

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO
MURILO POLICARPO PITTELLI

**O JURAMENTO DECISÓRIO NO DIREITO ITALIANO E SUA
COMPATIBILIDADE COM O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Juiz de Fora
2018

MURILO POLICARPO PITTELLI

**O JURAMENTO DECISÓRIO NO DIREITO ITALIANO E SUA
COMPATIBILIDADE COM O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel, sob a orientação do Prof. Dr. Dhenis Cruz Madeira

Juiz de Fora

2018

FOLHA DE APROVAÇÃO

MURILO POLICARPO PITTELLI

O JURAMENTO DECISÓRIO NO DIREITO ITALIANO E SUA COMPATIBILIDADE COM O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel, submetido à Banca examinadora composta pelos membros:

Orientador: Prof. Dr. Dhenis Cruz Madeira
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Me. Karol Araújo Durço
Universidade Federal de Juiz de Fora

Profa. Dra. Aline Araújo Passos
Universidade Federal de Juiz de Fora

PARECER DA BANCA

- APROVADO
- REPROVADO

Juiz de Fora, 21 de junho de 2018.

RESUMO

O objetivo deste trabalho é apresentar o instituto do juramento decisório, como concebido no direito italiano, suas características e funcionamento para, sucessivamente, verificar sua compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro. Para tal, realizar-se-á uma revisão bibliográfica, incluindo a doutrina, jurisprudência relevante e dispositivos legais do sistema de origem. O juramento será objeto de uma contextualização histórica, seguida da explicação de seu funcionamento no direito italiano hodierno. Após, far-se-á um confronto com o direito brasileiro, tendo por prisma o Estado Democrático de Direito, o conceito de devido processo neste modelo e a definição de Fazzalari de procedimento, demonstrando o papel da prova no *iter* lógico de formação do ato jurídico, para atender às exigências de legitimidade e fiscalização próprias do processo democrático.

Palavras chave: Direito Comparado; Juramento Decisório; Compatibilidade; Devido Processo; Estado Democrático de Direito.

RIASSUNTO

L'obiettivo di questo lavoro è di presentare l'istituto del giuramento decisorio, come concepito nel diritto italiano, le sue caratteristiche e funzionamento per poi verificarne la compatibilità con l'ordinamento giuridico brasiliano. A tal fine, si farà una revisione bibliografica, la cui include dottrina, giurisprudenza e dispositivi legali pertinenti del sistema di origine. Di seguito, il giuramento verrà contestualizzato storicamente, susseguendosi lineamenti sul suo funzionamento nel diritto italiano odierno. In seguito, esso verrà messo a confronto col diritto brasiliano, attraverso le lenti del concetto dello Stato democratico di diritto, il giusto processo ivi compreso e la definizione di Fazzalari di procedimento, dalla quale si dimostrerà il ruolo della prova nell'iter logico di formazione dell'atto giuridico affinché vengano adempiute le esigenze di legittimità e fiscalizzazione proprie del processo democratico.

Parole chiavi: Diritto Comparato; Giuramento Decisorio; Compatibilità; Giusto Processo; Stato Democratico di Diritto.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 UMA CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA DO JURAMENTO NA RESOLUÇÃO DAS CONTROVÉRSIAS E O CAMINHO AO FORMATO ATUAL	7
2.1 Das origens no direito romano à República Italiana	7
2.2 As alterações legislativas e jurisprudenciais que levaram ao formato atual do instituto... 10	
3 O JURAMENTO NO CPC ITALIANO	11
3.1 O juramento como gênero.....	11
3.2 O juramento decisório.....	12
3.2.1 Limites	14
3.2.2 O deferimento e o provimento de admissão	16
3.2.3 O <i>referimento</i> e os efeitos da <i>mancata prestazione</i>	19
3.2.4 Juramento <i>de veritate</i> e juramento <i>de scientia</i>	21
4 UM CONFRONTO COM O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	22
4.1 O devido processo no Estado Democrático de Direito	22
4.2 O processo democrático	25
4.2.1 Processo e procedimento.....	27
4.2.2 A prova na estrutura procedimental	29
4.3 A atipicidade dos meios de prova e o devido processo à luz do paradigma do Estado Democrático de Direito.....	30
4.3.1 A ausência de previsão legal do juramento decisório no direito brasileiro	32
5 CONCLUSÃO	34
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	36

1 INTRODUÇÃO

O juramento decisório é um meio de prova peculiar do direito italiano, que consiste, essencialmente, na declaração jurada de uma parte sobre a veracidade de fatos a si favoráveis, conforme a fórmula pré-estabelecida pela parte adversária, com consequente definição do litígio a favor do jurante e nos termos de tal declaração (ou a sucumbência, nos termos opostos àqueles propostos, na eventualidade de o juramento não se verificar).

Neste trabalho, o juramento será explicado com base em suas previsões legais constantes do Código de Processo Civil italiano de 1940 e do Código Civil italiano de 1942, bem como a jurisprudência da Corte Suprema de Cassação e da Corte Constitucional italianas que, como se verá, alteraram e delimitaram as “feições” atuais do juramento decisório. Neste processo, far-se-á recurso à doutrina pertinente, incluindo textos que reconstróem o juramento em sua concepção romana e descrevem sua evolução.

Este trabalho é dividido em três partes, sendo a primeira dedicada à contextualização histórica do leitor acerca do juramento em juízo, estabelecendo as bases para o que se desenvolverá na segunda parte, a saber, detalhar as características, a natureza e o funcionamento do juramento decisório no direito italiano vigente. A terceira parte será dedicada ao contraste do exposto anteriormente com o ordenamento jurídico brasileiro, a fim de se tentar constatar a compatibilidade do instituto alienígena com o sistema legal do Brasil. Para tal, realizar-se-á a conceituação do devido processo sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, com destaque para a licitude dos meios probatórios, tendo por base o conceito fazzalariano de procedimento e a inserção da prova nesta estrutura.

2 UMA CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA DO JURAMENTO NA RESOLUÇÃO DAS CONTROVÉRSIAS E O CAMINHO AO FORMATO ATUAL

2.1 DAS ORIGENS NO DIREITO ROMANO À REPÚBLICA ITALIANA

O juramento, em uma concepção geral, é um instituto muito difundido, tanto ao longo da história da humanidade quanto geograficamente. Se faz presente, ainda que com

variações de cultura a cultura, em grande parte das civilizações, nos períodos históricos mais variados¹.

Para os fins deste trabalho, limitar-se-á ao conceito de juramento tal qual concebido no CPC italiano, em especial àquele na modalidade “juramento decisório”, de origem romana, verossimilmente no processo formular², representado pela cláusula do Édito: “*Ait praetor: ‘eum, a quo iusiurandum petetur, solvere aut iurare cogam’*”³.

Existe uma discussão acerca da redação da referida cláusula, relevante para a delimitação do âmbito de aplicação desta⁴. Biondo Biondi, em sua obra “*Il giuramento decisorio nel processo civile romano*”⁵ diz haver o instituto, precisamente, o escopo de evitar o alongar-se do procedimento, tornando o mais rápido possível executiva a obrigação. Com isto, questiona a tese de que o instituto tivesse aplicação limitada às obrigações cujo objeto era uma quantia em dinheiro ou outras coisas fungíveis.

Fato é que, ao longo da história, a hipótese de cabimento deste instituto foi gradualmente ampliada para obrigações de outra natureza e outras relações jurídicas privadas⁶.

O juramento apresentava caráter coativo, representado pela expressão “*solvere aut iurare cogam*” ,e assim concebido, oferecia ao devedor que fosse chamado ao juramento as alternativas de “jurar” (não dever) ou “solver” seu débito.

Biondi ainda destaca que:

¹ O texto homérico da *Ilíada*, em seu canto XXIII testemunha o recurso ao juramento para a solução da controvérsia entre Menelau e Antíloco. MAFFI, Alberto. **Quarant’anni di studi sul processo greco (i)**. Disponível em: http://www.ledonline.it/Dike/allegati/Dike10_Maffi-Studi-processo-greco.pdf Acesso em: 01-05-2018.

² Existem divergências sobre a origem do juramento decisório no processo civil romano. Parte da historiografia considera o primeiro registro do instituto nos escritos de Plauto, anterior ao estabelecimento do processo formular e, portanto, durante a regência do sistema *legis actiones*. Conforme aponta Evelyn Di Maggio em sua tese de doutorado “**Il ius iurandum in iure delatum nel processo formulare romano**” - Università degli Studi di Palermo, a/a 2012-2013. Disponível em: <https://iris.unipa.it/retrieve/handle/10447/90928/98552/II%20ius%20iurandum%20in%20iure%20delatum%20nel%20processo%20formulare%20romano.pdf> Acesso em: 19-04-2018.

³ ULPIANO, **Commentario ad edictum**, 26, in **Digesta Iustiniani** 12.2.34.6, *apud* BIONDI, Biondo. **Il giuramento decisorio nel processo civile romano**. “L’erma” di Bretschneider: Roma, 1970 (edizione anastatica del 1913), p. 7. - Livremente traduzido como: “Diz o pretor: ele a quem o juramento é demandado, deverá pagar ou jurar.”

⁴ DI MAGGIO, 2013, op. cit., p.31-32.

⁵ BIONDI, Biondo. **Il giuramento decisorio nel processo civile romano**. “L’erma” di Bretschneider: Roma, 1970 (edizione anastatica del 1913).

⁶ DI MAGGIO, 2013. Na obra citada existe um inteiro capítulo dedicado ao tema.

[...] a parte a que fosse deferido (o juramento) não tinha a liberdade para aceitá-lo ou recusá-lo: deveria prestá-lo ou referir a prestação ao adversário; quem recusasse sofreria consequências negativas especiais no direito clássico, as quais ainda não se sabe precisar bem⁷.

A frase seguinte da cláusula recita: “*aut solvat, aut iuret: si non iurat, solvere cogendus erit praetore*”⁸, exemplificando a afirmação de Biondi, pois demonstra que a satisfação da obrigação era garantida pela força coercitiva do Pretor, porém não indicava os meios a serem empregados.

Além de *iuret* ou *solvat*, como se extrai do trecho transcrito acima, uma parte poderia “referir” o juramento à outra. Esta faculdade é prevista na cláusula seguinte do Édito, na qual se lê: “*Datur autem et alia facultas reo, ut, si malit referat iusiurandum:*”⁹

O direito romano se valia do verbos latinos *defero* e *refero*, para descrever as condutas das partes envolvidas no juramento¹¹. O verbo *defero* é responsável pela origem na língua italiana, dentre outros, do verbo *deferire*. Este verbo se traduz para o português em “deferir”. Já o verbo *refero* originou o verbo *riferire*, que se traduz em “referir” no português¹². Deste modo, a parte “deferente” é aquela que defere (propõe) o juramento à outra, chamada “deferida”. Neste ponto, à deferida é oferecida a faculdade de “referir” (transmitir) à outra o juramento, sendo chamada “referente”, transformando a deferente em “referida”, invertendo assim o ônus de jurar. Esta será, doravante, a terminologia adotada para todo o trabalho e o modo como devem ser interpretadas estas expressões.

As cláusulas até agora apresentadas determinam essencialmente o funcionamento do instituto nos moldes atuais, e mesmo tendo passado por pequenas alterações, a operatividade em quase nada se destacou das bases primárias.

O juramento, originariamente, era marcado por um inegável caráter sacro, visto que era prestado perante os deuses¹³. Este elemento perdurou através dos séculos, em

⁷ Tradução livre do original: “ [...] *la parte a cui fosse stato deferito non era libera di accettarlo o ricusarlo: doveva prestarlo o riferirlo all'avversario; il ricusante subiva speciali svantaggi per diritto classico non ancora ben precisati.*” - BIONDI, op. cit., p. 8.

⁸ “ou solver ou jurar: se não jurar, será forçado a pagar pelo pretor” - Tradução livre.

⁹ “Ao réu é dada a faculdade de, preferindo, referir o juramento”. - Tradução livre.

