

O PRINCÍPIO DA ORALIDADE VISTO SOB UMA PERSPECTIVA EMPÍRICA: UMA ALTERNATIVA METODOLÓGICA DE PESQUISA EM DIREITO¹⁻²

Bárbara Gomes Lupetti Baptista*

RESUMO: A principal proposta deste trabalho é contrastar o discurso dogmático produzido no campo do Direito com os rituais judiciários verificados cotidianamente nos muros circunscritos dos Tribunais, a fim de tentar entender e explicitar os motivos da absoluta ausência de diálogo e de identidade entre o *mundo dos livros* e o *mundo das práticas*. Para possibilitar o uso da comparação e ilustrar a distância entre aquilo que o Direito teoriza e aquilo que se pratica na rotina forense, valho-me dos resultados de uma pesquisa de campo por mim conduzida no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, através de etnografia e observação participante³, cujo foco esteve voltado para as manifestações orais do processo, mais especificamente, para a materialização do Princípio da Oralidade no Processo Civil. Os dados empíricos demonstram que, de fato, inexistente comunicação entre “teoria” e “prática” no campo jurídico, bem como que, em relação à oralidade, o referido princípio é incorporado pela dogmática como uma garantia das partes a um processo justo e democrático, ao passo que os rituais judiciários o descartam, sugerindo ser o mesmo um empecilho à celeridade da prestação jurisdicional. Nesse sentido, a oralidade é, ao mesmo tempo, valorizada no campo teórico e desconsiderada na prática forense, o que sugere ser, o Direito, um campo de conhecimento regido por lógicas contrárias, embora, harmoniosas, fato, no mínimo, curioso sob o ponto de vista acadêmico. A metodologia de pesquisa por mim utilizada me permitiu perceber aspectos do nosso sistema judiciário que eu não teria notado se não tivesse ido a campo e verificado rituais que não estão codificados, nem, tampouco, absorvidos pelos manuais produzidos pela dogmática. A importância de pesquisar o Direito sob essa perspectiva empírica é o ponto de destaque deste *paper*, onde

pretendo chamar a atenção para o aspecto de que operadores e juristas precisam dialogar, sob pena de se eternizar a crise de legitimidade do Judiciário, cada vez mais desconhecido e, portanto, desacreditado pela sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: processo; oralidade; pesquisa; empírica

RÉSUMÉ: L'objectif principal de ce travail est de mettre en contraste le discours dogmatique produit dans le champ du droit avec les rituels judiciaires vérifiés quotidiennement dans les murs circonscrits des tribunaux, à fin d'essayer comprendre et d'expliciter les raisons de l'absence totale de dialogue et d'identité entre le *monde des livres* et le *monde des pratiques*. Pour permettre l'utilisation de la comparaison et visant illustrer l'écart entre ce que la loi théorise et ce qui est pratiqué en routine du tribunal, je me sers des résultats d'une recherche sur terrain réalisée par moi dans la Cour de l'Etat de Rio de Janeiro, par le biais de l'ethnographie et de l'observation participante, dont l'accent a été axé sur les manifestations orales du procès, plus spécifiquement, par la matérialisation du principe de l'oralité dans la procédure civile. Les données empiriques montrent que, en fait, il n'y a pas de communication entre "théorie" et "pratique" dans le champ judiciaire, et que, par rapport à l'oralité, ce principe est consacré par la dogmatique comme une garantie des citoyens à un procès équitable et démocratique, alors que les rituels judiciaires s'en débarrassent, ce qui suggère un obstacle à la fourniture rapide de la justice. Dans ce sens, l'oralité est à la fois valorisée dans la théorie et méconnue dans les pratiques juridiques, ce qui place le droit dans un domaine de la connaissance régie par des logiques contraires, quoique harmonieuses, fait, au moins, curieux du point de vue académique. La méthodologie que j'ai utilisée pour la recherche m'a permis de comprendre des aspects de notre système judiciaire que je n'aurais pas saisis si je ne m'étais pas permis de vérifier les pratiques, qui ne sont pas cryptées ni même absorbées par les manuels produits par la dogmatique. L'importance de la recherche dans le droit sous une perspective empirique est le point central de cet ouvrage, qui souhaite attirer l'attention sur le fait que des opérateurs et des juristes doivent dialoguer, sous peine de perpétuer la crise de légitimité du pouvoir judiciaire, de plus en plus inconnu et donc discrédité par la société.

MOT-CLÉS: procès; oralité ; recherche ; empirique

1. INTRODUÇÃO

A principal proposta deste trabalho é contrastar o discurso dogmático produzido no campo do Direito com os rituais judiciais verificados cotidianamente nos muros circunscritos dos Tribunais, a fim de tentar entender e explicitar os motivos da absoluta ausência de diálogo e de identidade entre o *mundo dos livros* e o *mundo das práticas*.

Para possibilitar o uso da comparação e ilustrar a distância entre aquilo que o Direito teoriza e aquilo que se pratica na rotina forense, valho-me dos resultados de uma pesquisa

de campo por mim conduzida no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, através de etnografia e observação participante, cujo foco esteve voltado para as manifestações orais do processo, mais especificamente, para a materialização do Princípio da Oralidade no Processo Civil.

Os dados empíricos demonstram que, de fato, inexistente comunicação entre “teoria” e “prática” no campo jurídico, bem como que, em relação à oralidade, o referido princípio é incorporado pela dogmática como uma garantia das partes a um processo justo e democrático, ao passo que os rituais judiciais o descartam, sugerindo ser o mesmo um empecilho à celeridade da prestação jurisdicional.

Nesse sentido, a oralidade é, ao mesmo tempo, valorizada no campo teórico e desconsiderada na prática forense, o que sugere ser, o Direito, um campo de conhecimento regido por lógicas contrárias, embora, harmoniosas, fato, no mínimo, curioso sob o ponto de vista científico.

A metodologia de pesquisa por mim utilizada me permitiu perceber aspectos do nosso sistema judiciário que eu não teria notado se não tivesse ido a campo e verificado rituais que não estão codificados, nem, tampouco, absorvidos pelos manuais produzidos pela dogmática. A importância de pesquisar o Direito sob essa perspectiva empírica é o ponto de destaque deste *paper*, onde pretendo chamar a atenção para o aspecto de que operadores e juristas precisam dialogar, sob pena de se eternizar a crise de legitimidade do Judiciário, cada vez mais desconhecido e, portanto, desacreditado pela sociedade.

Acredito que a pesquisa empírica se justifica na área do Direito porque, justamente, os métodos de ensino e de pesquisa desse campo deveriam partir de observações da realidade presente, viva, não apenas daquilo que se apresenta no conjunto das leis, da doutrina ou da jurisprudência, pois o Direito não pode ser estabelecido como uma esfera à parte das relações sociais, uma vez que ele as integra, interferindo, inclusive, de forma direta, no cotidiano das pessoas, que têm habitualmente os seus conflitos submetidos à administração dos Tribunais. Assim, dissociar a pesquisa do Direito ao seu campo de atuação é, no mínimo, impróprio (AMORIM, KANT DE LIMA, MENDES, 2005; KANT DE LIMA, 1983).

A partir dessa idéia, como já mencionado, a minha intenção é, através da investigação empírica, buscar compreender os motivos e as repercussões da absoluta falta de identidade entre aquilo que os juristas idealizam que o Direito seja; aquilo que os operadores acham que o Direito produz; aquilo que a sociedade espera que o Direito ofereça; e, finalmente, aquilo que, de fato, o Direito é.

Para tanto, optei por estudar um instituto jurídico importante, o Princípio da Oralidade Processual, visualizando-o de forma conjugada. Quero dizer, através da teoria produzida sobre o tema e da observação das práticas judiciais orais efetivamente manifestadas no curso do processo.

Essa preocupação – de realizar pesquisa de campo em Direito - é academicamente relevante porque entender a forma como o Direito se materializa; a forma como a sociedade com ele se relaciona e a forma como ele é ensinado e reproduzido por seus operadores é

crucial para que possamos, com efeito, tentar identificar a crise de legitimidade pela qual o Direito passa e, talvez, perceber caminhos possíveis para o seu necessário e cada vez mais premente aprimoramento.

É certo que a mera desarmonia firmada entre *"Teoria do Direito"* e *práticas judiciárias* não é, isoladamente, o foco principal do meu estranhamento, mas as conseqüências empíricas desse dissenso sim. Isto me parece uma questão fundamental para ser pesquisada.

O Direito, visto como campo do conhecimento, caracteriza-se como um conjunto normativo-ideal e, nesta condição, se afasta tanto da possibilidade de ser questionado quanto da necessidade de ser concretizado.

