um terceiro? Este juiz deverá aplicar, necessariamente, critérios apriorísticos, formais, convencionais; faltar-lhe-á o instrumento mais útil para a descoberta da verdade, ou seja, **a observação**. Tal é o juiz do processo escrito.” (CHIOVENDA, Giuseppe. *A oralidade e a prova*. In: *PROCESSO oral: coletânea de estudos de juristas nacionais*. Rio de Janeiro: Forense, 1940. p. 138, grifo do autor).

⁶⁷ “Estreitamente ligada à função da prova está à forma do processo. Um processo dominado pelo princípio da livre convicção do juiz e que pretenda realizar seriamente este princípio, só pode ser

E mais, mediante a nova sistemática, a principal fonte da convicção do julgador era resultado dos debates ocorridos na audiência de instrução.⁶⁸ Nesse momento eram conferidos ao juiz poderes de direção do procedimento probatório, de delimitação dos meios de prova que as partes dispunham para comprovar as suas alegações, bem como delimitados os pontos da discussão em relação à matéria controvertida. Esse contato era instrumento necessário para que o juiz colhesse o material probatório que seria o responsável por formar a sua convicção em relação aos fatos controvertidos quando da prolação da sentença.

Ocorre que, embora a nova ordem processual outorgasse poderes ao magistrado apreciar livremente a prova, isso não implicava lhe conferir poderes ilimitados no exercício de tal atividade, como previsto no art. 118⁶⁹, do Código. A

oral, porque só o processo oral permite ao juiz formar a sua convicção pela observação pessoal e direta do material da causa. Nós indicamos com a expressão sintética processo oral, um processo em que o juiz que deve pronunciar a sentença é o mesmo que recolhe os elementos de sua convicção, isto é, que interroga as partes, as testemunhas, os peritos e examina os objetos e lugares controvertidos.” (CHIOVENDA, Giuseppe. *A Idéia romana no processo civil moderno*. In: *PROCESSO oral: coletânea de estudos de juristas nacionais*. Rio de Janeiro: Forense, 1940. p. 92).

⁶⁸ “Outra inovação, que trouxe em sobressalto os meios forenses é a que se contém no art. 118 do Código, segundo o qual, na apreciação da prova, o juiz formará livremente o seu convencimento, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegadas pelas partes. À primeira leitura, pensou-se que seria substituir, na apreciação das provas o critério legal pelo da livre convicção. Antes se trazia o juiz, na formação da sua consciência, subordinado às tarifas legais das provas [...] No sistema das provas legais, a necessidade de tabelamento forçava certas situações de constrangimento, nas quais muitas vezes se sacrificava a verdade em holocausto ao rigor das tarifas. No sistema da livre convicção, confere-se ao juiz, ao contrário, uma liberdade sem peias. É o extremo oposto, só admissível nos regimes do absolutismo. O que entre nós se restaurou foi o sistema da persuasão racional. O juiz formará a sua convicção à luz das verdades que o impressionarem, livre de tabelamentos impossíveis, mas subordinado às provas constantes dos autos. E para que se protejam as partes justamente contra os desmandos da livre convicção, está o juiz obrigado a indicar na sentença os fatos e circunstâncias, constantes dos autos, que motivaram o seu convencimento. Assim se prescreveu no Código o critério lógico, racional e humano, dentro de normas de sobriedade e de segurança que tranqüilizam as partes, diante das possibilidades de abusos que o critério poderia comportar.” (NAVES, Candido. *Limites à intervenção do juiz na direção do processo civil*. *Revista Forense*, Rio de Janeiro v. 39, n. 89, p. 373-381, 1945. p. 376).

⁶⁹ “Art. 118. Na apreciação da prova, o juiz formará livremente o seu convencimento atendendo aos fatos e circunstâncias 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 no despacho os fatos e circunstâncias que motivaram o seu convencimento.” (Código de Processo Civil de 1939: Decreto-lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939) Veja-se que a atual redação do princípio da avaliação da prova no art. 130 não fixa ao juiz o dever de obedecer o segundo limite, previsto na regra do art. 118, ou seja, observância das regras sobre a prova dos atos jurídicos prescritas nas leis civis. Embora esse tema não seja objeto desta dissertação é interessante que discuta-se qual a razão de tal eliminação, isto é, estaria hoje o juiz livre de julgar a prova dos atos jurídicos em desconformidade com a forma de comprovação de tais atos estabelecida nas leis civis? Ao que tudo indica a afirmação parece ser positiva, e assim sendo, a delimitação da controvérsia é matéria de maior relevância, uma vez que as partes deverão saber quando o juiz irá considerar desnecessária a comprovação de fatos cujos meios se comprovam em conformidade com a lei (sistema de prova legal) e quando o juiz não

liberdade da avaliação da prova esbarrava em dois limites. O primeiro estava em vincular a apreciação do juiz ao material constante dos autos, sendo-lhe, portanto, vedado utilizar seu conhecimento privado ou suas “intuições”.⁷⁰ O segundo limite era o de estar a liberdade do julgador adstrita ao previsto em lei sobre a comprovação dos negócios jurídicos.⁷¹ Ao juiz não foi atribuído o poder discricionário de determinar qual o meio de prova era o mais adequado à comprovação dos fatos jurídicos, quando o meio já vinha predefinido em lei, porque o art. 118, do Código de 1939 determinava que o magistrado estava vinculado a considerar a avaliação das provas em conformidade com os meios prescritos nas leis civis e comerciais. Com isso, e interpretando literalmente a lei, se havia meio de prova estabelecido em lei, para a comprovação de determinados atos jurídicos, impunha-se ao juiz obedecer à prescrição legal e não considerar o fato provado por outro meio que não aquele prescrito em lei.

Portanto, em conformidade com a lei, o que estava afastado do sistema da prova legal era a vinculação do juiz em relação à forma de avaliação dos meios de prova, constantes no processo, estando livre para avaliar o material probatório em relação aos “pesos” atribuídos pela lei. Não seria mais a lei quem fornecia os critérios para o magistrado valorar a prova, mas a sua consciência e experiência.

julgará em conformidade com tais regras, mas de acordo com a sua livre convicção. A título exemplificativo tome-se a regra do art. 541 do Código Civil que estabelece que “[...] a doação far-se-á por escritura pública ou instrumento particular.” (Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002). Portanto, tratando-se de uma hipótese de ação onde se discute a existência ou inexistência de doação verbal, estaria a decisão do juiz vinculada à regra do art. 541 do Código Civil que impor a extinção da ação ou poderia o juiz desconsiderar a regra e determinar a realização de provas para comprovar a existência de uma doação verbal?

⁷⁰ Enrico Tullio Liebman comentando a obra de Chiovenda esclarecia que: “Nesse sentido, expressamente o art. 118 do Código de Processo Civil. Naturalmente o princípio da livre convicção do juiz é limitado pelo princípio de que ele deve basear-se exclusivamente sobre as provas constantes nos autos (art. 118 cit.) e de que não se pode servir de seu eventual conhecimento pessoal, privado, dos fatos da causa [...] Por isso, o princípio da prova livre significa liberdade de apreciação da prova existente nos autos. A sua vez, deve-se fazer uso dessa liberdade de apreciação com o auxílio dos critérios da lógica, assim como da razão e da experiência, como procederia qualquer pessoa de mente equilibrada.” (LIEBMANN. Enrico Tullio. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo: Bushatsky, 1976).

⁷¹ Nesse sentido, consta na exposição de motivos do Código de 1939: “[...] não se verá porém, na liberdade com que o magistrado dirige a prova, a adoção do princípio, preconizado no processo penal, de livre convicção do juiz. Pelo fato de coligir os seus meios de convicção, não fica o juiz autorizado a julgar com observância das regras estabelecidas pela lei civil quanto à forma e à prova dos atos jurídicos. Se assim não fosse, estariam burladas as razões de economia e de amor à segurança, que inspiraram ao legislador as raras exceções feitas ao princípio de que os atos independem de forma especial.” (CAMPOS, Francisco. *Exposição de motivos do Código de Processo Civil*. In: *PROCESSO oral: coletânea de estudos de juristas nacionais*. Rio de Janeiro: Forense, 1940. p. 259).

Todavia, quando a lei estipulasse qual o meio de prova de determinado ato jurídico, o julgador não poderia decidir em contrariedade com a lei e julgar o fato provado por outro meio.⁷² Com efeito, embora a lei determinasse que a prova de um fato dava-se de acordo com a existência, por exemplo, de um documento, o juiz, mesmo que constasse nos autos a existência do documento, poderia considerar que o fato não estava provado nos autos, porque a prova legal não é absoluta e poderia ter sua eficácia comprometida em razão da existência de outra prova constante também nos autos, como por exemplo, uma prova pericial que atestasse que não foi a parte quem firmou o documento.

Contudo, existiriam casos em que a legislação não prescreveria a forma da comprovação dos fatos jurídicos - leia-se o meio de prova dos atos jurídicos - sendo que nesses casos o julgador teria a liberdade para determinação dos meios mais adequados para prová-los.⁷³ Assim, a administração dos meios de comprovação dos fatos alegados pelas partes deixou de ser uma tarefa exclusiva do Poder Legislativo e passou a ser exercida em colaboração com o Poder Judiciário. Quando a lei fosse omissa em relação à prova dos atos jurídicos, o juiz poderia determinar o meio de prova a ser utilizado pela parte, e que considerasse relevante para formar sua convicção. Na falta de uma regra legal, em relação à prova dos atos jurídicos, seria

⁷² Neste sentido, Gabriel de Rezende Filho apontava a vinculação do juiz em relação à forma de comprovação dos atos jurídicos: “[...] Todos os processualistas estão de acordo em facultar ao juiz a livre apreciação das provas, à luz de seu próprio entendimento, com a necessária independência. Não há quem defenda mais o sistema das provas legais obrigatórias, o anacrônico sistema do **tarifamento** das provas. Evoluiu, nesse sentido, o processo brasileiro, pois todos os códigos estaduais prescrevem que o juiz deve consignar escrupulosamente na sentença os fundamentos de fato e de direito da decisão. [...] Com efeito, poderá o juiz fugir às regras legais de interpretação das provas? Se a lei prescrever regras, a elas está adstrito o juiz.” (REZENDE FILHO, Gabriel de. A reforma processual. In: PROCESSO oral: coletânea de estudos de juristas nacionais. Rio de Janeiro: Forense, 1940. p. 210-211, grifo do autor).

⁷³ “Finalmente, cumpre-nos considerar a parte mais importante da reforma processual, que é a restauração do princípio da autoridade no processo. [...] da consagração desse princípio, que supõe a insuficiência do direito formulado para reger e disciplinar todas as hipóteses que podem emergir do comércio jurídico, decorre natural e implicitamente o poder discricionário do juiz. A livre investigação científica [...] O autoritarismo judiciário é uma necessidade inelutável, que decorre da incessante mobilidade da vida social, cujas contingências não quadram fatal e inevitavelmente com as previsões legislativas. Se o reconhecimento desse poder fosse um mal, seria, pois, um mal necessário.” (MARTINS, Pedro Batista. Em defesa do anteprojeto de Código de Processo Civil. In: PROCESSO oral: coletânea de estudos de juristas nacionais. Rio de Janeiro: Forense, 1940. p. 234-236).

agora dever do magistrado criá-la, de acordo com os elementos constantes nos autos e em colaboração com o material trazido aos autos pelas partes.⁷⁴

2.2 ART. 269 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1939

A primeira forma de decisão que delimitava os limites da matéria controvertida pelo juiz é encontrada no Código de Processo de 1939 (Decreto-lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939), no art. 269, do Código de Processo Civil de 1939.⁷⁵

Art. 269. Terminada a instrução, o **juiz fixará os pontos a que deverá limitar-se o debate oral**. Em seguida será dada a palavra ao procurador do autor e ao do réu e ao órgão do Ministério Público, sucessivamente, pelo prazo de (20) vinte minutos para cada um prorrogável por dez (10) a critério do juiz.
(omissis) (grifo nosso).

⁷⁴ “Dentre esses traços mais vivos do novo regime processual, nenhum sobreleva em interesse, pela nota de profunda novidade, como pelo acento de projeção no sistema e alcance de conseqüências – como o postulado da ampliação dos poderes do juiz na direção do processo. Meditemos, pois sobre esse tema. [...]. A direção do processo deve caber ao juiz, a este não compete apenas o papel de zelar pela observância formal das regras processuais por parte dos litigantes, mas o de intervir no processo de maneira que atinja pelos meios adequados, o objetivo de investigação dos fatos e descoberta da verdade. Daí a largueza com que lhe são conferidos poderes que o processo antigo, cingido pelo rigor de princípios privatísticos, hesitava em lhe reconhecer. Quer na direção do processo, quer na formação do material submetido a julgamento, a regra que prevalece, embora temperada e compensada como manda a prudência é a de que o juiz ordenará quando for necessário ao conhecimento da verdade [...] Efetivamente, a maior intervenção do juiz na direção da causa era uma necessidade que já não se podia ocultar, e era ainda uma conseqüência técnica da adoção do novo sistema processual. Aquele juiz inerte e impassível, figura decorativa do juízo, até o momento em que era chamado a proferir a sentença, sem capacidade de iniciativas e sem liberdade de movimentos, não poderia substituir sem desprimor para os nossos juízos. Certo que o direito privado é categoria patrimonial, de que aos respectivos titulares é lícito dispor ou renunciar. Mas na relação processual há uma presunção ou, mais propriamente, há um ato de defesa do direito e luta contra a violência. Não há ai como falar-se em liberdade de renunciar. O direito em juízo não é o direito a que se renuncia, é antes o direito que não fugiu à luta. E se o titular do direito violado recorreu à mais alta função do Estado invocando seu auxílio na luta contra o perturbador da ordem jurídica, já então estará o Estado interessado em que nessa peleja se alcance o máximo de eficácia, seja pela adoção dos meios mais hábeis à descoberta da verdade controvertida, seja pela porfia ou pela maior solicitude nas iniciativas processuais. Daí conferir-se ao juiz, que é o órgão de representação do Estado no processo, maior soma de poderes em sua orientação e direito. No processo oral, para o qual se orientou a preferência do legislador brasileiro, os princípios da concentração e da mediação falhariam às suas finalidades, se o juiz, cuja aproximação com a lide se reclama, não se facultasse intervir na arena, para promover a brevidade processual, e, ao mesmo tempo melhor informar à consciência.” (NAVES, Candido. Limites à intervenção do juiz na direção do processo civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro v. 39, n. 89, p. 373-381, 1945. p. 373-374).

⁷⁵ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Audiência de instrução e julgamento*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983; SANTOS. Ernane Fidélis dos. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1980. v. 3, t. 1.

O Código de 1939 tinha como matriz ideológica o procedimento oral na sua pureza doutrinária, ou seja, todo o procedimento decisório e demais atos probatórios concentravam-se em audiência. A audiência de instrução era a “espinha dorsal”⁷⁶ do Código porque representava a aplicação de praticamente todos os princípios integrantes da oralidade: a concentração, a mediação e a identidade física do juiz, e encerrando-se com a aplicação do princípio dos debates e discussão da causa, antes de proferida a sentença. Era na audiência que o juiz entrava em contato com as partes e com a prova processual, e provocava o debate da causa antes de proferir a sentença.⁷⁷

De acordo com a lei, iniciada a audiência, em primeiro lugar era ouvido o perito, quando havia necessidade de produção de prova pericial. O perito comparecia à audiência para prestar esclarecimentos sobre o laudo⁷⁸ ao magistrado e, em seguida, passava-se à oitiva do autor, depois do réu e, por último, eram tomados os depoimentos das testemunhas.⁷⁹

Entretanto, antes de proferida a sentença, impunha o Código, no art. 269, um último ato característico do procedimento oral, o encerramento da instrução mediante a instauração do debate oral entre o julgador e partes, para a delimitação da controvérsia a respeito das questões de fato e de direito. A fixação dos limites dos debates, prevista no art. 269 era de suma importância para a decisão final da causa.⁸⁰ Encerrada a instrução, o juiz fixava os pontos essenciais da demanda,

⁷⁶ A expressão “espinha dorsal” foi utilizada por um dos autores do projeto do Código de 1939: MARTINS, Pedro Batista. Sobre o Código de Processo Civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 37, n. 72, p. 5-13, 1940.

⁷⁷ “[...] A discussão oral trava-se em volta dos pontos essenciais. E o juiz, tendo assistido a toda a instrução e discussão e tendo-a dirigido, absolutamente senhor da matéria do pleito, encontra-se habilitado a proferir imediatamente a sentença ou, pelo menos, a anunciar o sentido em que julgará a causa.” (REIS, José Alberto dos. *A oralidade no processo civil português*. In: PROCESSO oral: coletânea de estudos juristas nacionais. Rio de Janeiro: Forenses, 1940. p. 114).

⁷⁸ “Art. 267. Aberta a audiência, o perito fará um resumo do laudo, podendo o juiz, ex-officio ou a requerimento, pedir-lhe esclarecimentos.” (Código de Processo Civil de 1939: Decreto-lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939).

⁷⁹ “Art. 268. Finda a exposição do perito, serão tomados, sucessivamente, os depoimentos do autor, do réu e das testemunhas, segundo o disposto no Título VII, Capítulos IV e V deste Livro.” (Código de Processo Civil de 1939: Decreto-lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939).

⁸⁰ “[...] a discussão oral trava-se em volta dos pontos essenciais. E o juiz, tendo assistido a toda a instrução e discussão e tendo-a dirigido, absolutamente senhor da matéria do pleito, encontra-se habilitado a proferir imediatamente sentença, ou pelo menos, anunciar o sentido em que a causa será julgada.” (REIS, José Alberto dos. *A oralidade no processo civil português*. In: PROCESSO oral: coletânea de estudos juristas nacionais. Rio de Janeiro: Forenses, 1940. p. 114).

fazendo uma espécie de síntese entre as principais alegações constantes nos autos. Em seguida, era conferida a palavra aos advogados, que oralmente justificavam ao julgador qual o meio de prova que havia sido objeto de comprovação das suas alegações, bem como refutavam as alegações e provas em relação à parte adversa.⁸¹

Através dos debates, não se afastava a competência exclusiva das partes para fornecer o material probatório ao processo, tampouco se retirava delas o poder de estabelecer o objeto do processo. Ao delimitar os pontos sobre os quais deveria se restringir o debate, o juiz estava garantindo às partes que a sentença seria fundamentada apenas nos elementos e provas constantes nos autos, e que a “sentença” não causaria nenhuma “surpresa” ao litigante, que menos desavisado, não teria se apercebido de possível controvérsia surgida no curso da audiência.⁸² Além disso, através da delimitação da matéria dos debates, o magistrado estava permitindo as partes o conhecimento da matéria relevante considerada pela sentença, para o julgamento da causa.

Para Odilon de Andrade, a realização dos debates não estava dentre os poderes discricionários do magistrado. Isso porque, ao delimitar os pontos a que deveria se limitar o debate oral, o juiz estaria, na verdade, “limpando” o processo e excluindo dos debates todas as alegações irrelevantes para a solução da

⁸¹ “No atual sistema, entretanto, a fixação da demanda, ou a contestação de quais os fatos e qual o direito controvertido, se faz antes da instrução e do julgamento e, com outra circunstância que se deve acentuar, quando já proferido outro despacho, de alta significação como o saneador (art. 294) que é o que decide a legitimidade das partes, da sua representação, de qualquer nulidade, limpando o processo de falhas que, no final, poderiam prejudicar todo o longo trabalho executado. Era o que muitas vezes ocorria. Depois de grandes dispêndios, vinha o caso a ser anulado, mesmo na superior instância, por inobservância de alguma formalidade essencial. O Código evitou esse prejuízo às partes; ao juiz, desde logo cabe sanar qualquer falha processual, mesmo porque o art. 277 determina que a parte, sempre que tenha de falar no feito, arguir nulidades existentes, sob pena de responder pelas custas, acrescidas com a repetição dos atos ou suprimimento de sua falta [...] Outra inovação louvável é a exigência de ser a instrução dirigida pelo próprio juiz da causa, o que anteriormente não ocorria. Os juízes, ao receber os processos para julgamento, é que passavam a conhecer de perto a controvérsia. Não tinham a impressão das testemunhas, cujos depoimentos eram realizados no cartório e ditados pelos advogados das partes. Hoje é o juiz quem ouve as testemunhas, quem sente a verdade, quem dita as suas declarações, quem preside a toda a instrução, quem ouve os advogados na audiência do julgamento.” (PINTO, H. Sobral. Um código revolucionário. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 37, n. 85, p. 491-494, out. 1940. p. 491).

⁸¹ CAMPOS, Francisco. Exposição de motivos do Código de Processo Civil. In: PROCESSO oral: coletânea de estudos de juristas nacionais. Rio de Janeiro: Forense, 1940. p. 251-268.

⁸² BERNHARDT, Wolfgang. O domínio das partes no processo civil. In: PROCESSO oral: coletânea de estudos de juristas nacionais. Rio de Janeiro: Forense, 1940. p. 183.

controvérsia, fossem porque haviam sido comprovadas mediante confissão, fossem porque se tratavam de fatos notórios ou evidentes.⁸³

A necessidade de outorgar certos poderes para o juiz delimitar os pontos indispensáveis para o julgamento da lide era exigência da aplicação do princípio da oralidade.⁸⁴ O debate era necessário porque, antes de o magistrado proferir a sentença, deveriam as partes terem conhecimento da exata extensão da matéria fática controvertida dos autos.⁸⁵

⁸³ “Outro poder de inspeção confiado ao juiz é o contido no art. 269 do Código; o poder de ele fixar na audiência os pontos a que deverá limitar-se o debate oral. Não há aqui um poder discricionário do juiz. O que o Código quer é que o juiz exclua do debate oral os pontos sobre os quais já não há possibilidade de controvérsia, ou porque já foram admitidos como verdadeiros por confissão tácita ou expressa, ou porque se referem a fatos notórios, ou porque são impertinentes e nenhuma influência podem exercer no litígio.” (ANDRADE, Odilon de. Os poderes do juiz no processo civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 37, n. 85, p. 3-14, out. 1940. p. 8).

⁸⁴ “Um aspecto de relevante transcendência do novo aparelho processualista é a parte ativa que ele confere ao juiz no processo. Este era, pode-se dizer até ontem, um ausente na instrução e na orientação da controvérsia, que era chamado a dirimir. Agora sua personalidade se acha embutida na estrutura do processo, posta a descoberto em cada um dos seus detalhes, de modo que aquele brejo de nulidades, que outrora o apodrecia, é de hoje por diante evitado pela intervenção do juiz, a escoimar o feito das observâncias de formalidades que lhe custavam até ontem a anulação. Escaparam os feitos da irresponsabilidade, muitas vezes, do escrivão ou da chicana das partes, para a responsabilidade técnica e moral do juiz, colocado à testa da sua instrução e de sua direção. Estabelecendo o processo oral, o novo, Código de Processo Civil tem uma base escrita, sobre a qual se desenvolve a instrução oral. E que, com a petição inicial da causa, deve o autor instruí-la com os documentos em que se fundar (arts. 159 e 223), enquanto que o réu na contestação deve também oferecer os documentos em que se baseia (arts. 180 e 223). Daí, então, passa o feito a ser orientado e dirigido pelo juiz, providenciando este para a instrução e julgamento, fixando a controvérsia. É este um dos pontos principais da reforma operada pelo novo Código. E que pelo regime anterior as partes fixavam o seu ponto de vista na demanda, nesse sentido produziam todas as suas provas (testemunhal, documental e pericial), e, afinal, o juiz, quando conclusos os autos para julgamento, é que intervinha diretamente no feito, mas para julgá-lo pelas provas produzidas pelos interessados. No atual sistema, entretanto, a fixação da demanda, ou a contestação de quais os fatos e qual o direito controvertido, se faz antes da instrução e julgamento, e com outra circunstância que se deve acentuar quando já proferido outro despacho de alta significação, como o saneador.” (PINTO, H. Sobral. Um código revolucionário. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 37, n. 85, p. 491-494, out. 1940. p. 491).

⁸⁵ “Depois de mostrar que, em regra, o advogado articula demais porque, identificando-se demasiadamente com os interesses, as paixões e os caprichos de seu cliente, para ele deixa de haver fatos mínimos ou indiferentes, considerando todos essenciais e relevantes, conclui que, em conseqüência, o advogado inquire demais, isto é, faz incidir o interrogatório sobre fatos e circunstâncias que são indiferentes para a decisão da causa. Por outro lado, diz ele, cada advogado vai para inquirição firmemente disposto a fazer prevalecer o ponto de vista do seu constituinte. Há no processo duas versões dos fatos – a do autor e a do réu. Para cada um dos advogados, a versão indiscutivelmente verdadeira é a do seu cliente e é forçoso que ela triunfe. Convencido cada advogado da verdade de seu ponto de vista e de que lhe incumbe fazer vingar essa verdade, tem-se a idéia da atmosfera em que decorre a inquirição. [...] A inquirição pelo juiz é uma garantia para a verdade, por ser feita por pessoa estranha à questão, colocada fora e acima das paixões e interesses dos contentadores, e uma garantia para as testemunhas, que muitas vezes, depois de uma primeira prova, costumam tomar horror ao pretório.” (ANDRADE, Odilon de. Os poderes do juiz no processo civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 37, n. 85, p. 3-14, out. 1940. p. 9).

O esclarecimento da matéria controvertida pelo juiz encontrava respaldo porque se considerava que as partes tinham a tendência de agir “apaixonadamente” por suas teses o que acarretava certa parcialidade e prejuízo na atuação, na fase probatória, em relação à comprovação das questões efetivamente controvertidas no feito. Julgava-se que as partes não tinham as condições de avaliar a real necessidade de comprovação de todo o conjunto das alegações constantes nos autos.⁸⁶ Por esta razão, o julgador, antes de proferir a sentença, deveria aclarar o real sentido da controvérsia para que, diante disso, as partes verificassem se as provas produzidas haviam sido realizadas com vistas à comprovação da disputa constatada pelo julgador.

O poder de delimitar a matéria dos debates também encontrava fundamento nos poderes instrutórios do juiz, previstos no art. 112, do Código de 1939.⁸⁷ O debate oral significava verdadeira “antecipação” dos limites do conteúdo da sentença, porque permitia às partes, após finda a instrução, o conhecimento do material jurídico e fático que seria utilizado pelo julgador para fundamentar a decisão judicial. A delimitação dos pontos do debate oral visava propiciar, ainda, que as partes, conhecendo os limites da decisão de mérito, pudessem requerer alguma diligência ou ainda produzir prova sobre alguma questão que tivesse sido objeto de demonstração ou comprovação durante a instrução probatória. Pelos debates estariam aptas as partes também a aclarar ao juiz a respeito de alegação excluída do debate, ou por ele não mencionada, e que fosse relevante para a solução do litígio.⁸⁸

Contudo, grande parte da doutrina brasileira entendia que o debate oral era elemento essencial do processo, embora o magistrado não estivesse obrigado a sua

⁸⁶ BERNHARDT, Wolfgang. O domínio das partes no processo civil. In: PROCESSO oral: coletânea de estudos de juristas nacionais. Rio de Janeiro: Forense, 1940; PINTO, H. Sobral. Um código revolucionário. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 37, n. 85, p. 491-494, out. 1940. p. 491.

⁸⁷ “Art. 112. O juiz dirigirá o processo por forma que assegure à causa andamento rápido, sem prejuízo da defesa dos interessados.” (Código de Processo Civil de 1939: Decreto-lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939).

⁸⁸ “[...] há outra diferente entre os dois diplomas processuais: pelo Código pretérito, a manifestação do juiz, lançada após a instrução, objetivava orientar os rumos do então legalmente indispensável debate oral, apresentando os advogados as questões de fato e as *questiones juris*, que ele, magistrado considerava relevantes à solução da contenta.” (CARNEIRO, Athos Gusmão. *Audiência de instrução e julgamento*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 63).

realização.⁸⁹ Para Cândido Naves o debate visava eliminar possíveis surpresas da sentença, evitando que o julgador decidisse a lide sobre outra ótica que não aquela que parecia ser a mais plausível diante do contexto fático e probatório dos autos. Também avaliava Cândido Naves que a medida não implicava cerceamento de defesa, como invocado por uma pequena parte da doutrina, porque nada impedia que fosse aberta a instrução probatória após o juiz ter-se pronunciado sobre fato que não tivesse sido objeto de prova.⁹⁰

Portanto, embora útil para o processo, considerava-se que o julgador possuía a faculdade de instaurar ou não o debate e, por isso, a não realização dos mesmos não acarretaria qualquer nulidade ao processo. A falta de obrigatoriedade da realização do debate estava fundamentada no argumento de que a tarefa do magistrado, ao instaurar a discussão, era fixar a matéria controvertida surgida no curso do processo e diante disso, promover a confrontação de tais alegações com os elementos de prova. O debate era muito mais um instituto dirigido ao juiz do que às partes e servia como uma espécie de “lembrança” ao julgador de toda a matéria discutida nos autos, o que era feito em colaboração com os advogados que atuavam no feito.⁹¹

J. M. Carvalho Santos, em seus comentários ao Código de Processo Civil, talvez tenha sido quem melhor conseguiu descrever a finalidade dos debates orais. Segundo Santos, a instauração dos debates constituía a mais radical inovação

⁸⁹ NAVES, Cândido. Limites à intervenção do juiz na direção do processo civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 39, n. 89, p. 372-381, 1942.

⁹⁰ NAVES, Cândido. Limites à intervenção do juiz na direção do processo civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 39, n. 89, p. 372-381, 1942.