¹⁰ ULPIANO, *Commentario ad edictum*, 26, in *Digesta Iustiniani* 12.2.34.7, *apud* DI MAGGIO, 2013.

¹¹ do verbo *defero*: *delatum*; *deferat*. do verbo *refero*: *referat*.

¹² A legislação italiana sobre a matéria adotou os verbos *deferire* e *riferire*, em correspondência à terminologia original do latim, o que corresponde aos verbos deferir e referir, respectivamente, na língua portuguesa. Embora em ambas as línguas a expressão “deferir” seja relacionada ao significado do verbo *defero* como conceder, especificamente em relação ao juramento ele é empregado em outro dos vários significados do original *defero*, qual seja, “propôr”. Para o verbo italiano *riferire*, que normalmente corresponde perfeitamente ao verbo “referir” na língua portuguesa, o significado, dentre os vários possíveis, do verbo *refero* adotado é o de “transmitir”.

¹³ Mais sobre isto e o papel do elemento *fides* na relação inter-partes: DI MAGGIO, 2013, op. cit.

especial pela Idade Média¹⁴, e resistiu até a sua mais recente formulação legislativa italiana, a qual foi modificada pela jurisprudência constitucional do país para se adequar ao modelo Republicano pós-guerra de Estado laico¹⁵, o que será melhor abordado a seguir.

2.2 AS ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS E JURISPRUDENCIAIS QUE LEVARAM AO FORMATO ATUAL DO INSTITUTO

Antes do fim da monarquia e instituição da República, em 1946, a Itália viveu o período fascista, de 1919 a 1943, no qual foi celebrado, em 1929, o chamado Tratado de Latrão (*Patti Lateranensi*), que recitava em seu artigo 1º que: “A religião Católica Apostólica e Romana é a única religião do Estado¹⁶”, transformando oficialmente a Itália em um Estado Confessional. Em 1947, após a queda do regime fascista, foi promulgada a Constituição da República Italiana, com entrada em vigor em 1º de janeiro de 1948, a qual trouxe, entre suas várias mudanças, a instituição da Corte Constitucional, em seu artigo 134¹⁷. A disposição, vigente desde 1929, só foi revogada com um novo Tratado em 1984, o qual afirmava que Estado e Igreja eram independentes e soberanos¹⁸.

Com a efetiva instituição da Corte e a oficialização da laicização da República, o instituto do juramento decisório sofreu alterações, em especial, na redação do artigo 238 do *codice di procedura civile* (doravante CPC), da qual foram declarados constitucionalmente

¹⁴ BARBANTI, Laura. **Il giuramento nel diritto canonico**, Dissertação de Mestrado em Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia, a/a 2016-2107. Disponível em <https://www.tesionline.it/default/tesi.asp?id=52584#>. Acesso em 02/05/2018.

¹⁵ O Estado Nacional italiano é considerado nascido declaradamente laico, na célebre frase de Camillo Cavour “Libera chiesa in libero stato”. - “Num Estado livre há liberdade religiosa” - Tradução livre.

¹⁶ Trata-se do *Trattato fra la Santa Sede e l'Italia - 1929*, o qual Art.1º dispõe: *L'Italia riconosce e riafferma il principio consacrato nell'articolo 1º dello Statuto del Regno 4 marzo 1848, pel quale la religione cattolica, apostolica e romana è la sola religione dello Stato*. - A Itália reconhece o princípio consagrado no artigo 1º do Estatuto do Reino de 4 de março de 1848, pelo qual a religião católica apostólica romana é a única religião do Estado. - Tradução livre.

¹⁷ Ao referido artigo só foi dada atuação em 1955, através da Lei constitucional nº1 de 1953 e da Lei Ordinária nº57 de 1953, sendo a primeira audiência realizada em 1956.

¹⁸ *Accordo fra la Santa Sede e la Repubblica Italiana che apporta modificazioni al Concordato Lateranense*, 1984. art1º: *La Repubblica italiana e la Santa Sede riaffermano che lo Stato e la Chiesa cattolica sono, ciascuno nel proprio ordine, indipendenti e sovrani, impegnandosi al pieno rispetto di tale principio nei loro rapporti ed alla reciproca collaborazione per la promozione dell'uomo e il bene del Paese*.- Acordo entre a Santa Sé e a República Italiana que promove modificações ao Tratado de Latrão, 1984. artigo 1º: A República Italiana e a Santa Sé reafirmam que o Estado e a Igreja católica são, cada um em suas atribuições, independentes e soberanos, e se comprometem ao pleno respeito de tal princípio em suas relações e à colaboração recíproca para a promoção do Homem e o bem do País. - Tradução livre .

ilegítimas as expressões “importância religiosa” e “diante de Deus e dos homens”, com a sentença nº 334, de 08 de outubro de 1996¹⁹.

A crescente perda de força do instituto do juramento, tanto pela mitigação do temor reverencial de cunho religioso, quanto pela menor crença na integridade moral da parte contrária, não passou despercebida pela doutrina²⁰. De qualquer modo, o juramento segue vigente na Itália e os dispositivos referentes ao seu funcionamento serão explicados a seguir.

3 O JURAMENTO NO CPC ITALIANO

3.1 O JURAMENTO COMO GÊNERO

Pode-se considerar por juramento a declaração efetuada em forma grave e solene, prevista pela lei com a qual uma parte afirma um fato como verdadeiro.²¹ Se encontra em posição diametralmente oposta à confissão, uma vez que esta consiste em uma afirmação de veracidade de um fato desfavorável ao declarante, e o juramento, ao contrário, consiste na afirmação de veracidade de um fato favorável ao jurante²².

O juramento no sistema processual civil italiano, é, ao menos formalmente, um meio de prova constituenda²³. Essa natureza é contestada por parte da doutrina devido a algumas de suas peculiaridades. Existem autores que o consideram, nas palavras de Mario Conte, uma “super prova”²⁴ e ainda há quem diga ser um meio de decisão “não judicial”. Como se vê nos trechos abaixo, livremente traduzidos:

Para Satta-Punzi:

Enquanto, de fato, a confissão, se enquadra no conceito de prova, o juramento é, à prova, totalmente estranho; este é um modo de resolver a

¹⁹ A Corte em 1979, com a sentença nº117 de 10 de outubro havia declarado ilegítima a ausência das palavras “se crente” seguidas de ambas as expressões.

²⁰ “*La pronuncia (...) evidenzia come l’istituto abbia ormai fatto il suo tempo, essendo troppo legato all’antica figura del “sacramentum” di latina memoria.*” CONTE, Mario. **Le prove civili**. Trattati a cura di Paolo Cendon. Milano: Giuffrè, 2009, p. 338. Em tradução livre: A pronúncia (...) evidencia como o tempo do instituto já tenha passado, sendo muito ligado à antiga figura do “sacramento” de memória latina.

²¹ CONTE, 2009, op. cit. p. 321.

²² SASSANI, Bruno. **Lineamenti del processo civile italiano**. Milano: Giuffrè, 2015. p. 269

²³ O disciplina do instituto é inserida no *Capo VI* do CC italiano. sob o *Titolo II, delle prove*, e na *Sezione III* do CPC italiano, sob a rubrica *Dell’istruzione probatoria*.

²⁴CONTE, 2009, op. cit., p. 322.

controvérsia diverso do juízo, que consiste em aceitar como verdade a palavra de uma parte.²⁵

Já, para Liebman:

[...] recebe da lei um máximo de eficácia probatória legal, que (salvo algumas exceções) vincula o juiz e não pode ser, em nenhum modo, combatida.²⁶

No mesmo sentido, Penta:

Portanto, na verdade, o juramento é um meio de decisão da controvérsia e deve desonerar o juiz de qualquer outra reflexão que não seja estabelecer se o juramento foi prestado ou não.²⁷

Conte diz ser o juramento, em sua origem romana, “um instrumento “sacro” para a resolução das controvérsias.²⁸

Tais posicionamentos se justificam graças às variadas exceções que se aplicam ao juramento em relação aos outros meios de prova. Estas exceções existem, sobretudo, para o juramento decisório, espécie que interessa ao presente trabalho. Além de decisório, o juramento pode ser supletório²⁹, na medida em que os fatos sobre os quais se jura possuam ou não o caráter de decisividade, e afetem de maneiras diferentes o futuro da causa.

3.2 O JURAMENTO DECISÓRIO NO DIREITO ITALIANO VIGENTE

O texto legal, no artigo 2736, *comma* 1, do *codice civile* italiano (doravante CC) define: “è decisorio quello che una parte deferisce all'altra per farne dipendere la decisione totale o parziale della causa.”³⁰ Pode-se dizer, então, que decisório é o juramento de cujo conteúdo depende total ou parcialmente o resultado do mérito da causa.

²⁵ No original: *Mentre infatti la confessione, rettamente intesa, rientra nel genuino concetto di prova, il giuramento è alla prova totalmente estraneo: esso è un modo di risolvere la controversia diverso dal giudizio, che consiste nell'accettare come vera la parola di una parte.* Satta-Punzi, 1992 *apud* CONTE, 2009, op. cit. p. 322.

²⁶ No original: [...] *riceve dalla legge un massimo di efficacia probatoria legale che (salvo qualche caso eccezionale) vincola il giudice e non può in nessun modo essere combattuta.* Liebman, 1984 *apud* CONTE, 2009 op. cit. p. 323.

²⁷ Tradução livre do original: *Quindi, in realtà, il giuramento è un mezzo di decisione della controversia e deve esonerare il giudice da qualunque altra indagine che non sia quella di stabilire se il giuramento sia stato o meno prestato.* PENTA, Andrea. em **La prova nel processo**. a cura di Aversano, F. e Sabato, G. Dogana: Maggioli, 2013, p. 115.

²⁸ CONTE, 2009, cit. p. 323.

²⁹ Com disciplina no art. 2736, n. 2 CC ; e arts. 240 - 242, CPC. e diferentemente da modalidade decisória, é um meio de prova à disposição do juiz.

³⁰ É decisório aquele que uma parte defere à outra para fazer dele depender (do juramento) a decisão total ou parcial da causa. - Tradução livre .

É um meio através do qual uma parte pode, voluntariamente, remeter a decisão da causa à outra, solicitando que esta declare, em modo solene, sob juramento, um ou mais fatos decisivos que tenha afirmado como verdadeiros³¹. Um elemento de suma importância é justamente o grau de decisividade dos fatos declarados. Rossana Mininno³² transcreve as seguintes passagens:

[...] deve ter por objeto, como expressamente exige o artigo 2736, comma 1 do CC, circunstâncias das quais depende a decisão de um ou mais capítulos da demanda, ou seja, circunstâncias tais que, ao juiz, tendo previamente verificado “an iurandum sit”, não reste outra opção, que não acolher ou rejeitar a demanda ou mesmo capítulos desta, baseando-se quanto ao fato, somente no juramento prestado, ou, na não prestação do mesmo. (Cass., sez. II, 8.6.2007, n. 13425)³³³⁴.

A formulação das circunstâncias deve conduzir, em caso de admissão dos fatos representados (no juramento), automaticamente ao acolhimento da demanda e não deve necessitar de uma valoração de tais fatos por parte do juiz de mérito. (Cass. sez. lav., 3.1.2011, n. 39)³⁵.

Deste modo, ele deve verter sobre questões que sejam objetos do processo, e de uma importância tal que possam defini-lo total ou parcialmente. Por parcial se entende aquele que encerra um capítulo da eventual sentença, sem necessariamente gerar os mesmos efeitos sobre os demais. Vale dizer, a decisividade necessária é absoluta no que se refere à questão objeto do juramento, ainda que em nada influencie as demais questões³⁶.

³¹ SASSANI, 2015, op. cit., p. 269.

³² MININNO, Rossana. em **Le prove civili** a cura di Previti, S. Lavis: Wolters Kluwer Italia, 2014.