O Direito é um campo do saber que visa ao *dever-ser*, nesse sentido, se concebe como um ideal que não tem ou não precisa ter qualquer compromisso com a realidade. Dessa forma, a sua inaplicabilidade se justificaria, embora, para mim, tal circunstância continue parecendo estranha, especialmente pelo fato de o Direito ser uma disciplina essencialmente pragmática, tendo em vista que as regras jurídicas interferem diretamente nas relações sociais.

Quero dizer: o Direito tem como principal objetivo a administração dos conflitos da sociedade, de modo que, como tal, foi concebido para resolver problemas cotidianos, nos quais estão envolvidos seres humanos, de carne e osso, que se valem do Judiciário para esse fim. Logo, pensar este campo do conhecimento de forma abstrata, absolutamente desatrelada da empiria, me parece algo paradoxal.

Além disso, a imensa carga de trabalho que assola o Judiciário automatiza os operadores do campo, impedindo-os de pensar sobre suas próprias atividades e, no caso específico dos magistrados, sobre o resultado da jurisdição que prestam.

A pesquisa de campo procede, justamente, à observação de fatos e fenômenos tal como ocorrem no mundo real, bem como à coleta de dados referentes aos mesmos e, finalmente, à análise e interpretação desses dados, com base numa fundamentação teórica consistente, objetivando compreender e explicar o problema pesquisado.

Acho que somente assim, quer dizer, explicitando as práticas judiciárias e estranhando o que parece natural, é que será viável aprimorar o nosso sistema de administração judicial de conflitos.

Enquanto a visão do Direito estiver vinculada, exclusivamente, a ideais que apontem como as coisas *deveriam ser*, pouco progrediremos no campo da pesquisa. Identificar as falhas é algo que só será possível se conhecermos o funcionamento do sistema na sua prática. Quero dizer: se entendermos bastante bem a sua lógica, a sua estrutura e as suas rotinas.

Pois bem, no caso específico deste trabalho, analisando as práticas, me foi possível perceber que, especificamente, em relação ao princípio da oralidade, a dogmática⁴ atualiza a questão de uma forma absolutamente distinta daquela depreendida pela empiria.

A doutrina reconhece a oralidade como uma garantia das partes a um processo justo e democrático, ao passo que os rituais judiciários a descartam, sugerindo ser esta forma de manifestação um empecilho à celeridade da prestação jurisdicional.

A celeridade, igualmente, é um princípio de Direito Processual alçado à categoria de garantia constitucional (art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição da República), sendo a sua finalidade precípua, nos termos sustentados pela dogmática, assegurar aos cidadãos a “duração razoável do processo”.

Nesse contexto, o que as práticas judiciárias apontam é um nítido conflito entre princípios processuais, em que a oralidade cede espaço à celeridade porque, em sendo assegurados às partes todos os atos processuais orais legalmente previstos, a celeridade acabaria por não se efetivar e, no sistema vigente, a “duração razoável do processo” é um requisito essencial à prestação jurisdicional.

Ou seja, se o enfoque deste *paper* tivesse como único referencial o estudo da dogmática, a conclusão dos leitores acerca do tema seria necessariamente no sentido de que o processo civil brasileiro é oralmente construído a partir do diálogo efetivado entre magistrados, advogados e cidadãos, estes últimos tendo, inclusive, participação ativa no curso do processo, quando, na verdade, é cediço que basta assistir a uma simples audiência no foro do Rio de Janeiro para se perceber que a teoria que rege a prática judiciária é outra, que não aquela apregoada e idealizada pela doutrina jurídica nos manuais de processo.

Nesse sentido, pretendo explicitar neste trabalho, outrossim, que, embora o princípio da oralidade seja estudado, teoricamente, como uma garantia processual que estimula o diálogo entre o Juiz e as partes, na realidade, a sua efetivação não produz consenso, pois aos cidadãos, raramente, é concedida a oportunidade de falar.

Diante da exigência da celeridade, o Juiz não tem tempo de ouvir as partes, razão pela qual os rituais descartam, ao máximo, eventual contacto entre Tribunal e sociedade, que se mantêm distantes, fato que cria, cada vez mais, obstáculos à legitimação do Direito, dos Tribunais e das decisões do Judiciário.

A oralidade, consoante se descreverá, é expropriada pelo Estado, que, ao impedir a participação ativa das partes no curso do processo, impõe uma verdade, produzida por escrito, através da sentença, demonstrando que o monopólio de dizer e de interpretar o Direito (e desvendar a verdade) é exclusivo do Juiz.

Às partes, impõe-se o cumprimento das decisões judiciais, mesmo que estas sejam tomadas sem levar em conta a sua mínima participação.

O abissal descompasso firmado entre o que a doutrina jurídica idealiza e o que as práticas judiciárias demonstram é o que, de forma mais significativa, conforme destaquei outrora, pretendo explicitar neste trabalho. É esta a minha preocupação acadêmica e é isto que pretendo, de alguma forma, compartilhar neste *paper*.

2. A VISÃO DOGMÁTICA ACERCA DO PRINCÍPIO DA ORALIDADE

Em sede doutrinária, conforme asseverado, a oralidade é alçada à categoria de princípio norteador de um processo justo e democrático⁵⁻⁶, estando reproduzida por uma série de procedimentos que, supostamente, propiciam a sua supremacia.

A doutrina, como esperado - pois é assim que o Direito se estrutura - tem uma visão poética e utópica do princípio da oralidade no processo civil. Ao ler as manifestações dogmáticas tem-se a sensação de que a oralidade é a solução de todos os males do sistema e o fim do abismo que notoriamente separa as pessoas e o Judiciário. No entanto, esta sensação se esvai, de imediato, como mencionei, quando se assiste a uma única audiência ou julgamento no foro estadual do Rio de Janeiro e se verifica que nada do que se escreve se realiza, ao contrário, trata-se – a lógica que orienta a prática – de uma outra forma de atualizar o instituto, completamente dissonante daquela filosoficamente almejada pela doutrina.

O procedimento oral é visto como uma garantia de autodefesa da parte, proporcionada por um “diálogo humano e público com o juiz da causa” (GRECO, 2005). A oralidade seria, então, o instrumento capaz de possibilitar ao juiz não só ouvir, mas, especialmente, “sentir” as partes e as testemunhas e, por conseguinte, avaliar melhor as provas diante dele produzidas e formar, com mais certeza e precisão, o seu convencimento⁷.

A oralidade é representada, na dogmática, como um método que proporciona “a luta judiciária [o processo] o seu genuíno caráter humano, que comunica vida e eficácia ao processo [...]” (MORATO, 1938); é um sistema em que o juiz participa ativamente do processo, entretanto, à sua autoridade pública sobrepõe-se a soberania individual das partes (LEAL, 1938); trata-se de um mecanismo que possibilita “uma justiça rápida, *perfeita* e barata”, é, na verdade, “um remédio heróico” (CUNHA BARRETO, 1938); é o que possibilita a palavra viva em sobreposição à escrita morta, eis que “na palavra viva fala também o vulto, os olhos, a cor, o movimento, o tom da voz, o modo de dizer, e tantas outras pequenas circunstâncias, que modificam e desenvolvem o sentido das palavras e subministram tantos indícios a favor ou contra a própria afirmação delas. A mímica, a eloquência do corpo, são mais verídicas do que as palavras [...]” (CHIOVENDA, 1938); a oralidade, afinal, “garante uma justiça intrinsecamente melhor; faz do juiz partícipe na causa e permite-lhe dominá-la melhor [...] assegura melhor a veridicidade e a sinceridade dos resultados da instrução [...]”.

A escrita, ao revés, está costumeiramente atrelada à idéia de um instrumento que impede a efetivação da justiça. A escrita é representada no Direito como sendo a documentação do processo, estando, pois, reproduzida na frieza dos autos processuais⁸, cujo registro é preto e branco. Por isso, dissera Morato (1938), “a escrita não faz palpitar o fato na sua humanidade, em sua expressão mais espontânea e pura, pois carece do **colorido da voz**, da manifestação da convicção íntima, do ardor do justo [...]” (grifou-se)⁹

Percebe-se uma alta carga de sensibilidade, nos juristas, ao estudarem e lecionarem sobre a aplicação desse princípio¹⁰⁻¹¹. Toda a leitura doutrinária aponta – o que não é possível verificar na reflexão sobre outros institutos jurídicos – uma emotividade intensa, de forma que a aparente proximidade que o sistema oral estabelece entre o Judiciário e a sociedade faz nascer uma atmosfera que parece contagiar os operadores. Na prática, entretanto, nem sempre é assim que o processo se materializa, inclusive porque a escrita prevalece,

em função, justamente, da necessidade, cada vez mais premente, de celeridade na prestação jurisdicional.