⁹¹ “Outra coisa é o chamado princípio de debates, que significa a competência exclusiva das partes, para proporcionar a matéria do processo. Por este princípio o juiz só pode tomar em consideração fatos apresentados pelas partes, sendo-lhe vedado oficialmente perscrutá-los. Servirão de base para a sentença fatos não contestados, ou fatos confessados, sem que o juiz possa examinar-lhes a veracidade. Desta forma: o juiz pode ser obrigado a fundar sua decisão em um estado de coisas inventado, apresentando-se passagens forjadas em lugar de fatos verídicos. O juiz corre perigo de não sentir os acontecimentos alegados como um conjunto oriundo da vida real, mas como um amontoado de fatos em desacordo, combatidos, não combatidos ou confessados, que a sua própria autoridade não lhe permite pôr em ordem, porque o direito de indagação que se lhe confere é apenas um recurso incompleto. Fácil é compreender que o processo, em consequência do afastamento da verdade, corre o risco de tornar-se impopular, porque a melhor sentença judicial não atinge a finalidade da proteção do direito quando se baseia em fatos inverídicos [...]”. (BERNHARDT, Wolfgang. O domínio das partes no processo civil. In: PROCESSO oral: coletânea de estudos de juristas nacionais. Rio de Janeiro: Forense, 1940. p. 183). No mesmo sentido:

introduzida no direito processual brasileiro. Os debates eram dirigidos para orientar o juiz a proferir a sentença de forma mais acertada, contudo, isso não significava que a atividade deveria ser exercida sem a colaboração dos advogados. O juiz, às vezes, poderia considerar que determinado ponto apresentado pelas partes não era relevante para o julgamento do feito, e nesse caso entrava a função do advogado, que, ressaltando a importância do ponto, propiciava ao juiz conhecer mais um elemento para constar na sua decisão. A justificativa de relevância de determinada alegação pelo advogado, como essencial para o julgamento do feito, seria registrada em ata de audiência, o que permitia que, mesmo que não considerado pelo juiz como relevante, a questão vincularia o Tribunal, quando da interposição do recurso de apelação. Para Carvalho dos Santos, a instauração do debate era imprescindível para o bom julgamento da causa, mas, para tanto, a atividade deveria ser exercida com colaboração dos advogados e com muita atenção pelo juiz. Quando o julgador apresentasse dúvidas sobre a melhor forma de avaliar o material probatório ele não estava obrigado a proferir decisão apressada, e por isso deveria lhe ser permitido analisar melhor o caso em gabinete, antes de proferir a sentença. Só assim seria possível a existência de uma decisão verdadeiramente fundamentada no princípio da oralidade como almejava o Código.⁹²

Para João Alberto dos Reis, ao fixar os pontos a que deveria se limitar o debate oral, o magistrado delimitava tanto a matéria de direito como a matéria fática⁹³ constante nos autos. Todavia, Noé Azevedo discordava de João Alberto dos Reis, pois se a terminologia adotada no art. 269, do Código de Processo abrangesse

ANDRADE, Odilon de. Os poderes do juiz no processo civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 37, n. 85, p. 3-14, out. 1940.

⁹² SANTOS, J. M. Carvalho. *Código de processo civil interpretado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1946. v. 4.

⁹³ Sobre a matéria objeto da delimitação do juiz nos debates, José Alberto dos Reis apontava uma grande diferença entre o ordenamento processual português e o brasileiro, porque, nesse último, ao juiz era conferido o poder de fixar tanto a matéria fática quanto a jurídica, enquanto que no sistema português, ao juiz era apenas conferida a função de delimitar a matéria fática: “[...] em segundo lugar, assinalemos esta outra diferença fundamental: não se separa o julgamento do fato do julgamento do direito. Um e outro são feitos conjuntamente na sentença final. Compete ao juiz fixar os pontos a que deverá se limitar o debate oral; mas esses pontos abrangem a matéria de fato e a de direito. Não há *questionário* a circunscrever a matéria de fato sobre que há de recair a instrução e discussão [...]” (REIS, João Alberto dos. *Código de processo civil brasileiro*. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 38, v. 87, n. 460, p. 288-295, out. 1941. p. 292).

ambas as atividades, isso poderia ser caracterizado como contrário ao princípio dispositivo previsto no Código e ainda equipararia o juiz a um “ditador”.⁹⁴

No âmbito dos tribunais, a divergência em relação à aplicação do art. 269, do Código, também era controvertida. Alguns tribunais passaram a entender que a não-instauração dos debates e a não-delimitação da controvérsia pelo magistrado implicava em nulidade do processo, porque, ao assim fazer, o juiz retirava o direito das partes de conhecer a matéria controvertida sobre a qual deveriam se manifestar como provada ou não. O fato de o juiz não fixar os pontos a que deveria se limitar o debate oral poderia ser considerado como cerceamento de defesa⁹⁵, porque, ao assim não fazer, o julgador subtraía do conhecimento das partes os limites da sua decisão.

Outra corrente jurisprudencial entendia que a não-instauração do debate não implicava a nulidade do processo, por considerar que, se inexistiu debate, era porque o juiz havia entendido ampliar o objeto da controvérsia para todas as alegações formuladas e comprovadas pelas partes como relevantes para o julgamento do feito, e não para apenas algumas delas.⁹⁶

⁹⁴ AZEVEDO, Noé. Parecer do Instituto dos Advogados de São Paulo. In: PROCESSO oral: coletânea de estudos de juristas nacionais. Rio de Janeiro: Forense, 1940. p. 191-202.

⁹⁵ “DEBATES ORAIS. Supressão no julgamento da causa – Nulidade do Processo – Aplicação dos arts. 269 e 271 do Código de Processo Civil. É nulo o processo a partir da audiência de instrução e julgamento, se nesta foram suprimidos os debates orais. [...] Comentando o primeiro dos dispositivos citados, acentua Carvalho Santos que o debate oral constituiu, incontestavelmente a invocação mais radical introduzida em nosso direito pelo Código de Processo, pois consagra definitivamente o processo oral como predominante no sistema brasileiro. Omitindo-o, no processo ajuizado pelos apelantes contra o apelado, o juiz impediu a discussão das questões que informaram o litígio e sobre as quais deviam manifestar-se oralmente, antes da sentença (art. 271), as partes.” (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 1.884. Julgada em: 13 jul. 1943. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 36, n. 169, p. 352, set. 1947).

⁹⁶ “AUDIÊNCIA – FIXAÇÃO DO OBJETO DA DEMANDA – DEBATE ORAL. Não tendo sido fixados pontos para o debate oral, na audiência, presume-se que o juiz entendeu ampliá-lo abrangendo toda a matéria alegada, não havendo assim, nulidade a ser decretada”. (RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 891. Julgada em: 13 jan. 1942. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 39, n. 192, p. 435, nov. 1942). No mesmo sentido: “DEBATE ORAL. FIXAÇÃO DOS SEUS PONTOS- RETOMADA. Não constituiu nulidade o fato de não fixar o juiz os pontos do debate oral. O locador que pede o prédio locado para uso próprio não tem que fazer prova da sinceridade e é inócua a prova que a respeito faça a parte contrária, porque a falta de necessidade ou a insinceridade só pode se apurar posteriormente, pelo comportamento do locador em relação ao uso da coisa.” (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 3.170. Julgada em: 22 nov. 1945. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 43, n. 106, p. 101, abr. 1946).

Na verdade, não se obteve um ponto de equilíbrio, tanto na doutrina como na jurisprudência, sobre a obrigatoriedade e a verdadeira função da fixação dos limites do debate oral pelo juiz, conforme previsão do art. 269, do Código. A falta de consenso poderia encontrar justificativa na inexistência de definição do alcance da expressão “delimitar os pontos do debate oral”, isto é, se dizia respeito apenas às questões processuais ou as de direito material.

Devido às divergências na interpretação das regras do Código de 1939 o Instituto dos Advogados Brasileiros passou a promover uma série de sessões públicas para discutir os rumos da nova ordem processual.

Em uma das sessões promovidas pelo Instituto dos Advogados Brasileiros, da qual resultou o parecer proferido por Noé Azevedo e Sampaio, criticou-se de forma incisiva a amplitude de poderes conferidos ao juiz pelo novo Código e, principalmente, em relação à delimitação das provas e dos pontos a que deveria cingir-se o debate oral.⁹⁷ Em conformidade com aquele Instituto o poder concedido ao juiz pelo Código de 1939 afrontava o princípio dispositivo, porque transformou o magistrado em verdadeiro investigador dos fatos, atividade essa incompatível com a natureza do Processo Civil.⁹⁸ Segundo os membros do Instituto, o Código deveria preservar o poder de disposição das partes, em relação ao impulso do processo (princípio dispositivo), porque essa era a essência de todo o direito processual civil, que, ao contrário do direito penal, não poderia proteger a violação do direito material, sem que houvesse provocação da parte. Para os integrantes do Instituto dos Advogados, a amplitude de poderes entregues ao juiz merecia sofrer restrições.

⁹⁷ “Logo que foi publicado esse projeto, no ‘Diário Oficial’ do dia 04 de fevereiro liberou o Instituto dos Advogados promover sessões públicas semanais para a discussão dos assuntos de maior relevância da reforma processual projetada. Para encaminhar a discussão, a diretoria convidou professores de Direito Judiciário Civil da Faculdade a realizarem palestras versando sobre a orientação geral do projeto e suas principais inovações.” (AZEVEDO, Noé. Parecer do Instituto dos Advogados de São Paulo. In: PROCESSO oral: coletânea de estudos de juristas nacionais. Rio de Janeiro: Forense, 1940. p. 191).

⁹⁸ Vide: AZEVEDO, Noé. Parecer do Instituto dos Advogados de São Paulo. In: PROCESSO oral: coletânea de estudos de juristas nacionais. Rio de Janeiro: Forense, 1940.

Outro aspecto anotado nos pareceres dizia respeito ao momento, previsto no Código, para o juiz delimitar os pontos a que deveria se restringir o debate oral. Foi em uma das comissões, organizada pelo Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros, do qual faziam parte Otto Gil, Borges Sampaio, Jorge França e Luiz de M. S. Machado Guimarães, realizada no dia 18 de setembro de 1941, que se deu início à instauração de um movimento dirigido a alterar a ordem das atividades preliminares realizadas pelo juiz, em momento anterior a fase probatória, e antes de realizada a audiência de instrução. Segundo a sugestão apresentada no Parecer, os debates orais deveriam ser antecipados para a fase anterior ao início da audiência, e devidamente delimitados, juntamente com o “despacho saneador” previsto no art. 297, do Código.⁹⁹

De acordo com os advogados integrantes do Instituto, o pronunciamento do juiz a respeito dos limites da controvérsia, antes de iniciada a fase instrutória, evitaria a existência de decisões surpresas, já que as partes, de antemão, teriam conhecimento dos reais limites da controvérsia considerada pelo juiz e, assim, estariam mais aptas a terem sucesso na fase probatória.¹⁰⁰

⁹⁹ “Art. 296. Não sendo necessária nenhuma das providências indicadas no art. 294, o juiz no próprio despacho saneador: I – designará audiência de instrução e julgamento para um dos quinze (15) dias seguintes; II – ordenará, quando necessário, o comparecimento à audiência das partes, testemunhas e perito.” (Código de Processo Civil de 1939: Decreto-lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939).

¹⁰⁰ Cândido Naves, comentando as alterações ao Código de Processo Civil advertia que “Já anteriormente se me ofereceu ensejo de pôr à mostra duas falhas do Código nesta matéria de determinação de pontos nucleares da demanda. Uma falha referente à oportunidade, outra relativa ao âmbito ou alcance da fixação. Tenho como certo que a intervenção do juiz, para fixação dos pontos vitais da demanda, deveria seguir-se imediatamente à litescontestação. É que após a fase da postulação já estará o juiz habilitado a um julgamento preliminar, no qual, sem que possa antecipar a decisão da causa, poderá, todavia, decidir em tese. Resumidos e expostos os pedidos contraditórios, fácil seria ao juiz manifestar-se: terá ganho de causa o autor, se, oportunamente, conseguir provar tais requisitos da ação; julgarei procedente a contestação, se o réu, na fase de instrução, puder provar tais e tais fatos, sobre os quais se fundamenta o seu direito. Quantas demandas não morreriam no nascedouro, se assim se pudesse agir? Quantas e quantas vezes as partes alimentam suas esperanças, e encontram ânimo para as lutas do pretório, na errônea suposição que de um determinado requisito não será pelo juiz exigido, ou de que os fatos em que a parte contrária alicerça sua defesa não serão por ele acolhidos? Quantas vezes não bastaria a exposição clara do juiz, acerca da relação processual considerada em tese, para convencer a parte da inutilidade do recurso judicial? Quantas vezes essa manifestação teórica do juiz não seria bastante para convencer o autor do ato injurídico de que é preferível ceder de pronto? Para tanto seria mister que se ampliasse o poder determinador do juiz, facultando-se-lhe fixar não apenas os pontos do debate oral, mas os pontos nucleares a demanda.” (NAVES, Cândido. Limites à intervenção do juiz na direção do processo civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 39, n. 89, p. 373-381, jan. 1942. p. 374).

Cândido Naves, em artigo publicado na revista *Forense* no ano de 1942, apontava o equívoco cometido pelo Código, em não permitir ao juiz fixar os pontos a que deveria se limitar o debate oral no despacho saneador, oportunidade na qual já designava inclusive dia e data para a realização da audiência de instrução. Para Cândido Naves, a alteração se fazia necessária, porque, depois de recebida a petição inicial e a contestação, o juiz era obrigado a analisar o processo e a proferir o saneador; portanto, tendo o magistrado conhecimento da totalidade do objeto do processo e da matéria objeto da controvérsia, e por ocasião do saneador, já estaria apto a decidir, em tese, sobre os limites da matéria fática controvertida dos autos.¹⁰¹

Em relação à sugestão apresentada pelo Instituto dos Advogados Brasileiros, no tocante à necessidade de alterar-se a ordem da realização dos debates orais, para momento anterior à instrução da causa, o autor do projeto do Código de 1939, Pedro Batista Martins, apresentou resposta. Em conformidade com Pedro Batista Martins a alteração não condizia com a boa aplicação da regra, porque se a finalidade do dispositivo era evitar o surgimento de surpresas na sentença, relativamente à matéria de fato ou tese que não havia sido objeto de discussão, a fixação dos pontos do debate oral apenas deveria ocorrer quando finalizada a audiência de instrução. Ainda segundo o autor do projeto, apenas depois de encerrado o ato e produzida toda a prova é que os limites da controvérsia já estariam perfeitamente delineados. Portanto, a antecipação dos debates orais, bem como a delimitação da matéria fática controvertida para a fase anterior à instrutória seria uma atividade inútil, porquanto a análise do direito material alegado pelas partes só teria condições de ser avaliada pelo juiz após confrontadas as alegações com as provas produzidas nos autos. Ainda, segundo Pedro Batista Martins era da confrontação que nascia a relação de direito material controvertida e não no momento inicial da demanda, quando apenas era possível ao juiz analisar a relação de direito processual e o objeto do processo.¹⁰²

¹⁰¹ NAVES, Cândido. Limites à intervenção do juiz na direção do processo civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 39, n. 89, p. 373-381, jan. 1942.

¹⁰² MARTINS, Pedro Batista. *Comentários ao código de processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. 3, t. 2.

Não obstante o não-acolhimento das sugestões apresentadas pelo Instituto dos Advogados, elas acabaram, no plano legislativo, por inspirar a alteração da redação da regra sobre os debates orais estabelecida no art. 269, do Código de Processo Civil.

A alteração foi provocada pelo art. 20 do Decreto-lei n. 4.428, de 02 de julho de 1942, o qual eliminou, de certa forma, a imprecisão terminológica gerada pelo termo “pontos a que deverá se limitar o debate oral”. A nova redação do art. 269 substituiu a expressão “**os pontos a que deverá limitar-se o debate oral**” por “**pontos em que se manifestou a divergência**”:

Art. 20. O art. 269 ficará assim redigido.
Terminada a instrução, o juiz fixará o objeto da demanda, e os **pontos em que se manifestou a divergência**. Em seguida será dada a palavra ao procurador do autor e ao do réu e ao órgão do Ministério Público, sucessivamente, pelo prazo de vinte minutos para cada um prorrogável por dez, a critério do juiz.
(omissis) (grifo nosso).

A nova redação do artigo, portanto, restringiu o campo de atuação do juiz no plano da delimitação da matéria objeto do debate. Se pela norma anterior do art.269 o magistrado deveria fixar o objeto do processo, agora ele estava autorizado a fixar apenas o objeto da divergência.

Segundo Pontes de Miranda, da delimitação do objeto da demanda e dos pontos sobre os quais havia se manifestado a divergência dependia o bom êxito do julgamento, porque em assim procedendo, o juiz estabelecia quais eram as *questiones facti e as questiones iuris* do processo, isto é, classificava o que era a questão de fato e as questões de direito, pondo os “*devidos pontos nos ii*”, para a discussão dos advogados e para a orientação dos juízos quanto aos problemas de direito, de aplicação *in casu* dos fatos afirmados na demanda. E, ao assim fazer estariam cumprindo, os juízes de primeira instância, o dever de fixar o objeto da demanda.¹⁰³ Ao julgador não havia o óbice de delimitar as questões de direito e as de fato, assim que tivesse conhecimento da controvérsia, mediante a leitura do

¹⁰³ Vide: MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes. *Comentários ao código de processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1947. v. 2.

material escrito constante nos autos. Antes de iniciada a audiência, o juiz deveria sanear o processo, o que permitia que desde já tivesse o conhecimento, ainda que provisório, sobre a amplitude das questões fáticas e jurídicas controvertidas. Todavia, o juiz não disporia, antes de iniciada a instrução, do conhecimento total do objeto da matéria fática controvertida, porque isso ocorreria apenas depois de ter tido o contato direto com a prova. Essa era a razão que justificava que os debates ocorressem somente depois de encerrada a fase probatória. Além disso, para Pontes de Miranda, a fixação do objeto do processo pelo juiz não afrontava o princípio dispositivo, mas apenas atenuava-o, permitindo que o julgador o restringisse, em menor amplitude, tudo aquilo que já havia sido fixado pelas partes desde o início da demanda.¹⁰⁴ Pontes de Miranda julgava, portanto, que a alteração no art. 269, do Código de Processo Civil não afastava, por completo, a sugestão apresentada pelo Instituto dos Advogados do Brasil, tampouco significava a adoção do princípio inquisitorial no Processo Civil Brasileiro o simples fato de o magistrado delimitar o objeto do processo, como criticavam alguns processualistas.

Ocorre que a nova redação do artigo ao conferir ao juiz o poder de “fixar os pontos em que se manifestou a divergência” não distingui se a divergência seria em relação às questões de direito processual, de direito material ou de prova.

Galeno Lacerda, para quem a inexistência de definição de relação de direito processual e material chamou atenção, concordava com a nova redação do art. 269 do Código, a qual estabelecia que apenas ao final da fase instrutória estaria o juiz apto a delimitar os pontos sobre os quais se manifestou a divergência em relação ao direito material. Contudo, para Galeno Lacerda o equívoco cometido pelo Código estava em não separar os momentos através dos quais o julgador decidia a relação de direito material e a de direito processual, uma vez que, os contornos da relação de processual já estariam plenamente definidos antes de realizada a audiência de instrução, sendo completamente desnecessária a realização da mesma para decidir a relação de direito processual.¹⁰⁵ Assim, para o jurista, as questões processuais

¹⁰⁴ Vide: MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1947. v. 2.

¹⁰⁵ LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. 2. ed. Porto Alegre: Fabris 1985.

não precisariam ser decididas no momento previsto no art. 269 do Código, mas em despacho saneador, previsto no art. 297 do mesmo diploma, de 1939.

Constata-se que, efetivamente, pela redação do art. 269, do Código de Processo Civil de 1939 e pela própria sistemática do Diploma de 1939, o juiz era obrigado a analisar tanto os pressupostos processuais, as condições da ação, bem como o próprio objeto do processo juntamente com a relação de direito material em audiência e depois de finda à instrução processual e produzida à prova. Portanto, ao magistrado não era conferido o poder discricionário de proferir sentença sem antes ordenar a realização da audiência de instrução e julgamento, mesmo quando constatado ausentes os pressupostos processuais e as condições da ação.

Além disso, ao nos atermos à questão da fixação da controvérsia pelo juiz e seus poderes em relação à direção do processo, não se pode deixar de lembrar da discussão entre as duas principais teorias do direito abstrato e concreto de ação, as quais, por muitos anos, foram objetos de estudos pelos processualistas e civilistas no mundo inteiro. Por muito tempo, foi considerado que o direito de ação, que hoje é compreendido como poder jurídico de invocar a prestação jurisdicional, só poderia ser exercido quando a parte efetivamente detivesse o direito material.¹⁰⁶ No entanto, o Código de 1939 não consagrou, na sua plenitude, a teoria do direito abstrato de ação. Isto porque estava o magistrado obrigado a decidir sobre os pressupostos da relação processual e da relação de direito material no final da audiência de instrução e de forma conjunta.¹⁰⁷ Essa análise conjunta não permitia que fosse traçada a distinção entre os conceitos de objeto da relação processual e o objeto do direito material constantes nos autos. Além disso, a falta de separação entre essas duas relações não possibilitava ao magistrado proferir decisão a respeito da relação jurídica de direito processual sem antes analisar a de direito material. Tanto uma

¹⁰⁶ A respeito da teoria da ação vide: BUZAID, Alfredo. A influência de Liebman no direito brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 7, n. 27, p. 12-26, jul./set. 1982; LACERDA, Galeno. *Teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

¹⁰⁷ “Restringiu o anteprojeto a área de atuação do saneador e lhe deu configuração até certo ponto indiferente entre as duas atritantes teorias: a concreta e a abstrata da ação. Esclareceu o anteprojeto que a legitimidade processual eliminou o exame da concorrência do interesse, o que vale dizer remeteu tal exame para a sentença final.” (ROSA, Eliêzer. Sobre o anteprojeto de reforma do Código Civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 47, n. 130, p. 26-35, jul. 1950. p. 30).

como outra relação eram analisadas e decididas em conjunto pelo julgador apenas depois de encerrada a instrução.

Dessa forma, o art. 269, do Código de Processo Civil era a expressão viva da confusão reinante no direito processual brasileiro entre os conceitos de relação de direito processual e relação de direito material, pois o dispositivo ordenava ao juiz decidir de forma conjunta, como se uma e única relação fossem.

A distinção entre as atividades do magistrado de delimitar quais eram os pressupostos da relação de direito processual e da relação de direito material no direito brasileiro foi destacada no trabalho de Galeno Lacerda no estudo publicado em 1954 sob o título “Despacho saneador”.¹⁰⁸ Nesse trabalho, demonstrou-se que a celeridade processual dependia da atribuição de poderes ao juiz para decidir sobre os pressupostos da relação processual e as condições da ação, antes de realizada a audiência de instrução, momento no qual já poderia inclusive proferir a decisão acerca dos mesmos. Galeno Lacerda apontava que, embora regulado o despacho saneador no art. 293¹⁰⁹, o dispositivo não permitia ao juiz decidir os contornos da relação processual sem antes analisar o direito material. Possibilitou-se, a partir de então, compreender que a fixação do objeto da demanda é tarefa realizada exclusivamente no âmbito do direito processual e através da aplicação das regras de direito processual, enquanto a fixação do objeto da controvérsia em relação ao direito material controvertido é exercida em conjunto pelas partes e pelo juiz.

¹⁰⁸ Idem nota 107.

¹⁰⁹ “Art. 293. Decorrido o prazo para contestação, ou reconvenção, se houver, serão os autos conclusos, para que o juiz profira o despacho saneador, dentro de dez dias. Art. 294. No despacho saneador o juiz: I – decidirá sobre a legitimidade das partes e da sua representação, ordenado quando for o caso, a citação dos litisconsortes necessários e do órgão do Ministério Público; II – mandará ouvir o autor, dentro de três (3) dias, permitindo-lhe que junte a prova contrária, quando na contestação, reconhecido o fato em que se fundou, outro se lhe opuser, extintivo do pedido; III – pronunciará as nulidades insanáveis, ou mandará suprir as sanáveis bem como as irregularidades; IV – determinará os exames, vistorias, quaisquer outras diligências, na forma do art. 295. Parágrafo único. As providências referidas nos números I e II serão determinadas nos três (3) primeiros dias do prazo a que se refere o artigo anterior”. “Art. 295. Para o suprimento de nulidades ou irregularidades e a realização de diligências, o juiz marcará prazos não superiores a quinze (15) ou trinta (30) dias, conforme a realização do ato seja dentro ou fora da jurisdição. Findos os prazos, serão os autos conclusos para que o juiz dentro de quarenta e oito (48) horas, proceda, na forma dos ns. I e II do artigo seguinte”. “Art. 296. Não sendo necessária nenhuma das providências indicadas no art. 294, o juiz no próprio despacho saneador: I – designará audiência de instrução e julgamento para um dos quinze (15) dias seguintes; II – ordenará, quando necessário, o comparecimento à audiência das partes, testemunhas e perito.” “Art. 297. No dia designado para a

Contudo, a delimitação da relação jurídica de direito processual (pressupostos processuais e condições da ação), para Galeno Lacerda, deveria ser exercida pelo juiz no despacho saneador, previsto nos arts. 292 e seguintes do Código de 1939; oportunidade em que poderia, inclusive, proferir sentença, sem necessidade de realização de audiência de instrução. Porém, a função saneadora da prova deveria ser mantida tal qual prevista no art. 269, do Código, ou seja, analisada depois de encerrada a fase probatória, porque dizia respeito à relação jurídica de direito material, cuja existência só poderia ser apurada pelo juiz depois de ampla investigação sobre os fatos da demanda.

As discussões geradas em torno do art. 269 acabaram por voltar-se apenas para o aspecto da necessidade de delimitação e análise da relação jurídica processual pelo juiz antes de iniciada a audiência. Essas discussões estavam fundamentadas na aplicação da “autonomia científica” tão pretendida pela doutrina do direito processual. Criticava-se, então, a inexistência de previsão, no Código, de mecanismos capazes de conferir celeridade na análise do exame dos pressupostos da relação de direito material.

Contudo, outra parte da norma, contida no art. 269, do Código, que era um comando dirigido ao julgador com vistas a conferir maiores contornos à relação jurídica de direito material, acabou por tornar-se letra morta da lei. As razões do “esquecimento”, ao que tudo indica, acabaram por permanecer sem maiores análises pela doutrina como pela jurisprudência. Isso pode ter ocorrido porque se reivindicou tanto pela autonomia científica do direito processual que se olvidou de o próprio processo ter a sua finalidade direcionada à definição e proteção do direito material. Além disto, outro elemento que pode ter contribuído para o “esquecimento” da regra contida no art. 269, do Código de Processo era o de que ela era desprovida de sanção. Em conformidade com o pensamento de Pontes de Miranda, a falta de sanção pelo não cumprimento do disposto no art. 269, embora não implicasse ônus ou obrigações tanto para o juiz como para as partes, resultava em algo pior, que era

audiência de instrução e julgamento, proceder-se-á de acordo com o disposto no título IX do Livro II.” (Código de Processo Civil de 1939: Decreto-lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939).

o prejuízo que a não instauração do debate acarretava para o bom resultado do processo.¹¹⁰

2.3 ESCRITURALIDADE E O ART. 451, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973 (LEI N. 5.869, DE 11 DE JANEIRO DE 1973)

Ao longo dos mais de 30 anos de vigência do Código de Processo brasileiro, a prática e os estudos processuais sobre a teoria abstrata do direito de ação demonstravam ser o direito processual autônomo frente ao direito material.¹¹¹ A relação jurídica de direito processual poderia ser analisada com base nos escritos iniciais trazidos pelas partes, sendo completamente desnecessária a realização de audiência para tal fim. Entretanto, pelo Código de 1939 o juiz ainda estava vinculado a decidir ambas as relações de forma conjunta, após encerrada a audiência.

Em conformidade com o Código de 1939, a realização da audiência de instrução era ato processual obrigatório, porque era nela que se realizava a prova e os debates necessários a formação da convicção do julgador, tanto no que dissesse respeito às regras de direito processual como as de direito material. Embora o art. 294¹¹², do Código de Processo de 1939 conferisse ao magistrado poderes de

¹¹⁰ MARTINS, Pedro Batista. *Comentários ao código de processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. 3, t. 2.

¹¹¹ “Foi esse *sincretismo* jurídico, caracterizado pela confusão entre os planos substancial e processual do ordenamento estatal, que no século XIX, principiou a ruir. Primeiro, questionou-se o tradicional conceito civilista de ação e afirmou-se a sua grande diferença, seja no plano conceitual ou funcional, em face da *actio* romana: ela não é (como esta) instituto de direito material, mas processual; não se dirige a adversário, mas ao juiz; não tem por objeto o bem litigioso, mas a prestação jurisdicional. A celeuma provocada por essas afirmações revolucionárias (hoje, tão naturais aos olhos do jurista moderno), acabou gerando reações em cadeia, que chegaram até à plena consciência da *autonomia* não só da ação, mas dela e dos demais institutos processuais. A primeira dessas repercussões foi a tomada de consciência para a autonomia da relação processual, que se distingue da de direito substancial pelos seus sujeitos, seus pressupostos e objeto. Com a descoberta da autonomia da ação e do processo, institutos que tradicionalmente ocupavam com exclusividade a primeira linha das investigações dos processualistas, pôde ser proposta desde logo a renovação dos estudos de direito processual, surgindo ele como ciência em si mesma, dotada de objeto próprio e então esboçada a definição de seu próprio método.” (DINAMARCO. Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 18-19).