³³ Tradução livre do original: [...] *deve avere ad oggetto, come espressamente richiede l'art. 2736, comma 1, c.c., circostanze delle quali dipende la decisione di uno o più capi della domanda, ossia circostanze tali, che al giudice, previo accertamento dell'an iurandum sit, non resti altro che accogliere o rigettare la domanda ovvero singoli capi di essa, basandosi, quanto al fatto, solo sul giuramento prestato ovvero sulla mancata prestazione del medesimo* (Cass., sez. II, 8.6.2007, n. 13425) - MININNO, 2014, op. cit., p. 84.

³⁴ Também “*Il giuramento decisorio è ammissibile soltanto se dalla sua prestazione o la mancanza di essa dipende la definizione della causa perché i fatti su cui è deferito sono decisorii, sì che il giudice deve limitarsi ad accertare an iurandum sit, e non invece se con essi si acquisirebbero elementi di giudizio da cui desumere o interpretare i fatti risolutivi della controversia.*” (Cass. 23.2.1999, n. 1526, MGC, 1999, 384 *apud* CONTE, 2009. Grifo nosso) - O juramento decisorio é admissível somente se, da sua prestação ou falta de prestação, depende a definição da causa, pois os fatos sobre os quais foi deferido são decisorios, de modo que o juiz deve se limitar a verificar “an iurandum sit”, e não se com estes fatos se obteria elementos de valoração dos quais interpretar os fatos que resolvam a controvérsia - Tradução livre.

³⁵ Tradução livre do original: *La formulazione delle circostanze deve condurre, in caso di ammissione dei fatti rappresentati, automaticamente all'accoglimento della domanda e non deve richiedere una valutazione di tale fatti da parte del giudice di merito.* (Cass. sez. lav., 3.1.2011, n. 39) MININNO, 2014, op. cit., p. 85.

³⁶ “(...) conserva il carattere della decisorietà anche se, da esso, possa dipendere la decisione soltanto parziale della causa, cioè quando venga deferito per decidere un punto particolare della controversia, dotato di una propria autonomia, perché relativo ad uno dei capi della domanda ovvero ad uno dei momenti necessari dell'iter logico da seguire per la decisione, rispetto a quale il giuramento esaurisce ogni indagine (Cass. civ., sez. II, 6-12-2001, n. 15494) *apud* PENTA, cit, 2013, p.118.. - (...) conserva o caráter da decisividade, ainda que deste (o juramento) possa depender somente a decisão parcial da causa, isto é, quando seja deferido para decidir um ponto particular da controvérsia, dotato de própria autonomia, por ser relativo a um capítulo da demanda, ou

O juramento tem eficácia de prova legal, ou seja, gera uma presunção absoluta sobre os fatos jurados, sendo inadmissíveis provas em contrário. Este efeito se estende ao conteúdo probatório já constante dos autos, que, eventualmente, evidenciem a falsidade da declaração do jurante ou possam, em qualquer modo, contradizê-la. Por não estar sujeito à regra geral da preclusão dos meios de prova, sua admissão em momento posterior à produção das demais provas gera a desconsideração de tudo em contrário já eventualmente produzido³⁷

³⁸.

3.2.1 LIMITES

Limites a esta eficácia avassaladora do juramento decisório são oferecidos pela legislação³⁹ e jurisprudência.

Em primeiro lugar, tem-se que não é admitido o juramento decisório, assim como a confissão, em matéria de direitos indisponíveis.

Em segundo lugar, não é admitido o juramento decisório quando este tratar sobre fatos ilícitos. A amplitude do termo “fatos ilícitos” é discutida na doutrina⁴⁰, porém,

mesmo a um dos momentos necessário do *iter* lógico a ser seguido para a decisão, para o qual o juramento esgote qualquer questionamento. - Tradução livre.

³⁷ CONTE, 2009, op. cit., p. 321-322; SASSANI, 2015, op. cit., p. 270; PENTA, 2013, op. cit., p. 115; MININNO, 2014, op. cit., p. 83.

³⁸ Sobre a preclusão, o tema será melhor explicado ao tratar dos limites da admissibilidade do juramento.

³⁹ art.2739 c.c: *Il giuramento non può essere deferito o riferito per la decisione di cause relative a diritti di cui le parti non possono disporre [1966], né sopra un fatto illecito [2043] o sopra un contratto per la validità del quale sia richiesta la forma scritta [1350], né per negare un fatto che da un atto pubblico risulti avvenuto alla presenza del pubblico ufficiale che ha formato l'atto stesso [2700].*

Il giuramento non può essere deferito che sopra un fatto proprio della parte a cui si deferisce o sulla conoscenza che essa ha di un fatto altrui [2960] e non può essere riferito qualora il fatto che ne è l'oggetto non sia comune a entrambe le parti. - artigo 2379 CC: O juramento decisório não pode ser deferido ou referido para a decisão de causas relativas a direitos dos quais as partes não podem dispôr [artigo 1966 CC], nem sobre fatos ilícitos [artigo 2043 CC], ou sobre um contrato para cuja validade seja exigida a forma escrita [artigo 1350 CC], nem para negar um fato constante de ato público, e que resulte ocorrido na presença de um sujeito dotado de fé pública que o tenha lavrado [artigo 2700 CC]. O juramento pode ser deferido, somente, sobre um fato próprio da parte a quem é deferido ou sobre o conhecimento da mesma de fato alheio [artigo 2960 CC] e não pode ser referido quando o fato que constitui seu objeto não seja comum a ambas as partes.- Tradução livre.

⁴⁰ *Va osservato, a tal proposito che la dottrina non è molto concorde sull'ampiezza di tale categoria, atteso che, se, da una parte, la maggioranza degli autori propende per ricomprendere in essa tutti i fatti illeciti previsti dal nostro ordinamento, d'altra parte, alcuni studiosi ritengono che il concetto di illecito non sia interpretabile in senso rigoroso, dovendo piuttosto ricomprendere quei fatti dai quali possa derivare nocumento ai valori propri della persona del giurante, quale la libertà e l'onore (sanzioni penali per reati, carattere turpe del fatto e simili), ma non quelli che importino un riconoscimento di colpa, perfettamente compatibile e connaturale alle finalità dell'istituto.* (CONTE, 2009, op. cit., p.325) - Vale salientar-se, a tal propósito, que a doutrina não é pacífica sobre a amplitude de tal categoria, ainda que, se de um lado, a maioria dos autores tende a compreender na mesma todos os fatos ilícitos previstos no nosso ordenamento, por outro lado, alguns estudiosos acreditam que o conceito de ilícito não deva ser interpretado em senso rigoroso, mas devendo englobar todos aqueles fatos dos quais possa derivar um dano aos valores próprios da pessoa do jurante, notadamente a liberdade e a honra (sanções penais, atos de caráter torpe e semelhantes) mas não aqueles que comportem um reconhecimento de culpa, compatível e conatural com a finalidade do instituto. - Tradução livre.

para a Corte de Cassação⁴¹, deve-se entender por ilícitos todos e quaisquer fatos que violem norma imperativa, a ordem pública, e os bons costumes, ou ainda qualquer fato que possa gerar ao deferido responsabilidade civil, penal, ou administrativa. Este limite, evidentemente, visa a proteger o jurante, pois este poderia se negar a jurar por temor das eventuais consequências de sua declaração⁴², o que, como será explicado, resultaria na perda da causa.

Em terceiro lugar, não é admissível para provar a existência de um contrato para o qual o ordenamento exija a forma escrita *ad substantium*. Neste caso, a *ratio* é impedir que se supra o requisito de forma, sancionado por nulidade, através de uma declaração jurada⁴³. De consequência, tem-se que não é vedado o juramento como prova de contratos para os quais a forma seja imposta *ad probationem tantum*.

Por fim, há um limite à admissibilidade do juramento no tocante à existência de um fato constante de um documento dotado de fé pública e ocorrido na presença de pessoa dotada de fé pública (nesta hipótese, o documento assume força de prova legal). Cabe ressaltar que a vedação se refere, apenas, ao elemento extrínseco do ato, isto é, à efetiva ocorrência do evento, mas não se estende ao questionamento da veracidade do conteúdo ideológico das declarações nele contidas.

Sobre os limites previstos no art. 2739 CC, diz Luigi Comoglio:

Na previsão do artigo 2379 do CC, em particular, a característica estrutural do meio de prova se revela dinamicamente, através dos limites de interferência (por assim dizer) temática, introduzidos em defesa de outros meios, também juridicamente vinculantes. A norma se preocupa em prevenir uma eventual colisão de provas heterogêneas, dotadas de análoga eficácia privilegiada, excluindo “a priori” a possibilidade de deferir (e referir) o juramento “sobre um contrato para cuja validade seja exigida forma escrita”

⁴¹ *In tema di giuramento, la norma di cui all’art. 2739 c.c. (divieto di deferimento del giuramento su fatti illeciti) trova il suo fondamento nell’opportunità di non obbligare il giurante a confessarsi autore di un atto per lui potenzialmente produttivo di responsabilità civile, penale, o amministrativa.* (Cass. 11.5.2007, n. 10850, MGC 2007, 5. *apud* CONTE, 2009, op. cit., p. 325) - Sobre o tema de juramento, a norma do artigo 2739 CC (proibição do deferimento do juramento sobre fatos ilícitos) encontra seu fundamento em ser desejável não obrigar o jurante a se confessar autor de um ato que, potencialmente, gerará para si responsabilidade civil, penal ou administrativa. - Tradução livre.

⁴² *[...] la ratio risiede nella volontà di evitare che la parte, a cui il giuramento è deferito, si trovi di fronte all’alternativa tra giurare (e, quindi, dichiarare l’esistenza di un fatto tale che possa esporla a procedimento penale oppure al discredito sociale) oppure non giurare (e così perdere la causa).* (Cass. civ. sez. III, 15-03-2009, n. 12866 *apud* PENTA, cit., 2013, p.117) - A “ratio” reside na vontade de evitar que a parte à qual o juramento é deferido se veja de frente à escolha entre jurar (e, portanto, declarar a existência de um fato que possa expôr a mesma a procedimento penal ou descrédito social) ou não jurar (e assim, perder a causa) - Tradução livre.

⁴³ MININNO, 2014, op. cit., p. 88; SASSANI, 2015, op. cit., p. 270; PENTA, 2013, op. cit., p.117.

ou para combater a subsistência de um fato, o qual um sujeito dotado de fé pública ateste, documentalmente, ter ocorrido em sua presença⁴⁴

Além dos limites materiais, existem os limites temporais à admissibilidade do juramento decisório.

O primeiro deles é o deferimento do juramento decisório em sede de alegações finais. Por se tratar de momento processual dedicado a precisar o quanto produzido na fase instrutória, deve-se, necessariamente, entender esta como encerrada. Esta hipótese, como se verá, não é da ordinária preclusão à qual se sujeitam os demais meios de prova.

O mesmo se aplica para o recurso à Corte de Cassação⁴⁵, que não se tratando de um terceiro grau de jurisdição⁴⁶, tem sua competência limitada ao já efetivamente constante dos autos, e somente tem poderes para cassar as decisões, ou partes destas, nas quais se vislumbre algum vício.

3.2.2 O DEFERIMENTO E O PROVIMENTO DE ADMISSÃO

A disposição do artigo 233 do CPC italiano, que prevê que o juramento decisório pode ser deferido em qualquer estado da causa perante o juiz instrutor deve ser compreendida no sentido de poder ser deferido em qualquer grau, desde que na fase instrutória de cada respectivo procedimento⁴⁷.

A competência do juiz instrutor para admitir o deferimento de uma parte à outra do juramento decisório se resume ao mero controle de regularidade formal:

⁴⁴ Tradução livre do original: “Nella previsione dell’art. 2739 c.c., in particolare l’impronta strutturale del mezzo di prova si rivela dinamicamente attraverso i limiti di interferenza (per così dire) tematica, introdotti a difesa di altri mezzi, pure legalmente vincolanti

La norma si preoccupa di prevenire l’eventuale collisione di prove eterogenee, aventi pari efficacia privilegiata, escludendo a priori la deferibilità (e riferibilità) del giuramento “sopra un contratto per la validità del quale sia richiesta la forma scritta”, o per contrastare la sussistenza di un fatto che il pubblico ufficiale attesti documentalmente essere avvenuto in sua presenza.” COMOGLIO, 1985, p. 349 *apud* CONTE, 2009, op. cit., p. 324.