A dogmática identifica o princípio da oralidade, basicamente, como um metaprincípio que se subdivide em outros quatro, sem os quais ela não se caracteriza: o da identidade física do juiz, o da concentração, o da irrecorribilidade das decisões interlocutórias e o da imediatidade, sendo este o de maior relevância, por supostamente permitir a aproximação do juiz com as partes e com as provas produzidas no processo, isto é, garantir a coleta direta da prova pelo juiz e, por conseguinte, a sua maior afinidade com a causa. Trata-se, com efeito, do mais representativo e característico princípio do sistema oral.

A oralidade, portanto, só se configura, na visão dogmática: 1) se o juiz que colher as provas orais for o mesmo que julgar a causa (identidade física do juiz); 2) se os atos processuais forem concentrados em único momento, a fim de que o juiz preserve-os em sua memória até o momento da prolação da decisão (concentração); 3) se o processo não for truncado por constantes interrupções advindas da interposição de recursos à instância superior (irrecorribilidade das decisões interlocutórias); 4) se o juiz colher a prova oral pessoalmente, participando, de forma efetiva e direta da fase instrutória do processo (imediatidade).

Neste ensejo, adianto, desde logo, que o princípio da oralidade, tal como imaginado ou interpretado pela dogmática, só existe no “mundo dos manuais”. As práticas judiciárias sugerem que, por diversos fatores - notadamente, como dito acima, a necessidade imperiosa da celeridade do processo - a materialização desse ideal dogmático é irrealizável e, por conseguinte, a aplicação desses quatro subprincípios, uma ficção, motivo pelo qual se impera, no processo civil, a supremacia da escrita, como apontam os rituais judiciários¹².

3. A VISÃO EMPÍRICA DA ORALIDADE E AS SUAS DISTINTAS CATEGORIZAÇÕES

Nas entrevistas realizadas com juízes e advogados, pretendi verificar qual seria a representação do conceito de oralidade no campo.

A impressão que a doutrina causa sobre a aplicação da oralidade no processo não corresponde à percepção empírica que se tem da representação desse princípio.

É muito curioso o que ocorre quando comparamos o discurso dogmático com o empírico porque na dogmática – como se viu - a oralidade tem uma conotação imensamente positiva, ela é romanceada pelos doutrinadores, ao passo que no discurso dos operadores, que lidam com a oralidade em seu cotidiano – e aqui se verifica isso muito mais no discurso dos juízes do que no dos advogados - ela é opostamente vista com uma conotação negativa. É tida como algo que atrapalha o bom andamento do processo e que não tem destinação, de fato, útil.

No discurso dos advogados entrevistados ainda se vislumbram resquícios positivos acerca da oralidade. O conceito de oralidade, para eles, vincula-se à realização dos atos

processuais, em audiência ou em julgamentos, na forma não escrita. A oralidade é, para esses operadores, “a prática dos atos processuais previstos no Código de Processo Civil, sendo que de forma não escrita.”; estando “representada por toda e qualquer ‘palavra’ dita verbalmente em audiência ou em sustentações realizadas nos tribunais”; significando “a instrumentalização dos atos processuais, mediante o uso da palavra oral, preferencialmente, sem a sua redução a termo nos autos.”.

Aparece, curiosamente, com bastante frequência, atrelada ao aspecto da imediação e da celeridade processuais, destacando-se nos discursos a idéia de que: “a oralidade é o instrumento que objetiva dar maior celeridade ao processo, pois as partes, ao invés de apresentarem defesa escrita, apresentam-na oralmente”; “trata-se de um mecanismo célere na condução da lide, por parte do julgador”; sendo certo que “o conceito de oralidade significa a introdução de fases no processo em que se privilegie o contacto direto do juiz com as partes”, bem como “a minimização das burocracias”.

Nesse contexto, a oralidade é vista, pelos advogados, como o instrumento que viabilizaria a rapidez do trâmite dos processos e que permitiria o contacto físico e direto entre o juiz e as partes, evitando a burocracia¹³. Ou seja, exatamente o inverso daquilo que sustentam os Juizes quando justificam os motivos pelos quais não consideram relevante a realização de audiências, por exemplo.

Portanto, no discurso dos magistrados, ao contrário, o que se verifica não é uma representação vantajosa do tema.

O conceito de oralidade, na visão dos juizes que entrevistei¹⁴, possui uma vinculação direta com o tema da prova¹⁵. A oralidade é vista, pelos Juizes, simplesmente como um meio de prova a ser produzido no processo, na fase de instrução, isto é, em audiência. Todavia, como um meio de prova que atrapalha o curso do processo, por ser ineficaz, que dificulta a “distribuição da justiça” e que, ao final, impede que realizem um bom trabalho.

“Eu entendo a oralidade como sendo a própria produção da prova oral. Ela é a aproximação do juiz com a parte, do juiz com a testemunha ... mas, eu tenho uma visão um pouco restrita da oralidade. Para mim, oralidade é colheita de provas. O contacto da parte com o Juiz numa audiência de conciliação apenas, para mim, não retrata um aspecto da oralidade.”.

(Juiz titular de Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro)

“Eu acho que, na prática, nem precisaria de oralidade. Em vara cível. Digo pelas varas cíveis. Isso se resumiria à fase de audiência. Como eu vou ficar fazendo uma petição inicial oral, contestação oral, uma réplica oral? Não tem cabimento, entendeu? Não sei a que se resumiria isso. Qual seria o benefício disso em Vara Cível? Tem tantas outras coisas que a gente pode fazer para diminuir o volume, para diminuir o tempo

de processamento, sabe? A nossa lei permite um monte de recursos que não deveriam existir. Nossa, a gente espirra e dá uma decisão de qualquer besteira, vem agravo, agravo, agravo ... O processo fica um monstro por causa de todos os incidentes que vão acontecendo [...] até porque também, a nossa natureza está arraigada de provas, documentos, papéis [...] e também não é só isso ... é que é uma prova não muito útil mesmo. A prova oral não é muito útil. Você perde tempo, 1h ou 1h e meia e não vem a contribuição que você quer”.

(Entrevista formal concedida por uma Juíza de Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro)

“Eu sei que há autores que defendem uma maior oralidade nos processos. Eu confesso a você que eu penso de forma diferente. Para mim, a oralidade é só nos casos estritamente necessários porque a oralidade ela acaba sendo um entrave para o normal prosseguimento dos processos. Não vejo a oralidade como algo necessário. Aliás, acho que pode ser até prejudicial”.

(Entrevista formal concedida por um Juiz titular de Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro)

“Toda a rotina do Direito Brasileiro é baseada nos documentos e nas peças escritas. Não adianta. Essa rotina vem do Direito Português, é uma tradição, ao contrário do *common law*. É difícil você fazer um profissional do Direito sair de sua rotina. Então, o princípio da oralidade é consagrado, mas não tem aplicabilidade por causa dessa rotina, dessa tradição”.

(Entrevista formal concedida por um Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro).

“Eu acho que é um princípio válido, que tem os seus benefícios, só que eu acho que no nosso sistema processual, principalmente estando em uma Vara Cível, ele mais atrapalha do que ajuda. No processo civil mesmo, regido pelo Código, ele é um princípio que não funciona. Nós temos uma tradição de Direito escrito. É um princípio muito bem intencionado, mas acho que na prática ele não funciona”.

(Entrevista formal concedida por uma Juíza de Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro)

A prova oral é extremamente desvalorizada no processo civil tanto porque a “mentira” é o pressuposto vigente no sistema, quanto porque tal meio probatório é tido como

subsidiário à escrita. Ou seja, os Juízes pressupõem que as pessoas vão ao Judiciário mentir, por estarem, necessariamente, comprometidas com alguma das partes, sendo, logo, “parciais”. Além disso, há um comportamento estereotipado que deve ser adotado por todos diante do Juízo, sob pena de desconfiança. Se, por acaso, as testemunhas - ou mesmo as partes - forem a Juízo e não confirmarem o que consta, por escrito, nos autos processuais, ou titubear, ou gaguejarem, quando perguntadas sobre os fatos que ensejaram a ação judicial, supõe-se que estão mentindo e, conseqüentemente, desconsidera-se o seu depoimento. Assim, trata-se de uma prova ineficaz. É esta a concepção do campo.

“Na audiência deve-se confirmar oralmente as declarações já anunciadas por escrito [...] Frequentemente, a declaração oral não será mais que um evocar das escritas, uma referência às escrituras [...]”. (CHIOVENDA, 1938, p. 56)

“Se eu tenho um documento dizendo uma coisa e vem aqui uma testemunha que eu não sei nem quem é e me diz outra, é óbvio, eu vou acreditar no documento. A menos que essa testemunha seja muito, mas muito valiosa mesmo ... assim, que seja uma testemunha muito especial, se for uma testemunha comum não [...] teria que ser alguém de muita confiança mesmo, alguém por quem eu tivesse muita credibilidade.”