¹¹² “Art. 294. No despacho saneador, o juiz: I – decidirá sobre a legitimidade das partes e da sua representação, ordenando, quando for o caso, a citação dos litisconsortes necessários e do órgão do Ministério Público; II – mandará ouvir o autor, dentro em três (3) dias, permitindo-lhe que junte prova contrária, quando na contestação, reconhecido o fato em que se fundou, outro se lhe opuser,

analisar a existência dos pressupostos processuais e das condições da ação no despacho saneador, a lei processual não lhe permitia julgar a demanda, de forma preliminar e naquela oportunidade. O Código exigia a realização da audiência de instrução para tal fim. O magistrado, ao proferir o despacho saneador, delimitava a relação de direito processual¹¹³, e era obrigado a designar dia para a realização de audiência de instrução, ocasião esta em que a demanda seria devidamente julgada, tanto no que dissesse respeito à existência dos pressupostos processuais e condições da ação como ao próprio mérito da demanda.¹¹⁴ A única hipótese de julgamento antecipado seria quando o juiz considerasse a parte ilegítima¹¹⁵; em todos os demais casos, a audiência de instrução era ato obrigatório do procedimento decisório.

A obrigatoriedade da análise em conjunto e de forma concentrada, pelo magistrado, da relação jurídica de direito material e da de direito processual, em audiência, era uma exigência do princípio da oralidade e dos próprios fundamentos ideológicos que deram origem àquele diploma. Não se pode esquecer que a principal matriz teórica do Código de 1939 residia na doutrina de Giuseppe Chiovenda, para quem a ação processual apenas existia quando presente o direito

extintivo do pedido; III – pronunciará as nulidades insanáveis, ou mandará suprir as sanáveis, bem como as irregularidades; IV – determinará exames, vistorias e quaisquer outras diligências, na forma do art. 295.” (Código de Processo Civil de 1939: Decreto-lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939).

¹¹³ “Art. 296. Não sendo necessária nenhuma das providências indicadas no art. 294, o juiz, no próprio despacho saneador: I – designará audiência de instrução e julgamento, para um dos (15) dias seguintes; II – ordenará, quando necessário, o comparecimento à audiência, das partes, testemunhas e peritos.” “Art. 297. No dia designado para a audiência de instrução e julgamento, proceder-se-á de acordo com o disposto no Título IX do Livro II.” (Código de Processo Civil de 1939: Decreto-lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939).

¹¹⁴ “O Código de Processo Civil de 1939, embora desse ao ato mais amplos contornos, tampouco chegou a consagrar em termos expressos a possibilidade do julgamento do pedido por ocasião do despacho saneador, ainda que parte da doutrina, a despeito do silêncio do texto, a sustentasse, com argumentos sobretudo de ordem prática.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Saneamento do processo e audiência preliminar. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 10, n. 40, p. 109-135, out./dez. 1985. p. 114).

¹¹⁵ “Art. 293. Decorrido o prazo para contestação, ou reconvenção, se houver, serão os autos conclusos, para que o juiz profira o despacho saneador dentro de dez (10) dias”. “Art. 294. No despacho saneador, o juiz: I – decidirá sobre a legitimidade das partes e da sua representação, ordenando, quando for o caso, a citação dos litisconsortes necessário e do órgão do Ministério Público; II – mandará ouvir o autor, dentro de três (3) dias, permitindo-lhe que junte a prova contrária, quando na contestação, reconhecido o fato em que se fundou, outro se lhe opuser, extintivo do pedido; III – pronunciará as nulidades insanáveis bem como as irregularidades; IV – determinará exames, vistorias e quaisquer outras diligências, na forma do art. 295. Parágrafo único. As providências referidas nos números I e II serão determinadas nos três (3) primeiros dias do prazo a que se refere o artigo anterior.” (Código de Processo Civil de 1939: Decreto-lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939).

material, pois, se não houvesse direito material a ser tutelado, tampouco existiria ação. Para o processualista italiano, não havia separação entre o objeto da relação jurídica de direito processual (condições da ação e pressupostos processuais) e o da relação de direito material. Ambas as relações formavam um único e mesmo objeto, merecendo ser analisadas pelo juiz, de forma conjunta e concentrada, em audiência de instrução.¹¹⁶

Após, ampla discussão acerca dos limites e finalidade do despacho saneador, cujas origens remontam ao Código de 1939, verificou-se a necessidade de outorgar poderes para o juiz decidir o objeto do processo sem a exigência de instauração de audiência para tanto. Com efeito, dentre as maiores inovações constantes no Código de 1973 estava a flexibilização do princípio da oralidade¹¹⁷, em relação à obrigatoriedade do magistrado concentrar a realização de todos os atos necessários para formar a sua convicção na audiência de instrução. A nova Lei Processual instaurou o procedimento escrito, de modo a possibilitar ao juiz decidir a respeito dos pressupostos processuais e das condições da ação, bem como, em alguns casos, do mérito da própria relação jurídica de direito material, sem que fosse necessária a realização da audiência. Tudo isso era executado durante a fase do saneamento ou do julgamento antecipado da lide.

De acordo com a exposição de motivos do Código de 1973, considerava-se que, em alguns casos o juiz estava autorizado a julgar o feito sem necessidade de

¹¹⁶ “Chiovenda, por exemplo, concebe o direito de ação como um direito concreto, isto é, pertencente unicamente ao autor que tem razão; para ele a ação, como direito, só existe quando procedente; improcedência da ação e inexistência da ação são expressões equivalentes. São, por isso, as condições da ação as condições que se requerem para obter uma sentença favorável ao autor e é natural que ele classifique entre estas condições também a existência do direito (que vem absorver a possibilidade jurídica acima mencionada), e considera incluídas no mérito todas as questões que dizem respeito à existência delas, inclusive legitimação e interesse.” (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo: Bushatsky, 1976. p. 127).

¹¹⁷ A respeito do procedimento adotado pelo novo Código aponta Carlos Silveira Noronha que: “[...] a nova codificação, editada em 1973, e em vigor a partir de 1º de janeiro de 1974, embora tenha abandonado a oralidade ‘em toda a sua pureza’, conforme as palavras do seu provento autor, pretendeu conservá-la mitigadamente, construindo um sistema intermediário a que alguém chamou de **semi –oralidade**. Deste modo, o Projeto para não ‘sacrificar as condições próprias da realidade nacional’, e nesse sentido deitou olhares largos para o universo brasileiro, no que merece aplausos, optou por não dar o relevo necessário a dois elementos caracterizadores do sistema oral: a identidade física da pessoa do juiz e a irrecorribilidade em separado das decisões interlocutórias.” (NORONHA, Carlos Silveira. *O modelo processual civil brasileiro*. São Paulo:[USP], 1993. p. 46).

realizar audiência, porque os articulados já esgotavam toda a matéria de prova necessária para o julgamento da lide.¹¹⁸

Segundo Athos Gusmão Carneiro, a obrigatoriedade do magistrado decidir, apenas em audiência, tanto o mérito da demanda como o da relação jurídica processual, representou um dos principais motivos pelo qual o procedimento oral adotado pelo Código de 1939 falhou em relação ao requisito celeridade. A falha resultou do fato de que, em alguns casos, a audiência representava simples formalidade sem qualquer relevância para a solução da causa. Muitas vezes, os processos ficavam “parados” nas prateleiras do foro, aguardando o “grande dia” da audiência, ocasião em que, ao fim, não se produzia prova alguma. Não obstante isso, os advogados, ao darem início aos debates orais, previstos no art. 269, do Código de 1939, reportavam-se a tudo aquilo que já constava no material escrito dos autos.¹¹⁹ Por essas razões, considerava-se a audiência de instrução um obstáculo para o juiz decidir a relação jurídica de direito processual de forma célere e eficaz.

O Código de 1973, com a finalidade de atribuir ao direito processual civil maior celeridade, sistematizou e encurtou o procedimento do processo de conhecimento, destinado a formar a convicção do julgador, e possibilitou ao juiz julgar o processo sem realizar audiência. Outrossim, inseriu-se nova fase no processo de conhecimento, chamada de “saneamento”, a qual conferia ao magistrado poderes para decidir, em determinados casos, o mérito da ação, sem necessidade de realização de audiência de instrução. O último instituto foi denominado de “julgamento antecipado da lide”.

José Carlos Barbosa Moreira, em conferência proferida em Goiânia, em 1973, apontou como inovação de maior relevo do projeto do Código de 1973 a criação de uma quarta fase para o Processo Civil: a “saneadora”.¹²⁰ Até 1973, o direito processual civil conhecia três fases do procedimento no processo de conhecimento: a postulatória, a instrutória, e a decisória. A quarta fase foi inserida no procedimento,

¹¹⁸ Vide Exposição de Motivos do Código de 1973.

¹¹⁹ Vide: CARNEIRO, Athos Gusmão. *Audiência de instrução e julgamento*. In: DIGESTO de processo. Rio de Janeiro: Forense, 1980. v. 1, p. 560.

¹²⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O procedimento ordinário no novo código de processo civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 70, n. 246, p. 20-29, jun. 1974.

segundo José Carlos Barbosa Moreira por mérito dos trabalhos de Galeno Lacerda e Celso Agrícola Barbi, e constituía uma abreviação do processo, que tinha seu início logo após a fase postulatória. O saneamento ainda permitia ao juiz eliminar uma das fases do processo decisório, que era a instrutória, de modo a julgar imediatamente o feito, quando desnecessária à solução da demanda a audiência de instrução.¹²¹

O procedimento escrito¹²² passou a ser denominado de “fase saneadora” e com previsão nos arts. 323 a 329 do Código de 1973.¹²³ Esse procedimento era

¹²¹ “Pode-se ainda falar de um quarto tipo de atividade, ao qual corresponderia também uma quarta fase. Seria a atividade de *saneamento* que, se é verdade que exerce difusamente ao longo do processo, se apresenta, em todo o caso, concentrada de preferência numa determinada etapa do itinerário processual, destinada a expungir, a purificar o processo das irregularidades que possa apresentar, a fim de facilitar a atividade do juiz, no exame da prova e na decisão da causa. [...] Nisto o Código atendeu aos anseios de muitos que se batiam por essa abreviação. Sabemos todos que, em grande número de casos, o prosseguimento do processo após o despacho saneador, à espera da audiência de instrução e julgamento, constitui uma causa inútil de retardamento, e eu diria até de prejuízo, para o bom andamento, para o bom funcionamento da máquina judiciária, pelo que se apresenta de acúmulo inútil de serviço. Sabemos todos que os autos do processo, por muitas vezes, ficam aguardando nas prateleiras dos cartórios, acumulando poeira em suas folhas, à espera de uma audiência de instrução e julgamento que deveria constituir o ato culminante, o ato mais solene, mais importante do procedimento, mas que na prática não raro se reduz a uma verdadeira farsa, se me permitem usar o termo talvez um pouco forte, mas creio que não muito distante da realidade, uma vez, que as partes se limitam a reportar-se àquilo que já disseram nas peças constantes dos autos e muitas vezes não há debates orais, nem o juiz profere decisão no momento, de modo que toda, aquela espera toda aquela protelação, motivada pelas pautas repletas que não permitem a marcação de audiência para um dia próximo se revelam inútil ao final. Já mesmo sob a vigência do Código atual, alguns processualistas – e, no momento lembro-me de Galeno Lacerda e de Celso Agrícola Barbi – sustentaram a possibilidade de, em certos casos, quando fosse possível, quando não houvesse necessidade de outros atos destinados a apurar a verdade dos fatos, proceder-se ao julgamento do mérito na própria ocasião em que houvesse de proferir o despacho saneador.” (MOREIRA, José Carlos. O procedimento ordinário no novo código de processo civil, *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 70, n. 246, p. 20-29, jun. 1974. p. 22).

¹²² A respeito da escrituralidade predominante no direito processual brasileiro adverte Carlos Silveira Noronha: “[...] em termos de processo moderno, não se pode ignorar, porque os exemplos se reproduzem em toda sua materialidade, que ainda persistem muitas linhas e estilos do processo comum, pois ainda continua o processo vigente predominantemente escrito, moroso e complexo [...]” (NORONHA, Carlos Silveira. *O modelo processual civil brasileiro*. São Paulo: [USP], 1993. p. 17).

¹²³ “Art. 323. Findo o prazo para resposta do réu, o escrivão fará a conclusão dos autos. O juiz, no prazo de dez (10) dias, determinará, conforme o caso as providências preliminares, que constam das secções deste capítulo”. “Art. 324. Se o réu não contestar a ação, o juiz, verificando que não ocorreu o efeito da revelia, mandará o autor especificar as provas que pretenda produzir na audiência”. “Art. 325. Contestando o réu o direito que constitui fundamento do pedido, o autor poderá requerer, no prazo de dez (10) dias, que sobre ele o juiz profira sentença incidente, se da declaração da existência ou inexistência do direito depender, no todo ou em parte, o julgamento da lide (artigo 5º)”. “Art. 326. Se o réu, reconhecendo o fato em que se fundou a ação, outro lhe opuser impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, este será ouvido no prazo de dez (10) dias, facultando-lhe o juiz a produção de prova documental”. “Art. 327. Se o réu alegar qualquer das matérias enumeradas no art. 301, o juiz mandará ouvir o autor no prazo de dez (10) dias, permitindo-lhe a produção de prova documental. Verificando a existência de irregularidades ou nulidades sanáveis, o juiz mandará supri-las, fixando à parte prazo nunca superior a trinta (30) dias”. “Art. 328. Cumpridas as providências preliminares, ou não havendo necessidade delas, o juiz

puramente calcado na escrituralidade e destinado a fornecer ao julgador o material documental necessário para a formação de sua convicção, frente à existência dos pressupostos da relação processual e condições da ação. Na fase do saneamento, caso o juiz constatasse não estarem presentes as condições da ação e pressupostos processuais, previstos no art. 267¹²⁴, do Código, declarava extinto o processo sem julgamento do mérito. Ainda, pelo procedimento escrito, após constatadas as presenças dos pressupostos processuais e das condições da ação, o ordenamento autorizava o juiz a proferir sentença com o julgamento do mérito, quando avaliasse desnecessária a produção de prova oral e mediante as hipóteses do art. 269, incisos II a V¹²⁵, e do art. 330¹²⁶, do Código. Nesses casos, mesmo sendo o objeto da relação de direito material controvertida, poderia o juiz avaliar estarem presentes todos os elementos indispensáveis ao julgamento da demanda nos documentos escritos dos autos trazidos pelas partes, razões pela qual se eliminavam o debate oral e a realização de audiência de instrução.

O outro procedimento decisório era o oral, que configurava técnica residual e última alternativa a ser seguida pelo julgador quando sopesava inviável o julgamento antecipado, haja vista os elementos escritos dos autos não serem suficientes para formar sua convicção. O procedimento oral e residual tinha início com o despacho

proferirá julgamento conforme o estado do processo, observando o que dispõe o capítulo seguinte”. “Art. 329. Ocorrendo qualquer das hipóteses previstas no art. 267 e 269, números II a V, o juiz declarará extinto o processo.” (Código de Processo Civil de 1973: Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973).

¹²⁴ “Art. 267. Extingue-se o processo, sem julgamento do mérito: I – quando o juiz indeferir a petição inicial; II – quando ficar parado durante mais de um ano por negligência das partes; III – quando, por não promover os atos e diligências que lhe competir, o autor abandonar a causa por mais de trinta (30) dias; IV – quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo; V – quando o juiz acolher a alegação de perempção, litispendência ou de coisa julgada; VI – quando não concorrer qualquer das condições da ação como possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual; VII – pelo compromisso arbitral; VIII – quando o autor desistir da ação; IX – quando a ação for considerar intransmissível por disposição legal; X – quando ocorrer confusão entre autor e réu; XI – nos demais casos prescritos neste Código.” (Código de Processo Civil de 1973: Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973).

¹²⁵ “Art. 269. Extingue-se o processo com julgamento de mérito: [...] II – quando o réu reconhecer a procedência do pedido; III – quando as partes transigirem; IV – quando o juiz pronunciar a decadência ou a prescrição; V – quando o autor renunciar ao direito sobre que se funda a ação”. (Código de Processo Civil de 1973: Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973).

¹²⁶ “Art. 330. O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença: I – quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência; II – quando ocorrer revelia (art. 319).” (Código de Processo Civil de 1973: Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973).

saneador previsto no art. 331¹²⁷, do Código. Por meio desse ato, o juiz, tendo verificado as presenças dos pressupostos processuais e condições da ação, bem como, após examinado não ser a hipótese de julgamento antecipado, deferia as provas requeridas pelas partes na petição inicial e na contestação, designando data para a realização da audiência de instrução.

Caso o magistrado avaliasse necessária a realização de audiência de instrução, para proferir decisão a respeito da relação de direito material, o juiz deveria designá-la no próprio despacho saneador.¹²⁸ Porém, antes de iniciada a audiência, previa o art. 451 o debate oral da causa, o qual deveria ser realizado no início da audiência de instrução, com a finalidade de delimitar os pontos controvertidos a que se deveria restringir a produção da prova oral.

“Art. 451. Ao iniciar a instrução, o juiz, ouvidas as partes, **fixará os pontos controvertidos** sobre que incidirá a prova.”

Surge, assim, pela primeira vez na legislação processual, o termo “pontos controvertidos” – instituto destinado a delimitar o objeto da controvérsia perante o qual deveria recair a prova oral produzida no curso da audiência de instrução.

Para Athos Gusmão Carneiro, o juiz, ao fixar os pontos controvertidos, exercia atividade negativa, porquanto não estabelecia propriamente o material controvertido, e, sim, o que não o era; fosse porque considerava o fato notório, confessado ou evidente; ou, ainda, desprovido de relevância para formação da convicção em relação à solução da controvérsia. Athos Gusmão Carneiro ressaltava que, na prática, poucos eram os magistrados que fixavam pontos controvertidos. Quando o faziam, tamanho era seu escopo que a atividade se reduzia à mera formalidade. A

¹²⁷ “Art. 331. Se não se verificar nenhuma das hipóteses previstas nas secções precedentes, o juiz, ao declarar saneado o processo: I – decidirá sobre a realização de exame pericial, nomeando o perito e facultando às partes a indicação dos respectivos assistentes técnicos; II – designará audiência de instrução e julgamento, deferindo as provas que nela hão de produzir-se.” (Código de Processo Civil de 1973: Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973).

¹²⁸ “Art. 331. Se não se verificar nenhuma das hipóteses previstas nas secções precedentes, o juiz, ao declarar saneado o processo: I – decidirá sobre a realização de exame pericial, nomeando o perito e facultando às partes a indicação dos respectivos assistentes técnicos; II – designará audiência de instrução e julgamento, deferindo as provas que nela hão de produzir-se.” (Código de Processo Civil de 1973: Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973).

delimitação de pontos representava ainda medida de colaboração entre juízes e advogados, com vistas a auxiliar o desenvolvimento da instrução e a afastar os efeitos da preclusão, razão pela qual a omissão do juiz na fixação não caracterizava nulidade processual.¹²⁹

Ernani Fiélis dos Santos, ao comentar o art. 451, considerou ter o dispositivo caráter preventivo; evitando que durante a instrução fossem feitas indagações inúteis sobre fatos e situações já provados, os quais não interessassem à solução da controvérsia. Apresentava, ainda, concordância com o posicionamento de Athos Gusmão Carneiro, no sentido de que a não fixação dos pontos controvertidos pelo juiz não traria prejuízo algum ao processo, constituindo tão somente ato discricionário; além de avaliar que o *melhor era passar do que faltar*.¹³⁰

Sérgio Sahione Fadel¹³¹ apresentou crítica a regra do art. 451, do Código, pois, para ele, a fixação dos pontos controvertidos afrontava o princípio dispositivo, já que “Ninguém melhor do que as partes, através de seus advogados, para precisar e delimitar as questões que deverão ser provadas, e que foram, na quase generalidade dos casos especificadas e requeridas por elas mesmas.” Ainda, segundo Sérgio Sahione Fadel, o magistrado exercia função delimitadora ao fixar os pontos controvertidos, porque excluía do debate os fatos já provados por outros meios, assim como os livres de controvérsia, afastando, por conseguinte, o que já houvesse sido considerado verdadeiro¹³².

Alexandre de Paula, ao comentar o disposto no art. 451, do Código, relatava que o dispositivo foi submetido a projeto de alteração por duas emendas. Uma delas, de autoria do Des. Luiz Antônio de Andrade, o qual propunha que fosse retirada do art. 451 a expressão “ouvidas as partes”, uma vez que o juiz, ao fixar os pontos controvertidos, não precisava da oitiva das partes, já que todas as alegações

¹²⁹ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Audiência de instrução e julgamento*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

¹³⁰ SANTOS, Ernani Fidélis dos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1980. v. 1, t. 1.

¹³¹ FADEL, Sérgio Sahione. *Código de Processo Civil comentado*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982. v. 1.

¹³² FADEL, Sérgio Sahione. *Código de Processo Civil comentado*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982. v. 1.

por elas formuladas constavam na inicial e na contestação. O projeto foi rejeitado, porque, segundo a comissão organizadora do Código, a oitiva das partes, antes da fixação da controvérsia, era requisito de suma relevância para precisar quais eram exatamente os pontos controvertidos da demanda, perante os quais se limitava o debate. Outra proposta de modificação do dispositivo apresentada por Célio Borja foi a de alterar a redação do art. 451, para que, ao invés de constar que “[...] ao iniciar a instrução, o juiz, ouvidas as partes, fixará os pontos controvertidos sobre que incidirá a prova [...]”, fosse acrescentada à parte final “[...] pontos controvertidos sobre que incidirão a prova e os debates [...]”. A razão para a inclusão residia no fato de que, depois de finalizada a audiência, era dado início aos debates, e, com isso, as partes deveriam, desde já, ter ciência de qual seria a matéria relevante. A Comissão também rejeitou a proposta de modificação proposta por Célio Borja, argumentando que a delimitação da controvérsia tinha a finalidade de direcionar a produção da prova a ser realizada em audiência e com isso trazer celeridade ao procedimento.¹³³

Moacyr Amaral dos Santos entendia que a fixação dos pontos controvertidos representava atividade auxiliar ao desenvolvimento da instrução e era desprovido de eficácia prática. Considerava estarem os fatos controvertidos perfeitamente delimitados pelas partes na petição inicial e na contestação. No ínterim entre o período postulatório e a fase inicial da audiência, os fatos alegados nos autos pelas partes não sofriam qualquer modificação. O próprio material escrito dos autos permitia que o juiz e as partes extraíssem os limites da controvérsia, e, assim, fazia-se desnecessária a realização de debate oral para discutir o que já constava expresso em autos. Além disso, Moacyr Amaral dos Santos considerava que, ao fixar os pontos controvertidos, o juiz estava aplicando o art. 334¹³⁴, do Código de Processo de 1973 para excluir da controvérsia os fatos notórios afirmados por uma parte e confessados por outra, bem como os admitidos como incontrovertidos por ambos no processo.¹³⁵

¹³³ PAULA, Alexandre de. *Código de processo civil anotado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

¹³⁴ “Art. 334. Não dependem de prova os fatos: I- notórios; II- afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; III – admitidos, no processo, como incontrovertidos; IV- em cujo favor milita presunção legal de existência e veracidade.” (Código de Processo Civil de 1973: Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973).

¹³⁵ SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

A doutrina parecia consentir, de certa forma, que a delimitação dos pontos controvertidos era ato discricionário com finalidade mais negativa do que positiva. A atividade era negativa na medida em que incumbia ao magistrado eliminar, em conjunto com as partes, os fatos que não constituíam objeto da controvérsia, fossem porque considerados notórios, evidentes, supérfluos, confessados ou admitidos nos autos.

No âmbito da aplicação prática do art. 451, no entanto, o sentido e a finalidade da regra parecem não ter sido objeto de consenso, principalmente no que diz respeito a quem o dispositivo submetia à consciência do conceito de pontos controvertidos: a consciência da lei, do juiz, ou das partes. Igualmente, não se chegou a um acordo em relação à fase em que a controvérsia seria efetivamente delimitada: se no despacho saneador ou no início da audiência.

No tocante ao conceito de controvérsia, o Superior Tribunal de Justiça em acórdão de relatoria do Ministro Milton Luiz Pereira considerou *extra petita* a sentença em que o juiz fixou como ponto controvertido a autenticidade de documento constante nos autos, pois o fato não havia sido impugnado pela parte contrária na forma da lei.¹³⁶

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por sua vez, julgou em ação proposta para reconhecimento de sociedade comercial não ser possível fixar como ponto controvertido a existência da sociedade, para fins de produção de prova oral. Nesses casos, como existe dispositivo legal disciplinando só admitir-se a prova dos contratos societários pela forma escrita, não poderia o juiz considerar que o contrato poderia ser provado de outra forma e contrariamente ao determinado no art. 1.366, do Código Civil de 1916 e art. 303, do Código Comercial.¹³⁷ Novamente, retirou-se

¹³⁶ “Processual Civil – A prestação jurisdicional tem por limites as questões incluídas na *Litis Contestatio* – Decisão *Extra Petita* – Artigos 128, 372, 451, 512 e 516, CPC. Se a autenticidade da prova documentária não foi colocada em dúvida pela parte contrária (art. 372, CPC), saindo dos limites da apelação, não é de feliz inspiração o juiz desconhecê-la, criando ponto controvertido não incluído na *litis contestatio*, proferindo julgamento *extra petita*.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp n. 11.138-0, Ceará. Relator: Ministro Milton Luiz Pereira. Julgado em: 14 dez. 1994. DJ, Brasília, 20 fev. 1995, grifo do autor. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em set. 2007).

¹³⁷ “SOCIEDADE DE FATO. Prova. Questão entre sócios – Reconhecimento que depende de exibição de documento probatório da sua existência. Aplicação dos arts. 1.366 do CC e art. 303 do

da esfera decisória do juiz o poder de delimitar os contornos da controvérsia em relação à matéria probatória.

Em outro julgamento, e adotando posição diversa, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu que o conceito de controvérsia era determinado exclusivamente pelo juiz e sem colaboração das partes no momento em que saneava o processo. O Diploma Processual permitia o julgamento antecipado da lide quando o juiz avaliasse não existir fato a ser provado, razão pela qual desnecessária a realização de debate oral para a fixação da controvérsia que já se encontrava delimitada por escrito nos autos.¹³⁸

Verifica-se que o Código de 1973 consagrou a separação da atividade de julgar os pressupostos da relação jurídica processual e os da relação jurídica de direito material. Na fase saneadora o juiz poderia delimitar e decidir as questões processuais bem como o mérito da demanda, se julgasse estarem presentes todos os pressupostos para tanto. Na fase probatória e no início da audiência era quando o juiz delimitava as questões controvertidas de direito material. A finalidade do art. 451, do Código ficou, assim, reduzida para conferir celeridade a prova oral a ser produzida em audiência.

Com efeito, a regra sobre a delimitação da controvérsia teve sua origem no art. 269, do Código de 1939, que obrigava o magistrado a decidir os limites da sentença antes de passar ao exame do mérito. A finalidade era possibilitar as partes o conhecimento da matéria relevante ao julgamento da causa, obrigando-as a

CComercial. Um sócio não poderá demandar contra outro, pleiteando o reconhecimento da sociedade de fato e conseqüentemente indenização, sem exhibir documento escrito probatório de sua constituição, conforme regras constantes dos arts. 1.366 do CC e art. 303 do CComercial". (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Ap.165.438-2. Julgado em: 18 dez. 1990. Relator: Corrêa Vianna. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 673, p. 72-73, nov. 1991).

¹³⁸ "PROCESSUAL CIVIL. CERCEAMENTO DE DEFESA. AUSÊNCIA DE FATO A PROVAR. Não há cerceamento de defesa quando, segundo os termos das peças postulacionais, não há fato a provar em audiência, impondo-se, pois o julgamento antecipado da lide. [...] Não consta na contestação algum fato que o réu desejasse provar, para demonstração da insinceridade do pedido do imóvel locado, para uso próprio e da família do locador, daí porque se apresentava sem sentido a coleta de prova em audiência, até porque, por força do que se contém no art. 451 do Código de Processo Civil, não teria o juiz como fixar pontos controvertidos sobre que incidira a prova. Seria audiência para provar nada. Deste modo, correto o julgamento antecipado da demanda, segundo o comando do art. 330-I do mesmo diploma processual." (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 21298-8 DF. Relator: Ministro Dias Trindade. Julgado em: 26 maio 1992. *DJ*, Brasília, 22 jun. 1992. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em set. 2007).

demonstrar a veracidade dos fatos a que aludissem e estivessem em confronto com a prova já produzida nos autos. A atividade delimitadora instituída pelo art. 269 concentrava tudo o que fosse considerado relevante para formar a decisão do juiz e, por esse motivo, não significava mera formalidade instituída na lei. Necessário recordar aqui as palavras do autor do projeto do Código de 1939, para quem

O processo, ao atingir a fase da discussão e julgamento, já não pode guardar segredos para os juízes e advogados, porque foram, precisamente, os últimos que formaram o contraditório, ao passo que os primeiros já teriam examinado a inicial, ao despachá-la, bem como a contestação, para ver se era o caso de réplica e, o que mais importa, já teriam proferido o saneador.¹³⁹

Assim, a finalidade da regra da delimitação da controvérsia na sua essência era permitir o conhecimento, pelas partes, do material que serviria de conteúdo para a sentença. Porém, pela feição assumida no art. 451, do Código a regra alterou a sua finalidade, servindo para delimitar a prova em audiência e não mais apenas os debates orais. A redação do art. 451, do Código de 1973, parece ter perdido a sua essência de exercício de colaboração entre juízes e partes para uma melhor solução e conhecimento prévio da causa e da matéria controvertida.

Denota-se que em conformidade com a nova ordem processual, o que ocorreu foi um retrocesso ao antigo processo escrito, justamente o que o Código de 1939 pretendia evitar sob a “bandeira” da oralidade processual. Com isso não se está afirmando que a oralidade deveria ter sido adotada no Código de 1973, todavia se, no procedimento processual decisório, passou a predominar a forma escrita, denominada de “saneamento”, nenhuma razão poderia dar lugar ao princípio dos debates, tampouco à realização da audiência, que são a essência do processo oral. Para ressaltar a relevância da atividade seria interessante que o legislador tivesse ordenado que os atos se fizessem por escrito, no caso de ser impossível realizar pela via oral.