⁴⁵ *Il giuramento decisório non può essere deferito in sede di cassazione neppure allo scopo che la causa venga rinviata in sede di merito per l’ammissione del giuramento non deferito nella fase istruttoria.* (Cass. 19.1.1994, n. 434, GI, 1994, I, 1, 1760 *apud* CONTE, 2009, op. cit., p. 337.) - O juramento decisório não pode ser deferido em sede de cassação, nem mesmo com a finalidade de que a causa seja remetida (efeito regressivo) à sede de mérito para a admissão do juramento não deferido (por uma parte à outra) na fase instrutória. - Tradução livre

⁴⁶ CONTE, 2009, op. cit., p. 337.

⁴⁷ *Il giuramento può essere deferito in appello (345) e nel giudizio di rinvio (394) ma, anche in tali giudizi, limitatamente alla fase davanti all’istruttore e sino alla precisazione delle conclusioni.* (PROVINCIALI, 1970, p. 118 *apud* CONTE, 2009, op. cit., p. 336) - O juramento pode ser deferido em sede de apelo (345), e em sede de “rinvio” (juízo realizado após o juízo de cassação que, operando o efeito regressivo, remete a causa ao juiz de mérito) (394), mas mesmo em tais sedes, limitadamente à fase perante o juiz instrutor e até o momento de precisar as conclusões (semelhante às alegações finais). - Tradução livre.

Como aponta Satta-Punzi:

O juiz tem, somente, o poder de valorar a conclusãncia do juramento; isto é, se do fato que constitui seu objeto depende a decisãncia da causa, e, em caso negativo, regeitá-lo.⁴⁸

No mesmo sentido, Mandrioli:

O pressuposto de admissibilidade consiste em ter por objeto somente os fatos de relevãncia segura e determinante para efeitos da decisãncia total ou parcial da causa.⁴⁹

Nãncia pode o juiz determinar o deferimento do juramento decisório, como se extrai da própria redaçãncia do referido artigo. Somente as partes podem fazê-lo, configurando o juramento decisório como meio instrutório sob a disponibilidade exclusiva das partes⁵⁰.

Como toda prova constituenda, sua admissãncia está sujeita a um provimento judicial⁵¹. Parte do controle de admissibilidade efetuado pelo juiz instrutor se refere à efetiva decisividade da fórmula elaborada pela parte deferente, ou seja, verificar se, uma vez prestado o juramento e presumidos *iuris et de iure* verdadeiros os fatos declarados, haver-se-á por resultado o fim total ou parcial do mérito.

Neste controle o juiz pode aportar pequenas modificaçãncs à fórmula proposta⁵², somente a fim de tornar a redaçãncia mais clara, sem nunca alterar seu conteúdo. Esta prerrogativa é igualmente remetida com exclusividade às partes.

Em qualquer caso, a modificaçãncia por parte do juiz gera para a parte que deferiu (ou referiu) o juramento, o poder de revogá-lo⁵³.

Uma vez prestado o juramento, estando presentes os requisitos, a atividade judicial se resume a apurar *an iurandum sit*, ou basicamente, se houve juramento, sendo a sua decisãncia vinculada ao resultado deste.

⁴⁸ Traduçãncia livre do original: *Il giudice ha solo il potere di valutare la conclusãncia del giuramento; se cioè dal fatto che ne costituisce oggetto dipende la decisãncia della causa, e in caso negativo, respingerlo*. Satta-Punzi, 1992, p. 371 *apud* CONTE, 2009, op. cit., p. 327.

⁴⁹ Traduçãncia livre do original: *Il presupposto per l'ammissibilitãncia consiste nell'avere ad oggetto soltanto fatti di rilevanza sicura e determinante agli effetti della decisãncia totale o parziale della causa*. MANDRIOLI, 1997, II, p. 227 *apud* CONTE, 2009, op. cit. p. 227.

⁵⁰ CONTE, 2009, op. cit., p. 329.

⁵¹ SASSANI, 2015, op. cit., p. 271.

⁵² *Occorre, a tal riguardo evidenziare che l'esercizio, da parte del giudice, della facoltãncia di modificare la formula del giuramento, è consentito solo per quanto attiene ad aspetti formali della formula stessa, al fine renderne piú chiaro il contenuto*. (Cass. civ., sez. II, 25-06-2012, n. 105740 *apud* PENTA, 2013, op. cit., p. 118) - Faz-se necessãncia, com relaçaãncia a este assunto, evidenciar que o exercício, pelo juiz, da facultade de modificar a fórmula do juramento, é permitido somente no tocante a aspectos formais da própria fórmula, a fim de tornar seu conteúdo mais claro. - Traduçãncia livre.

⁵³ art.236, comma 2, c.p.c. *Se nell'ammettere il giuramento decisório il giudice modifica la formula proposta dalla parte, questa può revocarlo*. - Se ao admitir o juramento decisório, o juiz modifica a fórmula proposta pela parte, esta pode revogá-lo. - Traduçãncia livre.

A força da presunção de veracidade de que goza o juramento impede, até mesmo, que uma vez constatado que o deferido jurou o falso, se ajuíze ação rescisória para desconstituir a sentença nele baseada⁵⁴, excepcionando, assim, o sistema previsto no artigo 165 do CPC italiano. O procedimento para se apurar a falsidade de um juramento decisório é o mesmo ao qual estão sujeitas as demais provas legais, como os atos públicos. Este procedimento é chamado *querela di falso*⁵⁵, no qual, se constatada a falsidade, aquele que jurou responde penalmente por crime de falso juramento.⁵⁶ Na ocorrência desta hipótese, a parte vencida pela ocorrência do falso juramento deverá pleitear, em nova ação, a reparação dos danos, único meio disponível para tutelar seus interesses.

O procedimento do juramento decisório é composto essencialmente por dois atos. O primeiro é o deferimento, efetuado por uma das partes à outra, e o segundo, a declaração de estar pronto a jurar, efetuada pela parte deferida⁵⁷. O deferimento pode se dar em audiência ou por petição assinada pela parte⁵⁸, que, para tal, deve ter capacidade de disposição⁵⁹. Este é um dos atos não contemplados pela regular procuração, sendo exigido um mandato especial⁶⁰.

⁵⁴ artigo 2738 CC.: *Se è stato prestato il giuramento deferito o riferito, l'altra parte non è ammessa a provare il contrario, né può chiedere la revocazione della sentenza qualora il giuramento sia stato dichiarato falso [395 c.p.c].*

Può tuttavia domandare il risarcimento dei danni nel caso di condanna penale per falso giuramento. Se la condanna penale non può essere pronunciata perché il reato è estinto, il giudice civile può conoscere del reato al solo fine del risarcimento [198 c.p.].

In caso di litisconsorzio necessario [102 c.p.c.], il giuramento prestato da alcuni soltanto dei litisconsorti è liberamente apprezzato dal giudice. - Artigo 2378 CC: Se o juramento, deferido ou referido, é prestado, não é admitido, à outra parte, provar o contrário, nem poderá, esta, pedir a revogação da sentença (ação rescisória do direito brasileiro) caso o juramento tenha sido declarado falso [art.395 CPC]; Pode, porém, demandar o ressarcimento do dano no caso de sentença condenatória penal por crime de falso juramento. Se a condenação penal não for possível por prescrição do delito, o juiz cível poderá conhecer do mesmo exclusivamente a fim de determinar o ressarcimento do dano [art.198, CP]; Em caso de litisconsórcio necessário [art. 102, CPC], o juramento prestado apenas por alguns dos litisconsortes será livremente apreciado pelo juiz. - Tradução livre.

⁵⁵ artigo 221 CPC italiano.

⁵⁶ artigo 371 CP italiano.

⁵⁷ PENTA, 2013, op. cit., p. 115.

⁵⁸ CONTE, 2009, op. cit., p. 337.

⁵⁹ PENTA, 2013, op. cit., p.116.

⁶⁰ Cass., sez. III, 18.9.2009, n. 20125, esclarecendo os dizeres do art. 233 CPC: *o juramento decisório [artigo 2736 CC] pode ser deferido em qualquer estágio da causa de frente ao juiz instrutor, com declaração feita em audiência pela parte ou por procurador munido de mandato especial ou com ato assinado pela parte. Este (o juramento) deve ser formulado em artigos separado, em modo claro e específico (semelhante aos quesitos de um perito). Tradução livre de: Il giuramento decisorio [2736 c.c.] può essere deferito in qualunque stato della causa davanti al giudice istruttore, con dichiarazione fatta all'udienza dalla parte o dal procuratore munito di mandato speciale o con atto sottoscritto dalla parte.*

Esso deve essere formulato in articoli separati, in modo chiaro e specifico. - apud PENTA, 2013, op. cit., p. 120. No mesmo sentido: Cass. n. 19727/2003.

Constatado pelo juiz o cabimento do juramento decisório, bem como a regularidade do deferimento, este deverá emanar um provimento admitindo o meio de prova. Este ato deverá ser notificado pessoalmente ao deferido, sendo nula a notificação efetuada ao procurador⁶¹. Esta exigência se aplica tanto às partes representadas quanto àquelas revéis, e deverá conter a fórmula deferida⁶². Caso o deferido discorde da admissibilidade do juramento pela falta de decisividade da fórmula ou outro requisito, poderá impugnar a sua admissão. Em caso de decisão de competência colegial, esta questão é subtraída ao juiz instrutor (monocrático), e a competência se desloca para o colégio, como explica Bruno Sassani:

Naturalmente, as partes podem discutir a respeito da admissibilidade e das modalidades do juramento decisório; em tal caso, estas questões serão decididas pelo juiz instrutor, com reserva ao colégio na hipótese de causas de decisão colegiada.⁶³

A observação é oportuna, pois o mesmo autor ressalta o fato de que a linguagem imprópria do código sugeriria que a decisão (sobre a impugnação da admissão) seria deslocada para o colégio também nas causas em que a fase decisória é reservada ao juiz monocrático⁶⁴.

3.2.3 O REFERIMENTO E OS EFEITOS DA MANCATA PRESTAZIONE

Em subtração ao princípio da aquisição processual⁶⁵, mesmo tendo sido admitido, pode o deferente revogar o deferimento, desde que anteriormente à pronúncia do deferido de estar pronto para jurar⁶⁶⁶⁷. Este representa, também, o termo final para o

⁶¹ *L'ordinanza collegiale ammissiva del giuramento decisorio deve essere notificata personalmente alla parte e non al suo procuratore costituito, ancorché la parte abbia eletto domicilio presso di lui; la notifica effettuata a quest'ultimo è nulla - anche se la nullità non è espressamente comminata dall'art. 237 2° comma, c.p.c. - in base ai principi generali, mancando l'atto di uno dei requisiti formali indispensabili per il raggiungimento dello scopo.* (Cass. 8.7.1995, n. 7543) - Livremente traduzido como: *O despacho colegial que admite o juramento decisório deve ser notificado pessoalmente à parte e não ao seu procurador constituído, ainda que a parte tenha eleito seu domicílio no endereço daquele; a notificação efetuada ao procurador é nula - ainda que a nulidade não seja expressamente cominada, segundo o artigo 237, 2° comma, CPC - em base aos princípios gerais, pois falta, ao ato, um dos requisitos formais indispensáveis ao alcance de seu escopo.* apud PENTA, 2013, op. cit., p. 119.

⁶² CONTE, 2009, op. cit., p. 328.

⁶³ Tradução livre do original: *Naturalmente le parti possono litigare sull'ammissibilità e sulle modalità del giuramento decisorio; in tal caso le contestazioni sono decise dal giudice, con riserva al collegio in caso di cause a decisione collegiale (art. 237 c. 1).* SASSANI, 2015, op. cit., p. 271-272.