O fator preponderantemente influente na desvalorização da prova oral no processo civil, diz respeito, portanto, à descrença dos Juízes nos depoimentos prestados. Isso se dá porque, na concepção jurídica, a verdade não é revelada pelas partes, ela é desvendada pelo Juiz. A verdade jurídica está acima das partes e, portanto, as pessoas não podem contribuir para a sua descoberta. É próprio do sistema inquisitorial, cujas raízes se fazem presentes em nossos procedimentos, desqualificar e desconfiar do discurso dos tutelados. Mas este tema, embora relevante, não será aqui abordado.

O discurso de outro magistrado que entrevistei corrobora a idéia:

“Raramente eu me surpreendo com o que ocorre na audiência. Em geral, está tudo no processo. Você já sabe, na verdade, o que o cara vai dizer. Você sabe ... ele vai dizer o que está sustentando no processo. Se não é assim, ele vai ou mentir ou omitir ou dizer que não lembra. O ser humano é muito previsível, ele é previsível por natureza. Você sabe mais ou menos o que ele vai dizer. Aí, nesse sentido, o ato da audiência não serve muito. Por isso.”
(Juiz Titular de Vara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro)

A verdade é fruto dos operadores, cabendo às partes, apenas acatá-la. A oralidade não pode, portanto, operando neste sistema, ser categorizada como uma forma consensual de construção da verdade jurídica, pelas partes.

E aí surge uma questão recorrente: a necessidade de o Juiz ter um “feeling” para perceber quando a pessoa está falando a verdade e quando ela está mentindo.

A idéia dos Juízes como representantes e ministros da verdade (GARAPON, 1997) relaciona-se a esse fato e acaba por conformar esse sistema. Entende-se que o Juiz é uma pessoa com sensibilidades aguçadas e especiais, de modo que tem facilidade para enxergar as verdadeiras intenções do depoente e vislumbrar se o que diz é ou não verdade.

O discurso dos Juízes, em campo, coaduna essa lógica:

“A impressão pessoal do Juiz conta muito. Na verdade, também pode falhar porque é um ser humano. Às vezes você faz uma leitura de que uma pessoa deu um depoimento coerente e não é. Tem também a análise do depoimento junto com todos os demais fatores. O que a testemunha fala não é lei. Mas o Juiz, pela experiência, acaba sabendo. A gente acaba desenvolvendo um “feeling”. O Juiz tem que ter aquele “feeling” para valorar a prova oral. Para tanto, ele até adverte a testemunha de que tem o crime de prestar falso testemunho. O Juiz tem que ter o “feeling” para ver como é que está a colheita daquela prova e, inclusive, se for necessário, até fazer uma acareação, colocar uma testemunha na frente da outra. Eu nunca tive esse problema não, mas ... o juiz pode também fazer isso.”

(Juíza Titular de Vara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro)

Desse modo, enquanto o processo buscar uma verdade transcendente, a ser revelada unicamente pelo Juiz, na decisão judicial – conforme se demonstrará mais adiante – e enquanto estiver fulcrado no princípio do contraditório (que exige a interferência de um terceiro na relação processual, com poder de autoridade, para escolher a tese prevalecente), as próprias partes envolvidas no conflito não chegarão a consenso algum e a sua participação ficará, necessariamente, condicionada à de terceiros, que elas representam, ficando silente a sua própria voz.

É também por isso que, na prática, se opta pela prevalência da escrita, que é tida como um meio de prova mais seguro. O discurso dos juízes, inclusive, aponta essa notória preponderância empírica da escrita no processo civil.

“Realmente, não há lugar hoje para aquele juiz de antigamente que fazia as audiências, falava ... Eu prefiro no papel, é muito mais produtivo. Enquanto no papel eu saneio dez processos eu

talvez não consiga sanear nem a metade se eu tiver de fazer audiência. Não há lugar, simplesmente não há lugar para aquele juiz que conversa ali ... imagine se tivermos de fazer isso em todos os processos! Agora, o que a gente faz, o que a gente deve fazer? Bom, através do próprio processo eu despacho e peço esclarecimentos. Eu vou compondo a situação através dos esclarecimentos escritos dos advogados. Agora, há situações em que não há como prescindir dessa oralidade, mas só no caso em que há efetivamente a necessidade de uma prova oral. Senão, o escrito é muito melhor, muito mais produtivo.”
(Juiz em exercício em Vara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro)

Além dessas questões, impõe destacar outro fator que, somente o “campo”, foi capaz de me fazer entender ou visualizar: os inúmeros significados que a oralidade possui dentro do próprio Direito; significados estes encobertos no discurso jurídico, que parece acreditar ser a oralidade uma categoria de dimensão única.

Os dados coletados durante a pesquisa demonstram que a oralidade se apresenta de diferentes formas no processo e que, por conseguinte, esta categoria jurídica requer sejam feitas algumas especificações (e distinções) que, por sua vez, nem a Lei, nem a doutrina, nem a jurisprudência sobre o tema destacam; o que, aliás, reforça a necessidade de se pesquisar os institutos jurídicos conjugando-os à empiria, sob pena de não serem compreendidos por completo.

No momento em que se investigam os rituais e as práticas judiciárias, as inúmeras representações acerca da oralidade exurgem com clareza e o discurso dos interlocutores, destacando as práticas, também as absorve.

Um exemplo disso já foi apontado: os advogados consideram-na como um mecanismo que atua em favor da celeridade processual, ao passo que os magistrados, ao contrário, absorvem-na, justamente, como um obstáculo à efetivação do princípio da celeridade.

O campo aponta, além disso, outras especificidades.

Uma modalidade de oralidade no Direito Brasileiro que a pesquisa de campo ajudou a perceber é a que acontece na 1ª instância e se caracteriza, basicamente, pela mera presença das partes, dos advogados e das testemunhas diante do Juiz, como ocorre nas audiências, onde a oralidade é reconhecida mesmo quando as partes e testemunhas – presentes fisicamente – não têm a oportunidade de falar.

A oralidade, na 1ª instância, é, pois, materializada através das audiências. Vale dizer que a presença física das partes, do juiz, das testemunhas ou dos advogados, por si só, não a define, tendo em vista que, muitas vezes, estão desvinculadas. Há muitos atos processuais que exigem apenas a presença das partes, estando estas na audiência e o juiz não (audiências conciliatórias). Há momentos em que o juiz está com os advogados na

audiência e as partes não (audiência do art. 331). Há atos em que apenas as testemunhas estão presentes, sem os advogados e sem as partes (audiências específicas para a oitiva de testemunhas, quando realizadas, por exemplo, por via de carta precatória). E, mesmo assim, em todos esses casos, a oralidade se caracteriza, independentemente da presença física simultânea de todos os “atores” do processo.

Destarte, não é necessariamente a presença de todos os atores do processo no Tribunal que caracterizam a materialização da oralidade, entretanto, mais especificamente, a realização da audiência, em si, conforma, para o campo, a observância da oralidade no processo¹⁶.

Outra modalidade de oralidade é, por exemplo, caracterizada na 2ª instância e se manifesta apenas internamente no âmbito do julgamento, ou seja, entre os operadores integrantes do cenário: os advogados das partes e os desembargadores. Nesta modalidade de oralidade, os desembargadores¹⁷, por força de lei, permitem que os advogados das partes usem a palavra oral para defendê-las, desde que se atenham ao trato da questão em causa e às técnicas processuais a ela pertinentes, não havendo qualquer participação pessoal das partes, sendo a presença delas dispensada nesta fase.

Quer dizer, o significado das manifestações processuais orais na 1ª instância diverge, completamente, daquele da 2ª instância e, para a problemática da construção da verdade jurídica, a possibilidade de o sistema reproduzir lógicas discrepantes (e veladas) é bastante significativo, de modo que “esconder” as especificidades que diferenciam a oralidade, não contribui e não ajuda a entender o sistema em que ela se materializa.

Como visto, portanto, o princípio da oralidade não só possui definição dependente daquela exposta em relação aos subprincípios dele derivados, como também, atua sob distintas categorizações, que impedem uma conceituação única do tema, como a dogmática costuma sustentar.

4. A DESCONSTRUÇÃO DO IDEÁRIO DOGMÁTICO: INAPLICABILIDADE DOS SUBPRINCÍPIOS

Como demonstrado, a oralidade é definida pela doutrina a partir dos subprincípios que a caracterizam, sem os quais, o seu conceito não subsiste. São eles: imediatidade; identidade física do Juiz; concentração; e irrecorribilidade das decisões interlocutórias.

Os procedimentos aqui descritos sugerem que, nos termos sustentados pela dogmática, nenhum desses princípios processuais se materializa.