Enrico Tullio Liebman, um dos influenciadores na redação do Código de 1973, comentando as alterações provocadas no sistema processual brasileiro, apontava o

¹³⁹ MARTINS, Pedro Batista. *Comentários ao código de processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. 3, t. 2, p. 235.

equívoco legislativo e sistemático em que incorreu o Código de 1973.¹⁴⁰ Para o Jurista, a principal diretriz do Código de Processo Civil brasileiro era o princípio da oralidade, por razão do qual a realização e a decisão de todos os atos processuais deveriam estar concentrados em uma única audiência, designada com o intuito de fornecer ao julgador todos os elementos necessários para formar sua convicção frente à relação de direito processual e à de direito material. Aponta Enrico Tullio Liebman que, embora essa diretriz tenha sido preservada pelo Código de 1973, eliminou-se, no entanto, o que dava vida e significado à oralidade: a circunstância de o juiz estar sempre submetido à realização da audiência antes de proferir a decisão. Enrico Tullio Liebman não era contrário à possibilidade do magistrado decidir sobre os pressupostos processuais e as condições da ação dentro da fase saneadora, pois entendia que a atividade em nada prejudicava o bom andamento do processo. Pelo saneador, o juiz julgava presentes, ou não, os requisitos formais da relação de direito processual (pressupostos processuais e condições da ação), possibilitando o prosseguimento do processo. Além disso, não haveria prejuízo caso o juiz decidisse, sem a presença das partes, acerca de tais pressupostos, uma vez que os debates em nada modificariam ou acrescentariam à relação jurídica de direito processual. Os elementos que compõem a relação processual são formais, visto que, pelo princípio dispositivo, são as partes que fixam o objeto do processo, o qual não poderá ser alterado no curso do procedimento, restando desde a petição inicial e da contestação formalmente delineados. A crítica de Enrico Tullio Liebman residiu na possibilidade de decidir-se o mérito da demanda sem que fosse realizada uma audiência prévia, não necessariamente voltada a instruir a causa, mas a possibilitar a discussão sobre os principais elementos constantes nos autos destinados a formar a convicção do juiz. Isso porque, na audiência, as partes, explanando oralmente suas alegações, poderiam acrescentar novos elementos fáticos à causa, e que seriam relevantes para a decisão. O processualista, na época radicado no Brasil, atentava, por derradeiro, que o despacho saneador foi instituto copiado do Direito Português pelo Brasileiro, e que, em Portugal, embora existisse a previsão da figura do “despacho saneador”, a audiência não havia sido eliminada. No Direito Luso,

¹⁴⁰ A respeito da influência de Liebman na cultura processual brasileira e principalmente na elaboração do Código de 1973, vide: DINAMARCO, Cândido. Liebman e a cultura processual brasileira. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Coord.). *Estudos em Homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DJP, 2005. p. 487-533.

antes de decidir a causa, o juiz era obrigado a intimar as partes para uma audiência preliminar, oportunidade em que todos os elementos constantes no processo eram debatidos, dentre eles os que seriam o conteúdo do despacho saneador.¹⁴¹ Assim, segundo Enrico Tullio Liebman que o Código de Processo de 1973 havia copiado um modelo alienígena desprovido da sua principal essência e sistemática lógica, porque permitia que a convicção do julgador em relação à matéria de direito material controvertida resultasse da análise dos elementos escritos constantes nos autos.¹⁴²

Galeno Lacerda entendia a crítica feita por Enrico Tullio Liebman, no sentido de a oralidade do Processo Civil brasileiro estar situada no plano da pura técnica processual. Contudo, avaliava que o equívoco do pensamento daquele jurista estava em raciocinar o processo brasileiro em termos de oralidade portuguesa.¹⁴³ Isto porque, para Galeno Lacerda, o despacho saneador adotado pelo Código de 1973 foi do modelo português, com suas adaptações para o procedimento escrito brasileiro. O procedimento brasileiro era eminentemente escrito, contrariamente ao português que era essencialmente oral, razão pela qual se fazia necessário distinguir entre os atos essenciais indispensáveis à constituição dos fins da relação processual e outros não essenciais, sendo esses últimos pertencentes à esfera de disponibilidade das partes ou do juiz.

¹⁴¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

¹⁴² Sobre a audiência preliminar, prevista no ordenamento processual português, esclarecia Enrico Tullio Liebman: “O exemplo do direito português confirma este ponto de vista, por que há nele disposição expressa permitindo a decisão antecipada do mérito, o que falta no direito brasileiro; e ainda essa disposição expressa tem aí um conjunto de razões que a tornam aceitáveis e que não existem no Brasil: no processo português a discussão escrita anterior ao despacho saneador é muito mais ampla, porque compreende, além da inicial e da contestação, réplica, tréplica [...] e se o juiz entender que o estado da causa habilita a conhecer do pedido, designará uma audiência preparatória (art. 512), e só depois de realizada poderá com uma única decisão sanear o processo e decidir a controvérsia. Como se vê, mesmo no caso excepcional do n. 3 do art. 514, citado anteriormente, em que o juiz português está autorizado a decidir a lide juntamente com o saneamento do processo, a audiência não pode deixar de ser realizada.” (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo: Bushatsky, 1976. p. 111). Ainda sobre a audiência preliminar no Direito Português, Moreira discorria que a Lei portuguesa de n. 12.353 de 22.09.26 trouxe relevante inovação porque: “[...] passou o despacho saneador a ser precedido de uma audiência preparatória, na qual, de início, toca ao órgão judicial tentar conciliar as partes, se disponível a relação jurídica litigiosa; frustrada a tentativa, ou não cabendo, abre-se aos litigantes a oportunidade de discutir as questões que se hão de resolver naquele pronunciamento. De 1939 em diante, e até nossos dias, o ordenamento português adota na verdade uma técnica *mista*, em que se combinam o modelo da audiência e o do ato escrito, conferida à primeira a função de ensejar o debate da matéria a ser apreciada neste, e com isso, presumivelmente, proporcionar ao juiz melhores condições para decidir de modo correto.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Saneamento do processo e audiência preliminar. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 10, n. 40, p. 109-135, out./dez. 1985. p. 114).

¹⁴³ LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. 2. ed. Porto Alegre: Fabris 1985.

Ainda para Galeno Lacerda, pela nova sistemática processual, o despacho saneador era ato essencial para a constituição dos fins da relação processual, enquanto a audiência de instrução passou a ser ato discricionário, situando-se dentre aqueles de disponibilidade das partes e do juiz. Em conformidade com Galeno Lacerda, o Processo Civil brasileiro, a partir de 1973, passou a ser eminentemente escrito, e nisso residia o equívoco da crítica feita por Enrico Tullio Liebman. Todos os atos postulatórios, inclusive o requerimento de provas, passaram a ser produzidos na forma escrita, circunstância que permitia ao juiz considerar o feito pronto para julgamento, bem como entender ser dispensável a realização da audiência, já que nenhuma prova seria nela colhida. Assim, a discussão oral não era obrigatória como ocorria em outros sistemas processuais, em que nesses, a prova documental era inclusive apresentada em audiência.¹⁴⁴ Galeno Lacerda compreendia, também, que a audiência preparatória do direito processual português, mencionada por Enrico Tullio Liebman, era incompatível com o princípio da ampla defesa, bem como entendia não ser tarefa do juiz delimitar a matéria controvertida, antes de produzida a prova oral, porque isso prejudicaria o bom andamento da causa e da decisão. Poderia acontecer que as partes quisessem discutir mais a fundo a matéria controvertida, ou que a supressão da audiência prejudicasse a prova. Assim, decisão controversa, juntamente com o saneador, implicaria surpresa injusta.¹⁴⁵

Apresentamos concordância com o pensamento de Galeno Lacerda apenas no que diz respeito ao fato de o modelo do Processo Civil brasileiro não poder ser pensado à luz do procedimento português. Com o advento da codificação

¹⁴⁴ “A conclusão, portanto, só pode ser uma: a audiência de instrução e julgamento não é ato essencial à ordem do juízo. Este resultado lógico da análise do sistema processual brasileiro. Entre nós, a oralidade não é imperativa, mas disponível. Aqui reside o grande equívoco de Liebman. Nossos atos postulatórios são escritos, sua apresentação em juízo e a produção da prova documental, tantas vezes única a existir, não se fazem em audiência; nossas discussões orais são renunciáveis; nossas sentenças, salvo publicação, independem de audiência. Liebman, raciocinou, no Brasil, em termos de oralidade européia. [...] A importância que Liebman dá à audiência preparatória para justificar, no direito português, a possibilidade de julgamento do mérito no saneador não tem razões históricas que o amparem, por isso que esse julgamento já era admitido antes de instruir-se aquela audiência. Cumpre observar que a audiência preliminar não se destina apenas à instrução eventual do mérito. É muito mais ampla- será designada sempre que se deduzir exceção, salvo nulidade do processo (art. 512), e começará em qualquer caso por tentativa de conciliação (art. 513). Seria de indagar se Liebman, a justificaria também, como obrigatório, para o julgamento das exceções.” (LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. 2. ed. Porto Alegre: Fabris 1985. p. 144-147).

¹⁴⁵ LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. 2. ed. Porto Alegre: Fabris 1985.

processual brasileira de 1973, a escrituralidade passou a predominar em detrimento da oralidade, uma vez que as decisões do juiz e as manifestações das partes faziam-se por escrito nos autos. Desde a propositura da petição inicial, outorgaram-se poderes para o magistrado indeferir a peça desde que considerasse ausentes os pressupostos processuais e condições da ação. Todo o procedimento passou a ser regido pela escrituralidade. O mesmo não ocorria no procedimento português, porque, até a entrada em vigor do Decreto-lei n. 242, de 9 de julho de 1985, predominava a oralidade, e o julgador estava obrigado a designar audiência preparatória antes de proferir a decisão saneadora. A audiência preparatória portuguesa, cuja paternidade é atribuída a Barbosa Magalhães, foi criada para que o juiz convocasse as partes antes de proferir decisão sobre a relação jurídica de direito processual. Nessa audiência, o magistrado concedia a palavra às partes que reiteravam ou traziam novas alegações, além das já constantes nos articulados. Somente com o encerramento do debate, o juiz estava habilitado a proferir decisão sobre os pressupostos processuais e as condições da ação. A discussão ocorria em audiência, com a finalidade de formar a convicção do magistrado em face da existência dos pressupostos processuais e das condições da ação. Não bastasse isso, a decisão saneadora proferida na audiência tinha menor alcance que a decisão saneadora brasileira, visto que o juiz resolvia as questões processuais para que, depois de superadas, passasse a análise da relação jurídica de direito material, assim como da controvérsia existente sobre a mesma.

Observa-se que, pelo procedimento português, o saneamento era ato oral que abrangia não só as questões processuais como as questões de direito material controvertidas. A segunda fase do saneamento tinha início na própria audiência preparatória, quando o julgador especificava a relação jurídica de direito material. Desse modo, ele expurgava do processo todas as questões fáticas irrelevantes ao julgamento da demanda e apresentava o questionário destinado à delimitação dos fatos relevantes à solução da causa. Enquanto, pela especificação, eliminavam-se os fatos incontroversos da lide; pelo questionário, formava-se a base instrutória sobre a qual recairia toda a prova a ser produzida em audiência de instrução. A fase saneadora do Direito Português, porém, permitia que, na mesma audiência preparatória, o juiz julgasse a lide e dispensasse a realização de audiência de instrução, caso considerasse que toda a matéria fática controvertida fosse de direito

ou, ainda, que se fosse de fato, estivesse já comprovada nos autos pela prova documental trazida pelas partes.¹⁴⁶ Aqui, constata-se outra grande diferença: pelo procedimento brasileiro, o magistrado poderia julgar antecipadamente o feito sem necessidade de audiência para tanto, quando considerasse que o material escrito dos autos era suficiente para a solução da controvérsia, enquanto no português não.

A falta de consenso na doutrina e na jurisprudência em relação a quem incumbia delimitar a controvérsia e qual o momento oportuno para tanto encontra sua justificativa na sistemática adotada pelo Código de 1973. O art. 451, do Código inseriu regra oral que de certa forma não era compatível com o procedimento decisório escrito adotado pelo Diploma Processual. Isso porque, pelos arts. 454 e 456¹⁴⁷ do Código, a finalidade da fixação da controvérsia, para fins de que as partes tivessem conhecimento dos limites da sentença, foi excluída da sistemática, e os debates orais poderiam agora ser substituídos por memoriais escritos. Mais uma vez o Código preteriu a oralidade em favor da escrituralidade, no que diz respeito à atividade delimitadora dos pontos controvertidos e do direito material. Assim, foi retirada a função atribuída ao juiz de dar conhecimento às partes dos limites da sentença para que se pudesse, em seguida, dar início aos debates ou apresentar os memoriais escritos. A regra de delimitação da controvérsia ficou atrelada apenas à produção da prova, e não mais ao conteúdo da decisão final da causa.

Para Athos Gusmão Carneiro, o novo Código desvirtuou o sentido do debate oral instituído pelo Código de 1939, não porque foi retirado o poder de síntese do magistrado em relação à fixação da matéria controvertida, mas porque os debates orais eram realizados na frente do escrivão e não do juiz. Ainda, quando realizados,

¹⁴⁶ Sobre o procedimento da fase saneadora portuguesa vide: LEITÃO, Helder Martins. *Da audiência preparatória do despacho saneador*: especificação e questionário. Porto: ELCA, 1989.

¹⁴⁷ “Art. 454. Finda a instrução, o juiz dará a palavra ao advogado do autor e ao do réu, bem como ao órgão do Ministério Público, sucessivamente, pelo prazo de vinte (20) minutos para cada um, prorrogável por (10), a critério do juiz. §1º. Havendo litisconsorte ou terceiro, o prazo, que formará com o da prorrogação um só todo, dividir-se-á entre os do mesmo grupo, se não convencionarem de modo diverso. §2º. No caso previsto no art. 56, o oponente sustentará as suas razões em primeiro lugar, seguindo-se-lhe os opostos, cada qual pelo prazo de (2) minutos. §3º. Quando a causa apresentar questões complexas de fato ou de direito, o debate oral poderá ser substituído por memoriais, caso em que o juiz designará dia e hora para o seu oferecimento.” “Art. 455. A audiência é una e contínua. Não sendo possível concluir, num só dia, a instrução, o debate e o julgamento, o juiz marcará o seu prosseguimento para dia próximo.” “Art. 456. Encerrado o debate ou oferecidos memoriais, o juiz proferirá a sentença desde logo ou no prazo de dez (10) dias.” (Código de Processo Civil de 1973: Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973).

os advogados apenas reportavam-se àquilo que já havia sido argumentado nos autos sem correlacionar com o material probatório ou a matéria controvertida.¹⁴⁸

Observa-se, outrossim, que, se pelo despacho saneador (art. 331, do Código de Processo de 1973) o juiz já designava data para audiência de instrução, bem como deferia as provas a serem produzidas, a regra de delimitação da controvérsia do art. 451, tornava-se desprovida de finalidade e não permitia às partes conhecerem previamente os limites da controvérsia considerada pelo juiz. A atividade em nada contribuiria para o requerimento das provas a serem produzidas pelas partes, mas apenas como meio de “encurtar” a audiência de instrução.

José Carlos Barbosa Moreira, em estudo publicado em 1985, na Revista de Processo, intitulado *Saneamento do Processo e Audiência Preliminar*, apontou com precisão os métodos existentes, no Direito Comparado, dos procedimentos destinados a formar a convicção do julgador. Eles eram dois: o concentrado, e o difuso. A principal diferença era que, enquanto, no concentrado, predominava o procedimento oral, já que a realização dos atos processuais destinados a formar a convicção do julgador era concentrada em audiência e resultavam dos debates orais entre juiz e partes, no difuso predominava a escrituralidade, pois a convicção era “diluída” em fases do processo e resultava do material escrito documentado nos autos. No estudo, José Carlos Barbosa Moreira apresenta um quadro comparativo, demonstrando que, na maioria dos procedimentos adotados no direito comparado, predominava o método concentrado, ainda que com uma peculiaridade. Tanto em Portugal, como no direito austríaco, alemão, e dos países latinos (com exceção do Brasil), a concentração dos atos processuais era realizada em duas fases e audiências distintas. A primeira audiência era denominada de preliminar ou preparatória. Nela, o juiz intimava as partes a realizarem um diálogo e debate com

¹⁴⁸ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Audiência de instrução e julgamento*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 105: “Ponto relevantíssimo a abordar é o *desvirtuamento*, sobretudo pelo debate oral já no regime do diálogo de 39, e que muitos magistrados continuam, atualmente, a permitir. Ao invés dos advogados exporem com eloquência e de viva voz ao julgador suas finais alegações, a seguir mandando o juiz consignar no termo de audiência o resumo da argumentação verbalmente apresentada, buscou-se em muitas comarcas e juízos a juízos a praxe irregular e vitanda, inteiramente divorciada da lei e dos princípios informativos do processo moderno, de os procuradores, sob a tolerância ou anuência dos juízes, ditarem suas razões ao escrivão, que as lança por inteiro no termo, isso quando irregularidade mais grave não ocorre, resumindo-se o debate oral a simples consignação de que os advogados se reportam, respectivamente, as alegações já anteriormente e por escrito produzida nos autos.”

vistas a delimitar e decidir a tudo sobre o que fosse relevante para a solução da controvérsia. Poderia, inclusive, naquela oportunidade e em alguns casos, julgar o feito na mesma ocasião. Ainda o próprio despacho saneador era proferido em audiência, em contrariedade ao modelo brasileiro. A segunda audiência, por seu turno, era destinada à produção da prova, em conformidade com o que havia sido fixado como controvertido na audiência preliminar. José Carlos Barbosa Moreira, contudo, ao analisar o procedimento brasileiro não apontava críticas, apenas demonstrava que o Processo Civil brasileiro era o único a não adotar a audiência preliminar ou preparatória do objeto da instrução¹⁴⁹ e, ainda assim, simultaneamente permitir ao juiz julgar o mérito do processo, sem antes estabelecer qualquer contato oral ou diálogo com as partes.

Verifica-se, assim, que o processo brasileiro tornou-se, desde a promulgação do Código de 1973, um modelo regido pela escrituralidade, e a audiência a ser ato discricionário do juiz, cabendo a ele realizá-la, ou não, conforme achasse conveniente. Ainda, a delimitação da controvérsia pelo magistrado, prevista no art. 451, tornou-se instituto inócuo, porque de nada adiantaria para o conhecimento das partes a respeito das provas a serem produzidas que a atividade fosse exercida no início da audiência de instrução e após já terem elas requeridos os meios de prova para comprovar as suas alegações.

Portanto, por ser a realização da audiência e a delimitação da controvérsia, prevista no art. 451, do Código de 1973 atos facultativos do juiz, resultou que o Código continha uma diretriz teórica fundamentada no princípio da oralidade, que possuía caráter residual e mostrava-se de certa forma incompatível com a sistemática dos atos decisórios adotados pelo Código de 1973. Se a regra de fixação da controvérsia pelo juiz nasceu no Código de 1939 como corolário da oralidade, visando a permitir que as partes tivessem conhecimento dos limites da sentença, nenhuma razão justificaria, na prática, a sua manutenção e aplicabilidade na sistemática do novo Código. A regra do art. 451, do Código tampouco permitiu que fossem atendidos os anseios manifestados pelo Instituto dos Advogados em 1941, para que as partes, tendo conhecimento dos limites da controvérsia,

¹⁴⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Saneamento do processo e audiência preliminar. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 10, n. 40, p. 109-135, out./dez. 1985.

puddessem requerer, de forma mais acertada, as provas necessárias para comprovar os fatos controvertidos constantes dos autos. Se a finalidade da fixação de pontos controvertidos era garantir o requerimento, pelas partes, das provas que pretendiam produzir em função da controvérsia, nenhuma razão justificaria que tal atividade ocorresse depois que o juiz deferisse as provas requeridas, na petição inicial e na contestação.

3 FIXAÇÃO DOS PONTOS CONTROVERTIDOS E A INFLUÊNCIA DO CÓDIGO MODELO DE DIREITO PROCESSUAL PARA A AMÉRICA LATINA

Transcorridos vinte e um anos desde a promulgação do Código de 1973, a doutrina processual brasileira parece ter se preocupado mais em dissertar a respeito dos pressupostos processuais e condições da ação, do que criar mecanismos e meios de delimitar os termos da controvérsia de direito material. Com efeito, durante esse período, a regra do art. 451, do Código de 1973, que era instrumento destinado à delimitação do direito material, atraiu a atenção de poucos operadores do direito.

Porém, importante ressaltar uma das primeiras grandes inovações do direito processual civil brasileiro voltada a superar tais questões e acelerar o andamento do processo ocorrida em 1984, com a criação dos Juizados Especiais e de Pequenas Causas¹⁵⁰, disciplinado na Lei n. 7.244, de 07 de novembro de 1984, substituída posteriormente pela Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. A nova legislação visava aparar falhas existentes no procedimento processual brasileiro escrito, bem como facilitar o acesso à justiça, o que só seria passível de correção por meio do resgate do antigo procedimento oral para causas de valor econômico reduzido.¹⁵¹ A experiência gerada com o surgimento dos aludidos juizados foi tão significativa que a Constituição de 1988 alterou a política judiciária até então vigente e conferiu competência residual aos Estados para criarem Juizados Especiais, destinados às causas cíveis de menor complexidade, as quais deveriam ser regidas pelos princípios do procedimento oral.¹⁵²

¹⁵⁰ A respeito das origens do Juizado Especial vide: KRETZMANN, Paulo Antonio. O juizado especial cível e a obrigatoriedade do procedimento: questões controvertidas sobre competência na lei n. 9099/95. *AJURIS*. Porto Alegre, v. 24, n. 71, p. 374-379, nov. 1997; SOARES, Nildomar da Silveira. *Juizado especial cível: a justiça da era moderna*. 3. ed. São Paulo: Ltr, 1996.

¹⁵¹ Pelo artigo segundo da lei foram consagrados praticamente todos os corolários do procedimento oral: “Art. 2º. O processo, perante o Juizado Especial de Pequenas Causas, orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando sempre que possível à conciliação das partes”. Posteriormente, a Lei n. 7.244, de 07 de novembro de 1984 foi revogada pela Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995.

¹⁵² “Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I- juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução das causas de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento dos recursos por turmas de juízes de primeiro grau; [...]” (Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988).

Ocorre que não era apenas o direito processual brasileiro que havia herdado o regime processual derivado do Baixo Império e modificado pelo Direito romano canônico, o qual representava um modelo de predomínio dos atos decisórios escritos. Os outros países vizinhos ao Brasil também haviam herdado a tradição. Como exemplo, podemos referir a Argentina, que tinha seu Processo Civil inspirado na Lei de *Enjuizamento* Civil Espanhola, que, antes da reforma de 2000 também adotava um modelo de processo escrito.¹⁵³

Não obstante isso, as relações comerciais entre os países tiveram grande crescimento, devido aos fenômenos da globalização e formação de blocos econômicos mundiais, as quais abriram as suas “barreiras” para o livre comércio. Fenômeno diferente não ocorreu nos países da América Latina com a formação do Mercosul (Mercado Comum do Sul), criado com o objetivo de estabelecer regras uniformes e normas diretivas para os países membros.

Em virtude do aumento do tráfego negocial, cresceu também o número de conflitos entre a população dos países membros da América Latina e conseqüentemente os problemas para resolver tais conflitos, face à diversidade legislativa e processual a respeito da matéria. Independente disso, estudiosos na área do direito processual civil constataram um elemento comum no Processo Civil dos países pertencentes à América Latina: todos eles seguiam o modelo escrito, herdado do sistema romano-germânico, o qual representava um processo burocrático, incompreensível e incapaz de cumprir os requisitos mínimos exigidos pela justiça.¹⁵⁴

¹⁵³ A nova “Ley de Enjuiciamiento de 2000” espanhola, e que disciplina o processo civil naquele país foi totalmente modificada, passando a adotar o modelo oral. A respeito do tema e dos efeitos da nova lei naquele país vide: AROCA, Juan Monteiro; MAITÍES, José Flors. Tratado de *juicio verbal*. 2. ed. [Espanha]: Aranzandi, 2004.

¹⁵⁴ Vide: GIORDANO, Luís Torello. Principales lieneamientos del anteproyecto de código procesal civil: modelo para iberoamerica. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 14, n. 53, p. 108-121, jan./mar. 1989.

No plano internacional, alguns processualistas integrantes dos países latino-americanos foram, aos poucos, buscando desenvolver mecanismos que delimitassem quais eram os poderes do juiz em relação à disposição do material fático constante nos autos, bem como o quanto seria possível, através disso, reduzir o tempo, o custo de duração e, ainda, simplificar o processo. Com a finalidade de buscarem alternativas a respeito desses problemas, nasce, em Montevideu, Uruguai, em 1958, e em homenagem a um ilustre processualista uruguaio, Eduardo Couture, o Instituto Ibero-Americano de direito processual. O instituto era composto de professores, magistrados, e advogados, que passaram a realizar jornadas em caráter público. A temática era bastante diversa, discutia-se a carreira do magistrado, as formas de aperfeiçoamento do processo, os princípios constitucionais do processo, a proteção dos direitos humanos, os mecanismos de facilitação do acesso à justiça, as formas de justiça alternativa, mas, em especial, um tópico era corrente nas discussões: justiça e direito processual.¹⁵⁵

Em uma das conferências realizadas pelo instituto, em 1967, Niceto Alcalá e Zamora y Castillio atribuíram a função das jornadas à preparação de um Código Modelo Tipo de Processo Civil e Penal para os países da América Latina, o qual deveria conter diretrizes que facilitassem o acesso à justiça e a tarefa de integração. Foram designados, para tanto, os professores argentinos Alfredo Vélez Mariconde e Clariá Olmedo, para a redação do Código de Processo Penal, e os uruguaios Adolfo Gelsi Bidart y Enrique Vescovi, para cumprir o encargo de redigir o Código Modelo de Processo Civil, sendo que posteriormente, em 1982, o professor e magistrado Luis Torello assume também a responsabilidade pela redação. O primeiro anteprojeto foi apresentado em 1982, na Guatemala. Após sugestões e adaptações, outro projeto, e, agora, com a colaboração dos brasileiros, Barbosa Moreira, 1985, e Buzaid, 1982, é apresentado na conferência na cidade do Rio de Janeiro, em 1988, sendo o diploma finalmente aprovado na Jornada realizada na Espanha em 1990, na cidade de Mérida.¹⁵⁶

¹⁵⁵ VESCOVI, Enrique. Hacia un proceso civil universal: confrontación entre el código procesal civil modelo iberoamericano y el proyecto de Código europeo: las tendencias del Código modelo van plasmando en la realidad. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 24, n. 93, p. 179-190, jan./mar. 1999.

¹⁵⁶ A ordem cronológica da elaboração dos estudos para a formação do Código Modelo para a Ibero-América foi apresentada por Giordano (GIORDANO, Luis Torello. Principales lieneamientos del

Cláudia Lima Marques, comentando os efeitos do Código Modelo de Processo Civil para a Ibero - América e a importância dessa *soft law* como fonte de inspiração para o Brasil, avalia que o Mercosul, por possuir fraqueza estrutural e nível reduzido de supranacionalidade, obteve muitas dificuldades para harmonizar as regras legislativas no âmbito do direito material, porém o mesmo não ocorreu com a legislação processual, que produziu mais de sete convenções para discutir o tema, sendo, inclusive, alguns dos dispositivos adotados pelo nosso sistema processual.¹⁵⁷ A finalidade de elaboração de um Código Modelo Tipo de direito processual, definido como uma *soft law*, segundo Cláudia Lima Marques, não tinha como propósito tornar obrigatória a sua adoção pelos países da América Latina ou constituir uma espécie de legislação uniforme a ser seguida. A intenção do Código Modelo Tipo era de servir de “guia” ou paradigma para os países integrantes do bloco econômico do Mercosul, à medida que fossem procedendo a alterações na legislação processual, e, aos poucos, incorporando as regras ao direito interno. Ainda de acordo com Cláudia Lima Marques, um Código Modelo, ou uma *soft law*, é um fenômeno do “pluralismo pós-moderno”. Esse fenômeno exige que as fontes do direito internacional “dialoguem com as fontes do direito interno”, não em termos de hierarquia e predomínio da força das leis nacionais sobre as estrangeiras, mas sim com vistas a conferir convivência harmônica entre os princípios que regem as leis e modelos internacionais com os nacionais.¹⁵⁸

anteproyecto de código procesal civil: modelo para iberoamérica. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 14, n. 53, p. 108-121, jan./mar. 1989).

¹⁵⁷ MARQUES, Cláudia Lima. Conflito de convenções de processo civil internacional: por um diálogo das fontes universais e regionais nos países do Mercosul. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Coord.). *Estudos em Homenagem à professora Ada Pellegrini Grionover*. São Paulo: DJP, 2005. p. 33-70.

¹⁵⁸ MARQUES, Cláudia Lima. Conflito de convenções de processo civil internacional: por um diálogo das fontes universais e regionais nos países do Mercosul. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Coord.). *Estudos em Homenagem à professora Ada Pellegrini Grionover*. São Paulo: DJP, 2005. p. 33-70.