⁶⁴ SASSANI, 2015, op. cit., p. 271.

⁶⁵ CONTE, 2009, op. cit., p. 346.

⁶⁶ Mario Conte, ainda, precisa que a revogação anterior ao provimento judicial de admissão seria melhor definida como renúncia. - *idem, ibidem.*

⁶⁷ O mesmo marco temporal se aplica quando o deferido optar por referir o juramento ao deferente, ou seja, poderá revogar o referimento até o momento em que o referido se declare pronto para jurar.

referimento do juramento à parte deferente. Ao referir o juramento, a parte originalmente deferida inverte as posições, convidando o deferente a jurar o exato oposto daquilo que lhe havia proposto⁶⁸. Assim fazendo, coloca o deferente na mesma posição em que, na qualidade de deferido, se encontrava, qual seja, escolher entre jurar e vencer, ou não jurar e sucumbir. Além disso, ainda haveria o deslocamento do desconfortável gravame de potencialmente cometer o crime de falso juramento e, conseqüentemente incorrer em suas sanções⁶⁹.

Para se referir um juramento é necessário que o fato, sobre o qual se deve afirmar, ou negar a veracidade, seja comum a ambas as partes. Se tratando de fato próprio do deferido e não havendo modo de apurar se o deferente tem, de tal fato, inequívoca ciência, não se admite o referimento (transferência do ônus *iurandi*)⁷⁰.

Sucessivamente à declaração do deferido, ou do referido, de estar pronto a jurar, o juiz instrutor deverá marcar uma audiência para que o juramento seja prestado. Nesta audiência deverá o jurante, sempre pessoalmente, após ser advertido pelo juiz da responsabilidade que assume, pronunciar exatamente a fórmula proposta⁷¹.

A ausência da expressão “juro” ou a não redução a termo do quanto jurado, resultam, ambas, na nulidade da declaração, que deverá ser renovada de ofício pelo juiz. Tais irregularidades devem ser consideradas mero vício de forma e não configuram uma “não prestação” (*mancata prestazione*)⁷².

O juramento prestado em desconformidade com a exata redação do quanto deferido, ao contrário, equivale à não prestação, resultando na sucumbência do deferido na causa⁷³, ou parte da causa, a depender do objeto do juramento.

⁶⁸ CONTE, 2009, op. cit., p. 344.

⁶⁹ SASSANI, 2015, op. cit., p. 272.

⁷⁰ art. 2739 c.c., (...) e non può essere riferito qualora il fatto che ne è l'oggetto non sia comune a entrambe le parti. - (...) e não pode ser referido quando o fato que constitui seu objeto não seja comum a ambas as partes. - Tradução livre.

⁷¹ PENTA, 2013, op. cit., p. 121.

⁷² MININNO, 2014, op. cit., p. 90.

⁷³ *Qualunque aggiunta o correzione o dichiarazione che alteri il valore della formula o tenda ad eluderla deve essere intesa come un rifiuto puro e semplice: e così l'enunciazione di un fatto impeditivo o estintivo (il quale semmai avrebbe dovuto fare oggetto di giuramento o di riferimento) e la dichiarazione di non ricordare e via dicendo.* Satta-Punzi, 1992, p.371 *apud* CONTE, 2009, op. cit., p. 340 - Qualquer adição ou correção ou declaração que altere o valor da fórmula ou tenda a evadir desta, deve ser compreendida como uma recusa pura e simples: e assim também, a enunciação de um fato impeditivo ou extintivo, a declaração de não e lembrar, e assim por diante - Tradução livre; *La mancata prestazione del giuramento importa la soccombenza del soggetto cui è deferito lo stesso.* (idem). - A não prestação do juramento implica a sucumbência do sujeito ao qual o mesmo foi deferido. - Tradução livre.

O não comparecimento do deferido à audiência designada para a prestação gera igualmente o efeito da recusa, com a sucumbência consequente. Contudo, havendo a parte “motivo justificado”, o juiz designará uma nova audiência para a prestação do juramento⁷⁴. A expressão “motivo justificado” permite grande margem para a apreciação por parte do magistrado⁷⁵.

O juramento pode ser deferido em via subordinada, neste caso, o juiz instrutor só poderá admitir o juramento uma vez que tenha inadmitido todos os demais meios de prova requeridos⁷⁶.

3.2.4 JURAMENTO *DE VERITATE* E JURAMENTO *DE SCIENTIA*

Existem duas modalidades de juramento decisório, os chamados juramento *de veritate* e juramento *de scientia*. A distinção se dá pela relação entre o deferido e o fato sobre o qual deve jurar. Tratando-se de fato próprio, tem-se um juramento *de veritate*, tratando-se de fato alheio do qual o deferido possui ciência direta, *de scientia*.

Para Provinciali:

Para efeitos de eficácia probatória objetiva, não existe alguma diferença entre juramento *de veritate* e juramento *de scientia*, a não ser com relação ao objeto, dado que mesmo o juramento *de scientia* se trata de um juramento *de veritate* acerca da *scientia* do fato alheio; se isto tem implicações decisórias para os fins do litígio, a situação é idêntica: do contrário é inadmissível por ausência de decisividade.⁷⁷

Diante desta explanação, resta destacar que, em relação ao juramento deferido ao representante de pessoa jurídica, existe sim uma diferença nos efeitos decorrentes da não

⁷⁴ CONTE,, 2009, op. cit., p. 340-343.

⁷⁵ art.239 c.p.c.: *Il giudice istruttore, se ritiene giustificata la mancata comparizione della parte che deve prestare il giuramento, provvede a norma dell'art. 232, 2 secondo comma.* - O juiz instrutor, se reputa justificado o não comparecimento da parte que deve prestar o juramento, procede conforme à norma do artigo 232, 2, segundo comma, CPC - Tradução livre.

⁷⁶ *Il giuramento decisorio deferito subordinatamente all'eventuale non ammissione di altri mezzi di prova richiesti in via principale può essere ammesso dal giudice del merito solo dopo che egli abbia escluso l'ammissibilità e la rilevanza degli altri mezzi suddetti;* (Cass. 2.2.1999, n. 861, MGC, 1999, 230.). - O juramento decisório deferido subordinadamente à eventual inadmissão de outros meio de prova requeridos em via principal pode ser admitido pelo juiz de mérito somente após o mesmo ter excluído a admissibilidade e a relevância dos referidos meios. - Tradução livre.

⁷⁷ Tradução livre do original: *Agli effetti dell'efficacia probatoria oggettiva, non vi è alcuna differenza fra giuramento de veritate e giuramento de scientia, se non relativamente all'oggetto, dato che anche il giuramento de scientia non è che un giuramento de veritate circa la scientia del fatto altrui; se ciò ha portata decisoria, ai fini della lite, la situazione è identica: altrimenti è inammissibile per difetto di decisorietà.* PROVINCIALI, 1970 *apud* CONTE, 2009, op. cit., p. 333.

prestação, na medida em que o juramento seja *de veritate* ou *de scientia*. Andrea Penta⁷⁸ assim explicou:

Quando o representante legal de uma sociedade, a quem tenha sido deferido o juramento decisório, se recuse a prestá-lo, declarando não ter conhecimento sobre dada circunstância, o juiz de mérito deve, preliminarmente, indagar sobre o tipo de juramento deferido, dado que o representante pode não ter sido autor ou participe dos fatos que, ainda que imputados à sociedade, não tenham sido praticados pessoalmente por ele. Portanto, em tal hipótese, se trata-se de um juramento *de veritate* (por ser seu objeto um fato próprio do representante da sociedade), a dita recusa gera a consequência da sucumbência da sociedade pela não prestação do juramento; se, ao contrário, o juramento for *de scientia* (por ter por objeto a ciência de que o representante possui de um fato de terceiro) sucumbente seria a parte que deferiu o juramento, desde que a declaração “de não conhecer o fato” seja efetuada sob o vínculo do juramento. (Cass. civ., sez. lav., 22 de janeiro de 1987, n° 598)⁷⁹

Em caso de litisconsórcio necessário, o juramento deferido a um ou alguns dos litisconsortes, ou prestado somente por um ou alguns destes, é, como a confissão nestes mesmos casos, livremente apreciado pelo juiz. A decisão deve ser unitária, e não poderia o juiz se valer do juramento para declarar vencedores os litisconsortes que tenham jurado, e sucumbentes aquele que, ao contrário, não o tenham. Vice-versa, em caso de litisconsórcio facultativo, a prestação do juramento por um, ou alguns dos litisconsortes, e a negativa por parte de outros, leva a uma decisão não homogênea, o que não é problemático, por se tratar essencialmente de causas paralelas.⁸⁰

4 UM CONFRONTO COM O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Ante todo o exposto até o momento, passar-se-á a relacionar características do ordenamento brasileiro que se fazem mais relevantes para a constatação da compatibilidade

⁷⁸ PENTA, 2013, op. cit., p. 123.

⁷⁹ Tradução livre do original: *Ove il rappresentante legale di una società, cui sia stato deferito il giuramento decisorio, si rifiuti di prestarlo, dichiarando di non essere a conoscenza della circostanza suddetta, il giudice, il giudice del merito deve preliminarmente indagare in ordine al tipo di giuramento deferito, atteso che il rappresentante suddetto può non essere l'autore o il partecipe di fatti che, pur riferentisi alla società, non promanano da lui personalmente. Pertanto, in tale ipotesi, se si tratta di un giuramento de veritate (perché avente ad oggetto un fatto proprio del rappresentante legale della società), al detto rifiuto consegue la soccombenza della società per la mancata prestazione del giuramento; se, invece, il giuramento è de scientia (perché avente ad oggetto la conoscenza che il rappresentante della società abbia del fatto di un terzo), soccombente è la controparte sempre che la riferita dichiarazione di non conoscere il fatto sia resa sotto vincolo di giuramento, ferma l'inammissibilità del giuramento ove, pur essendo nella sostanza de scientia, sia stato dedotto nella forma del giuramento de veritate.*

⁸⁰ PENTA, 2013, op. cit., p. 124.

do instituto do juramento decisório, como concebido no direito italiano hodierno, com o sistema jurídico vigente no Brasil.

4.1 O DEVIDO PROCESSO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Antes de prosseguir, cabe explicitar que ter-se-á, para a análise do processo, o Estado Democrático de Direito por modelo paradigma.

Atentar para o recorte é pertinente, uma vez que a definição de alguns conceitos segundo este paradigma será decisiva para a conclusão que se encaminhará, em especial a conceituação do princípio da vinculação ao Estado Democrático de Direito e da reserva legal⁸¹. Além disso este modelo rechaça a idéia do Estado liberal de que “aquilo que não é proibido é permitido”, própria das liberdades negativas caracterizantes daquele modelo, e defende o papel da previsão legal para legitimação dos atos jurídicos.

A questão da legitimação é central para o modelo de Estado Democrático de Direito e é bem ilustrada no trecho a seguir:

Aproveitando as lições de Friedrich Muller, é importante que se esclareça o “ciclo de atos de legitimação” dos textos normativos que, sob nenhum pretexto pode ser interrompido de modo não-democrático. Essa é a dinâmica *estrutura de legitimação* da Democracia.

Dessarte, admitir que o povo eleja seus representantes e, após tal eleição, proibir a fiscalização popular das atividade governativas seria, quando nada, desrespeitar o paradigma do Estado Democrático de Direito.⁸²

Quanto à necessidade de previsão legal para a legitimação, mister apontar as características do chamado “espaço nu”, incompatível com o paradigma Democrático.

O autor Giorgio Agamben, em seus escritos sobre o *Homo Sacer*, entendido como um indivíduo “sacralizado”, a quem direitos são tolhidos, vive à margem da sociedade civil e não integra o Estado, define como “espaço nu”, o espaço de vazio normativo, sem lei, no qual o *Homo Sacer* habita⁸³.