O processo civil pode tramitar do início ao fim sem que a parte sequer compareça ao foro, ou seja, é viável, legítimo e jurídico que um processo transcorra do início ao fim sem que as partes jamais vejam o Juiz. A imediatidade, nesse sentido, não se manifesta, tendo em vista que a sua representação doutrinária demanda um contacto físico, direto, entre as partes e o Juiz, o que não ocorre. Nesse sentido, a empiria descarta a dogmática.

Na maioria das vezes – salvo na prova oral – o Juiz delega, inclusive, a função de conduzir as audiências e de analisar os autos processuais aos seus secretários, de modo que, nem sempre, as provas são, de fato, por ele sopesadas, avaliadas ou até mesmo deferidas ou indeferidas. A imediatidade está legislada, estando consagrada no art. 446, inciso II, que dispõe: “Compete ao juiz em especial [...] II - proceder direta e pessoalmente à colheita das provas [...]”, no entanto, ainda assim, sua materialização é descartada pelos Juízes:¹⁸

“Não acho que tenhamos que ter esse contacto pessoal com as partes não. Não acho isso importante para o processo. Para a parte o que importa é a sentença e não fazer audiências é uma forma de agilizar a produção¹⁹ de sentenças. A maioria das ações são ações em que você não precisa nem da prova testemunhal. Poucas vezes a prova testemunhal influencia no processo. Veja você mesma: estou aqui com, o quê? Acho que aqui deve ter uns 40 processos. Desses todos só marquei audiência em três. Nos outros, não preciso ouvir ninguém, não preciso marcar audiência nem nada. Tudo é por escrito e isso não me impede de julgar adequadamente a lide.”.

No processo civil, o Juiz que profere a decisão nem sempre é o Juiz que prolat a sentença, tendo em vista as exceções previstas na própria legislação. O art. 132 do CPC, como citado, prevê as diversas hipóteses que excluem a possibilidade de a sentença ser prolatada pelo mesmo Juiz que colheu a prova oral. É certo, também, que o parágrafo único do mesmo dispositivo determina que “em qualquer hipótese, o Juiz que proferir a sentença, se entender necessário, poderá mandar repetir as provas já produzidas.”. No entanto, a carga de trabalho que afoga os Tribunais impede que eles realizem até mesmo as audiências corriqueiras, delegando-as a funcionários, quanto mais somar à rotina diária casos excepcionais. Isso, empiricamente, não ocorre.

Nota-se, daí, a relativização ao princípio da identidade física do Juiz, reconhecida, inclusive, por parte da dogmática. Laspro (1995, p. 124) descreve: “Dentro do atual sistema judiciário, a identidade física dessa forma aduzida seria verdadeira utopia [...]”.

As audiências não são unas e indivisíveis. O campo mostrou isso. É raro que na mesma audiência o Juiz decida sobre nulidades, incidentes, colha provas e ainda prolata a sentença. As audiências destinadas ao saneamento dos processos e ao deferimento ou indeferimento de provas vêm sendo delegadas, de forma que aos Juízes cabe, quase exclusivamente, presidir as audiências de instrução e julgamento, onde são colhidos pessoalmente os depoimentos orais das partes, testemunhas e peritos. De fato, na prática, as audiências de instrução sempre são presididas pelo Juiz. No entanto, a realização destas tem se restringido a casos excepcionais. A regra é não haver a produção de prova oral e, por conseguinte,

não haver a audiência de instrução, resumindo-se o processo a um conjunto de atos escritos, delegados, que terminam na prolação de uma decisão judicial.

Como dito outrora, o processo tem-se limitado à troca de petições escritas entre os advogados e o Juiz, bem como a um ilimitado número de decisões judiciais escritas, muitas vezes proferidas por funcionários que, ao final, em algum momento determinado, acabam em uma sentença. Daí que a concentração de atos tem sido cada vez menos executada, fazendo cair por terra a previsão dogmática também deste princípio.

Por derradeiro, convém destacar que o princípio da irrecorribilidade das decisões judiciais - ainda estudado pela dogmática como um subprincípio sem o qual não se conceitua a oralidade - também não se concretiza. Aliás, este é o que menos se manifesta no processo civil brasileiro contemporâneo. O que mais há (e isto é amplamente divulgado como um tremendo obstáculo à celeridade) são recursos. Recursos estes que suspendem o curso do processo, travando-o até que seja proferida uma decisão na seara recursal que permita a continuidade do processo em 1º grau de jurisdição. Desde o Código Processual de 1939 as decisões proferidas no curso do processo são passíveis de recurso (mandado de segurança e agravos, de instrumento e retidos). Falar em irrecorribilidade de decisões interlocutórias como uma característica crucial da oralidade é desconhecer minimamente os rituais judiciários.

Na verdade, melhor dizendo, ao que me parece, a dogmática descreve os institutos jurídicos desconsiderando a empiria e trata o saber jurídico como um campo abstrato do conhecimento, cuja pretensão é explicitar a forma como as práticas “devem ou têm de ser”, não como de fato são. Cuida-se de uma maneira peculiar de lidar com o conhecimento, voltada a categorizações ideais, não pragmáticas, tal como, por exemplo, se verifica no estudo da Filosofia.

Esta pode ser uma justificativa para o fato de o campo “teórico” do Direito desconsiderar que todas essas questões práticas aqui destacadas estão acontecendo e permanecer sustentando que o princípio da oralidade - garantia fundamental do processo - se configura a partir da materialização dos subprincípios que o suportam.

Os dados trazidos demonstram que tanto a legislação quanto as práticas judiciárias legitimam um processo do qual as partes, efetivamente, não participam. A integração dos maiores interessados na solução do conflito levado ao Judiciário - as partes - não se concretiza, empiricamente, no 1º grau de jurisdição. Sempre que possível, a sua representação é feita através de seus advogados e, igualmente, toda vez que se faz viável a adoção de práticas escritas no lugar de manifestações orais que permitiriam um diálogo ou um contacto entre todos os “atores processuais”, estas são apartadas em prol daquelas.

Um processo não transcorre sem a participação dos advogados; sem a participação do Juiz; sem a participação do perito; sem a participação dos funcionários; mas o seu curso se verifica, normalmente, sem a participação das partes, seja autora seja ré.

A presença física das partes no sistema processual vigente é absolutamente descartável e a audiência, característica fundamental da oralidade, transcorre perfeitamente sem o seu comparecimento.

Nesse contexto, a oralidade prestigiada na teoria é, ao revés, afastada. É certo que existem rasgos de oralidade no processo civil; existe uma participação efetiva do Juiz na condução do processo; existe um contacto físico dele com as provas e com os advogados; existem manifestações processuais orais; mas a intensidade com que essas manifestações ocorrem não é nada parecida ao que sustenta a dogmática, razão pela qual, alçar a oralidade à categoria de garantia, é desvirtuar e anular aquilo que se infere no cotidiano dos Tribunais.

É deveras prejudicial à oralidade o fato de as partes não atuarem na condução do processo. Elas são nitidamente afastadas da relação processual, exercendo um papel de mero espectador dos atos processuais. As partes, em nosso sistema, são representadas pelos advogados; suas falas são traduzidas pelos Juízes; seu comportamento é controlado; suas manifestações subjetivamente interpretadas; sua voz não é ouvida. Assim, as partes não partilham o processo com os demais atuantes, esperando a verdade ser ditada pelo Juiz; um terceiro que, através da sua convicção íntima, escolhe qual versão dos fatos deve prevalecer (a do autor ou a do réu) na sentença. Um Juiz por mim entrevistado durante a pesquisa, esclareceu-me: “Verdade só tem uma. Você tem que buscá-la. Você usa os instrumentos jurídicos para dar a cada um o que é seu.”

A pesquisa apontou que “verdade” é aquilo que o Juiz diz que é na hora de julgar. Nesse sentido, a verdade no processo brasileiro é formada ao arbítrio das partes.

Na 2ª instância, fase recursal do processo, igualmente, os cidadãos são descartados, sendo inexistente a sua participação, o que se dá com ainda mais intensidade do que na instância inicial do processo.

Muitas vezes, os julgadores (vogais) desconhecem o processo que vão julgar e, mesmo assim, são capazes de, em minutos, reformar decisões proferidas pelos Juízes de 1ª instância em processos que levaram anos para serem instruídos.

Segundo ressalta Leonardo Greco (2005, p. 298-299), em “A falência do sistema de recursos”, os Tribunais imprimem cada vez mais mecanismos para emperrar o processo e não deixar as partes recorrerem, tentando atingir uma rápida prestação jurisdicional, sem lograr êxito, pois:

“Os tribunais, congestionados com o excesso de recursos, preferem julgamentos de qualidade sempre pior, porque não dão vazão à quantidade. Não têm mais tempo para examinar as alegações e provas dos autos e de discuti-las colegiadamente. Julgam processos, presumivelmente iguais, em pilhas. Não têm mais paciência para ouvir os advogados. Não têm mais tempo, sequer, para ouvir os relatórios e votos dos seus próprios membros. O próprio STF naufraga nessa avalanche.”