3.1 ORALIDADE COMO MATRIZ TEÓRICA DO CÓDIGO MODELO TIPO PARA A AMÉRICA LATINA

Em uma das conferências do Instituto promovidas em maio de 1988, sediada na Cidade do Rio de Janeiro e liderada por Luís Torello Giordano, concluiu-se que a falta da credibilidade das decisões judiciais era uma constante em todos os países latino-americanos. Atribuiu-se tal impotência à tradição latina de procedimentos processuais calcados na escrituralidade, os quais eliminavam a imediação do juiz na elaboração do material probatório, assim como diluíam o processo em inúmeras fases, retardando a solução final.¹⁵⁹ O relator considerava impossível disciplinar um modelo procedimental puro fundado exclusivamente na oralidade, mas, ainda assim, compreendia que a audiência preliminar deveria ser o núcleo decisório formal do processo e o modo fundamental de atuação das partes no processo. Com vistas a esse fim, o projeto disciplinava duas audiências: uma preliminar ou preparatória, e outra de instrução. Enquanto a primeira audiência era obrigatória, a última era facultativa e destinava-se à produção de prova oral.¹⁶⁰

¹⁵⁹ “El movimiento para la reforma de las instituciones procesales es, en estos últimos años, un hecho común en todos los países iberoamericanos; tal como claramente lo evidencian la asiduidad con que se modifican las leyes procesales y son múltiples y periódicos proyectos de reforma integral de sus Códigos procesales civil e penal. La coyuntura de ese simultaneo movimiento reformista ha traído, como natural consecuencia, la idea de agrupar esos intentos bajo reglas o bases comunes, aprovechando los resultados de experiencias locales y, fundamentalmente, los aportes de la doctrina procesal iberoamericana, que preocupada con la actual situación de ineficacia de la función jurisdiccional, trabaja, analiza y propone soluciones, tomando en cuenta una realidad social, cultural, política y económica que, en lo esencial, es común en todo nuestros países. Es quizá el campo de lo procesal, más que en ningún otro de lo jurídico, donde los intentos unificatorios parecen contar con las mayores posibilidades de concretarse exitosamente. El examen del derecho procesal vigente nos países iberoamericanos pone de manifiesto que pese a la actual diversidad de los ordenamientos nacionales, existen múltiples similitudes que provienen de la comunidad de su origen y de una parecida evolución, derivada de las semejanzas de entorno social e cuyas necesidades esos ordenamientos tratan de satisfacer. Se advierte, incluso, que muchos de los defectos y de las carencias que afectan por igual a las regulaciones nacionales, son los propios del ordenamiento originario que provienen, ya que varias de sus características, como la escrituralidad, con la consecuente falta de inmediatez, el desarrollo desconcentrado y en fases preclusivas, las fuertes limitaciones de los poderes del Tribunal, fueron mantenidas no obstante las reformas [...]” (GIORDANO, Luís Torello. Principales lieneamientos del anteproyecto de código procesal civil: modelo para iberoamerica. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 14, n. 53, p. 108-121, jan./mar. 1989. p. 110).

¹⁶⁰ GIORDANO, Luís Torello. Principales lieneamientos del anteproyecto de código procesal civil: modelo para iberoamerica. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 14, n. 53, p. 108-121, jan./mar. 1989.

O Código Tipo construiu um modelo de audiência preliminar que amalgamava a união de três outros modelos: o da legislação austríaca de 1895; o da alemã, proveniente do “Modelo Stuttgart”; e o luso-brasileiro, com a figura do despacho saneador.¹⁶¹ Segundo um dos autores do projeto, Enrique Vescovi, os princípios inspiradores do Código Modelo foram buscados no Código europeu; no Código de Processo brasileiro, com a figura do despacho saneador escrito; no regime de audiência de instrução da Guatemala, Colômbia e Venezuela; no sistema argentino, que adotava todas as defesas e argumentos de forma conjunta na contestação; dentre outros. Disso resultava que o Código mesclava os modelos da *civil law* europeu com as peculiaridades dos modelos dos países membros da América Latina.¹⁶²

¹⁶¹ Tendo em vista que o Código Uruguaio adotou integralmente as disposições do Código Tipo, nelas incluídas inclusive a exposição de motivos, narrada pelos principais autores do projeto do Código Tipo Adolfo Gelsi Bidart, Luis Torello e Enrique Vescovi, optamos aqui por transcrever a exposição de motivos constantes no Código Uruguaio: “La moderna orientación es la de implantar un proceso de tipo oral; concepto que es usado como expresión de una tendencia hacia la consagración de un proceso mixto (escrito y oral), por audiencia, permitiendo, de esa manera, la intermediación, la concentración y la publicidad, entre otros de los principios cuya vigencia efectiva es unánimemente reclamada. En este tipo de proceso, la función más importante le está asignada a la AUDIENCIA PRELIMINAR. Ya Couture la introduía en su Proyecto de 1945 habiéndola tomando- según señalara – del régimen procesal norteamericano y del de Puerto Rico (Conferencia preliminar de Juicio, en este último; trial y pre-trial, en el primero). Por lo demás, el instituto ya existía en el ejemplar ordenamiento procesal austríaco (obra del eminente Klein) y en otros del continente europeo, donde el proceso funciona adecuadamente y el sistema de la audiencia preliminar reconoce muy antiguos antecedentes (según Guasp, proviene de la concordancia dubiorum del derecho canónico.” No mesmo sentido sobre as origens da audiência, preliminar a que seguiu o Código Modelo: “Como contenidos constantes de la audiencia preliminar tenemos el conciliatorio, buscando la autocomposición del litigio o, al menos, simplificar su objeto mediante la eliminación de puntos de la controversia y, en segundo lugar, el del saneamiento del proceso para depurarlo de aquellas irregularidades que podrían obstar al pronunciamiento de mérito: con lo que se sigue las ruellas del despacho saneador del derecho luso-brasileño.” (URUGUAI. *Código general Del proceso de la Republica Oriental del Uruguay*: Lei n. 15.982. 4. ed. [Uruguay]: Fundação Cultural Universitária, 1994). E ainda: “Dentre ellos resulta imprescindible aludir a los más conocidos, que son los originados de la legislación austríaca de 1895, la audiencia preliminar; y el de inspiración luso-brasileña, el despacho saneador. Modelos que, a despecho de significativas transformaciones, tanto en los ordenamientos de origen como en otros en que se adaptaran, siguen el punto de referencia obligado cada vez que se genera un nuevo intento de instauración para un régimen determinado. Conviene estar en guardia, por lo anterior, respecto de la identificación entre los modelos puros originarios y otros- mayoritarios en la legislación actual- que constituyen mecanismos casi siempre omnicomprendivos, muchas veces híbridos por agregación de funcione.” (BERIZONE, Roberto Omar. La audiencia preliminar en el código procesal civil: modelo para Iberoamérica. *Revista da Associação dos Magistrados Mineiros*, Belo Horizonte, v. 12, n. 22, p. 103-120, abr. 1993. p. 104).

¹⁶² VESCOVI, Enrique. Hacia un proceso civil universal: confrontación entre el código procesal civil modelo iberoamericano y el proyecto de Código europeo: las tendencias del Código modelo van plasmando en la realidad. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 24, n. 93, p. 179-190, jan./mar. 1999.

O Código tinha, ainda, um princípio norteador que era o predomínio da oralidade sobre a escrituralidade no tocante aos atos decisórios.¹⁶³ Todavia, procurava, mesmo assim, criar um procedimento oral sem deixar de lado a experiência e a tradição cultural dos países latino-americanos, buscando, ao mesmo tempo, compatibilizar, naquilo que fosse adequado, as experiências oriundas dos ordenamentos processuais europeus.

Enrique Vescovi, um dos autores do projeto, apontava que existiam “famílias” processuais de quatro tipos, no direito comparado. A primeira delas é a “família” de origem *commom law* que abrange a Inglaterra, Estados Unidos, e Canadá. Nesses sistemas há o predomínio da oralidade, com amplos poderes conferidos às partes e poucos aos juízes. Outra família é a do sistema soviético que se mantém na Europa Ocidental (União Soviética, China, Coréia do Norte e etc). Nesses países também há o predomínio do sistema oral, que outorga amplos poderes ao juiz. A outra é a da *civil law*, que rege o continente europeu, com exclusão dos países soviéticos e dos países de origem hispânica. É um regime que consagra o direito processual oral público, em que se conferem amplos poderes ao juiz e o processo decisório ocorre em audiência, existindo, portanto, o predomínio da oralidade. Finalmente, e formando uma “subfamília” do sistema da *civil law*, estão os processos hispano-americanos, que se fundamentam na escrituralidade, sem imediação de essência burocrática, e demasiadamente lentos.¹⁶⁴ Para os redatores do projeto do Código Modelo Tipo, os países da América Latina estavam dentro desse último modelo e precisariam se adaptar à forma do processo oral, adotado em todos os demais países do mundo.¹⁶⁵

¹⁶³ “A pesar de ello, se procurará la mayor coincidencia temporal de los mismos (preferencia de la audiencia escrita y sucesiva), enfoque sintético y de conjunto.” Exposição de motivos do Código Modelo Tipo. (GIORDANO, Luiz Torello. Principales lineamentos del anteproyecto de Código Procesal Civil-Modelo para Iberoamerica. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 14, n. 53, 108-121, jan./mar. 1989).

¹⁶⁴ VESCOVI, Enrique. Hacia un proceso civil universal: confrontación entre el código procesal civil modelo iberoamericano y el proyecto de Código europeo: las tendencias del Código modelo van plasmando en la realidad. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 24, n. 93, p. 179-190, jan./mar. 1999.

¹⁶⁵ Uma outra classificação a respeito dos modelos probatórios pode ser verificada na doutrina de Taruffo (TARUFFO, Michele. Modelli di prova e di procedimento probatorio. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 45, n. 2, p. 420-448, abr./giug. 1990).

O Código Modelo Tipo tinha como pilar o processo oral concentrado, de inspiração no modelo criado por Giuseppe Chiovenda¹⁶⁶, em que a audiência representava o “coração” do procedimento. De forma sintética, pode-se afirmar que o procedimento oral concentrado caracteriza-se por estabelecer que todo o processo decisório deve realizar-se de forma concentrada em uma audiência pública. Contudo, contrariamente ao que havia sido defendido por Giuseppe Chiovenda, o “pivô” do processo não era a audiência de instrução, mas a audiência preliminar, que era a responsável por “organizar” o processo e por materializar as quatro tarefas essenciais: conciliação, saneamento do processo a respeito das questões processuais prévias, fixação do objeto do processo mediante a delimitação das questões controvertidas de fato, e, finalmente, a fixação dos meios de prova.¹⁶⁷ Além disso, outro elemento diferenciava a oralidade adotada pelo Código Modelo da oralidade defendida por Giuseppe Chiovenda, que estava relacionado com os princípios norteadores da oralidade. O modelo adotado por Giuseppe Chiovenda era calcado na identidade física do juiz, na imediação, na concentração e na irrecorribilidade das decisões interlocutórias. Já o adotado pelo Código Tipo exigia a imediação, requisito que atrelava o juiz a presenciar e a dirigir a instrução do material probatório a formar a livre convicção do magistrado que julgaria o feito, concentração dos atos decisórios e probatórios em audiência, e a publicidade, que se representava na situação de as partes presenciarem e contribuírem com argumentos para a prolação da decisão das questões processuais e de direito material.¹⁶⁸ A publicidade representava a democratização da decisão judicial, pois as

¹⁶⁶ Sobre o conceito de oralidade de Chiovenda vide: CHIOVENDA, Giuseppe. Procedimento oral. In: PROCESSO Oral. Rio de Janeiro: Forense, 1940. p. 39-68.

¹⁶⁷ VESCOVI, Enrique. Hacia un proceso civil universal: confrontación entre el código procesal civil modelo iberoamericano y el proyecto de Código europeo: las tendencias del Código modelo van plasmando en la realidad. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 24, n. 93, p. 179-190, jan./mar. 1999.

¹⁶⁸ As disposições gerais do Código Tipo consistiam nas seguintes: “Artículo 1º. Iniciativa en el proceso. La iniciación Del proceso incumbe a los interesados. Las partes podrán disponer de sus derechos em el proceso, salvo aquellos indisponibles y podrán terminarlo en forma unilateral o bilateral de acuerdo con lo regulado por este Código. [...] Art. 7º. Publicidad del proceso – Todo proceso será de conocimiento público, salvo que expresamente la ley disponga lo contrario o el tribunal así lo decida por razones de seguridad, de moral o en protección de la personalidad de alguna de las partes. Art. 8º. Inmediación procesal – Tanto las audiencias como las diligencias de prueba que así lo permitan, no deben realizar-se 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. [...] Art. 10. 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.”

partes auxiliavam o juiz em audiência a trazerem os elementos que iriam fundamentar a sentença do magistrado.¹⁶⁹ Mudando o que deve ser mudado, o princípio da publicidade deve ser visto pelo direito processual, assim como a confiança e a informação são para as relações de direito privado. As decisões do Poder Judiciário devem ser transparentes, permitindo que os cidadãos não desconfiem de que alguma informação importante para a decisão da causa lhes foi subtraída no curso do processo. Isso porque, nas palavras de Cláudia Lima Marques, *o direito apenas encontra legitimidade no proteger das expectativas legítimas da confiança*.¹⁷⁰ Portanto, se o Poder Judiciário não submete as suas decisões ao público e com a clareza necessária às partes, ele estará subtraindo informações e violando o princípio da confiança e transparência.

Ainda, o procedimento oral do Código Modelo era substancialmente diverso do adotado pelo Código brasileiro de 1939. A nova oralidade considerava as inovações surgidas como decorrência da aplicação das normas processuais no tempo e, em especial, da autonomia do direito processual em relação ao direito material, cuja doutrina ganhou relevo no Direito Processual Brasileiro em 1973, por meio da inserção da fase saneadora no processo. Além disso, a oralidade preconizada pelo Código Tipo tinha seu cerne na audiência preparatória, diferentemente daquele procedimento oral puro, previsto no Código de 1939, onde tudo se cumpria na audiência instrutória.

Na audiência preparatória, ou preliminar, prevista no Código Tipo, o juiz exercia a atividade conciliadora, saneadora e ordenadora da prova, delimitando as questões de direito processual e o tema da prova, através da fixação dos pontos controvertidos. A oralidade apregoada, contudo, não eliminava por completo a escrituralidade das decisões processuais, porque, ainda que tomassem a forma oral,

(URUGUAI. *Código general Del proceso de la Republica Oriental del Uruguay*: Lei n. 15.982. 4. ed. [Uruguay]: Fundação Cultural Universitária, 1994).

¹⁶⁹ MENDES, Francisco de Assis Filgueira. A influência do Código Modelo para Ibero-América no sistema processual civil brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 23, n. 92, p. 110-123, out./dez. 1988; VESCOVI, Enrique. Hacia un proceso civil universal: confrontación entre el código procesal civil modelo iberoamericano y el proyecto de Código europeo: las tendencias del Código modelo van plasmando en la realidad. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 24, n. 93, p. 179-190, jan./mar. 1999.

¹⁷⁰ MARQUES, Cláudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

deveriam ser reduzidas por escrito e em sua integralidade nos autos, por ocasião da audiência preliminar, permitindo que o Tribunal conhecesse a matéria no momento apropriado.¹⁷¹

A audiência preliminar, portanto, concentrava a realização de todos os atos decisórios relativos aos pressupostos processuais e às condições da ação, o que, segundo o Código Tipo, deveria ser feito por escrito, isto é, pelo despacho saneador e na própria audiência. Superada essa fase, passava-se a fixação do processo e da prova, pronunciamento sobre os meios de prova, oportunidade em que o juiz deveria declarar quais dos fatos não estariam dentro do objeto da prova, fossem porque inadmissíveis, irrelevantes, ou impertinentes. O dispositivo mencionava que o juiz deveria ainda delimitar o objeto do processo, isto é, qual o pedido do autor. Contudo, considera-se existir uma pequena imprecisão do Código, pois a intenção do Código Tipo, mediante interpretação sistemática, não era conferir ao juiz o poder de fixar o objeto do processo, face à vigência do princípio dispositivo e da congruência. Segundo esses princípios, não pode o juiz julgar além do pedido ou defini-lo de forma contrária ao requerido pela parte. A atividade consistia em mera reiteração do pedido da parte para que elas, juntamente com o magistrado, pudessem confrontá-las com as alegações e os meios de prova requeridos nos autos e assim delimitar o objeto da prova. Verifica-se também, pela redação do art. 301, do Código Tipo, que a realização da audiência era obrigatória e deveria ser designada com ou sem contestação do réu, pois a principal finalidade do ato era propiciar que o juiz conhecesse, oralmente, a demanda. Em conformidade com os dispositivos do Código Tipo, a audiência seguia uma determinada ordem. Primeiramente, as partes

¹⁷¹ “Todo lo actuado- prevé el art. 303.5. – se documentará según lo dispuesto en los arts. 97 y 98, es decir, en forma resumida en acta que se labrará durante el transcurso o al cabo de audiencia, tratándose de asegurar la fidelidad del resumen, que se ha de limitar a la relación sucinta de lo actuado (art. 98, apart.3.). [...] La forma de documentación de los actos acontecidos en la audiencia preliminar, tanto como los que tuvieren lugar en la audiencia complementaria de prueba, vincula naturalmente con ciertos principios de esencia en que descansa el proceso oral, y, por otro lado, con la potestad revisora de los tribunales superiores [...] Porque los elementos de representación escrita no son indispensables en función de los principios ya aludidos. En cuanto a las exigencias que puedan derivar de la doble instancia ordinaria, comprensiva de la revisión del juicio fáctico, si bien por principio no justifica la documentación integral de la adquisición de las pruebas, tampoco excluye que se disponga de la reproducción de lo actuado utilizando los medios técnicos apropiados a que alude el art. 97, apartando final. Claro, que habrá que convenir que su incorporación no podrá efectuarse en el modo escrito, por lo quedó dich.” (BERIZONE, Roberto Omar. La audiencia preliminar en el código procesal civil: modelo para iberoamérica. *Revista da*

ratificavam o material escrito constante nos autos, podendo, inclusive, acrescentar novos fatos ao processo, desde que não implicassem modificação do pedido. Em ato contínuo, apresentavam-se as exceções processuais e, em seguida, passava-se à fase conciliatória. Não logrado êxito na conciliação, dava-se início à solução das questões processuais invocadas. Se fosse o caso, o juiz estava já autorizado a proferir o despacho saneador e decidir apenas questões processuais, mas não as de mérito condizentes com a relação de direito material invocada. Ultrapassadas essas fases, examinava-se o mérito, a fim de delimitar o objeto do processo e da prova.

Pela orientação do art. 301, alínea 6ª, o julgador reiterava o objeto do processo e fixava o da prova e, ao assim fazer, determinava que as partes aclarassem as questões fáticas litigiosas. Disso resultava o *thema decidiendi*. Para Roberto Omar Berizone, um dos autores do projeto, o juiz, ao decidir o objeto da prova não fixava apenas quais eram os fatos litigiosos, mas também descartava aqueles que não deveriam ser considerados como tais, porque supérfluos, ou meramente dilatatórios. Ainda, para Roberto Omar Berizone, o critério estabelecido na regra 6ª, do art. 301, era amplo, e o verdadeiro fato controvertido só poderia ser apreciado, na sentença, depois de ter sido produzida toda a prova e de finalizada a instrução probatória. Na hipótese de dúvida sobre fatos que não fossem considerados controvertidos prevalecer-se-ia a amplitude e a elasticidade favoráveis à admissão de fatos e provas, sob pena de comprometer-se o direito à ampla defesa das partes.¹⁷²

A parte do Código Tipo que regulamentava a audiência preliminar era composta dos seguintes artigos:

Título IV – PROCESO DE CONOCIMIENTO.

Capítulo I

PROCESO ORDINARIO

Art. 297. (Remisiones)

El proceso ordinario será precedido por la conciliación (arts. 263 a 267), sin perjuicio de las diligencias preparatorias que se solicitaren (arts.272 a 273) y comenzará con la demanda (arts.110 a 115).

Associação dos Magistrados Mineiros, Belo Horizonte, v. 12, n. 22, p.103-120, abr. 1993. p. 116-117).

¹⁷² BERIZONE, Roberto Omar. La audiencia preliminar en el código procesal civil: modelo para iberoamérica. *Revista da Associação dos Magistrados Mineiros*, Belo Horizonte, v. 12, n. 22, p.103-120, abr. 1993.

Art. 298. (Procedimiento)

298.1. Presentada la demanda, el Tribunal, una vez ejercido el control de su regularidad (arts. 33.1 y 112), ordenará el emplazamiento según lo dispuesto en la Sección II, Capítulo II, Título VI del Libro I y conferirá traslado al demandado por el plazo de treinta días.

298.2. Si mediare reconvencción, se conferirá traslado al actor por el plazo de treinta días.

298.3. Transcurridos los plazos señalados, con contestación o sin ella, se convocará a audiencia preliminar.

[...]

Art. 300. (Audiencia preliminar)

[...] Art. 301. (Contenido de la audiencia preliminar)

En la audiencia preliminar **se cumplirán las siguientes actividades:**

1º) 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 su resultaren oscuros o imprecisos, a juicio del Tribunal o de las partes.

2º) 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.

3º) Tentativa de conciliación, que deberá realizar el Tribunal, respecto de todos o algunos de los puntos controvertidos.

4º) 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, as 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 2º.

5º) **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 4º, 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.

6º) **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 (art. 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 (art. 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).¹⁷³

Verifica-se pela redação do projeto que o Código aproximou-se e muito do modelo da audiência preliminar portuguesa, ou da fase de “condensamento” prevista no processo daquele país, mas com uma peculiaridade: o Código Tipo incorporou o despacho saneador da audiência ao modelo brasileiro, pois tornava imperativa a necessidade de decisão escrita, a respeito dos pressupostos processuais e condições da ação.¹⁷⁴ A audiência preliminar do Código Tipo concentrava o centro decisório do processo, não em relação ao seu conteúdo, mas aos limites que seriam necessários para que o juiz proferisse a decisão final da causa. A audiência preliminar tinha, assim, um caráter organizador e diretivo do rumo que seguiria o procedimento, bem como da prova que seria necessária à produção. Além disso, sendo a audiência preliminar o “coração” do procedimento oral, a sua realização era obrigatória mesmo na hipótese de ser o réu revel.

3.2 INCORPORAÇÃO DO CÓDIGO MODELO TIPO PARA A AMÉRICA LATINA PELO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO (LEI N. 8.952, DE 13 DE DEZEMBRO DE 1994)

Após os estudos promovidos pelo instituto Ibero-americano e orientadores das reformas para os países da América Latina, o Processo Civil brasileiro estaria fadado a passar por grandes reformas, que seriam feitas, segundo os encarregados

¹⁷³ TEXTO del anteproyecto del código procesal civil modelo para a iberoamerica”. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 14, n. 53, 161-166, jan./mar. 1989. p. 161-164, grifo nosso

¹⁷⁴ A respeito da adoção do modelo brasileiro do despacho saneador escrito, advertia um dos autores do projeto do Código Modelo: “[...] que dicho Código ‘tipo’, no solo se inspira em instituciones de fuera de la región, sino especialmente, de las más avanzadas que ya existían em Iberoamérica. Por lo que incorpora el despacho saneador y el rechazo liminar de la demanda, de Brasil, el principio vanezoelando de que las partes está a Derecho, los poderes del Juez acordados por el Código de la Nación Argentina (1967), el desarrollo de la prueba em audiencia de Código colombiano [...]” (VESCOVI, Enrique. Hacia un proceso civil universal: confrontación entre el código procesal civil modelo iberoamericano y el proyecto de Código europeo: las tendencias del Código modelo van plasmando en la realidad. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 24, n. 93, p. 179-190, jan./mar. 1999. p. 189).

das mesmas, em etapas. Dentre os principais mentores da nova legislação processual brasileira estavam o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Athos Gusmão Carneiro, Ada Pellegrini Grionover, Celso Agrícola Barbi, Humberto Theodoro Júnior, José Carlos Barbosa Moreira, José Eduardo Carreira Arruda Alvim, Kazuo Watanabe, Sérgio Sahaione Fadel, dentre tantos outros.

A primeira reforma no ordenamento processual brasileiro ocorreu em 1994, tendo o Código Modelo Tipo exercido nítida influência para tanto. Verificou-se a necessidade de trazer institutos para o direito processual que viabilizassem a renovação do processo, em relação ao diploma originário de 1973. A nova etapa das reformas destinava-se, assim, a acelerar, simplificar e trazer para o processo a relevância do direito material. Chamou-se essa nova fase das reformas de instrumentalização do processo, porque o direito processual era considerado um instrumento do direito material que lhe garantia eficácia.

No que tange à influência do Código Tipo na doutrina brasileira, não existem divergências no sentido de que as reformas provocadas em 1994, e posteriormente em 2002, tiveram inspiração no Código Modelo Tipo para a Ibero-América.¹⁷⁵

A primeira lei reformadora do Processo Civil brasileiro foi a Lei n. 8.952, de 13.12.1994, que substituiu a redação do art. 331, do Código de Processo, do despacho saneador, disciplinando, em seu lugar, a fase do saneamento do processo e da audiência de conciliação.

¹⁷⁵ Neste sentido: “É fácil perceber que os fundamentais traços estruturais dessa audiência prévia estão presentes na dicção do art. 331 do Código de Processo Civil e no seu § 2º, portadores da assimilação do instituto no direito brasileiro. Eis o que ficou inscrito, por determinação da Lei n. 8.952, de 13 de dezembro de 1994: [...] Nessa redação está presente o intuito de plantar no procedimento ordinário brasileiro a audiência preliminar do Código-Tipo respeitada a estrutura do procedimento e sempre ressalvada a disponibilidade da *res in judicium deducta* (como já estava no art. 447 do Código de Processo Civil-v. CC, art. 1.035). Tanto quanto a do modelo, a nossa audiência preliminar preordena-se ao trinômio conciliação-saneamento-organização.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do código de processo civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 117-118, grifo do autor). “Embora inexistente menção expressa ao Código Modelo para a Iberoamérica na Exposição de Motivos do Código de Processo Civil brasileiro, vários princípios e regras são comuns. A inspiração tornou-se mais evidente, agora de forma explícita, em reformas introduzidas no sistema a partir de 1994. A falta de referência inicial talvez se dê pelo fato de a aprovação do projeto brasileiro ter ocorrido em janeiro de 1973, após algum tempo de debate no Congresso Nacional. Nessa medida, a remessa do anteprojeto verifica-se antes da apresentação final do Código Modelo, realizada no Rio de Janeiro, em maio de 1988.” (BEDAQUE,

Visava a reforma de 1994 alterar a cultura do despacho saneador como sendo exclusivo para as questões processuais e ampliar a fase do saneamento, para que abrangesse a análise de outras questões relacionadas ao “tema probatório”, assim como previsto no Código Modelo Tipo. Dentre as providências preliminares, na fase do saneamento contava o processo agora com uma audiência de tentativa de conciliação. Considerava-se extremamente útil a conciliação, pois poderia eliminar-se a fase instrutória, ressaltando, assim, a figura do juiz como, também, um conciliador das partes.¹⁷⁶ Entretanto, não obtida a conciliação, o juiz, após diálogo com as partes, deveria fixar pontos controvertidos, decidir as questões processuais pendentes e designar audiência de instrução, se fosse necessário. A nova redação do art. 331, do Código de Processo Civil ficou assim estruturada:

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.

A fase preliminar, inserida no dispositivo da audiência de conciliação pelo art. 331, do Código, autorizava o juiz a decidir os contornos da relação jurídica de direito processual e de direito material, faculdade que extrapolava, significativamente, o previsto no Código de 1973. Ademais, a reforma operada pela Lei de 1994 eliminou a figura escrita do despacho saneador em substituição às providências preliminares orais entabuladas no § 2º, do art. 331, do Código.

Assim, volta à discussão o antigo instituto da fixação dos pontos controvertidos, que, de letra morta da lei (art. 451, do Código) ganhou relevância e destaque para fins de solução da controvérsia no atual § 2º, do art. 331, do Código.

José Roberto dos Santos. O código modelo na América Latina e na Europa: relatório brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 29, n. 113, p. 147-189, jan./fev. 2004. p. 147).

¹⁷⁶ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALVIM, Tereza Arruda. *Breves comentários à 2ª fase da reforma do código de processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Além disso, pela reforma operada pela Lei n. 8.952/94, resgatou-se o antigo sistema do procedimento oral, já que toda a matéria constante dos autos deveria ser discutida e decidida em audiência e não mais por ato solitário do juiz em seu gabinete, como ocorria na fase do saneamento previsto no Código de 1973.

Sem atentar para a imprecisão sistemática resultante da regra oral da fixação da controvérsia, a doutrina atribuiu a ineficácia do instituto à terminologia utilizada pelo legislador. Na redação do art. 331, restringiu-se a audiência às hipóteses em que a causa versasse sobre direitos disponíveis. Considerava-se que o mencionado artigo, conforme estava redigido induzia à interpretação literal de que, apenas nos casos em que a causa versasse sobre direitos disponíveis, o magistrado estaria obrigado a realizar a audiência, com o fito de proporcionar a conciliação e, após, delimitar o objeto da controvérsia sobre o qual deveria recair a prova.¹⁷⁷

¹⁷⁷ “A audiência preliminar de 1994, foi alvo de inúmeras críticas, especialmente por parte dos juízes de primeiro grau de jurisdição, muitas vezes preocupados com a grande carga de trabalho, e que nela viam, conforme já destacou um dos autores deste trabalho, *mais um fator de entulhamento do judiciário, na medida em que, segundo essa opinião estaria assoberbando ainda mais a pauta das Varas Cíveis. Segundo esse ponto de vista, além da tradicional audiência de instrução e julgamento, haveria mais uma audiência em cada processo de conhecimento, dobrando a pauta destinada a essa atividade processual.* Muito provavelmente essa crítica tenha tido origem na equivocada denominação dada pelo legislador à audiência preliminar, o que é corrigido, agora, na chamada segunda fase da Reforma do Código de Processo Civil, ao passar a lei a denominá-la de audiência preliminar. De fato, ao tratar desse momento processual apenas como audiência de conciliação, o legislador favoreceu a que se formulassem interpretações no sentido de empobrecer o seu conteúdo, como se apenas de momento para a tentativa de conciliação se tratasse. Isso, todavia, não corresponde à interpretação que deva ser tida como correta nem mesmo no que diz respeito ao modelo de audiência criado em 1994. É que essa audiência já se prestava, na redação original, a ser sede de uma série de atos tendentes a facilitar o curso do procedimento, dessa ocasião para adiante. Trata-se, desde sua inserção no sistema processual brasileiro, de uma oportunidade para, além da tentativa de conciliação, ocasionar o saneamento ‘compartilhado’ do processo. De fato, na sistemática anterior a 1994, o saneamento do processo era, sempre, um ato absolutamente solitário do juiz, realizado sem que houvesse qualquer contato com as partes. Do mesmo modo se dava com a fixação dos pontos controvertidos, função então atribuída unicamente ao juiz, que realizava ao início da audiência de instrução e julgamento, nos termos que dispunha o antigo art. 451. Com a criação da audiência de conciliação, na reforma de 1994, se não obtida a conciliação das partes, deveria o juiz desde logo decidir as questões processuais pendentes (saneamento do processo), fixar os pontos controvertidos e determinar as provas a serem produzidas, designando, se necessário, a audiência de instrução e julgamento. A Audiência preliminar (repita-se, mesmo em seu formato anterior) é, na verdade, um momento importantíssimo, que, se bem conduzido pelo juiz, cria espaço para um contato mais direto do magistrado com as partes e/ou seus procuradores, justamente naquela delicada fase do saneamento, em que, com a verificação da ausência de vícios processuais relevantes, ou com a sua correção, se definem os limites dentro dos quais deve permanecer a discussão no processo, mediante a fixação dos pontos sobre os quais incidirá a atividade probatória.” (WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALVIM, Tereza Arruda. *Breves comentários à 2ª fase da reforma do código de processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 86-87, grifo do autor).