Para Madeira, um exemplo de *Homo Sacer* é o *camponês* do conto de Franz Kafka: “Diante da Lei”⁸⁴. No conto, a porta para a Lei se encontra aberta, assim, o *camponês*

⁸¹ DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho, **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**. Belo Horizonte: Del rey, 2004. p. 131-145.

⁸² MADEIRA, Dhenis Cruz, **Processo de conhecimento & cognição: uma inserção no Estado Democrático de Direito**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 22.

⁸³ MADEIRA, Dhenis Cruz, **Argumentação jurídica (in)compatibilidades entre a tópica e processo**. Curitiba: Juruá, 2014, p.337.

⁸⁴ *idem, ibidem*.

se apresenta ao guarda que se encontra ali postado, e lhe solicita que lhe permita entrar na Lei, quem, por sua vez, lhe responde que no momento não é possível fazê-lo. O *camponês*, então, aguarda eternamente pela possibilidade de entrar na Lei, tentando inúmeras vezes, sem sucesso. Para fundamentar a decisão negativa, obstáculo que separa a lei de seu destinatário, o guarda não fornece qualquer argumento.⁸⁵ O guarda soberano é o exemplo do solipsismo, do autoritarismo. Privando o camponês da Lei, de maneira que não permite à coletividade fiscalizar a legitimidade de sua decisão, condena o camponês a viver “à margem”, como um *Homo Sacer*.

Sobre a relação entre “espaço nu” e processo, transcreve-se:

Por conseguinte, obstruir a fiscalidade popular sobre a norma jurídica é dar margem à vida nua, criando-se um espaço discursivo indemarcado e não-fiscalizável. Com isso fomenta-se o aparecimento do espaço do soberano (e não o da soberania popular), do locutor autorizado da lei, que, à semelhança do soberano de Kafka, diz o que pode e o que não pode, sem contudo, ofertar os fundamentos de suas decisões, ou mesmo, permitir que o destinatário da norma aponte as ausências do discurso normativo.⁸⁶

Bem como:

A derrogação da regra jurídica (norma de aplicação) ou do princípio jurídico (norma de orientação deontológica) por norma diversa conjecturada pelo julgador no suposto **espaço-vazio** da lei é a mais artificiosa transformação (atraso histórico-jurídico) da judicatura em arauto de uma justiça ideal (mítica).⁸⁷

⁸⁵ MADEIRA, 2014, op. cit., p.347-348.

⁸⁶ MADEIRA, 2008, op. cit., p. 24.

⁸⁷ LEAL, Rosemiro Pereira, **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 55.

Feitas tais considerações sobre o modelo democrático, se examinará o conceito de devido processo⁸⁸ sob este paradigma, atentando-se para a correlação entre o respaldo normativo e sua efetiva observância.⁸⁹

O devido processo encontra fundamento legal na previsão do artigo 5^a da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no inciso LIV: “*Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.*” Com complemento no inciso LV: “*Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*”.

Tem-se neste conceito uma garantia constitucional edificante do sistema jurídico brasileiro. Sua importância é evidenciada por Nelson Nery, que afirma se tratar do postulado fundamental do direito constitucional do qual derivam todos os outros princípios⁹⁰. O respeito ao devido processo deve dar-se em todos os atos jurídicos que formam o processo. À este ponto deve-se entender as características do processo no Estado Democrático de Direito.

4.2 O PROCESSO DEMOCRÁTICO

⁸⁸ Precisar o emprego da terminologia “devido processo” em vez de “devido processo legal” se deve à advertência trazida por Madeira em seu livro: **Processo de conhecimento & cognição: primeiros estudos**, no qual a nota de rodapé de número 369 explica que, na doutrina, a expressão “devido processo legal” pode exprimir a divisão do devido processo em “legal” e “constitucional”, sendo a primeira referente à adequação aos modelos procedimentais previamente estabelecidos pela lei, e a segunda à principiologia constitucional e direitos fundamentais. E adiciona: “*Entretanto, no presente trabalho, preferiu-se utilizar simplesmente a locução “devido processo” para designar a junção de ambos (ou seja, o instituto abriga tantos os princípios constitucionais quanto os modelos procedimentais) e se fez isso porque, já após Couture e Fix-Zamudio (Cf. FIX-ZAMUDIO, Héctor. El pensamiento de Eduardo J. Couture y el Derecho Constitucional Procesal. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. México, v. 10, n. 30, sept./dic. 1977) todo Processo é de índole constitucional e traz, em seu conceito, tanto as garantias constitucionais, quanto os modelos procedimentais. O instituto do devido processo traz todos esses elementos e, se assim não for, não é Processo. Saliente-se que a maioria dos autores utiliza a expressão “devido processo legal” para designar, tanto as garantias constitucionais, quanto os modelos procedimentais, com o que, desde que se rompa com a concepção jusnaturalista originária, concorda-se*”. O presente trabalho adota a mesma posição.

⁸⁹ Em consonância com o momento doutrinário do formalismo-valorativo, encabeçado por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira.

⁹⁰ NERY JUNIOR, Nelson. **Código de Processo Civil Comentado**, São Paulo: RT, 2003. p. 103.

⁹¹ O presente trabalho não pretende tratar da discussão acerca da distinção e hierarquização das normas jurídicas entre postulados, princípios e regras, como propõe Humberto Ávila, em **Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2012.

Em respeito ao princípio da vinculação ao Estado Democrático de Direito, ao qual a atividade jurisdicional não se exime⁹², segundo Cattoni de Oliveira, para que o seja considerado democrático, o processo deve ser concebido como:

Numa sociedade linguisticamente estruturada, plural e sem a possibilidade de fundamentos absolutos, a única certeza pela qual podemos lutar é a de que os melhores argumentos, em uma situação de participação em simétrica paridade entre as partes que serão afetadas pelo provimento jurisdicional, sejam levados corretamente em consideração, ao longo do processo e no momento da decisão, por um juiz que demonstre a sua imparcialidade. Tal é, inclusive, a noção que consideramos a atual do princípio do “devido processo legal”⁹³.

A efetiva participação dos envolvidos, por meio do contraditório, na formação da decisão é o modo pelo qual se confere legitimidade aos provimentos jurisdicionais. A centralidade do tema é ilustrada no trecho abaixo de Reginaldo da Costa:

[...] através de um sistema de direitos que garanta a cada um igual participação num processo de normatização jurídica legítima (já garantido em seus pressupostos comunicativos), ou seja, ele tem como implicação a institucionalização externa e eficaz da participação simétrica numa formação discursiva da opinião e da vontade, a qual se realiza em formas de comunicação garantidas pelo Direito⁹⁴.

Cattoni de Oliveira sintetiza a correlação necessária entre contraditório e participação, para que haja legitimidade no processo, da seguinte forma:

O processo (...) caracteriza-se como uma espécie de procedimento pela participação na atividade de preparação do provimento dos interessados, juntamente com o autor do próprio provimento, como no caso do processo jurisdicional, ou dos seus representantes, como no caso do processo legislativo. Os interessados são aqueles em cuja esfera jurídica o provimento está destinado a produzir efeitos. Mas essa participação se dá de uma forma específica, dá-se em contraditório. Contraditório, mais do que a simples garantia de dizer e contradizer, é garantia de participação em simétrica paridade. Portanto, haverá processo sempre que houver procedimento em contraditório entre os interessados, e a essência deste está justamente na simétrica paridade de participação, nos atos que preparam o provimento, daqueles que neles são interessados porque, como seus destinatários, sofrerão seus efeitos.⁹⁵

⁹² DIAS, op. cit. p. 131-132.

⁹³ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade, **Tutela jurisdicional e estado democrático de direito: três ensaios críticos** em Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 2000, p. 204. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/download/1169/1102> Acesso em: 27/05/2018.

⁹⁴ COSTA, Reginaldo da, **Discurso, direito e democracia em Habermas** em: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Org.). **Direito e Legitimidade**. São Paulo: Landy, 2003. p. 42.

⁹⁵ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade, **Devido processo legislativo: Uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. p. 113.

É neste sentido que se mostra problemática a existência dos “espaços nus” mencionados anteriormente, pois estes, como ensina Madeira⁹⁶ dão margem ao autoritarismo, e segundo o mesmo autor, “*a lei não pode ser um objeto tangível somente pelo “pequeno grupo de nobres*”⁹⁷”.

A existência destes espaços discursivos “vazios” fere a possibilidade de efetiva participação das partes na formação do provimento a que se sujeitarão, e por consequência frustra o objetivo do processo democrático e o devido processo.

Nas palavras de Madeira:

Não há margem no discurso processual para o aparecimento do espaço do soberano, em que o agente governativo, legislativo ou judiciário se apresenta como o único mestre capaz de enunciar as verdades da lei, o único capaz de dizer como a lei deve ser formulada, interpretada e aplicada. Na democracia, o locutor autorizado da lei é destronado, abrindo caminho para que os destinatários da norma jurídica também sejam capazes de dizer qual é a melhor interpretação. Por isto, o atual paradigma constitucional exige que a decisão judicial seja construída de forma compartilhada [...]”⁹⁸

O autor ainda atenta para o fato de que o discurso processual deve permitir a livre e plena participação na aplicação do direito legislado, e de que o juiz deve atuar nos limites da normatividade jurídica⁹⁹, e que, em respeito ao princípio da objetividade argumentativa, todos os argumentos utilizados para a formação do provimento devem ser, além de técnicos, passíveis de crítica¹⁰⁰. Defende ainda que os argumentos infiscalizáveis são impassíveis de utilização no discurso processual democrático¹⁰¹. Como dito, tal possibilidade inexistente para os argumentos frutos dos arbítrios produzidos do espaço nu. Transportando a alegoria de Kafka e o *Homo Sacer* para o discurso processual democrático, pode-se pensar no cidadão que vive à margem do Estado, na parte a quem não é permitido participar da formação da decisão. O discurso processual democrático não pode se coadunar com a existência de argumentos “escondidos” da crítica, sob pena de não poder ser adjetivado de democrático. Afastar-se o contraditório é blindar o discurso processual da fiscalização, retirando dele sua legitimidade democrática.¹⁰²

⁹⁶ Trecho transcrito no item *supra* 4.1, destaca-se: “Com isso fomenta-se o aparecimento do espaço do soberano (e não o da soberania popular), do locutor autorizado da lei, que, à semelhança do soberano de Kafka, diz o que pode e o que não pode(...)”.

⁹⁷ MADEIRA, 2008, op. cit. p. 25.

⁹⁸ MADEIRA, Dhenis Cruz, 2014, op. cit., p. 344.

⁹⁹ *idem*, p. 346.

¹⁰⁰ *idem*, p. 382.

¹⁰¹ *idem*, p. 386.

¹⁰² *idem*, p. 356.

Partindo destas considerações, faz-se necessário para o prosseguimento da análise proposta conceituar “processo” e “procedimento”.

4.2.1 PROCESSO E PROCEDIMENTO

Aos fins deste trabalho, processo e procedimento devem ser entendidos conforme os ensinamentos de Elio Fazzalari. Para o autor, o processo é espécie do gênero procedimento¹⁰³, e o que os diferencia é a existência do contraditório no primeiro .

Para Fazzalari, o procedimento tem natureza estrutural, mais especificamente, é uma estrutura técnica de atos jurídicos concatenados em uma sequência espaço-temporal, na forma legal, na qual o ato inicial é sempre pressuposto do ato sucessivo, e este uma extensão de seu antecedente, numa cadeia ordenada até o provimento final¹⁰⁴. Sobre esta estrutura, afirma ser uma sequência de atos previstos e avaliados pelas normas¹⁰⁵, o que é ilustrado no trecho a seguir:

[...] Do ponto de vista dos “atos”, o procedimento está na sucessão, na escala temporal pela qual cada ato da série segue um outro, segundo a ordem estabelecida pela lei.