Tudo isto aponta um fato curioso, ao menos, em minha opinião: o de que os Tribunais atuam independentemente dos cidadãos. Quiçá, *apesar* dos cidadãos, sendo este aspecto um importante dado para se pensar a crise de legitimidade desse campo.

O cotidiano dos Tribunais é normalmente constituído de rituais desconhecidos pelos cidadãos, e até mesmo pelos acadêmicos de Direito, que, embora com eles não sejam socializados, a eles têm de se curvar, o que cria um sério problema de legitimidade para este campo, que quer se impor a qualquer custo, sem, no entanto, dialogar com aqueles a quem se destina.

O campo do Direito está preso à idéia de que a verdade que as partes esperam é a sentença. Um Juiz por mim entrevistado disse-me isso literalmente: “O que as partes querem é a sentença.”. No entanto, ao revés, os dados mostraram que o diálogo e o consenso seriam o caminho que proporcionaria a construção de uma verdade consensual e a legitimidade do Judiciário. Muitas pessoas por mim entrevistadas disseram-me que, para elas, o mais importante, seria ter a oportunidade de se manifestar diante do Juiz.

Um magistrado por mim entrevistado durante a pesquisa, querendo justificar que o contacto dos cidadãos com o Judiciário não resolveria o problema da administração dos conflitos pelos Tribunais, acabou por descrever o contrário, manifestando-se:

“Essa questão da parte ter acesso direto ao juiz é lógico que é muito importante, mas ela não é a solução de todos os problemas não. **Às vezes a parte vem aqui e não está preocupada em convencer o julgador, ela quer aproveitar aquela oportunidade para convencer a outra parte de que ela que está certa e isso não interessa.** Ela tem que convencer o julgador, não a parte contrária. Então, você tem que intervir e mostrar a elas ‘você estão perdendo muito tempo porque o convencimento tem que ser do julgador, não da parte, então, não adianta bater boca’. **A audiência para elas é uma catarse. As partes esquecem que não têm que resolver o problema entre elas. Elas acham que têm que falar entre elas o que querem; como estão com os seus advogados, sentem a liberdade para falar o que desejam; quando na verdade a finalidade do processo não é essa; é uma pacificação social através da concretização do Direito e isso aí é um problema sociológico, não sei, uma assistência social, enfim ... Mas as partes aproveitam o encontro no Tribunal para fazer isso, discutir.”.**

Essa passagem guarda em si uma interessante contradição. Os Juízes estão de tal forma atuando mecânica e inconscientemente, que sequer percebem: o que fazem, para que fazem e por que o fazem.

O Direito não enxerga, mesmo quando é tão óbvio, que a finalidade do Judiciário é outra, que não pacificar conflitos sociais. Administrar o conflito entre as partes do processo, por via do consenso, já seria um importante papel a ser exercido pelos Tribunais. Se o Direito se contentasse com essa função, já estaria executando bastante bem o seu ideal.

O problema está, talvez, entre o que o Direito quer oferecer e o que a sociedade quer que ele ofereça. A narrativa contada pelo Juiz aponta que as partes queriam conversar e aproveitaram-se daquele momento com esse intuito. Entretanto, o Juiz, representante do Estado na administração do conflito, queria buscar a verdade e desvendá-la, através da sentença, sendo certo que, nesse objetivo, a participação das partes é descartada, de modo que o diálogo entre elas configura mais um empecilho do que uma solução.

Infere-se do discurso dos magistrados que as partes são, a todo o momento, afastadas da administração do conflito, que é transferida ao Estado, na pessoa do Juiz.

Nesse sentido, nota-se que a busca da verdade jurídica é um resultado a ser alcançado pelo operador do Direito - através do seu convencimento sobre as provas constituídas no curso do processo - e não pelas partes diretamente interessadas na solução do conflito levado ao Judiciário, por via de um diálogo consensual.

Por derradeiro, encerro este item com a manifestação de magistrados que apontam com clareza tanto a desconstrução do discurso dogmático quanto a relativização dos subprincípios que, para não sustentar que são absolutamente inaplicáveis, vale dizer, têm, no mínimo, uma aplicação bastante tímida se comparada ao discurso dogmático.

“Eu só acho que no nosso sistema jurídico, com a quantidade de recursos que a gente tem e com a quantidade de incidentes que a gente tem, principalmente em varas cíveis, a oralidade fica bastante reduzida, bastante reduzida mesmo. O que o juiz pode fazer para que ela se materialize mais é em sede de audiência, mas é praticamente nulo o princípio da oralidade no processo civil, em varas cíveis. A gente não utiliza ele mesmo, você, certamente, vai ver isso na sua pesquisa. E eu acho muito difícil que venha a se implantar em vara cível o princípio da oralidade de forma mais intensa, pelo menos acho que nos próximos 20 anos isso realmente não vai acontecer”.

(Juíza titular de Vara Cível da Comarca da Capital)

“Um juiz hoje não pode se dar ao luxo de ficar fazendo as audiências porque as partes querem, ou ouvir todo mundo porque as pessoas querem falar. Não pode. Não pode. Ele pode dar uma bela sentença escrita. Ele pode ser uma pessoa excepcional; dar uma bela decisão. Mas se ele não tem pulso, se ele deixa que coisas inúteis se produzam no processo, ele, no fundo, está prejudicando a distribuição da justiça.”.

(Juiz em exercício em Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro)

“O nosso código, ele não adotou o princípio da oralidade na sua pureza. Por quê? Primeiro, porque o art. 132 do CPC, apesar até

de acolher a identidade física do juiz, diz quais são os casos em que esse princípio pode ser mitigado. Então, muitas vezes, aquele juiz que fez a audiência não vai ser aquele juiz que vai dar a sentença. O art. 132 prevê as hipóteses. A questão da concentração em uma ou poucas audiências, a gente vai ver isso mais especificadamente no procedimento sumário. Ai sim, o princípio da oralidade pode ser visto mais claramente. A 1ª vez que ele vem ao processo, ele já comparece em uma audiência. Mas mesmo no procedimento sumário, essa concentração dos atos ela também fica mitigada, porque se houver necessidade de provas, vai ter que se fazer outra audiência. O próprio procedimento fere esse princípio da oralidade. E a irrecorribilidade das decisões, isso não existe no nosso código. As decisões interlocutórias são passíveis de recurso. O nosso CPC não adotou o princípio puro da oralidade.”.

(Juíza titular de Vara Cível da Comarca da Capital)

5. CONCLUSÃO

“A via privilegiada para perceber uma cultura jurídica continua a ser, incontestavelmente, os seus rituais, visto que é através deles que ela se manifesta quase às claras.”. (GARAPON, 1997, p. 155).

Descrever as práticas judiciárias é, sem dúvida, uma importante forma de definir a subjetividade e a construção do saber e da verdade de uma determinada cultura (FOUCAULT, 2003).

Imbuída dessas concepções, percebi que o estudo do Direito estava demasiado restringido aos manuais de procedimentos e que as práticas cotidianas dos Tribunais não estavam na pauta de discussões desse campo do saber. Compreendi que era necessário entender como a nossa sociedade administra os seus conflitos rotineiramente.

Ao fazer isso, focalizando o estudo do Princípio da Oralidade, aplicado ao processo civil, percebi que, com efeito, os discursos dogmático e empírico são como retas reversas, que, jamais, em ponto algum, se encontram, por estarem em planos absolutamente diferentes. Ocorre que, transpondo essa lógica matemática ao Direito, vê-se que, na verdade, o problema está exatamente no fato de que não se trata de planos diversos! A teoria e a empiria não deveriam ser planos tão distintamente considerados, mas apenas formas diferentes de manifestação do conhecimento e, como tal, por partirem e partilharem do mesmo objeto – o Direito – não poderiam se relacionar como se fossem retas reversas, sendo este, pois, um problema sério desse campo, especialmente no que diz respeito à legitimidade que o Tribunal espera ter diante da sociedade.

A nossa cultura jurídica, com efeito, representa a coexistência de um “direito formal pouco aplicado e de um direito consuetudinário nunca formulado”. (GARAPON, 1997, p. 179).

A oralidade está subjugada no nosso sistema judiciário e, na minha hipótese inicial de trabalho, ela poderia ser um importante instrumento de aproximação entre os Tribunais e os cidadãos. Ocorre que, no choque com o princípio da celeridade, a oralidade perde e, diante disso, vem sendo, cada dia mais, pelas práticas, descartada, cabendo, ao cidadão, nada mais do que se sujeitar às decisões judiciais, ainda que elas sejam tomadas sem a sua participação e sem considerar o seu efetivo pleito.