Cândido Rangel Dinamarco considerava que a audiência prevista no art. 331, do Código, bem como as atividades a serem nela realizadas não se inseriam entre os atos de disponibilidade do juiz ou das partes, sendo, ao contrário, de realização obrigatória. Segundo o jurista, pela reforma excluiu-se a possibilidade de o julgador proferir o despacho escrito saneador pela audiência preliminar. Portanto, as atividades que fossem indispensáveis ao processo de conhecimento deveriam ser realizadas em audiência (art. 331), e não mais mediante decisão saneadora escrita, a qual carecia de previsão na nova sistemática processual.¹⁷⁸ Cândido Rangel Dinamarco parece ter passado despercebido do fato de que o despacho saneador era apenas o ato final do saneamento do processo e que a fase do saneamento não foi integralmente eliminada pela reforma de 1994. Ao juiz ainda é facultado sanear o processo por escrito, já que pode tanto designar, sem necessidade de oitiva das partes, audiência de instrução (art. 324) como indeferir, com ou sem julgamento do mérito, a inicial (art. 295 e art. 267). Outrossim, a importantíssima regra processual relativa às nulidades processuais permite que, *quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade*. Portanto, conquanto louvável o esforço de Dinamarco em difundir a obrigatoriedade da audiência pela sua importância, a tese não se sustenta: os atos predispostos para a audiência podem ser substituídos por decisão escrita, sem que isso importe prejuízo às partes.

Outra questão que parece não ter sido objeto de consenso, nem da doutrina nem dos Tribunais, foi a função atribuída ao art. 451, do Código em face da reforma operada pelo art. 331. Para Cândido Rangel Dinamarco, o art. 451 havia sido revogado pela Lei n. 8.952/94, embora *a lei não o dissesse expressamente*.¹⁷⁹ Tal orientação foi objeto de divergência nos Tribunais, que ora entendiam que o dispositivo permanecia em pleno vigor, configurando oportunidade de nova delimitação da controvérsia pelo juiz, ora o julgavam implicitamente revogado pela reforma.¹⁸⁰

¹⁷⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do código de processo civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

¹⁷⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do código de processo civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

¹⁸⁰ No sentido da revogação do art. 451: "Audiência – Fixação dos pontos controvertidos – Observância obrigatória do art. 331, § 2º, do CPC, acrescentado pela Lei n. 8.952/94 – Incorrência,

Na angústia de resguardar a obrigatoriedade de o juiz decidir sobre os limites da controvérsia, assim como de realizar os atos preparatórios à instrução na audiência de instrução, alguns tribunais brasileiros endossaram a doutrina propagada por Cândido Rangel Dinamarco, no sentido de que a audiência prevista no art. 331 seria obrigatória, mesmo quando a causa versasse sobre direitos indisponíveis.¹⁸¹

Adotando posicionamento diverso, na primeira oportunidade que o Superior Tribunal de Justiça teve de pronunciar-se sobre a matéria disciplinada no art. 331, da audiência de conciliação, julgou-a em conformidade com a sistemática decisória escrita do procedimento brasileiro. Para o Superior Tribunal de Justiça, o fato de o

entretanto, de preclusão – Hipótese que não autoriza a relegação do ato processual fundada na norma implicitamente revogada do art. 451 do CPC. Ementa: A fixação, pelo juiz, dos fatos controversos na audiência preliminar, segundo o art. 331, § 2º, do CPC, acrescentado pela Lei 8.952/94, visa à efetiva utilidade e boa organização das atividades probatórias que virão na fase instrutória do procedimento; entretanto, a inocorrência de preclusão não autoriza as partes a relegarem a tarefa a pretexto de sobrar oportunidade prevista no art. 451 do CPC, visto que esta norma encontra-se implicitamente revogada pela nova disciplina processual”. (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. AgIn 47.773-4/5. Relator: Des. Quaglia Barbosa. Julgado em: 13 maio 1997. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 744, p. 222-224, out. 1997). “Audiência – Tentativa de conciliação – Ato realizado em conjunto com a audiência de instrução e julgamento – Admissibilidade, se inexistente prejuízo para as partes e se somente a realização da prova oral é viável para o deslinde da causa- Cerceamento de defesa inexistente- Inteligência dos arts. 331 e art. 451 do CPC. Ementa: Verificando que somente a prova oral é viável, incorrerá cerceamento de defesa quando a audiência de tentativa de conciliação de que trata o art. 331 do CPC realizar-se em conjunto com a audiência de instrução e julgamento, pois, de acordo com o art. 451 do CPC, poderá o juiz, nesta oportunidade, e desde que não haja prejuízos para as partes, fixar os pontos controvertidos da matéria.” (SÃO PAULO. Tribunal de Alçada Cível. AgIn n. 538896-00/0. Relator: juiz Carlos Stroppa. Julgado em: 15 set. 1998. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 760, p. 310-313, fev. 1999).

¹⁸¹ “Processo – Audiência preliminar – Ação de estado em que se discute direitos indisponíveis – Ato dispensado pelo juiz – Inadmissibilidade – Audiência que não se destina tão-somente a propiciar possível conciliação entre os litigantes, mas, também, sanear e organizar o feito – Inteligência do art. 331 do CPC, com redação dada pela Lei 8.952/94. Ementa: No regime atual do Código de Processo Civil, após significativa reformulação trazida pela Lei 8.952/94, não há como dispensar a designação da audiência preliminar, a que se refere o art. 331 do Estatuto Processual, ainda que se trate de ação de estado, em que se discutem direitos indisponíveis, pois o objetivo do ato não é somente propiciar possível conciliação entre os litigantes, mas, também de sanear e organizar o processo.” (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. AgIn 224.323-4/2-00. Relator: Des. Quaglia Barbosa, Julgado em: 20 nov. 2001. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 798, p. 257-259, abr. 2002). “Audiência. Tentativa de conciliação – Ação versando sobre direitos indisponíveis – Admissibilidade – Procedimento que não visa, única e exclusivamente, a transação entre as partes, mas também a fixação de pontos controvertidos, bem como a possível designação de audiência de instrução e julgamento – Interpretação do art. 331 do CPC. Ementa: Nas ações versando sobre direitos indisponíveis, é perfeitamente admissível a designação de audiência de tentativa de conciliação prevista no art. 331 do CPC, uma vez que tal procedimento não visa única e exclusivamente, a transação entre as partes, mas também a fixação de pontos controvertidos, bem como a possível designação de audiência de instrução e julgamento.” (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. AgIn 92.886-4/5. Relator: Des Ruy Camilo. Julgado em: 17 nov. 1998. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 762, p. 252-255, abr. 1999).

juiz não ter designado a audiência do art. 331 e não ter realizado as atividades preparatórias previstas no dispositivo não acarretava nulidade do processo, quando essa atividade fosse realizada por escrito nos autos e mediante provocação da parte, ou, ainda, quando configurasse hipótese considerada pelo juiz como passível de julgamento antecipado.¹⁸² Percebe-se que, mediante tal decisão, o Superior Tribunal de Justiça acabou por julgar desnecessária a realização de audiência, bem como as demais atividades previstas no §2º, do art. 331, do Código de Processo Civil, quando o feito carece de instrução probatória.

Importante atentar que o legislador brasileiro, embora tenha seguido a orientação do Código Tipo o fez em termos, pois não disciplinou a respeito do despacho saneador escrito, bem como não adotou a expressão “objeto da prova” como recomendava o projeto, mas sim “fixação dos pontos controvertidos”. O objeto da prova¹⁸³, expressão adotada pelo Código Tipo, é muito mais amplo do que

¹⁸² “Audiência de conciliação. Art. 331 do Código de Processo Civil. Embargos protelatórios. 1. Não há razão para anular o processo quando o juiz designa audiência de conciliação logo ao início do feito, marcando, posteriormente, a audiência de instrução e julgamento, tendo resolvido diversas questões preliminares antes da segunda audiência, por provocação da parte, e reiterado a decisão durante a própria audiência. Essa inversão não prejudica as partes, como o que descabe a anulação pretendida. 2. São protelatórios embargos de declaração quando atacam ponto decidido expressamente, pelo Acórdão embargado. 3. Recurso não conhecido.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp n. 156.142/RS. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Julgado em: 24 nov. 1998. *DJ*, Brasília, 01 mar. 1999. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em set. 2007). “Processo Civil. Audiência Preliminar. Extinção do Processo. Ilegitimidade passiva. Possibilidade. Art. 331, § 2º, CPC. Desnecessidade de audiência de instrução e julgamento. Recurso desacolhido. Em regra, a extinção do Processo por ilegitimidade passiva prescinde da audiência prevista no art. 331, CPC. Todavia, se o juiz se convencer da ilegitimidade da parte no curso da audiência, deve desde logo extinguir o processo sem julgamento do mérito, tornando desnecessária a designação de audiência de instrução e julgamento, porquanto inexistentes questões processuais pendentes ou pontos controvertidos a serem fixados.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp n. 417.899/SP. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Julgado em: 27 jun. 2002. *DJ*, Brasília, 07 out. 2002. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em set. 2007).

¹⁸³ Darci Guimarães Ribeiro, dissertando sobre o conceito de objeto de prova, aponta as divergências doutrinárias que o conceito implica: “Existe na doutrina uma confusão muito grande entre as noções de *objeto e necessidade* ou *tema de prova*. Muitos autores consideram como sinônimas as expressões, não fazendo distinção de espécie alguma. Essa confusão é reflexo, a meu sentir, da própria conceituação da prova, pois está vinculada à preferência dada pelo autor do conceito, a um critério frente a outro, ou seja, no predomínio do critério subjetivo frente ao objetivo ou vice-versa, v.g, se o autor do conceito der preferência ao critério subjetivo, então ele deverá fazer a distinção entre objeto e necessidade de prova, pois o objeto da prova será tudo o que puder convencer o juiz, não se limitando aos fatos controvertidos. Se, ao contrário, o autor der preferência ao critério objetivo na conceituação da prova, ele não deverá fazer distinção, pois limitará o objeto da prova às questões controvertidas, inviabilizando, por exemplo, o fato notório, os fatos incontroversos como objeto da prova. [...] A razão de que um determinado fato não necessite ser provado num determinado processo não lhe retira o caráter de poder influenciar na decisão judicial, não lhe retira o seu enquadramento no objeto da prova, pois na verdade os fatos notórios, os incontroversos apenas estão dispensados da necessidade de provar, precisamente por serem notórios ou não

fixação dos pontos controvertidos a que deve ser submetida a fase probatória adotada pela lei brasileira. Assumiu, assim, a Lei n. 8.952/94 posição ainda mais restritiva do que a prevista no próprio Código Modelo.

De outro lado, em conformidade com a atual sistemática do Código brasileiro, podemos conceituar como objeto da prova todas as alegações feitas pelas partes¹⁸⁴ que necessitem de comprovação em audiência e aquelas que não, porque podem ser provados por outros meios de prova, na forma do art. 334 e 355 do Código de Processo Civil.¹⁸⁵ Com isso, poderíamos concluir que as alegações controvertidas e os fatos incontroversos relevantes para a solução da lide incluem-se no objeto da prova, porém, o que os diferencia é o meio através do qual serão comprovados, isto é, alguns o serão pela prova oral em audiência, e outros poderão prescindir de comprovação em audiência de instrução, porque irrelevantes para a solução da controvérsia, porque admitidos por uma parte e não contestados pela outra, porque são fatos presumidos pela lei, evidentes, normais, notórios, ou, ainda, porque podem ser comprovados através de documentos ou prova pericial. Ainda, podemos classificar que não são objeto de prova os fatos irrelevantes para a solução do litígio, à similitude do que ocorre na classificação do Código Tipo.

Note-se que o § 2º, do art. 331, do Código de Processo Civil não se atem aos contornos da atividade delimitadora dos pontos controvertidos pelo juiz, isto é, se a na fase saneadora deve o magistrado fixar apenas os pontos controvertidos que deverão ser submetidos à fase probatória em audiência de instrução, ou se deve incluir, também, outros pontos que já se encontram provados nos autos, por

controvertidos, não significando que possam influenciar na decisão judicial. [...] O que é definitivamente *objeto de prova judiciária*. Quem melhor nos expõe é Devis Echandia quando afirma objeto de prueba judicial em general es todo aquello que, siendo de interes para el proceso, puede ser susceptible de demostración histórica (como algo que existió, existe o puede llegar a existir); es decir, que objeto de prueba judicial son los hechos presentes, pasados o futuros, y lo que puede asimilarse a éstos (costumbre y ley extranjera)." (RIBEIRO, Darci Guimarães. Tendências modernas da prova. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 43, n. 218, p. 5-22, 1995. p. 8).

¹⁸⁴ Nesse sentido podemos citar a doutrina mais moderna de Juan Monteiro Aroca e José Flors Matíes: AROCA, Juan Monteiro; MATÍES, José Flors. *Tratado de juicio verbal*. 2. ed. [Espanha]: Aranzadi, 2004.

¹⁸⁵ "Art. 334. Não dependem de prova os fatos: I - notórios; II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; III - admitidos, no processo, como incontroversos; IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade. Art. 335. Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum ministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial." (Código de Processo Civil de 1973: Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973).

confissão, silêncio, ou prova documental, na forma do art. 334 do Código de Processo Civil. Outrossim, não dispõe a lei a respeito da fixação dos pontos controvertidos a que deve ser submetida a prova pericial, conforme previsão do art. 335, do Código de Processo Civil.

Com efeito, ao que tudo indica, se a intenção do legislador brasileiro foi seguir a orientação do Código Modelo Tipo, o fez com a adoção de uma redação bastante confusa que não induz interpretação com a apregoada pelo Instituto Ibero-americano de direito processual.

Denota-se ainda, que o legislador optou por inserir um modelo oral sem que antes atentasse para a realidade da sistemática predominantemente escrita do processo de conhecimento brasileiro, previsto no Código de 1973. O Código-Tipo dá predomínio ao modelo oral, porque, nesse, consagrou à submissão dos atos decisórios à audiência. Ao transplantar o instituto, o legislador olvidou-se de que a realização da audiência é ato discricionário do juiz no direito brasileiro, no qual prevalece a escrituralidade dos atos decisórios uma vez que pode o julgador, antes mesmo de ordenar as diligências preparatórias em audiência, sanear o feito e, ou, julgar de forma antecipada, em razão das disposições constantes nos arts. 267, 295, 329 e 330 do Código. Socorre-se aqui novamente à doutrina de Galeno Lacerda, que, desde a atualização da obra “Despacho Saneador” em face do Código de 1973, justificava que a audiência, no sistema processual brasileiro, não é ato obrigatório, pertencendo, sim, ao âmbito dos atos processuais disponíveis às partes e ao juiz. Para o processualista, todos os atos que forem desenvolvidos em audiência podem ser substituídos pela forma escrita: a predominante no direito processual brasileiro.¹⁸⁶ Interessante observar que o Código Modelo inspirou-se no despacho

¹⁸⁶ “Na ordem do juízo há que distinguir os atos essenciais, indispensáveis à constituição e aos fins da relação processual, de outros, não essenciais, porque pertencem à esfera de disponibilidade das partes ou à do juiz. [...] Como classificar, entre nós, a audiência de instrução e julgamento? Qual a sua finalidade? Nela podemos vislumbrar três objetivos: provar, discutir e julgar. A prova não tem a virtude de transformá-la em ato essencial do juízo. Por quê? Por dois motivos: 1º) Porque nem toda a prova nela se produz. [...] 2º) Porque a prova pertence ao poder de disposição da parte ou do juiz (art. 117 do C.P.C.). Como ato disponível, o meio através do qual ele possa manifestar-se; audiência, não será essencial ao processo. [...] A discussão entre as partes teria o dom de dar à audiência esse caráter? Também não, porque discutir continua a ser ato disponível, renunciável, cuja existência pertence ao alvedrio das partes. Portanto, não será daí que a audiência possa receber a nota de ato essencial ao processo. [...] Como se vê, são disponíveis, para as partes ou para o juiz, todos os atos a serem praticados dentro da audiência, em razão dos quais ela existe. A

saneador escrito brasileiro, que a nossa própria legislação ignorou atribuindo caráter facultativo à atividade.

Verifica-se, também, que a Lei n. 8.952/94 inovou não apenas com a introdução dos dispositivos que disciplinavam a audiência preliminar, mas também da antecipação dos efeitos da tutela. Esse último instituto, ao contrário do da delimitação da controversia, foi perfeitamente adequado à sistemática decisória escrita do Processo Civil brasileiro. Assim, a antecipação dos efeitos da tutela, prevista no art. 273, do Código de Processo Civil e que foi inserida no Processo Civil brasileiro pela mesma lei que criou a audiência de conciliação e a fixação dos pontos controvertidos pelo juiz (Lei n. 8.952/94), assumiu a forma escrita compatível com a nossa sistemática decisória. A antecipação da tutela é ato decisório escrito proferido pelo juiz, que, desde o início da ação e assim que interposta a petição inicial, já delimita, mediante despacho, os limites da controvérsia e da prova. Ato contínuo o julgador declara se estão presentes ou não fortes indícios para a concessão ou não do pedido final do autor. No que diz respeito à antecipação de tutela, já existe inclusive projeto de lei com a finalidade de conferir efeitos preclusivos à decisão proferida pelo juiz quando a parte não interpuser o recurso no momento apreciado.¹⁸⁷

3.3 LEI N. 10.444, DE 07 DE MAIO DE 2002 E A ALTERAÇÃO DO ART. 331, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O Processo Civil brasileiro não conhecia o instituto do saneamento da prova antes da entrada em vigor da Lei n. 10444, de 07 de maio de 2002, que inseriu o §

conclusão, portanto, só pode ser uma: a audiência de instrução e julgamento não é ato essencial à ordem do juízo. Este resultado lógico da análise do sistema processual brasileiro. Entre nós, a oralidade não é imperativa, mas disponível. Aqui reside o grande equívoco de Liebman. Nossos atos postulatórios são escritos; sua apresentação em juízo e a produção da prova documental, tantas vezes única a existir, não se fazem em audiência; nossas discussões orais são irrenunciáveis; nossas sentenças, salvo publicação, independem de audiência. [...]". (LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1985. p. 143-145).

¹⁸⁷ O projeto que prevê a estabilização dos efeitos da tutela antecipada é o Projeto de Lei do Senado n. 186/2005, de autoria do Senador Antero Paes de Barros. Comentários sobre o projeto vide: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Estabilização das tutelas de urgência*, In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). *O processo estudos e pareceres*. São Paulo: DPJ, 2006. 660-683.

3º e alterou a redação do “caput” do art. 331, do Código de Processo Civil. A nova redação ficou assim estabelecida:

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 (Redação dada pela Lei n. 10.444, de 2002).

§ 1º. Obtida a conciliação, será reduzida a termo e homologada por sentença. (Incluído pela Lei n. 8.952, de 1994).

§ 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. (Incluído pela Lei n. 8.952, de 1994).

§ 3º. **Se o direito em litígio não admitir transação, ou se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável sua obtenção, o juiz poderá, desde logo, sanear o processo e ordenar a produção da prova, nos termos do § 2º.** (Incluído pela Lei n. 10.444, 2002).(grifo nosso).

Anteriormente às reformas legislativas, provocadas pela Lei n. 8.952, de 13.12.1994 e pela Lei n. 10.444, de 2002, a atividade saneadora exercida pelo juiz estava relacionada apenas com a delimitação das questões processuais.

O saneamento do processo era disciplinado no próprio art. 331¹⁸⁸, do Código, que, na sua redação original, regulamentava o “despacho saneador”. O instituto, trazido do Direito Português para o Código de 1973, impunha a existência de decisão escrita, proferida pelo juiz, com vistas a delimitar as questões processuais pendentes e a “expurgar” da lide todas as possíveis nulidades existentes antes que o processo ingressasse para a fase probatória. O despacho saneador tinha, portanto, o escopo de definir os contornos da relação de direito processual, delimitando apenas essas questões, sem ater-se à definição ou ao juízo de valor acerca do direito material invocado, tampouco em relação ao objeto da prova.

¹⁸⁸ “Art. 331. Se não verificar nenhuma das hipóteses previstas nas seções precedentes, o juiz, ao declarar saneado o processo: I – deferirá a realização de exame pericial, nomeando perito e facultando às partes a indicação dos respectivos assistentes técnicos; II – designará audiência de instrução e julgamento, deferindo as provas que nela hão de produzir. (redação dada pela Lei n. 5.925, de 01.10.1973).” (Código de Processo Civil de 1973: Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973).

Pela sistemática do Código de 1973, na sua redação original, o juiz, no tocante à atividade probatória limitava-se a designar audiência e a deferir os meios de prova já requeridos pelas partes nos autos, o que era feito na fase postulatória. Regressando um pouco mais no tempo, temos o Código de 1939, em que a atividade do julgador também se restringia a deferir as provas requeridas antes da audiência, sem que examinasse antes do ato os limites da controvérsia.

Contudo, a reforma legislativa anterior a 2002, provocada pela Lei n. 8.952, de 1994 e inspirada no Código Modelo Tipo para a América Latina, suprimiu do ordenamento processual a figura do despacho saneador, e em seu lugar disciplinou-se a audiência de conciliação. A decisão escrita proferida pelo juiz a respeito dos pressupostos processuais e condições da ação foi substituída por despacho oral pronunciado em audiência e que visava primeiramente à conciliação e, após não obtida essa, passava-se à discussão e à decisão a respeito da fixação dos pontos controvertidos, das questões processuais pendentes, e das provas a serem produzidas. De acordo com a orientação do Código Modelo e da nova lei processual brasileira tudo deveria ocorrer em audiência.

Outra inovação trazida com a Lei n. 8.952, de 1994, foi a antecipação da decisão que delimita a controvérsia para a audiência de conciliação, quando o Código Brasileiro previa e, ainda prevê, no art. 451¹⁸⁹, que a atividade pode ser exercida no início da audiência de instrução.

Todavia, foi apenas por ocasião da Lei n. 10.444, de 2002, que a expressão “saneamento” voltou a ser incorporada ao Processo Civil brasileiro, quando no § 3º do art. 331, do Código falou-se em sanear o processo e ordenar a prova.¹⁹⁰ Ainda, o § 3º, do referido dispositivo, fez menção expressa que o saneamento e a ordenação da prova deveriam ser realizados nos moldes do § 2º do art. 331, do Código.

¹⁸⁹ “Art. 451. Ao iniciar a instrução, o juiz ouvida as partes, fixará os pontos controvertidos sobre que incidirá a prova.” (Código de Processo Civil de 1973: Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973).

¹⁹⁰ Antônio Carlos Marcato, faz a distinção entre saneamento direto e indireto, classificando essa última como sendo a decisão que defere as providências preliminares e ordena a produção das provas, no moldes do §2º do art. 331 do Código de Processo Civil. (MARCATO, Antônio Carlos. *Código de Processo Civil interpretado*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005).

A reforma de 2002 trouxe mais uma alteração, pois substituiu a expressão da “audiência de conciliação”, inserida pela reforma de 1994, por “audiência preliminar”.

Após a reforma de 2002, pouca inovação ocorreu em torno dos debates a respeito do significado de pontos controvertidos. Grande parte da doutrina confere classificação simplista a respeito dos pontos controvertidos, como sendo aqueles que devem recair a prova.¹⁹¹ Outra parte dava maior ênfase à delimitação da controvérsia, equiparando o instituto à atual audiência preliminar prevista no processo português.¹⁹² Segundo essa corrente, a fixação deve compreender a delimitação dos pontos relevantes que foram apresentados pelas partes, bem como aqueles que não o são, sejam porque provados através de documentos nos autos, ou porque confessados ou admitidos como incontroversos no processo¹⁹³, ou, ainda, porque notórios ou evidentes.¹⁹⁴

¹⁹¹ SANTOS, Willian Ferreira. *Aspectos polêmicos e práticos da nova reforma processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 231-255.

¹⁹² O procedimento processual português inseriu a fase do condensamento, que é realizado em audiência preliminar e que comporta, dentre as atividades saneadoras, a delimitação da matéria de fato controvertida. Sobre a recente reforma da legislação processual portuguesa, vide: SILVA, Paulo Costa e. Saneamento e condensação no novo processo civil: a fase da audiência preliminar. Lisboa: Lex, [199-]; Gerlaldes, Antônio Santos Abrantes. *Temas da Reforma do Processo Civil*, II volume, Ed. Almedina, Coimbra, Portugal, 1997 e De Souza. Miguel Texeira. *Estudos sobre o Processo Civil*, 2ª Ed., Lisboa: LEX, 1997.

¹⁹³ Sobre o conceito de delimitação da controvérsia, vide: DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do código de processo civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996; FARIAS, Cristiano Chaves de. Audiência preliminar no processo civil moderno. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 359, p. 59-80, 2002; RIBEIRO, Darci Guimarães. Audiência preliminar e oralidade. *GENESIS: Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, n. 11, p. 57-83, jan./mar. 1999.

¹⁹⁴ Para Antônio Santos Abrantes Gerlaldes, a delimitação da matéria de fato pelo juiz na audiência preliminar portuguesa é a mais árdua do processo, mas também é a mais importante, pois ela irá compor a base instrutória do processo. Os portugueses chamam essa fase de condensamento do processo. A tarefa da seleção da matéria de fato era um ato praticado “isoladamente” pelo juiz, e muitas vezes não era expressado na forma de despacho ou decisão escrita, ou seja, no saneador, mas em audiência. Nessa tarefa de seleção da matéria de fato, incumbia ao juiz: 1º) confrontar as versões sobre os fatos trazidas pelas partes; 2º) analisar e buscar no ordenamento jurídico as diversas soluções plausíveis para a questão de direito (tarefa de integração entre fatos e normas); 3º) separar o que é matéria de fato e o que é matéria de direito; 4º) isolar o que é questão de fato relevante ou pertinentes para a solução do litígio em relação à matéria de direito; 5º) verificar quais dos fatos relevantes já estão provados através de outros meios como confissão e documentos dos que necessitam ser objeto de prova e 6º) o juiz deveria analisar também o que poderia dentre os fatos instrumentais serem objeto de prova para fins de utilização como indícios ou presunções. No direito português esses fatos seriam objeto de questionário, os quais representavam uma espécie de “trampolim” para a prova dos fatos essenciais. Hoje, no direito português, o “questionário” foi substituído pela expressão “fatos controvertidos” que integram uma peça processual chamada de “base instrutória”. Na “base instrutória” devem estar consignados toda a matéria fática relevante para a solução do litígio. Tal instrumento deve conter não apenas os fatos controvertidos que precisam ser objeto de prova como também aqueles que já restaram comprovados na fase dos “articulados”, seja através de confissão ou de documentos. A atividade agora não é feita de forma isolada pelo juiz, mas de forma democrática em conjunto com os participantes do processo. Assim,

Há, ainda, alguns doutrinadores que consideraram que na fixação dos pontos controvertidos estão as questões de fato e de direito.¹⁹⁵ Cândido Rangel Dinamarco, endossando a doutrina de Carnelutti, considera que os pontos constituem os fundamentos da sentença, sendo que cada ponto, de fato ou de direito é uma coluna sobre a qual se apóia a demanda, a defesa ou a sentença. Contudo, toda a vez que esse ponto é contestado seja por outro fato, seja por uma interpretação jurídica diversa dada pelas partes, a controvérsia deixa de ser ponto e passa a ser questões a serem enfrentadas pela sentença. Portanto, as questões processuais, segundo Cândido Rangel Dinamarco, podem ser tanto pontos controvertidos de fato como de direito.¹⁹⁶

Corroborando com o entendimento da não-obrigatoriedade da realização de audiência preliminar e da prolação de decisão saneadora do processo e da prova, reiterou o Superior Tribunal de Justiça que incumbe ao juiz avaliar a necessidade de designação de pontos controvertidos e de proferir o saneador, bem como a realização da audiência preliminar está dentre os poderes discricionários do magistrado. Segundo o Superior Tribunal de Justiça, se não existe prejuízo para as partes na não realização da audiência, não precisa o juiz determiná-la.¹⁹⁷

antes da decisão que fixa os pontos controvertidos, devem, as partes e juiz, discutirem e dialogarem sobre a sua delimitação. Segundo o autor “[...] ao sistema anterior, em que era o juiz quem assumia sozinho a responsabilidade pela seleção, seqüencial, embora simultânea, do despacho saneador, sucedeu o sistema, agora implantado, em que, apesar do poder de decisão do juiz se manter intacto, a actividade de seleção pode ser compartilhada pelas partes, através dos respectivos mandatários, no âmbito da audiência preliminar [...]” (GERLALDES, Antônio Santos Abrantes. *Temas da reforma do processo civil*. Coimbra: Almedina, 1997. v. 2, p. 132-133).