Isso não significa que o efeito jurídico ao qual se objetiva descenda do conjunto de atos que compõem o procedimento: esse efeito vai depender sempre do ato final, que é o resultado do procedimento. Quer dizer que tal ato não é para ser considerado válido e que a eficácia por acontecimento pode ser paralisada se e quando ao ato não se tenha chegado através da sequência de atos determinada pela lei.¹⁰⁶

Madeira propõe a exemplificação do conceito à partir da metáfora de um edifício. Na imagem, tem-se um projeto de engenharia que determina previamente a estrutura do prédio a ser construído. Este projeto permite àqueles que tenham interesse em adquirir um apartamento ainda na fase de construção, saber, desde já, o que se espera haver quando da conclusão da obra. Uma vez encerrada a obra, conclui-se que não seria possível haver o segundo andar sem o primeiro, nem tampouco o terceiro sem o segundo, lógica que se repete até o pavimento final, a cobertura. Da mesma maneira, se constata que irregularidades ou

¹⁰³ MADEIRA, 2008, op. cit., p. 193.

¹⁰⁴ LEAL, Rosemiro Pereira, **Teoria geral do processo**. São Paulo: Thomson-IOB, 2004, p.239 *apud* MADEIRA, op. cit. p. 196.

¹⁰⁵ FAZZALARI, Elio, **Istituzioni di diritto processuale**, Padova: CEDAM, 1996, p. 77-78, *apud* MADEIRA, op. cit. p. 193.

¹⁰⁶ *idem*, p. 193-194.

vícios estruturais em andares inferiores comprometem e impedem a construção dos andares sucessivos. Sobre a metáfora explica o autor:

Essa imagem (...) dá uma ideia do que vem a ser, após Fazzalari, o procedimento jurídico. Se o procedimento é uma estrutura, deve essa ser previamente definida em lei (recorde-se aqui a imagem do projeto de engenharia) que dará suas características, seus espaços, sua destinação. (..) Em Direito, esse resultado é a obtenção de um provimento final que, por sua vez não existe sem que, antes dele, exista uma série de outros atos jurídicos das partes, dos juízes e auxiliares.

(...)

Obviamente, tais atos são definidos previamente por lei, que lhes conferem forma e finalidade. A lei traça o modelo legal da estrutura procedimental, assim como, recordando-se a imagem, o projeto de engenharia traz o formato da estrutura do edifício a ser construído.¹⁰⁷

Nesta imagem, o projeto de engenharia é o modelo legal, que predispõe a existência, as funções e o funcionamento de cada andar, os quais representam cada ato sequencialmente praticado no curso do procedimento, servindo de base (pressuposto) para a construção do sucessivo até a cobertura (provimento final). Diante disso diz:” *Por certo, os atos procedimentais formam a estrutura procedimental e é justamente a lei que lhe traça os requisitos.*”¹⁰⁸ E ressalta: “*Por tudo isso, mostra-se fácil perceber que os atos procedimentais são atos jurídicos.*”¹⁰⁹

Desta forma, segundo autores como Aroldo Plínio Gonçalves, Rosemiro Leal e Dhenis Cruz Madeira - que partem da definição estruturalista de procedimento de Fazzalari e aplicam seus conceitos à perspectiva constitucional do processo¹¹⁰ - para que seja respeitado o devido processo, devem estar presentes em cada parte da estrutura, ao longo de todo concatenar-se de atos que formam o procedimento, a legitimidade e a possibilidade de fiscalização próprias do paradigma do Estado Democrático de Direito. Da mesma maneira, para que se haja um processo democrático, e portanto legítimo, deve estar presente a possibilidade de participação efetiva na formação da decisão por aqueles que à ela se sujeitarão, em todos os atos da estrutura procedimental que levará ao provimento final.

Sobre esta consideração final, passa-se à conceituação da prova nesta cadeia.

¹⁰⁷ *idem*, p. 195-196.

¹⁰⁸ *idem*, *ibidem*.

¹⁰⁹ *idem*, *ibidem*.

¹¹⁰ O movimento iniciado na América Latina, de constitucionalização do direito processual, em última análise, levou alguns processualistas brasileiro a transpor o conceito estruturalista de Fazzalari para esta perspectiva, hierarquizando o princípio do contraditório e atrelando-o à idéia de legitimidade decisória. O tema é amplamente abordado por Dhenis Cruz Madeira em sua obra citada: **Argumentação jurídica (in)compatibilidades entre tópica e processo.**

4.2.2 A PROVA NA ESTRUTURA PROCEDIMENTAL

A prova se insere na estrutura procedimental. Uma vez incluída ela vincula o resultado do procedimento, e aqui destaca-se o dever que recai sobre o julgador de enfrentar todo o conteúdo probatório constante dos autos para fundamentar sua decisão. Rosemiro Leal afirma que: “*O objetivo do instituto da prova é a produção da estrutura do procedimento com requisito de causalidade da fundamentação legal (CR/88, art. 98, incs. IX e X) do provimento (ato decisório)*.”¹¹¹ (Grifo nosso) e Madeira aponta que o juiz não pode escolher quais instrumentos de prova serão “utilizados” para o provimento final, rejeitando silenciosamente os demais que constarem dos autos, concluindo que: “*Se quiser atuar de forma democrática e prolatar uma decisão legítima, deve o julgador passar por todas as provas jungidas*”.¹¹² (Grifo nosso) e que: “*jurisdição e cognição só são exercidas de forma legítima se observarem o devido processo, razão pela qual os princípios institutivos do processo são inafastáveis regentes da instrução probatória*.”¹¹³

Como parte do procedimento, a prova deve se sujeitar às considerações tecidas acima para os atos jurídicos em geral que integram o procedimento.

Cabe ainda definir “meio de prova”, e sua distinção dos conceitos de elemento, e de instrumento de prova. Dhenis Madeira discrimina: “*a prova será um instituto jurídico que se constituirá por um meio lícito, que possuirá o objetivo de apreender um elemento cujo produto será instrumentalizado nos autos [...]*.”¹¹⁴ O mesmo autor afirma que a prova não se confunde com meio, instrumento ou elemento, pois aquela se trata de um instituto jurídico, o qual se expressa por um meio legal (documental, pericial ou oral), com o fim de obter ou analisar um elemento, cujo resultado será formalizado no procedimento por um instrumento.

¹¹⁵ Para exemplificar esta idéia, vale-se dos dizeres de Rosemiro Leal: “*a perícia é um **meio** de prova para o exame de **elementos** de prova com a elaboração final o laudo (sic), que é **instrumento** de prova.*”¹¹⁶

¹¹¹ LEAL, Rosemiro Pereira *apud* MADEIRA, 2008, op. cit. p. 150-151.

¹¹² MADEIRA, 2008, op. cit. p. 168.

¹¹³ *idem*, p. 172.

¹¹⁴ *idem*, p. 152.

¹¹⁵ *idem*, p. 153-154.

¹¹⁶ LEAL, Rosemiro Pereira, A prova na teoria do processo contemporâneo. *In: FIUZA, César Augusto de Castro; SÁ, Maria de Fátima Freire de; DIAS, Ronaldo Brêtas C. (Coords.) Temas atuais de direito processual civil*, Del Rey, Belo Horizonte, 2001, p. 350 *apud* MADEIRA, op. cit. p. 154.

Para Fredie Didier Jr., por meio, se há: “*as técnicas desenvolvidas para se extrair prova de onde ela jorra.*”¹¹⁷ E, como dito, esse meio deve ser lícito.

4.3 A ATIPICIDADE DOS MEIOS DE PROVA E O DEVIDO PROCESSO À LUZ DO PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Especialmente quanto à exigência de previsão normativa de todos os atos da estrutura procedimental, Madeira afirma que: “*No Estado Democrático de Direito, que é regido pelo princípio da Legalidade e da Supremacia da Constituição, mostra-se imprescindível a formulação de um sistema probatório erguido sobre bases normativas [...].*”

118

Fica estabelecido que a prova integra a estrutura procedimental, e como tal deve respeitar as disposições legais para que não comprometa a estrutura seguinte na cadeia do procedimento. Igualmente, que os vícios de um dos atos jurídicos anterior comprometem aqueles sucessivos. Além, disso, que a ausência de previsão legal específica compromete a fiscalidade, e por consequência a legitimidade do ato jurídico dentro da estrutura procedimental. Por fim, que esta situação viola o devido processo.

À partir de estas premissas, se analisará o disposto no artigo 369 do CPC de 2015. A saber:

As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

O texto legal deixa um espaço aberto para o emprego de meios probatórios atípicos. A problemática reside em se interpretar a redação como uma porta ao “espaço nu”. Vale dizer, a uma interpretação conforme o Direito do paradigma de Estado Liberal (aquilo que não é proibido é permitido).

Sobre este dispositivo, Lenio Streck comentou¹¹⁹:

¹¹⁷ DIDIER JR, Fredie, **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**/ Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 45.

¹¹⁸ MADEIRA, 2008, op. cit., p. 173.

¹¹⁹ STRECK, Lenio Luiz, **Comentários ao código de processo civil** / organizadores Lenio Luiz Streck, Dierle Nunes, Leonardo Carneiro da Cunha; coordenador executivo Alexandre Freire. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 548.

Os meios moralmente ilegítimos não podem ser utilizados. Significa isso que a prova não pode ser ilícita, questão regulada pela Constituição no art. 5º, LVI. O sentido da alocação “moralmente ilegítimos” não tem o condão de cindir - estruturalmente - moral e direito, que, no Estado Democrático, são cooriginários (Habermas). (Grifo nosso)

Neste sentido, a atipicidade dos meios de prova, ao permitir o emprego de todos os meios que não sejam considerados “moralmente ilegítimos”, ainda que não previstos em qualquer norma legal, é contrária ao conceito de processo democrático próprio do Estado Democrático de Direito, pois não atende aos requisitos de fiscalidade e legitimidade consagrados pelos princípios da reserva legal e da vinculação geral dos atos jurídicos ao Estado Democrático de Direito, através da estrita observância do ordenamento jurídico. É sob esta ótica que se deve observar um ato quanto à sua licitude, o meio de prova deve ser considerado lícito se conforme à lei, se apoiado em bases normativas.

Sendo parte da estrutura procedimental, e a previsão normativa um requisito para que o ato seja lícito e respeite a cadeia da estrutura fazzalariana, e assim o devido processo, a atipicidade dos meios de prova, entendida na ótica liberal é incompatível com o devido processo. A previsão da atipicidade entendida pelo prisma das liberdades negativas, criaria uma gama de possibilidades não previstas em qualquer lei, construídas no “espaço vazio”.

A consideração de Lenio Streck de que: “*Na verdade, até mesmo perde o sentido a distinção entre ‘prova ilegal’ e ‘prova ilícita’*”¹²⁰ deve ser entendida como excludente de todo e qualquer meio de prova que não possa ser considerado lícito (com base nos requisitos apresentados em respeito ao paradigma democrático).

4.3.1 A AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL DO JURAMENTO DECISÓRIO NO DIREITO BRASILEIRO

No item *supra* 3, foram descritos os aspectos funcionais do juramento decisório no sistema italiano. Algumas de suas características o tornam *sui generis* no próprio ordenamento de origem, destacadamente, a sua eficácia probatória (a qual leva inclusive autores a considerá-lo, não como um meio de prova, mas sim um método de solução da controvérsia), qual seja a de prova legal, gerando a presunção *iuris et de jure* sobre os fatos

¹²⁰ *idem, ibidem.*

objetos do juramento; a sua não sujeição ao regime geral da preclusão temporal (princípio da eventualidade); os seus reflexos criminais, quando prestado com falsidade (sobre isto ressalta-se que a declaração da parte é vinculada ao dever de dizer a verdade, e que consiste em repetir uma fórmula elaborada pela parte contrária, proponente da prova); a inatacabilidade por meio de ação rescisória, ainda que comprovada a falsidade do juramento que determinou a sentença.