Fundamentalmente, creio que a principal questão que envolve o tema da oralidade, nesse contexto, diz respeito à constatação de que neste sistema não há processo consensual de formação da verdade jurídica, pois, nas palavras de Kant de Lima (2004-a):

“Os fatos descritos não são construídos pelo acordo sistemático entre as partes litigantes, mas são fruto das representações obrigatoriamente contraditórias delas, registradas nos autos através das interpretações que as autoridades judiciárias fazem a partir da perspectiva dos participantes – operadores jurídicos, partes ou testemunhas – quando reduzem a termo os atos processuais. Assim, sempre uma tese (oposição) perde e outra ganha: não pode haver consenso.” (KANT DE LIMA, 2004-a, p. 14)

Nesse sentido, o processo civil brasileiro se apresenta predominantemente de forma escrita e, mesmo os rasgos de oralidade que perduram na legislação são, empiricamente, por força dos rituais, tolhidos e, em sendo assim, a administração dos conflitos é imposta à sociedade, através da decisão judicial, de modo que, em não sendo legitimada pelos interessados, o conflito é devolvido do Judiciário para a própria sociedade, em vez de ser solucionado (KANT DE LIMA, AMORIM, BURGOS, 2003).

A ausência de comunicação é característica de sistemas jurídicos que abrigam procedimentos inquisitoriais e de “consensualização minimizada”, inexistindo, por conseguinte, uma ética discursiva no campo do Direito (AMORIM, KANT DE LIMA, BURGOS, 2003).

Diferentemente do que se infere no modelo da *common law*, onde a “oralidade, a explicitação e a literalidade” são a força condutora do processo, aqui no Brasil as partes são excluídas da discussão do conflito que lhes diz respeito (KANT DE LIMA, 1996). A verdade é, pois, fruto da interpretação do julgador a respeito dos fatos que a ele chegam em forma de versões contraditórias.

Garapon (1997, p. 213-214) chama a atenção para a necessidade cada vez mais premente de participação ativa dos cidadãos na administração dos conflitos sociais:

“a justiça deve esforçar-se em criar novas maneiras mais dialogadas e participativas para garantir a ordem social [...]

é o uso público da palavra que hoje é exigido. É certamente o sujeito político, o cidadão, que é solicitado e não o indivíduo. E isso só é possível na condição de reconhecê-lo como autor de uma palavra própria, capaz de ser dita, de promover convenções [...]”.

Tenho a sensibilidade – despertada pela pesquisa - de que enquanto o Direito se utilizar dos seus próprios mecanismos teóricos para buscar o aprimoramento do seu sistema, as mudanças não se efetivarão.

O princípio da oralidade poderia ser um instrumento eficaz a proporcionar uma nova forma de administração dos conflitos pelo Judiciário, legitimada pelo consenso, mas, por enquanto, por mais paradoxal que possa parecer, a oralidade está restrita aos papéis impressos nos manuais da dogmática.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMORIM, Maria Stella de; KANT DE LIMA, Roberto; MENDES, Regina Lúcia Teixeira (Org.) **Ensaio sobre a igualdade jurídica: acesso à justiça criminal e direitos de cidadania no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, introdução.

AMORIM, Maria Stella de; KANT DE LIMA, Roberto; BURGOS, Marcelo Baumann (Org.). **Juizados Especiais Criminais, Sistema Judicial e Sociedade no Brasil: ensaios interdisciplinares**. Niterói: Intertexto, 2003, introdução.

ANDRIGHI, Fátima Nancy; BENETI, Sidnei Agostinho. **O juiz na audiência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. **Os Rituais Judiciários e o Princípio da Oralidade: construção da verdade no processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

_____. O Direito a partir de um outro olhar: as contribuições da antropologia na pesquisa jurídica. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v.21, p. 43-66, dez. 2007.

_____. Tradição inquisitorial no Brasil, da Colônia à República: da devassa ao inquérito policial. **Religião e Sociedade**, Rio de Janeiro, v. 16, n. 1/2, p. 94-113, nov. 1992.

CARDOSO, Antonio Pessoa. **Processo sem autos: oralidade no processo**. Curitiba: Juruá, 2002.

CHIOVENDA, Giuseppe. Procedimento Oral. *Revista Forense*, Rio de Janeiro: v. 74., p. 41-64, maio 1938. Rio de Janeiro.

CUNHA BARRETO. Oralidade e Concentração no Processo Civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro: v. 74., p. 65-76, maio 1938. Rio de Janeiro.

DAMATTA, Roberto. Você sabe com quem está falando? In: _____. *Carnavais, Malandros e Heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro*. Rio de Janeiro: Zahar, 1979, p. 139-193.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à Ciência do Direito*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau, 2003.

GARAPON, Antoine. *Bem Julgar: ensaio sobre o ritual judiciário*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

_____; PAPADOPOULOS, Ioannis. *Juger en Amérique et en France: deux cultures juridiques distinctes*. França: Odile Jacob, 2003.

GAULIA, Cristina Tereza. O Princípio da Oralidade na Lei nº 9.099, de 26/9/1995 – Uma Releitura Substancialista. In.: ANDRADE, André Gustavo Corrêa de (Org.). *A Constitucionalização do Direito: A Constituição como *Locus* da Hermenêutica Jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 511-524.

GEERTZ, Clifford. O Impacto do Conceito de Cultura sobre o Conceito de Homem. In: _____. *A interpretação das culturas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1978, p. 45-66.

GOODY, Jack. *Domesticação do Pensamento Selvagem*. Lisboa: Editorial Presença Ltda., 1988.

GRECO, Leonardo. *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Editora Faculdade de Direito de Campos, 2005.

GUEDES, Jefferson Carús. *Princípio da oralidade: procedimento por audiências no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

KANT DE LIMA, Roberto. Por uma Antropologia do Direito no Brasil. In: FALCÃO, Joaquim de Arruda. *Pesquisa Científica e Direito*. Recife: Massangana, 1983. p. 89-116.

_____. Tradição inquisitorial no Brasil, da Colônia à República: da devassa ao inquérito policial. **Religião e Sociedade**, Rio de Janeiro, v. 16, n. 1/2, p. 94-113, nov. 1992.

_____. **A Polícia da Cidade do Rio de Janeiro: seus dilemas e paradoxos**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

_____. Pluralismo jurídico e construção da verdade judiciária no Brasil: inquirição, inquérito, júri. In: CONGRESSO LUSO-AFRO-BRASILEIRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS: territórios da língua portuguesa – culturas, sociedades, políticas, IV, 1996, Rio de Janeiro. Anais. Rio de Janeiro, set. 1996, p. 165-171.

_____. **Direitos Civis e Direitos Humanos: uma tradição judiciária pré-republicana? São Paulo em Perspectiva**, São Paulo, SP, v. 18, p. 49-59, 2004-a.

LEAL, Vitor Nunes. Ignorância, rotina e chicana – os três maiores inimigos do Processo Oral. **Revista Forense**, Rio de Janeiro: v. 74., p. 251-254, maio 1938.

LIMA, Lana Lage da Gama. O Tribunal do Santo Ofício da Inquisição: o suspeito é o culpado. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, n. 13, p. 17-21, nov. 1999.

MORATO, Francisco. A Oralidade. **Revista Forense**, Rio de Janeiro: v. 74., p. 141-148, maio 1938.

OLIVEIRA, A. Gonçalves de. Oralidade e Tradição. **Revista Forense**, Rio de Janeiro: v. 74., p. 93-95, maio 1938. Rio de Janeiro.

SANDERS, Barry. A mentira em ação: Chaucer se torna autor. In: OLSON, David R.; TORRANCE, Nancy. **Cultura escrita e oralidade**. São Paulo: Ática, 1995, p. 123-141.

NOTAS

* Doutoranda em Direito na Universidade Gama Filho – UGF/RJ, Bolsista de Apoio Técnico a Pesquisa do CNPq - Nível 1A e Advogada.

¹ Este *paper* é resultado de pesquisa promovida no âmbito do projeto PRONEX/CNPQ, iniciado em 2007. A pesquisa realizada por mim no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro ensejou a elaboração da minha dissertação de mestrado, intitulada “O princípio da oralidade às avessas: um estudo empírico sobre a construção da verdade no processo civil brasileiro” e elaborada sob a orientação do Professor Roberto Kant de Lima, hoje publicada pela Editora Sergio Antonio Fabris, sob o título: “Os rituais judiciais e o princípio da oralidade: construção da verdade no processo civil brasileiro.”.

² Este trabalho foi originalmente apresentado no XVII Congresso Nacional do Conpedi, realizado em Brasília, no ano de 2008.