¹⁹⁵ Nesse sentido: “[...] o objeto da demanda é determinado em função do pedido que demarca a *res iudicanda*; enquanto os pontos de divergência se condensam na controvérsia sobre as questões de fato e de direito constitutivas do objeto lógico da decisão [...]” (ALVIM, José Eduardo Carreira. *Ação monitória e temas polêmicos da reforma processual*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 185, grifo do autor).

¹⁹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 62.

¹⁹⁷ “TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE NORMA LEGAL ESTADUAL. PERÍCIA. DESNECESSIDADE. [...] 5. Sendo a matéria discutida unicamente de direito é dispensável a prova pericial. 6. O saneamento do processo, no modelo atual do CPC, pode ser feito por etapa, desde que algum vício apresente necessidade de correção, pelo prejuízo causado a uma das partes. 7. A ausência de despacho saneador não acarreta nulidade de processo, conforme tem assentado a jurisprudência. 8. Na verdade, o sistema processual atual não consagra a obrigatoriedade do despacho saneador em momento único. O saneamento do processo é feito em qualquer momento, desde que surja a necessidade de corrigir qualquer desvio prejudicial à apuração dos fatos discutidos e à aplicação das leis suscitadas. A regra do § 3º do artigo 331 do Código de Processo Civil não é obrigatória. A sua falta só produz nulidade quando demonstrado evidente prejuízo para uma das partes. [...]. Não houve cerceamento de defesa, com a não realização da perícia, pois não havia necessidade ante a ausência de pontos controvertidos. [...] O debate instaurado no curso da lide configura situação expressiva no sentido de que não há necessidade de prova pericial para ser solucionada. As questões postas são exclusivamente de

Em sentido contrário, e impondo a obrigação para o juiz em fixar os pontos controvertidos da demanda, são encontrados dois acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. No primeiro considerou esse Tribunal que o dever de fixar os limites da controvérsia não está apenas previsto no art. 331, §2º do Código de Processo Civil, mas também no art. 130, o qual confere ao magistrado o poder de delimitar as provas. Ainda, no mesmo acórdão, restou consignado que o juiz deve delimitar a controvérsia em conformidade com a matéria considerada por ele controvertida, a qual não precisará ser necessariamente a mesma que a avaliada pelas partes; portanto, é a consciência do magistrado que fixa a controvérsia.¹⁹⁸ Contudo, isso não impede em que as partes apresentem recurso à instância superior, para ampliar o objeto do debate e conseqüentemente da prova. A preclusão da decisão saneadora da prova apenas ocorre quando a parte silencia em relação à decisão que fixa a controvérsia e contra ela não interpõe qualquer recurso. Em decisão monocrática mais recente, foi considerada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que a fixação dos pontos controvertidos é regra

direito, o que abre espaço para ser aplicado o entendimento jurisprudencial de que 'o julgamento antecipado da lide, quando a questão proposta é exclusivamente de direito, não viola o princípio do contraditório e da ampla defesa'." (STF, 2ª Turma, AI 203.793-5-MG - AgRg, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJU de 19.12.97, p. 53). Igual posicionamento adota o Superior Tribunal de Justiça: "Saneamento do processo. É dispensável quando o juiz conhece diretamente do pedido" (RSTJ 85/200). Idem: a) "Tendo o magistrado elementos suficientes para o esclarecimento da questão, fica o mesmo autorizado a dispensar a produção de quaisquer outras provas, ainda que já tenha saneado o processo, podendo julgar antecipadamente a lide, sem que isso configure cerceamento de defesa" (STJ - 6ª Turma, REsp 57.861/GO, Rel. Min. Anselmo Santiago, j. 17.02.98, DJU de 23.3.98, p. 178). b) "Verificada a desnecessidade da prova, nada impede que o juiz, modificando posição anteriormente assumida, a dispense, julgando a causa" (RST 24/411). No mesmo sentido: STJ - 4ª Turma, REsp 2.903/MA, Rel. Min. Athos Carneiro, j.07.05.91, não conheceram, v.u., DJ 10.06.91, p. 7.852; STJ 3ª Turma, REsp 8.772/SP, Rel. Min. Nilson Naves, j. 30.03.92, não conheceram, v.u., DJU 4.5.92, p. 5.884; STJ - 5ª Turma, Ag. 35.926-2/MG, AgRg, Rel. Min. Jesus Costa Lima, j. 1º.09.03, negaram provimento, v.u., DJU 4.10.93, p. 20.563; STJ - 1ª Turma, REsp 36.801-4/SP, Rel. Min. Cesar Rocha, j. 13.04.94, não conheceram, v.u., DJU 16.5.94, p. 11.715; RT 331/22." A pesquisa acima referida foi extraída da Obra "Código de Processo Civil e Legislação Processual em vigor", 37ª edição, Editora Saraiva, Theotônio Negrão e José Roberto F. Gouvea. O juiz monocrático, no caso em debate, de modo acertado, julgou antecipadamente a lide, por não haver necessidade de prova pericial, haja vista se discutir, como tema central, inconstitucionalidade de norma legal estadual. 9. Embargos conhecidos e acolhidos, sem modificação do julgado.(..)". Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, EDcl no AgRg no REsp 724059 / MG, Ministro Rel. José Delgado, julgado em 03.04.2006, publicado no DJ no dia 03.04.2006, p.252. **No mesmo sentido:** REsp 417899 / SP, e as seguintes decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Agravo de Instrumento n. 70008354326, Apelação Cível n. 70008057382, Agravo de instrumento n. 70008973588 e apelação cível n. 70005355029.

¹⁹⁸ "AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO. FIXAÇÃO DOS PONTOS CONTROVERTIDOS DA LIDE. O magistrado, como destinatário e presidente do processo, possui o poder/dever de deferir e determinar provas que entender necessárias ao desenvolvimento da lide, assim como fixar os pontos controvertidos, ainda que sem as formalidades aguardadas pelas partes. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO." Apelação Cível n. 70004201893, Relator André Luiz Planella Villarinho, julgado em 27.07.2002.

impositiva no direito processual Brasileiro.¹⁹⁹ Tais posicionamentos são praticamente isolados em relação aos demais julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, porque, na sua grande maioria, a audiência preliminar, assim como o despacho saneador, e a delimitação da controvérsia, continuam sendo considerados atos desnecessários no procedimento ordinário e podem ser examinados na sentença.²⁰⁰

Em razão das modificações legislativas provocadas no Código de Processo Civil e supra citadas resultou que a atual redação do art. 331 rompeu a tradição processual, pois a decisão saneadora ou a fase de saneamento do processo deixou de estar intimamente ligada às questões processuais, passando a abranger as questões probatórias, nelas incluídas a fixação dos pontos controvertidos, delimitação dos meios de prova e, finalmente, designação de audiência de instrução.

Porém, apesar de a nova redação do art. 331, do Código de Processo Civil ter vindo em boa hora e com o escopo de aclarar o direito material controvertido, é possível uma análise crítica dos §§2º e 3º do art. 331. A regra contém algumas imprecisões terminológicas, pois, não distingue em que consiste a atividade saneadora, ou seja, se sanear, decisão escrita proferida pelo juiz em conformidade com a cultura processual brasileira, significa apenas decidir questões processuais ou também as questões de prova, nelas incluídas a fixação dos pontos controvertidos.

Outra dificuldade sistemática encontrada na aplicabilidade do dispositivo é quando resgatamos, pela reforma de 2002, o instituto do despacho saneador copiado do direito português, que no Brasil tomou a forma escrita²⁰¹, convivendo

¹⁹⁹ “PROCESSUAL CIVIL. INÍCIO DA FASE DE INSTRUÇÃO DO FEITO. PRELIMINARES DE MÉRITO NÃO EXAMINADAS. OBRIGATORIEDADE DE SANEAMENTO DO PROCESSO. PREJUÍZO PROCESSUAL MANIFESTO. A fixação dos pontos controvertidos e a deliberação quanto às questões processuais pendentes antes da fase de instrução da demanda é impositiva. Inteligência do art. 331, § 2º, do CPC. Caso de prejuízo processual manifesto. gravo de Instrumento provido. Decisão monocrática”. (Agravo de Instrumento n. 70016656704, julgado em 01 de setembro de 2006).

²⁰⁰ Vide, por exemplo, os seguintes Agravos de Instrumento julgados pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul: 70008354326, 70008057382, 70008973588, 70005355029.

²⁰¹ No direito português, após a fase postulatória existe uma outra denominada de “condensamento” e que poderia corresponder “às providências preliminares” previstas no Código de Processo Civil brasileiro. Nessa fase o juiz pode primeiro proferir, pela forma escrita, o despacho pré-saneador, o que é feito antes da audiência preliminar e com vistas a sanar as exceções dilatórias ou convidar as partes para aperfeiçoar ou corrigir os articulados das partes (petição inicial e contestação).

com outro modelo jurídico processual diverso: audiência preliminar do Código Modelo Tipo para América Latina²⁰², que é essencialmente oral²⁰³. Há nítido conflito de modelos alienígenas, onde não é possível auferir qual é o escolhido pelo legislador brasileiro como sendo o vigente.²⁰⁴ Além disso, ao que parece a norma deixa o conteúdo da atividade saneadora a critério do intérprete, pois, no §3º fala-se em sanear o processo e ordenar a prova, nos termos do §2º, enquanto o §2º determina que o juiz deve fixar pontos controvertidos, decidir as questões processuais pendentes, determinar as provas a serem produzidas, e designar audiência de instrução e julgamento. Não menciona o dispositivo as atividades, os momentos, e as fases, destinados à definição pelo magistrado dos pressupostos da relação de direito material e os pressupostos da relação de direito processual. Ainda, não é possível extrair da interpretação literal da regra se a atividade de saneamento, mediante decisão escrita, prevista no §3º do art. 331, consiste em delimitar questões

Contudo, o juiz pode optar realizar essa atividade na audiência preliminar que deve ser marcada até 30 (trinta) dias subseqüentes à fase dos articulados. O despacho que designa audiência preliminar já deve indicar a finalidade e o objeto da audiência. A audiência pode ser dispensada pelo juiz, quando a simplicidade da causa não justifique a sua convocação (art. 508-B, n. 1, “a” do Código de Processo Civil Português). Nessa última hipótese o tribunal pode conhecer diretamente do mérito da causa, sem necessidade de invocar a audiência. Além disso, se realizada a audiência preliminar, o juiz está obrigado a proferir o despacho saneador e delimitar a base instrutória da causa (SOUZA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2. ed. Lisboa: LEX, 1997). Portanto, conclui-se que no direito português a audiência preliminar é obrigatória apenas nas hipóteses em que a causa necessitar de instrução probatória e esclarecimentos acerca da matéria de fato, contrariamente ao atual sistema brasileiro que não obriga a realização da audiência preliminar mesmo quando se fizer necessária a instrução probatória. Além disso, como será visto mais adiante, o despacho saneador português foi “copiado” pelo Direito Processual Brasileiro e inserido no art. 331 do Código de 1973. Porém, a “cópia” não foi integral, posto que, no Brasil o despacho saneador foi adaptado ao modelo processual brasileiro assumindo a forma escrita e não oral como no sistema português.

²⁰² Sobre a técnica adotada pelo Código Modelo para América Latina como lançada para combater o formalismo jurídico dos países do Mercosul e estabelecer um procedimento moderno e eficaz, com a finalidade reguladora tanto do direito nacional como internacional vide: MARQUES, Cláudia Lima. Conflito de convenções de processo civil internacional: por um diálogo das fontes universais e regionais nos países do Mercosul. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Coord.). *Estudos em Homenagem à professora Ada Pellegrini Grionover*. São Paulo: DJP, 2005.

²⁰³ O Código Modelo Tipo de Processo Civil para a América Latina adota a oralidade ao invés da escrituralidade nos atos condizentes ao saneamento do processo e da prova. Nesse sentido: GIORDANO, Luís Torello. Principales lieneamientos del anteproyecto de código procesal civil: modelo para iberoamerica. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 14, n. 53, p. 108-121, jan./mar. 1989.

²⁰⁴ Não se olvida com essa afirmação que Código Modelo Tipo de Direito Processual inspirou-se na audiência preliminar portuguesa, como consta inclusive na exposição de motivos do diploma, o que se critica é que o modelo foi adaptado à realidade brasileira sem com isso considerar que para que o instituto funcione ele deveria seguir o modelo através do qual ele foi criado, o da oralidade. A respeito das fontes inspiradoras do Código Modelo: MENDES, Francisco de Assis Filgueira. A influência do Código Modelo para a Ibero: América no sistema processual brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 23, n. 92, p. 110-124, out./dez. 1998.

processuais e os meios de prova requeridos pelas partes ou se abrange também a delimitação da controvérsia.

Não obstante isso, consideramos que o dispositivo da fixação dos pontos controvertidos pelo juiz, art. 331, § 2º combinado com §3º do Código, apresenta outra grande dificuldade condizente ao seu aspecto procedimental. A primeira é encontrada na própria ordem em que o instituto está inserido na legislação processual, ou seja, dentro da audiência preliminar. Grande parte da doutrina como da jurisprudência, concorda que a audiência é ato facultativo no procedimento processual, não estando o juiz obrigado a realizá-la, em razão da redação do §3º do art. 331, do Código, que permite ao magistrado decidir a respeito da viabilidade da realização do ato.²⁰⁵ Com efeito, se a audiência não é obrigatória também não o é a delimitação da controvérsia pelo juiz. O mesmo pensamento pode ser utilizado no que diz respeito à decisão saneadora, prevista no §3º do art. 331, do Código de Processo Civil, porque, não sendo a hipótese de conciliação, seja pela natureza da causa seja por ser inviável a medida, “**poderá**” o juiz declarar saneado o processo por decisão escrita. Aqui também não há obrigatoriedade em proferir o saneador, contrariamente ao que adotava a sistemática processual brasileira anterior a 1994.

As prováveis razões de tais conflitos de interpretação da regra podem ter origem na cultura brasileira anterior a 1994. O Código de 1973, em sua redação original dispunha que o despacho saneador era medida obrigatória e vinculava o juiz a decidir, por escrito, sobre as questões processuais antes de o processo ser encaminhado para a fase probatória. Isso não ocorre na sistemática atual, em virtude da redação atual do §3º do art. 331, que determina que o juiz “**poderá**” sanear o processo e ordenar a produção da prova. A prática tem demonstrado, em virtude da redação do dispositivo que confere a faculdade ao magistrado, que muitos juízes, ao invés de sanear o processo e a prova, determinam apenas a intimação das partes para justificarem as provas que pretendem produzir, sem necessariamente praticar todos os atos saneadores, sejam em relação ao processo como a própria prova. O saneamento da prova transformou-se, na prática

²⁰⁵ Nesse sentido, vide: MARCATO, Antônio Carlos. *Código de processo civil interpretado*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005; MOREIRA, José Carlos Barbosa. Vicissitudes da audiência preliminar. *Revista de Direito Processual Civil*, São Paulo, n. 32, p. 282-290, 2004.

processual, em despacho do juiz, que requer que as partes justifiquem as provas que pretendem produzir, sem que haja decisão acerca do conteúdo da controvérsia.

Existe, ainda, outro obstáculo no exercício da atividade de delimitação da controvérsia. A efetividade do mecanismo resulta do diálogo entre o juiz e as partes e a realização de audiência. Com isso, como será viável o juiz fixar pontos controvertidos através decisão escrita e solitária e ainda sem o auxílio das partes, na forma do § 3º do art. 331, do Código de Processo Civil? Para proferir decisão escrita sobre tais pontos, deverá o juiz fundamentar-se exclusivamente nas alegações constantes nos autos e formuladas pelas partes na fase postulatória? A dificuldade para a instauração do diálogo, seja na forma oral quanto na escrita, agregada a inexistência de obrigatoriedade do juiz em proferir tal decisão, pode, possivelmente, ser uma das razões do porquê o instituto não ter quase aplicação pelos Juízes.

Verifica-se, portanto, que a confusão estabelecida no art. 331, do Código encontra razões de origem histórica legislativa, bem como procedimental. Isto porque se pretende equiparar o instituto, relacionando-o com o antigo despacho escrito saneador brasileiro e de origem portuguesa, quando, na verdade, o instituto do saneamento da prova merece ser interpretado em conformidade com as diretrizes do Código Modelo para América Latina e que inspiraram a atual redação do dispositivo.

Tendo sido a intenção da reforma adotar a orientação do Código Modelo de Processo Civil para a América Latina, consideramos coerente adaptar o instrumento em razão de tal fim, sob pena de defendermos uma regra que está em desconformidade com as matrizes teóricas e ideológicas responsáveis pelo seu nascimento.

Com isso, embora julguemos ser de extrema relevância e utilidade para o processo a decisão que fixa a controversia, encontramos inúmeras dificuldades para a sua aplicação prática, as quais tentarão ser esclarecidas apoiando-se no estudo histórico legislativo da regra.

4 CONCLUSÃO

Este trabalho nasceu do propósito de buscar, dentro do ordenamento processual civil brasileiro, uma regra de correspondência entre a matéria objeto da prova e o suporte fático das regras de direito material as quais fundamentariam a sentença. O instituto encontrado para tanto, o qual nos possibilitava defender a aplicação dessa idéia, era a fixação dos pontos controvertidos, prevista no §2º, do art. 331, do Código de Processo Civil. O referido dispositivo teve sua redação dada pela Lei n. 8.952/94 e que, por força do Código Modelo Tipo para a América Latina resgatou o princípio da oralidade para o modelo processual brasileiro.

O estudo histórico legislativo da regra de fixação dos pontos controvertidos apontou-nos que a norma teve suas origens no art. 269, do Código de Processo Civil de 1939. Contudo, observou-se, mediante tal análise que, provavelmente, uma das razões da ineficácia do instituto poderia ser encontrada no predomínio da concepção privatística do processo, em matéria de prova, através da qual, seria ônus das partes selecionar e comprovar qual a matéria de fato relevante para o bom êxito de suas teses. Assim, embora o Código de Processo de 1939 tenha sido promulgado com a finalidade de eliminar essa característica e em nome do princípio da oralidade conferir ao juiz, no art. 269, poderes para instaurar e delimitar os pontos do debate a regra, ao que tudo indica, não teve o sucesso pretendido pelo legislador. Posteriormente, e como uma possível tentativa de incorporar a teoria do direito abstrato de ação e o caráter instrumental do processo e ainda afastar a concepção privatística foi promulgado um novo Código de Processo Civil, em 1973. O novo diploma outorgou poderes ao juiz de decidir a respeito dos pressupostos processuais e condições da ação. Além disso, foram separados os momentos nos quais o juiz deveria decidir as questões processuais e as questões de direito material. Aquelas seriam em despacho saneador enquanto essas, em audiência, momento no qual e antes de iniciado o ato o magistrado delimitava os pontos controvertidos, na forma do art. 451, do Código. Com o decorrer do tempo, verificou-se, portanto, que embora a ciência processual já tivesse evoluído da concepção privatística do processo e considerado o processo como instrumento público de preservação do ordenamento jurídico e da paz social, isso não ocorreu no plano

prático, no que diz respeito a fase probatória. A regra do art. 451, do Código de Processo Civil de 1973 caiu em desuso, o que pode ter sido ocasionado por não terem a doutrina nem a jurisprudência encontrado os exatos limites da sua extensão. Constatou-se, ainda, uma extrema evolução da autonomia do direito processual para as questões processuais através do saneamento, porém, parece-nos que, no que diz respeito às questões de prova, poucos foram os juízes que se preocupam em delimitar a controvérsia ou, ainda, submeter ao contraditório as questões de direito e de fato que serviriam de fundamento para a sentença. Note-se que caso o instituto tivesse sido efetivamente aplicado, poder-se-ia evitar que uma questão de fato que passou despercebida pelas partes ou que elas consideraram irrelevantes, mas não o foi pela sentença, só fosse conhecida pelas partes através da decisão final da lide. E ainda, que os fatos controvertidos considerados pelo juiz e não pelas partes, os quais seriam os responsáveis por compor o suporte fático de regra de direito material, fossem a ser conhecidos pelas partes quando o Tribunal reforma a sentença. Com efeito, se a regra fosse efetivamente colocada em prática, vários problemas poderiam ser evitados, dentre eles o prolongamento da instrução probatória, pela prova de questões que pouco importam para a solução da controvérsia e a questão do prequestionamento que obstaculiza a interposição de recurso nas instâncias superiores.

Após a promulgação do Código de 1973, e com a finalidade de ressaltar não mais a autonomia do direito de ação, mas da instrumentalidade do processo para a preservação e proteção do direito material, iniciou-se uma série de reformas legislativas, dentre elas a da Lei n. 8.952/94 e 10.444/02. Todavia, da análise resultante desse trabalho constatou-se que as reformas não foram suficientes para alterarem de forma significativa a tradição privatística em relação aos poderes do juiz na delimitação das questões controvertidas de direito material para os fins de instrução probatória. Nenhuma das reformas tratou de impor ao julgador a obrigação de efetivamente exercer os seus poderes delimitadores da controvérsia antes de iniciada a instrução. Denota-se ter utilizado o legislador a expressão que implica faculdade, ou seja, “**poderá**”, no § 3º, do art. 331, do Código de Processo Civil, ao invés de “**deverá**”. Pode ser essa uma das razões, pelas quais o juiz ainda é bastante “tímido” ao exercer os poderes que a lei lhe outorga na forma dos §2º e § 3º do art. 331, do Código de Processo Civil. Assim, enquanto os operadores do

direito e o juiz não se ativerem na importância da função delimitadora da prova e dos pontos controvertidos continuará prevalecendo a visão privatística do Processo Civil no Direito brasileiro, no que diz respeito ao direito probatório, e que é justamente o que o Código de 1939, como o de 1973, e o Código Modelo Tipo visaram evitar.

Ainda, foi possível constatar pela evolução legislativa do instituto da fixação dos pontos controvertidos que a regra sempre teve caráter oral, isto é, sua aplicação estava condicionada à realização de audiência. Tanto o primeiro diploma processual de 1939, como no de 1973, e ainda na reforma resultante da Lei n. 8.952/94 buscou-se resgatar o princípio da oralidade no direito brasileiro. Entretanto, observou-se que embora preservada a oralidade a audiência passou a ser ato facultativo e inseriu-se dentre os poderes discricionários do juiz, razão pela qual não havia como vincular o julgador a proferir decisão oral para delimitar pontos controvertidos, em audiência, em conformidade com a atual legislação processual, uma vez que, a realização da audiência não é obrigatória. Com isso ousa-se a apontar a existência de certa incompatibilidade procedimental entre os atos decisórios proferidos em audiência, resultantes da aplicação do princípio da oralidade, com aqueles proferidos em “gabinete” e ato solitário do juiz, os quais gozam de predomínio pela nossa cultura processual.

Note-se, também, que caso o legislador pretendesse, com a promulgação da Lei n. 8.952/94, incorporar as orientações do Código Modelo Tipo para a Ibero-América e inserir o procedimento oral no direito brasileiro deveria ter seguido por completo as orientações do Código Tipo e alterado a redação de toda a fase do saneamento e das providências preliminares previstas no Código de Processo Civil brasileiro. Uma reforma nessa dimensão deveria atribuir a obrigação ao juiz de designar audiência preliminar, para decidir as questões processuais pendentes, ou para proferir julgamento antecipado, ou ainda para fixar os pontos controvertidos e ordenar a prova. Mediante tais atividades estaria consagrado a efetiva incorporação do sistema oral, no procedimento decisório brasileiro, em conformidade com o preconizado pelo Código Tipo de Processo Civil para a Ibero-América.

Ainda, e para uma melhor efetividade do instituto, sugerir-se-ia que o legislador, por ocasião da Lei n. 8.952/94, tivesse esclarecido no que versava a

atividade de delimitação dos pontos controvertidos, prevista no art. 331, § 2º, do Código de Processo Civil. O Código Modelo Tipo, que serviu de inspiração para a redação do dispositivo possuía previsão do conteúdo da atividade; a orientação não foi, contudo, seguida pela lei brasileira. Naquela oportunidade, seria interessante ter o legislador descrito, efetivamente, no que consistia a atividade de delimitação da controvérsia em audiência, isto é, se deveriam ser delimitadas apenas as questões a serem submetidas à comprovação em audiência de instrução, ou se abrangeria também as de objeto de prova documental, pericial, fatos notórios, evidentes etc., previstos nos art. 334 e 335 do Código de Processo Civil. Da atual redação do §2º do art. 331, do Código, e utilizando-se de uma interpretação literal, arrisca-se a concluir que os pontos controvertidos, a serem fixados pelo juiz são apenas aqueles os quais deverão ser submetidos à audiência de instrução. O raciocínio propiciado pela lei é o de que os pontos controvertidos são necessariamente aqueles relacionados com a audiência de instrução e, se essa era, efetivamente, a intenção do legislador, deveria ter feito consignar na redação do dispositivo de forma clara a fim de evitar obscuridades ou contradições na aplicação da regra. A interpretação da norma, nesse sentido, corrobora com o art. 451, do Código de 1973, pois, de acordo com a nossa tradição, a fixação dos pontos controvertidos ocorre em audiência e refere-se exclusivamente à prova oral.

Posteriormente, e para afirmar ainda mais a tradição escrita do processo brasileiro, foi introduzida a reforma de 2002, editada pela Lei n. 10.444. Embora a nova lei tenha harmonizado, de certa forma, a atividade saneadora adotada no formato oral pela Lei n. 8.952/94, com o procedimento escrito brasileiro, não vinculou o magistrado a prática da fixação dos pontos controvertidos no despacho saneador e pela forma escrita. Isso ocorreu porque, ao assim fazer, optou o legislador por utilizar, no §3º, do art. 331, do Código, a expressão “**poderá**” o julgador sanear o processo e ordenar a produção da prova, delimitando as questões controvertidas, nos moldes do §2º, do art. 331, do Código de Processo Civil, e não “**deverá**”. Pela nova e atual redação do art. 331, do Código de Processo Civil, o magistrado não só “**poderá**” designar audiência preliminar, como também “**poderá**” proferir o saneador.

Note-se que a reforma de 2004 parece ter rompido com a orientação do Código Tipo para a adoção de um modelo oral nos países da América Latina, e

sugere conferir uma margem discricionariiedade ao julgador na fixação da controvérsia no atual Código de Processo Civil brasileiro.

De outro lado, as reformas legislativas no Código de Processo Civil preocuparam-se em compatibilizar a regra do §2º, do art. 331, do Código com a do art. 451 que também outorga poderes para o juiz delimitar a controvérsia no início da audiência de instrução. Na prática talvez tenha resultado que, se o juiz pode fixar pontos controvertidos, na própria audiência de instrução e na forma do art. 451 do Código, nenhuma razão existe para que ele seja obrigado a fixar antes de dado início a fase probatória e em despacho saneador da prova, em conformidade com o que prevê o §3º, do art. 331, do Código de Processo Civil.

Pela sistemática atual do Código surge uma outra questão que merece ser analisada. Ocorrendo a hipótese de o juiz delimitar a controvérsia e aplicar o art. 331, §2º, do Código de Processo Civil, o julgador que irá prolatar a decisão final não fica vinculado aos termos da controvérsia delimitada pelo magistrado que lhe antecedeu na audiência ou que proferiu o despacho. Denota-se assim, que seria desejável, para o bom funcionamento do instituto, que o legislador disciplinasse mecanismos tornando não só obrigatória a aplicação da regra, assim como imponha que a decisão restritiva da controvérsia seja vinculativa para o julgador que irá proferir a sentença ou o acórdão. Poder-se-ia arriscar afirmar que a existência de uma regra, nesse sentido, seria a aplicação moderna do princípio da identidade física do juiz, porque, como é notório, a regra não pode ser aplicada na sua pureza doutrinária por razões de impossibilidade prática de o juiz que conduzir a instrução ser o mesmo a proferir a sentença, devido ao grande número de remoções e promoções. Contudo, nada obsta que a identidade não seja necessariamente a da pessoa física do juiz, mas a do seu raciocínio lógico e jurídico, o qual deveria ser seguido pelo seu sucessor que for proferir a sentença ou o acórdão.

Outrossim, não teve este trabalho o objetivo de defender a oralidade ou a escrituralidade como princípio a ser norteador do direito processual civil brasileiro, mas, sim, de demonstrar que o atual Código de Processo Civil brasileiro carece de definição de um paradigma para o processo decisório do juiz, o que pode ser uma provável conseqüência da inaplicabilidade da regra que fixa a controvérsia. A

referência é feita porque parecer não ter o legislador decidido qual o modelo que pretende seguir, isto é, incorporar o modelo oral preconizado pelo Código Tipo ou permanecer no nosso tradicional processo escrito, ou ainda, harmonizar ambos para que, de forma sistemática, possam ter congruência. Decorrencia dessa falta definição resultam as divergências doutrinárias e jurisprudenciais cometidas acerca do art. 331, do Código de Processo Civil.

Com efeito, e para que seja possível efetivar a decisão que delimita a controvérsia, deve o legislador optar pela forma de procedimento decisório que será adotado pelo nosso país. Melhor teria sido aquele que compatibilizasse a oralidade e a escrituralidade, e que tornasse obrigatório ao juiz designar audiência preliminar antes de proferir qualquer decisão a respeito da lide, mesmo nas hipóteses de julgamento antecipado por não estarem presentes os pressupostos processuais ou as condições da ação. A decisão responsável por dar os contornos da sentença seguiria a tradição oral e seria reduzida por escrito em ata de audiência, com o objetivo de vincular o magistrado que sucederia na prolação da sentença. Todavia, a decisão final da causa, sentença e acórdão proferido pelo Tribunal, em grau de recurso, é que poderiam assumir a forma escrita, pois a matéria que serviria para o seu conteúdo já seria previamente conhecida pelas partes, por ocasião da audiência preliminar e do saneamento da prova. No entanto parece não adiantar uma reforma em tal sentido se o legislador não disciplinar que a decisão saneadora deve ser vinculativa para a sentença e para o Tribunal que julgar a causa em grau de recurso.