No direito brasileiro não há a previsão de nada semelhante no tocante à prova. Algumas características encontram relativa correspondência, como a idéia de presunção *iuris et de iure*¹²¹¹²²; a geração de responsabilidade penal por declarações prestadas em juízo sob o compromisso de dizer a verdade¹²³, como no caso da prova testemunhal¹²⁴ - aqui, deve considerar-se o fato de se aplicar somente às testemunhas e não às partes¹²⁵, além de a testemunha responder a perguntas, e não repetir uma fórmula previamente estipulada. Por outro lado, outras características não possuem correspondência alguma, como a possibilidade de se apresentar provas em momento posterior ao designado pela lei¹²⁶, que no CPC brasileiro se limita às chamadas “provas novas”¹²⁷, ou, aquelas das quais não era possível se valer no momento oportuno por motivo de força maior¹²⁸; não existe meio probatório dotado de tamanha “sacralidade” capaz de impedir a propositura de ação rescisória, especialmente quando tenha sido determinante para o provimento final e tenha tido sua falsidade comprovada¹²⁹.

¹²¹ Sobre as “provas legais” e as presunções absolutas, ensina Lenio Streck: *A circunstância de que, na vigência do CPC/73, podia se falar de “prova legal” porque sua “valoração” era prefixada, fica, agora, sem sentido. Mesmo que se diga que exista uma pré-valoração, isso não a coloca como plenipotenciária e autoevidente. Fosse assim e teríamos que admitir que “in claris cessat interpretatio”. Nem a dita prova legal fala por si. Além do mais, o direito não se coaduna com presunções absolutas.* (Grifo nosso). STRECK, op. cit. p. 548.

¹²² Não se admite prova em contrário para afastar a presunção de criminalidade e violência sexual para casos que envolvam menores de quatorze anos (estupro de vulnerável: art. 217-A, CP), como reafirmado pelo STF, primeira turma, HC 97052/PR, de Relatoria do Ministro Dias Toffoli.

¹²³ artigo 458 do CPC/15, com sanção prevista no artigo 342 do CP.

¹²⁴ Com disciplina no Livro I, Capítulo XII, Seção IX, da Parte Especial do CPC/15, artigos 442 a 463.

¹²⁵ artigo 447, parágrafo 2º, inciso II do CPC/15.

¹²⁶ artigo 396 do CPC/15: *Compete à parte instruir a petição inicial (art. 283), ou a resposta (art. 297), com os documentos destinados a provar-lhe as alegações.*

¹²⁷ artigo 397 da mesma lei: *É lícito às partes, em qualquer tempo, juntar aos autos documentos novos, quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados, ou para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos.*

¹²⁸ artigo 1.014 do CPC/15: *As questões de fato não propostas no juízo inferior poderão ser suscitadas na apelação, se a parte provar que deixou de fazê-lo por motivo de força maior.*

¹²⁹ artigo 966, caput e inciso VI do CPC/15: *“A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: VI- for fundada em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou venha a ser demonstrada na própria ação rescisória.”*

Pode-se considerar a exibição de documento ou coisa¹³⁰ um meio probatório que, quanto à recusa, guarda semelhança com a lógica do juramento. Paritariamente à recusa de prestar o juramento, a recusa de exhibir a coisa ou o documento objeto do meio probatório pode gerar, para aquele gravado pelo ônus de exhibi-los, uma presunção em seu desfavor¹³¹. Contudo, o resultado da exibição não determina definitivamente o mérito da causa, vinculando a atividade do juiz a pronunciar a sucumbência de uma parte ou outra, como ocorre com o juramento, nem tampouco afasta a cognição sobre o conteúdo do quanto exibido, não limitando-a ao *an*, o que é o padrão do juramento (ressalva feita para a hipótese de litisconsórcio necessário). Estas circunstâncias afastam qualquer analogia válida entre estes dois meios de prova.

Quanto à confissão¹³², como já afrontado *supra* (ponto 3), o próprio direito italiano opera a distinção, que é igualmente válida para a reflexão no direito brasileiro. Esta se resume no fato de que: quem confessa alega fatos a si desfavoráveis, ao passo que, quem presta o juramento alega fatos a si favoráveis.

Resta, assim, demonstrado não haver qualquer previsão legal de um meio de prova semelhante ao juramento decisório. Isto posto, bem como a conclusão chegada acima de que os meios de prova devem ser lícitos para que respeitem o devido processo, implica a conclusão de que admitir a aplicação do juramento decisório como meio de prova pela jurisdição brasileira, sob o fundamento do artigo 369 do CPC igualmente viola o devido processo.

5 CONCLUSÃO

Retomando a discussão presente na doutrina italiana acerca da natureza jurídica do juramento decisório, se observa que, de fato, o instituto cumpre essencialmente a função de abreviar o processo, se assemelhando mais a um meio alternativo para a resolução de controvérsias que não uma prova propriamente dita. Como as provas, o juramento trata de fatos, porém, à diferença das primeiras, não possui o caráter de oferecer elementos que evidenciem a veracidade das alegações das partes, nem tampouco admite o contraditório, pois

¹³⁰ artigos 396 a 404 do CPC/15.

¹³¹ artigo 400 do CPC/15 : “[...] o juiz admitirá como verdadeiros os fatos que, por meio do documento ou da coisa, a parte pretendia provar se: [...]”.

¹³² artigos 389 a 395 do CPC/15.

não se admite a produção de provas que possam contradizer a veracidade de seu conteúdo, pelo contrário, implica, inclusive, a desconsideração dos elementos já constantes dos autos que o façam, na prática, afasta o contraditório.

Outro caráter relevante é a dispensa de motivar a decisão por parte do juízo, subtraindo do crivo popular a capacidade de fiscalizar a fundamentação da decisão. Nos litígios em que se faz presente, o juramento “basta”. Impõe a aceitação geral da palavra de uma das partes como verdadeira, o que na realidade jurídica brasileira soa desprovido de racionalidade plausivelmente justificante. Não há como negar o autoritarismo de tal imposição, com conseqüente carência de legitimidade. Esta faceta demonstra o descompasso do instituto com o conceito de devido processo à luz do Estado Democrático de Direito.

A previsão do artigo 369 do CPC/15 não pode ser entendida como uma porta de entrada para uma tal figura jurídica, sob o rótulo de “prova atípica”, em primeiro lugar por prova não parecer ser, e em segundo lugar por, além de carecer totalmente de respaldo normativo, se chocar diretamente com o conceito de devido processo.

Considera-se a eficácia de prova legal de que goza o juramento decisório em seu sistema de origem, e a exceção que tal eficácia provoca no princípio da livre apreciação das provas pelo juiz, e de conseqüente, no princípio do livre convencimento motivado para as decisões, que, em última análise, é o que permite a fiscalização e a legitimação do exercício da jurisdição num processo democrático, bem como todas as considerações tecidas acima sobre a licitude dos meios de prova, o respeito ao devido processo no paradigma democrático em todos os atos jurídicos que integram a cadeia procedimental, da qual a prova faz parte.

Conclui-se, ainda que sem enfrentar todas peculiaridades da operatividade do juramento decisório no direito italiano - no qual, inclusive, são alvo de questionamento e hodiernamente tem visto sua aplicação se tornar residual, nos dizeres de Bruno Sassani, uma *ultima ratio*¹³³ - pela incompatibilidade do instituto alienígena com o ordenamento jurídico brasileiro.

¹³³ Da leitura do livro de Moisé Vita Levi: **Il giuramento litis decisorio - studio teorico pratico della legge civile italiana**, de 1883, se vislumbra a importância de que gozava o instituto à época, e sua queda em comparação com a relevância marginal que assume atualmente.

REFERÊNCIAS

BARBANTI, Laura. **Il giuramento nel diritto canonico**. Dissertação de Mestrado em Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia, a/a 2016-2107. Disponível em: <https://www.tesionline.it/default/tesi.asp?id=52584#_=_>. Acesso em: 02 mai 2018.

BIONDI, Biondo. **Il giuramento decisorio nel processo civile romano**. “L’erma” di Bretschneider: Roma, 1970 (edizione anastatica del 1913).

BRASIL. Código de Processo Civil . Lei no 13.105, de 16 de março de 2015. **Vade Mecum Saraiva**. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. Código Penal. Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Vade Mecum Saraiva**. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Vade Mecum Saraiva**. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. 1a Turma. **Habeas Corpus nº 97052/PR**. Relator Ministro Dias Toffoli, Brasília, DF, 16 ago. 2011. DJe 13 set. 2011. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20623347/habeas-corpus-hc-97052-pr-stf>>. Acesso em: 28 mai 2018.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Devido processo legislativo: Uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

_____. Tutela jurisdicional e estado democrático de direito: três ensaios críticos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**. 2000, Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/download/1169/1102>> .Acesso em: 27 mai 2018.

CONTE, Mario. Le prove civili em **Trattati**. Paolo Cendon (org.). Milano: Giuffrè, 2009.

COSTA, Reginaldo da. Discurso, direito e democracia em Habermas em: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Org.). **Direito e Legitimidade**. São Paulo: Landy, 2003.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**. Belo Horizonte: Del rey, 2004.

DI MAGGIO, Evelyn, Tese de Doutorado “*Il ius iurandum in iure delatum nel processo formulare romano*” - Università degli Studi di Palermo, a/a 2012-2013, Disponível em: <<https://iris.unipa.it/retrieve/handle/10447/90928/98552/Il%20ius%20iurandum%20in%20iure%20delatum%20nel%20processo%20formulare%20romano.pdf>>. Acesso em: 19 abr. 2018.

ITÁLIA, Codice civile. **Codice civile e di procedura civile esplicati**. Napoli: Edizioni Giuridiche Simone, 2015.

_____. Codice di procedura civile. **Codice civile e di procedura civile esplicati**. Napoli: Edizioni Giuridiche Simone, 2015.

_____. Codice penale. **Codice penale e leggi complementari**. A cura di Luigi Alibrandi. Milano: La Tribuna, 2017.

_____. Costituzione della repubblica italiana. DEL GIUDICE, Federico, **Costituzione esplicata - spiegata articolo per articolo**. Napoli: Edizioni Giuridiche Simone, 2017.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

LEVI, Moisé Vita. **Il giuramento litis decisorio - studio teorico pratico della legge civile italiana**. Milano: Dott. Leonardo Vallardi Editore, 1883.

MADEIRA, Dhenis Cruz. **Argumentação jurídica (in)compatibilidades entre a tópica e o processo**. Curitiba: Juruá, 2014.

_____. **Processo de conhecimento & cognição: uma inserção no Estado Democrático de Direito**. Curitiba: Juruá, 2008.

MAFFI, Alberto. *Quarant'anni di studi sul processo greco* (i). Disponível em: <http://www.ledonline.it/Dike/allegati/Dike10_Maffi-Studi-processo-greco.pdf> Acesso em: 01 mai 2018.

MININNO, Rossana. **Le prove civili** a cura di Previti. S. Lavis: Wolters Kluwer Italia, 2014.

NERY JUNIOR, Nelson. **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: RT, 2003.

PENTA, Andrea. **La prova nel processo** . a cura di Aversano, F. e Sabato, G. Dogana: Maggioli, 2013.

SANTA SÉ E REINO DA ITÁLIA, *Inter Sanctam Sedem et Italiae Regnum conventiones (Trattato fra la Santa Sede e l'Italia)*, 1929. Disponível em: <http://www.vatican.va/roman_curia/secretariat_state/archivio/documents/rc_seg-st_19290211_patti-lateranensi_it.html >. Acesso em: 02 mai 2018.

SANTA SÉ E REPÚBLICA ITALIANA, *Accordo fra la Santa Sede e la Repubblica Italiana che apporta modificazioni al Concordato Lateranense*, 1984. Disponível em: <http://www.vatican.va/roman_curia/secretariat_state/archivio/documents/rc_seg-st_19850603_santa-sede-italia_it.html >. Acesso em: 02 mai 2018.

SASSANI, Bruno. *Lineamenti del processo civile italiano*. Milano: Giuffrè, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **Comentários ao código de processo civil** / organizadores: Lenio Luiz Streck, Dierle Nunes, Leonardo Carneiro da Cunha; coordenador executivo Alexandre Freire. São Paulo: Saraiva, 2016.