³ Fazer trabalho de campo é conviver intensamente com o objeto de estudo; é vivenciá-lo (MALINOWSKI, 1984). Nas palavras de Kant de Lima, “o ponto central do método etnográfico é a descrição e a interpretação dos fenômenos observados com a indispensável explicitação tanto das categorias ‘nativas’ como aquelas do saber antropológico utilizado pelo pesquisador [...] A convivência e participação na vida dos grupos costuma-se denominar observação participante [...]”. (Kant de Lima, 1983). Para visualizar como fazer etnografia, utilizando-se da observação participante, ver: FOOTE-WHYTE, 1975, p. 77-86

⁴ A expressão dogmática equivale à doutrina jurídica, que, no Direito, significa “o estudo de caráter científico que os juristas realizam a respeito do direito, seja com o objetivo meramente especulativo de conhecimento e sistematização, seja com o escopo prático de interpretar as normas jurídicas para sua exata aplicação” (Diniz, 1994:284). Na verdade, em síntese, pode-se dizer que a dogmática é um normativismo, inspirado na teoria positivista Hans Kelsen.

⁵ Oralidade como garantia da parte a um processo justo: ver GRECO (2005).

⁶ Tive a oportunidade de verificar – através do discurso de alguns operadores do campo – que, na prática, a oralidade não tem correlação com um processo democrático. Destaco um trecho de uma entrevista concedida por uma magistrada, que assim se manifestou: “Acho que a presença mais permanente da oralidade no processo não facilitaria o alcance de um processo mais democrático. O processo democrático é aquele em que todos têm acesso a tudo e têm todos os meios de prova ao seu alcance. Se a gente enfatizar o princípio da oralidade, esses meios de prova vão ser muito reduzidos. Então, eu acho que não tem uma coisa a ver com a outra. Acho que até prejudicaria um pouco. Se bem que, não sei, não sei como isso seria implantado em sede de varas cíveis propriamente. Mas se fosse como ocorre em juizados, acho até que aqui, em vara cível, atrapalharia, não seria uma forma democrática não. E digo isso não por causa da demora, mas por causa da pobreza das provas orais.”

⁷ Em estudo realizado especificamente sobre a aplicação da oralidade nos juizados especiais, Tereza Gaulia (2003) afirma: “O princípio da oralidade deve antes de privilegiar a palavra falada, assegurar o direito de fala do cidadão, e mais, assegurar sobretudo o *dever de escuta* de seu juiz natural.”. (grifou-se). A magistrada vê o princípio da oralidade – nos juizados - como o instrumento que sedimenta um DEVER de serventuários e juizes de ouvir o cidadão, tendo em vista que, a seu ver, o sistema especial da Lei 9.099 pretende permitir que o cidadão possa expressar “suas dores e mazelas comuns ao juiz.”.

⁸ Os autos processuais são a representação física do processo. É o conjunto das peças do processo, correspondendo à sua efetiva materialização. Guedes (2003) menciona que os autos possuem “demaís de um valor real, palpável e quantificável, outro imaterial, intangível e simbólico, um valor ‘sagrado’, que ultrapassa sua finalidade imediata e prática. Como representação gráfica do litígio, é cercado na sua formação por normas e formalidades [...]”.

⁹ O formalismo aparece como fruto do processo escrito, no entanto, reputo relevante destacar que, mesmo a oralidade, quando aplicada no processo, é repleta de exigências formais. Há toda uma “etiqueta” exigida pelo campo para que as manifestações orais sejam realizadas. Por exemplo, a parte tem de chamar o Juiz de Excelência e, além disso, tem assento específico. Se um advogado, em uma sessão de julgamento no Tribunal de Justiça, desejar esclarecer para o Desembargador Relator do seu processo algum fato que tenha ficado obscuro, precisa pedir a palavra ao Presidente da Câmara, pronunciando, necessariamente, a expressão “Pela ordem, Sr. Presidente”. E, aqueles

que não se atêm a essas normas, são veementemente repreendidos, como se tais regras fossem de conhecimento público e somente pessoas desqualificadas não as conhecessem; o que parece absurdo, tendo em vista que as pessoas não são socializadas para entender o Direito e as suas regras, tão próprias e peculiares.

- ¹⁰ Tereza Gaulia ressalta que “[...] somente a partir desta nova fórmula, é que o Magistrado passará a estar mais próximo dos problemas sociais da comunidade em que atua, uma vez que conseguirá, através da multiplicidade de problemas e conflitos cotidianos da população, em primeiro lugar, vivenciar a alteridade, que os gabinetes e a própria estrutura corporativa do Judiciário impossibilitam, e, em segundo plano, reconhecer as aflitivas situações que se abatem sobre as pessoas comuns.”. Embora não seja, diretamente, o assunto que me propus a tratar, o final da manifestação da magistrada sugere uma idéia - de certa forma presente no campo do Direito - de que os juízes não são “pessoas comuns”.
- ¹¹ No sistema oral, a sentença não nasce do estudo metuculoso e calculado dos autos, mas sim do diálogo franco e aberto entre o julgador, as partes e as testemunhas, de modo que o livre convencimento do magistrado apareça firmemente enraizado à situação concreta posta sob sua apreciação, e não decorra de alguma reflexão fria sobre “o que se disse que é a causa [...]”. Ver: REIS, Nazareno César Moreira. A oralidade nos Juizados Especiais Cíveis Federais. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 8, n. 373, 15 jul. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5439>>. Acesso em: 29 nov. 2005.
- ¹² CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO (1997, p. 329) chamam a atenção para a inaplicabilidade desses princípios na prática judiciária: “[...] certos princípios, dados por infalíveis, não tiveram fortuna na prática: assim, a identidade física do juiz, a relativa irrecorribilidade das interlocutórias, a imprescindibilidade da audiência e debates orais.”
- ¹³ A problemática da burocracia – tida como inerente aos processos escritos - aparece, também, nas entrevistas realizadas com os juizes, destacando-se o seguinte trecho de uma que me foi concedida por um Juiz titular de uma das Varas Cíveis da Comarca do Rio de Janeiro: “O sistema é burocrático, tem muito papel. Foi feito para burocratizar tudo. Mesmo quando você quer fazer coisas para simplificar, às vezes não consegue. Por mais que você tente, você não consegue só com boa vontade. Eu já cheguei a essa conclusão há muito tempo, você não consegue um resultado melhor só com a sua vontade pessoal.”.
- ¹⁴ A pesquisa, como adrede asseverado, foi realizada no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, sendo que, mais especificamente, observei as práticas efetivadas nas Varas Cíveis da Comarca da Capital do Rio de Janeiro.
- ¹⁵ Esta representação assimila a idéia constante na exposição de motivos do atual Código de Processo Civil que mitiga a oralidade, tornando-a prevalente apenas em audiências onde seja necessária a produção de prova oral.
- ¹⁶ Chiovenda (1938, p. 177) explicita “[...] dizer processo oral é designar a ‘audiência’ como o campo de ação das partes e do juiz [...] dizer oralidade é quase o mesmo que dizer concentração.”. Gonçalves de Oliveira (1938, p. 93) destaca que o processo civil, por ser misto, tem uma base escrita e uma oral, sendo esta materializada na audiência. De igual sorte, Cunha Barreto (1938) e Antonio Pessoa Cardoso (2002) ressaltam, respectivamente, “oralidade e concentração são a mesma coisa” e “oralidade significa concentração”. A concentração é, justamente, o subprincípio configurador da oralidade que consiste na realização da audiência. A concentração se configura por “colocar o juiz em contacto com as partes, testemunhas, peritos, não como se processa no regime da escrita, onde este contacto existe de modo inexpressivo [...] é um contacto real, no qual

o juiz colhe, com sua experiência, sangue frio, bom senso e agudeza de observação, a emotividade dos gestos e das palavras, podendo aquilatar sua sinceridade.” (CUNHA BARRETO, 1938, p. 202).

¹⁷ São denominados desembargadores os magistrados que atuam no Tribunal de Justiça do Estado.

¹⁸ Outra exceção ao princípio da imediatidade se verifica na colheita da prova testemunhal através de carta precatória. Quando a testemunha reside em outra Comarca, ela não é obrigada a comparecer ao Juízo onde o processo tramita para prestar depoimento. Nesses casos, o Juiz que conduz o processo solicita, mediante carta precatória, a um Juiz da Comarca onde reside a testemunha, que a ouça e colha o seu depoimento, registrando-o em ata a ser reencaminhada ao Juízo onde originalmente tramita o processo (art. 410, inciso II do CPC c/c arts. 202 a 212 do CPC).

¹⁹ Atualmente, é comum a preocupação do Judiciário com as estatísticas. Trata-se de uma nova forma empresarial de administração da Justiça que vem sendo implementada sob a coordenação da Fundação Getúlio Vargas. No Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro existe o projeto de implantação do sistema de gestão da qualidade e certificação ISO 9001.