Conclui-se assim, que o ordenamento processual brasileiro dispõe de uma regra de congruência entre as alegações e provas dos autos com as norma de direito material que fundamentaram a sentença: a norma do art. 331, §2º do Código de Processo Civil. Verifica-se que a regra é de grande utilidade para a aplicação dos princípios da celeridade e efetividade, previstos na Constituição Federal, no art. 5º, inciso LXXXVIII. Como já dizia o processualista alemão, Fritz Baur, responsável pela alteração da legislação processual alemã e pela implantação dos princípios de

direito penal ao processo civil é necessário evitar que a cause se “arraste na instrução probatória” e que sejam provadas “gota a gota” as questões de fato.²⁰⁶

Em conformidade com os fins propostos por este trabalho isso apenas cessará não quando os advogados pararem de “provar gota a gota as questões de fato”²⁰⁷, mas sim quando o legislador adotar os mecanismos que tornem obrigatória a fixação da controvérsia pelo juiz e que encontram as suas bases no §2º, do art. 331, do Código. Além disso, deverá também o legislador criar regra que permita que a decisão a respeito da matéria de fato vincule o magistrado que irá proferir a sentença ou o tribunal por ocasião do julgamento do recurso de apelação.

Deve o direito processual do século XXI dispor ao seu favor mecanismos que garantam a eficácia da aplicação do direito material e continuar em insistir em tornar obrigatórios instrumentos que efetivamente contribuam para a instrumentalidade do processo, pois enquanto isso não ocorrer a sociedade não irá acreditar que a justiça está sendo feita no caso concreto.

Como já dizia Pontes de Miranda é necessário para o bom êxito da demanda que o juiz coloque os “*devidos pontos nos *ii**”²⁰⁸, pois disso também depende a aplicação do princípio da celeridade e efetividade das decisões judiciais que, hoje, são princípios constitucionais.

²⁰⁶ [...] muitos dirão, com ceticismo: Bonito! Mesmo quando o legislador se dispõe a acolher essas propostas, quem garante que na prática a rotina não prosseguirá, que futuramente os advogados não mais apresentarão gota a gota suas questões sobre matéria de fato, para que o Tribunal se arraste decidindo-as uma após a outra? BAUR, Fritz. *Caminhos conducentes à concentração do debate oral no processo*. Tradução de Lélío Candiota Campos da parte final do artigo publicado originariamente em 1966, como monografia, por Vexlag W. de Gruyter e denominada de Contribuições ao Estudo da Organização Judiciária e do Direito Processual Civil (Beiträge zur Gerichtsverfassung und zur Zivilprozessrecht) J.C.B. MOHR (Paul Siebeck Tubingen).

²⁰⁷ BAUR, Fritz. *Caminhos conducentes à concentração do debate oral no processo*. Tradução de Lélío Candiota Campos da parte final do artigo publicado originariamente em 1966, como monografia, por Vexlag W. de Gruyter e denominada de Contribuições ao Estudo da Organização Judiciária e do Direito Processual Civil (Beiträge zur Gerichtsverfassung und zur Zivilprozessrecht) J.C.B. MOHR (Paul Siebeck Tubingen).

²⁰⁸ Vide: MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes. *Comentários ao código de processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1947. v. 2.

REFERÊNCIAS

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Ação monitória e temas polêmicos da reforma processual*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

AMARAL, Guilherme Rizzo do; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.). *Polêmicas sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 111-128.

ANDRADE, Odilon de. Os poderes do juiz no processo civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 37, n. 85, p. 3-14, out. 1940.

AROCA, Juan Monteiro; MAITÍES, José Flors. *Tratado de juicio verbal*. 2. ed. [Espanha]: Aranzandi, 2004.

AZEVEDO, Noé. Parecer do Instituto dos Advogados de São Paulo. In: PROCESSO oral: coletânea de estudos de juristas nacionais. Rio de Janeiro: Forense, 1940. p. 191-202.

BAUR, Fritz. *Caminhos conducentes à concentração do debate oral no processo*. Tradução de Lélío Candiota Campos da parte final do artigo publicado originariamente em 1966, como monografia, por Vexlag W. de Gruyter e denominada de Contribuições ao Estudo da Organização Judiciária e do Direito Processual Civil (Beiträge zur Gerichtsverfassung und zur Zivilprozessrecht) J.C.B. MOHR (Paul Siebeck Tubingen).

_____. Da importância da dicção *iuria novit cúria*. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 1, n. 3, p. 169-177, jul./set. 1976.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. *Estabilização das tutelas de urgência*, In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). *O processo estudos e pareceres*. São Paulo: DPJ, 2006. p. 660-683.

_____. O código modelo na América Latina e na Europa: relatório brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 29, n. 113, p. 147-189, jan./fev. 2004.

BERIZONE, Roberto Omar. La audiencia preliminar en el código procesal civil: modelo para iberoamérica. *Revista da Associação dos Magistrados Mineiros*, Belo Horizonte, v. 12, n. 22, p.103-120, abr. 1993.

BERNHARDT, Wolfgang. O domínio das partes no processo civil. In: PROCESSO oral: coletânea de estudos de juristas nacionais. Rio de Janeiro: Forense, 1940. p. 181-184.

BEVILÁQUIA, Clóvis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Rio, 1975.

BILAC, Pinto. *Aspectos da reforma processual brasileira*. In: PROCESSO oral: coletânea de estudos de juristas nacionais. Rio de Janeiro: Forense, 1940.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp n.156.142/RS. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Julgado em: 24 nov. 1998. *DJ*, Brasília, 01 mar. 1999. Disponível em:<<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em set. 2007.

_____. *Resp n. 164953/RS*, Quarta Turma do STJ, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Julgado em: 23 de maio de 2000. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON>>. Acesso em: set. 2007.

_____. *Resp n. 11.138-0*, Ceará. Relator: Ministro Milton Luiz Pereira. Julgado em: 14 dez. 1994. *DJ*, Brasília, 20 fev. 1995. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: set. 2007.

_____. *Resp n. 417.899/SP*. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Julgado em: 27 jun. 2002. *DJ*, Brasília, 07 out. 2002. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: set. 2007.

_____. *Recurso Especial n. 21298-8 DF*. Relator: Ministro Dias Trindade. Julgado em: 26 maio 1992. *DJ*, Brasília, 22 jun. 1992. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: set. 2007.

BUZAID, Alfredo. A influência de Liebman no direito brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 7, n. 27, p. 12-26, jul./set. 1982.

CAMPOS, Francisco. Exposição de motivos do Código de Processo Civil. In: PROCESSO oral: coletânea de estudos de juristas nacionais. Rio de Janeiro: Forense, 1940. p. 251-268.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Audiência de instrução e julgamento. In: DIGESTO de processo. Rio de Janeiro: Forense, 1980. v. 1.

_____. *Audiência de instrução e julgamento*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

_____. *Audiência de instrução e julgamento e audiências preliminares*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CHIOVENDA, Giuseppe. A Idéia romana no processo civil moderno. In: PROCESSO oral: coletânea de estudos de juristas nacionais. Rio de Janeiro: Forense, 1940. p. 85-98.

_____. A oralidade e a prova. In: PROCESSO oral: coletânea de estudos de juristas nacionais. Rio de Janeiro: Forense, 1940. p. 129-150.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969. v. 3.

_____. Procedimento oral. In: PROCESSO Oral. Rio de Janeiro: Forense, 1940. p. 39-68.

COSTA, Filomeno J. da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1940. v. 1.

COUTURE, Eduardo J. Oralidade e regra moral no processo civil. In: PROCESSO oral: coletânea de estudos de juristas nacionais. Rio de Janeiro: Forense, 1940. p. 99-110.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *A reforma do código de processo civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. *Capítulos de sentença*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. Liebman e a cultura processual brasileira. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Coord.). *Estudos em Homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DJP, 2005. p. 487-533.

ESTELITA, Guilherme. O processo oral e sua adoção no Brasil. In: PROCESSO oral: coletânea de estudos de juristas nacionais. Rio de Janeiro: Forense, 1940. p. 81-84.

FADEL, Sérgio Sahione. *Código de Processo Civil comentado*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982. v. 1.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Audiência preliminar no processo civil moderno. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 359, p. 59-80, 2002.

GERLALDES, Antônio Santos Abrantes. *Temas da reforma do processo civil*. Coimbra: Almedina, 1997. v. 2.

GIORDANO, Luís Torello. Principales lieneamentos del anteproyecto de código procesal civil: modelo para iberoamerica. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 14, n. 53, p. 108-121, jan./mar. 1989.

GUIMARÃES, Luiz Machado. O processo oral e seus críticos. In: PROCESSO oral: coletânea de estudos de juristas nacionais. Rio de Janeiro: Forense, 1940. p. 215-222.

KALINOWSKI, Georges. *El problema de la verdad en la moral e y en derecho*. Tradução Enrique Mari. Buenos Aires: Ed. Universitaria de Buenos Aires, 1979.

KRETZMANN, Paulo Antonio. O juizado especial cível e a obrigatoriedade do procedimento: questões controvertidas sobre competência na lei n.9099/95. *AJURIS*. Porto Alegre, v. 24, n. 71, p. 374-379, nov. 1997.

LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. 2. ed. Porto Alegre: Fabris 1985.

_____. *Teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

LEITÃO, Helder Martins. *Da audiência preparatória do despacho saneador: especificação e questionário*. Porto: ELCA, 1989.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

MARCATO, Antônio Carlos. *Código de Processo Civil interpretado*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MARQUES, Cláudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. Conflito de convenções de processo civil internacional: por um diálogo das fontes universais e regionais nos países do Mercosul. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Coord.). *Estudos em Homenagem à professora Ada Pellegrini Grionover*. São Paulo: DJP, 2005. p. 33-70.

MARTINS, Pedro Batista. *Comentários ao código de processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. 3, t. 2.

_____. Conferência pronunciada no Clube dos Advogados da Capital Federal em novembro de 1939. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 37, n. 71, p. 4, jan. 1940.

_____. Em defesa do anteprojeto de Código de Processo Civil. In: PROCESSO oral: coletânea de estudos de juristas nacionais. Rio de Janeiro: Forense, 1940. p. 225-238.

_____. O futuro do Código do Processo Civil e Comercial. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 25, n. 73, p. 437-444, jan. 1938.

_____. Sobre o Código de Processo Civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 37, n. 72, p. 5-13, 1940.

MELERO, Valentin da Silva. O chamado dever de dizer a verdade no processo civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 36, v. 81, n. 439, p. 71-74, jan. 1940.

MENDES, Francisco de Assis Filgueira. A influência do Código Modelo para Ibero-América no sistema processual civil brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 23, n. 92, p. 110-123, out./dez. 1988.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes. *Comentários ao código de processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1947. v. 2.

_____. *Tratado de direito privado: parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. t. 1.

MORATO, Francisco. A oralidade. In: PROCESSO oral: coletânea de estudos de juristas nacionais. Rio de Janeiro: Forense, 1940. p. 1-10.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O procedimento ordinário no novo Código de Processo Civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 70, n. 246, p. 20-29, jun. 1974.

_____. Saneamento do processo e audiência preliminar. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 10, n. 40, p. 109-135, out./dez. 1985.

_____. Vicissitudes da audiência preliminar. *Revista de Direito Processual Civil*, São Paulo, n. 32, p. 282-290, 2004.

NAVES, Candido. Limites à intervenção do juiz na direção do processo civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro v. 39, n. 89, p. 373-381, 1945.

NORONHA, Carlos Silveira. *O modelo processual civil brasileiro*. São Paulo: [USP], 1993.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *O formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. O problema da eficácia da sentença. In: AMARAL, Guilherme Rizzo do; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.). *Polêmicas sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 41-54. .

PAULA, Alexandre de. *Código de processo civil anotado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

PINTO, H. Sobral. Um código revolucionário. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 37, n. 85, p. 491-494, out. 1940.

REIS, José Alberto dos. *A oralidade no processo civil português*. In: PROCESSO oral: coletânea de estudos juristas nacionais. Rio de Janeiro: Forenses, 1940. p. 111-122.

_____. Código de processo civil brasileiro. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 38, v. 87, n. 460, p. 288-295, out. 1941.

REZENDE FILHO, Gabriel de. A reforma processual. In: PROCESSO oral: coletânea de estudos de juristas nacionais. Rio de Janeiro: Forense, 1940.

RIBEIRO, Darci Guimarães. Audiência preliminar e oralidade. *GENESIS: Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, n. 11, p. 57-83, jan./mar. 1999.

_____. Tendências modernas da prova. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 43, n. 218, p. 05-22, 1995.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 891. Julgada em: 13 jan. 1942. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 39, n. 192, p. 435, nov. 1942.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 1.884. Julgada em: 13 jul. 1943. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 36, n. 169, p. 352, set. 1947.

_____. Apelação Cível n. 3.170. Julgada em: 22 nov. 1945. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 43, n. 106, p. 101, abr. 1946.

ROSA, Eliêzer. Sobre o anteprojeto de reforma do Código Civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 47, n. 130, p. 26-35, jul. 1950.

SANTOS. Ernane Fidélis dos. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1980. v. 3, t. 1.

SANTOS, Willian Ferreira. *Aspectos polêmicos e práticos da nova reforma processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código civil brasileiro interpretado*. 9. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964.

_____. *Código de processo civil interpretado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1946. v. 4.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

_____. *Prova Judiciária Cível e Comercial*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1983. v. 1.

SÃO PAULO. Tribunal de Alçada Cível. AgIn n.538896-00/0. Relator: Juiz Carlos Stroppa. Julgado em: 15 set. 1998. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 760, p. 310-313, fev. 1999.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. AgIn 224.323-4/2-00. Relator: Des. Quaglia Barbosa, Julgado em: 20 nov. 2001. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 798, p. 257-259, abr. 2002.

_____. AgIn 92.886-4/5. Relator: Des Ruy Camilo. Julgado em: 17 nov. 1998. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 762, p. 252-255, abr. 1999.

_____. AgIn 47.773-4/5. Relator: Des. Quaglia Barbosa. Julgado em: 13 maio 1997. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 744, p. 222-224, out. 1997.

_____. Ap.165.438-2. Julgado em: 18 dez. 1990. Relator: Corrêa Vianna. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 673, p. 72-73, nov. 1991.

SILVA, Clóvis do Couto e. Direito material e processual em tema de prova. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 13, p. 135-146, 1979.

SILVA, Paulo Costa e. *Saneamento e condensação no novo Processo Civil*, Lisboa, Lex, [19--]. Separata.

SOARES, Nildomar da Silveira. *Juizado especial cível: a justiça da era moderna*. 3. ed. São Paulo: Ltr, 1996.

SOUZA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2. ed. Lisboa: LEX, 1997.

SPRUNG, Rainer. Os fundamentos do direito processual civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 5, n. 17, p. 138-149, jan./mar. 1980.

TARUFFO, Michele. Modelli di prova e di procedimento probatorio. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 45, n. 2, p. 420-448, abr./giug. 1990.

TEXTO del anteproyecto del código procesal civil modelo para a iberoamerica. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 14, n. 53, 161-166, jan./mar. 1989.

URUGUAI. *Código general Del proceso de la Republica Oriental del Uruguay*: Lei n. 15.982. 4. ed. [Uruguay]: Fundação Cultural Universitária, 1994.

VESCOVI, Enrique. Hacia un proceso civil universal: confrontación entre el código procesal civil modelo iberoamericano y el proyecto de Código europeo: las tendencias del Código modelo van plasmando en la realidad. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 24, n. 93, p. 179-190, jan./mar. 1999.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALVIM, Tereza Arruda. *Breves comentários à 2ª fase da reforma do Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

OBRAS CONSULTADAS

ALVIM, Arruda. Anotações sobre as perplexidades e os caminhos do processo civil contemporâneo: sua evolução ao lado do direito material, In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 167-196.

AMERICANO, Jorge. *Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1940.

BARROS, Marco Antônio de. Jurisdição de juizado arbitral. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 86, n. 738, p. 56-69, abr. 1997.

BASSO, Maristela. Lei nova revitaliza a arbitragem no Brasil como método alternativo extrajudicial de solução de conflitos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 85, n. 733, p. 11-23, nov. 1996.

BAUR, Fritz. O papel ativo do juiz. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 7, n. 27, p.186-199, jul./set. 1982.

BENSABATH, Antônio Abílio. A função do advogado perante o novo Código de Processo Civil. *Revista Forense*, São Paulo, n. 87, p. 795-796, set. 1941.

BIDART, Adolfo Gelsi. Del principio de congruencia. *Revista de Direito Processual*, São Paulo, v. 8, n. 32, p. 293-307, out./nov. 1983.

_____. El concepto de estructura y el proceso. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 29, p. 154-178, 1980.

_____. El tiempo y el proceso. *Revista de Processo*: São Paulo, v. 23, p. 100-121, 1981.

_____. Relacion general de las VI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal: líneas generales de pensamento común. *Revista de Direito Processual*, São Paulo, n.14/15, p. 209-217, 1979.

_____. *Situación perspectiva y razon de oralidad*. Montevideo: Ediciones Jurídicas Amalio M. Fernández, [19--].

BORGES, Marcos Afonso. *O direito processual em sua concretude*. [S.l.]: AB, 1995.

BRAGA, Antônio Pereira. Exegese do Código de Processo Civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 37, n. 81, p. 49-62, jan. 1940.

_____. Para o novo Código do Processo Civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 34, n. 69, p. 460-463, jan. 1947.

BRASIL. (Constituição 1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. (Coleção Saraiva de Legislação).

BUZAID, Alfredo. Da responsabilidade do juiz. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 3, n. 9, p. 15-36, jan./mar. 1978.

_____. Exposição de motivos no Projeto do Código de Processo Civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 61, n. 207, p.26-42, jul./set. 1964.

_____. Exposição de motivos no Projeto do Código de Processo Civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 70, n. 246, p. 7-18, abr./jun. 1974.

CALAMANDREI, Piero. A reforma processual como restauração do princípio da autoridade no processo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, maio 1939.

_____. *Estúdios sobre el proceso civil*. Tradução Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1945.

_____. Verdad y verosimilitud en el proceso civil. In: ESTÚDIOS sobre el proceso civil. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Europa – América, 1973. v. 3.

CAMPOS, Francisco. Diretrizes constitucionais do novo Estado Brasileiro. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 25, n. 73, p.229-257, jan. 1938.

_____. A reforma do processo civil. In: PROCESSO oral: coletânea de estudos de juristas nacionais. Rio de Janeiro: Forense, 1940. p. 185-190.

CAPELLETTI, Mauro. *La naturaleza de la función judicial*. Tradução Eduardo Ponssa. Buenos Aires: Depalma, 1955.

- CARDOZO, Benjamin. N. *A natureza do processo e a evolução do direito*. Tradução Leda Boechat. Rio de Janeiro: Ed. Nacional de Direito, 1956.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. Jurisdição: noções fundamentais. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 5, n. 19, p. 9-22, jul./set. 1980.
- CARNELUTTI, Francesco. *La prueba civil*. Tradução Niceto Alcalá-Zamora y Castilho. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1982.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969. v. 2.
- CINTRA, Geraldo de Uíhoa. *Da jurisdição*. Rio de Janeiro: Lux, 1958.
- DEL´OMO. Florisbal de Souza. *Directo Internacional Privado*. 6. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2006.
- CÓDIGO de Processo Civil Italiano: relatório: considerações gerais, projeto definitivo e relatório do Ministro da Justiça SOLMI, Roma, 1939. Tradução Osvaldo Magon. *Revista Forense*, jan. 1940.
- CÓDIGO de Processo Civil da Itália: relatório sobre o projeto preliminar apresentado pela Comissão Real de Reforma, Roma, 1937. In: PROCESSO oral: coletânea de estudos de juristas nacionais. Rio de Janeiro: Forense, 1940. p. 155-164.
- COELHO, Vicente de Faria. O novo Código de Processo Civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 37, n. 81, jan. 1940.
- COSTA, Alfredo de Araújo da. *Direito Processual Civil Brasileiro (Código de 1939)*. 2. ed. atual. Rio de Janeiro: José Konfino 1947.
- COSTA, Filomeno J. da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1940. v. 1.
- COSTA, Geraldo Gonçalves da. Audiência Preliminar (Lei n.10.444 de 07 de maio de 2002). *Revista Jurídica*, São Paulo, n. 296, p. 56-57, 2002.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 4. ed. Buenos Aires: J. C. Faria, 2002.

CRUZ, José Raimundo Gomes da. Anotações sobre a Lei 10.444 de 07.05.2002. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, n. 12, p. 57-75, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual*. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Instrumentalidade do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

DUARTE, Écio Oto Ramos. *Teoria do discurso e correção normativa do direito*. São Paulo: Landy, 2003.

FASCHING, Hans W. O desenvolvimento do Código de Processo Civil austríaco nos últimos 75 anos. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 5, p. 115-127, 1977.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Max Liminad, 1998.

FERREIRA, Willian. *Aspectos polêmicos e práticos da nova reforma processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Comentários à novíssima reforma do C.P.C.* Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GARCIA, Joaquim Franco. O procedimento probatório e o anteprojeto Buzaid. *Revista de Jurisprudência do Tribunal e Justiça de São Paulo*, São Paulo, v. 9, p. 9-14, out./dez. 1969.

GIL, Otto. A reforma do Código de Processo Civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 47, n. 130, p. 36-40, jul; 1950.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de. Breves considerações acerca da audiência preliminar e da tentativa de conciliação no processo brasileiro (enfoque comparatístico). *Revista da Esmape*, Recife, v. 6, n. 113, p. 311-343, jan./jun. 2001.

GUILLÉN, Victor Fiaren. La humanización del proceso: lenguaje, formas, contacto entre los jueces y las partes desde Finlandia hasta Grecia. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 6, n. 14-15, abr./ set. 1979.

GUSMÃO, Sadí. Breve síntese dos princípios fundamentais do processo civil novo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 37, n. 85, p. 301-303, jan. 1941.

HABSCHEID, Walter J. As bases do direito processual civil. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 11/12, p. 117-147, 1978.

INSTITUTO DA ORDEM DOS ADVOGADOS BRASILEIROS. Ata da Vigésima Terceira Sessão Ordinária, realizada em 18 de setembro de 1941. *Boletim do Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros*, 1941.

KNIJINIK, Danilo. Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. Separata da *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 303, 2001.

LACERDA, Galeno. O Código e o formalismo processual. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 28, p. 7-14, jul. 1983.

_____. O juiz e a justiça no Brasil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 16, n. 61, p. 162-177, jan./mar. 1991.

LIMA, Alcides Mendonça. *Processo de conhecimento e processo de execução*. Uberaba: Vitória, 1981.

MAIA FILHO, Napoleão Nunes. A audiência preliminar e a seqüência do processo. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 9, p. 106-117, 2003.

MARQUES, Cláudia Lima. A Proteção do Consumidor de Produtos e Serviços Estrangeiros no Brasil: primeiras observações sobre os contratos à distância no comércio eletrônico. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 21, p. 65-99, 2002.

_____. Controle judicial das cláusulas abusivas. In: SEMINÁRIO ESTADUAL DE DIREITO DO CONSUMIDOR, 1992., Goiânia.

_____. *Os contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARTINS, Pedro Batista. Getúlio Vargas e a renovação do Direito Nacional. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 27, n. 85, p. 259-269, out. 1940.

_____. Sobre o Código de Processo Civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 37, n. 72, p. 5-13, jan. 1940.

MELENDO, Santiago Sentis. Natureza de la prueba: la prueba es libertad. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 462, p. 11-22, abr. 1974.

MICHELI, Gian Antônio. *La carga de la prueba*. Tradução Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires: Jurídicas Europa-América, 1961.

MICHELI, Gian Antônio. *Estudios de derecho procesal civil*. Tradução Santís Melendo. Buenos Aires: Jurídicas Europa-América, 1970.

MISSAGIA, Clademir. Audiência preliminar: Indicativos de um itinerário para uma jurisdição cível justa e efetiva. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 78, p. 94-123, 2000.

MONTEIRO, João. *Theoria do processo civil*. 5. ed. São Paulo: Typographia Academica, 1936.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Breve notícia sobre a reforma do processo civil alemão. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 28, n. 111, p. 103-289, jul./set. 2003.

_____. *O novo processo civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

_____. O problema da divisão do trabalho entre juiz e partes: aspectos terminológicos. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 41, p. 7-14, jan./mar. 1986.

_____. O procedimento ordinário no novo Código de Processo Civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 70, n. 246, p. 20-29, jun. 1974.

_____. Reformas processuais. *Jornal Síntese*, Porto Alegre, n. 25, p. 1-6, mar. 1999.

MORELLO, Augusto M. *La eficacia del proceso*. 2. ed. Buenos Aires: Desalma, 2001.

MORELLO, Augusto M. *La prueba: tendencias modernas*. Buenos Aires: Albeledo Perrot, 1991.

NORONHA, Carlos Silveira. *Novas reflexões em tema de pressupostos processuais e condições da ação*. São Paulo: [USP], 1993.

_____. *Reflexões sobre a tutela de direitos*. São Paulo: [USP], 1993.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de (Coord.). *Elementos para uma nova teoria geral do processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. O juiz e o princípio do contraditório. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 18, n. 71, p. 31-38, jul./set. 1993.

_____. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 30, n. 90, p. 55-83, jun. 2003.

OLIVEIRA FILHO, Cândido. Inovações do Código de Processo Civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 37, n. 81, p. 14-20, jan. 1940.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PINTO, Bilac. Aspectos da reforma processual brasileira. In: *PROCESSO oral: coletânea de estudos de juristas nacionais*. Rio de Janeiro: Forense, 1940. p. 25-34.

RAGONE, Álvaro J. Pérez. Actividad probatoria transfronteriza dentro de la unión europea: perspectivas en la cooperación judicial comunitária. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 139, p. 75-101, set.2006.

RELATÓRIO sobre o Projeto Preliminar Apresentado pela Comissão Real de Reforma, Roma, 1937. In: *PROCESSO oral: coletânea de estudos de juristas nacionais*. Rio de Janeiro: Forense, 1940.

RIBEIRO, Darci Guimarães. O sobreprincípio da boa-fé processual como decorrência do comportamento da parte em juízo. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 31, n. 95, p. 71-96, set. 2004.

ROSAS, Roberto. *Das providências preliminares no Código de Processo Civil*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 3, n. 9, p. 247-254, jan./mar. 1978.

ROSEMBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Tradução Ernesto Krotoschin. Buenos aires: Jurídicas Europa- América, 1956.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1969.

SEMON, Hans. O debate oral no processo civil alemão. In: PROCESSO oral: coletânea de estudos de juristas nacionais. Rio de Janeiro: Forense, 1940. p. 73-80.

SHCOEBORN. Caracteres gerais do processo civil austríaco de 19 de agosto de 1985, *Revista Forense*, Rio de Janeiro: v. 37, n. 61, p. 65-73, jan. 1940.

SILVA, Carlos Manuel Ferreira da. A audiência preliminar no Código Modelo de Processo Civil para a América Latina e nas linhas orientadoras da nova legislação processual portuguesa. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 18, n. 71, p. 171-179, jul./set. 1995.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 1.

SOARES, Fernando Luso. *Direito Processual Civil: parte geral e processo declarativo*. Coimbra: Almedina, 1980.

SOSA, Angel Landoni. Principio de razonabilidad, sana crítica y valoración de la prueba. *Revista de Processo Civil*, São Paulo, v. 22, n. 88, p. 208-227, out./dez. 1997.

SOUZA, Orlando. *Manual das audiências*. 4. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1971.

STEIN, Friederich. *El conocimiento privado del juez*. 2. ed. Madrid: Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 1990.

TARUFFO, Michele. *Il processo civil "adversary" nella esperienza americana*. Padova: Cedam, 1979.

_____. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1975.

_____. *La prueba de los hechos*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005.

_____. Observações sobre os modelos processuais de civil law e common law. Tradução José Carlos Barbosa Moreira. *Revista de Direito Processual*, São Paulo, v. 28, p. 141-158, abr./jun. 2003.

_____. Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz. *Revista de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 3, p. 75-102, 2001.

TARUFFO, Michele; MICHELI, Gian Antônio. A prova. Tradução Teresa Celina Arruda Alvim. *Revista de Direito Processual*, São Paulo, n. 16, p. 157-168, [19--].

TESHEINER, José Maria da Rosa. *Elementos para uma teoria geral do processo*. São Paulo: Saraiva, 1993.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no Processo Civil*. 2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001.

_____. Horizontes da nova audiência preliminar. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 370, p. 65-75, 2003.

_____. *Lineamentos da nova reforma do CPC*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Processo Civil: evolução dos vinte anos de vigência*. São Paulo: Saraiva, 1995.

TUCCI, Rogério Lauria. *Temas e problemas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1983.

VAZ, Paulo Afonso Brum. Tutela antecipada fundada na técnica da ausência de controvérsia sobre o pedido (§6º do art. 267 do CPC), *Revista de Processo*, n. 131, p. 124-144, jan. 2006.

VERDE, Giovanni. La prova nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 53, n. 1, p. 2-25, 1998.

VESCOVI, Enrique. Il nuovo sistema giudiziario dell' Uruguay. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, ano 46, n. 2, abr./jun. 1991.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Brasília: Ministério da Justiça, 1979.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. A audiência preliminar como fator de otimização do processo. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 29, v. 29, n. 118, p. 137-142, nov./dez. 2004.

XAVIER NETO, Francisco de Paula. Notas sobre a justiça na Alemanha. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 7, n. 27, p. 86-138, jul./set. 1982.