

A ORALIDADE PROCESSUAL E A CONSTRUÇÃO DA VERDADE JURÍDICA^{1/2}

Bárbara Gomes Lupetti Baptista

Doutoranda em Direito pela Universidade Gama Filho (UGF/RJ);

Advogada

RESUMO

A proposta deste artigo é tentar expor de que forma e em que circunstâncias o princípio da oralidade se materializa no processo civil brasileiro e, a partir daí, entender as implicações dessas manifestações orais na construção da verdade jurídica. O princípio da oralidade é incorporado pela dogmática de uma forma absolutamente distinta daquela depreendida pela empiria. A doutrina reconhece a oralidade como uma garantia processual das partes a um processo justo e democrático, ao passo que os rituais judiciais a descartam, sugerindo ser esta forma de manifestação um empecilho à celeridade da prestação jurisdicional. Portanto, a oralidade, consoante se descreverá, não é oferecida às partes do processo, sendo expropriada pelo Estado, que, através do juiz, impõe uma verdade jurídica, produzida por escrito, através da decisão judicial, demonstrando pertencer exclusivamente ao Estado o monopólio de dizer e de interpretar o Direito (e desvendar a verdade).

PALAVRAS-CHAVE

Direito. Processo. Oralidade.

SUMÁRIO

1 Introdução 2 A visão dogmática acerca do princípio da oralidade 3 Oralidade: uma visão empírica 4 A desconstrução do discurso dogmático 5 A presença da inquisitorialidade no processo civil brasileiro: repercussões no campo da construção da verdade jurídica 6 Conclusão 7 Referências bibliográficas

¹ Artigo recebido em 1º/8/2007 e aprovado pelo Conselho Editorial em 18/12/2007.

² Este artigo incorpora algumas das reflexões por mim abordadas no *II Seminário Internacional de Gestão em Segurança Pública e Justiça Criminal*, promovido na Universidade Federal Fluminense (UFF) em 2007, através de uma iniciativa inserida no projeto *Curso de Gestão em Segurança Pública e Justiça Criminal*, executado pelo Núcleo Fluminense de Estudos e Pesquisas (Nufep), da UFF - sob a coordenação dos professores Roberto Kant de Lima e Gláucia Mouzinho. O tema exposto no referido seminário - e aqui articulado - é fruto de uma pesquisa realizada no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que 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". Esta dissertação transformou-se no livro *Os rituais judiciais e o princípio da oralidade: construção da verdade no processo civil brasileiro* (Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008).

1 Introdução

A proposta deste artigo é traçar algumas características a respeito da materialização do princípio da oralidade no processo civil brasileiro e, a partir daí, entender como se efetiva a construção da verdade jurídica.

O princípio da oralidade é incorporado pela dogmática³ de uma forma absolutamente distinta da 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, LXXVIII, da Constituição da República). A sua finalidade precípua, nos termos sustentados pela dogmática, é assegurar aos cidadãos a “duração razoável do processo”.

Nesse contexto, o que as práticas judiciárias apontam é um nítido conflito entre princípios processuais: a oralidade cede espaço à celeridade, já que, ao serem 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.

Além dessas questões, pretendo explicitar que, embora o princípio da oralidade seja estudado como uma garantia processual que estimula o diálogo entre o juiz e as partes, na realidade a sua efetivação não produz um consenso, a ser, hipoteticamente, reproduzido na decisão judicial. Ao revés, prevalece no sistema judiciário uma lógica fulcrada no contraditório, que não está presente apenas nas relações processuais, mas impregna o Direito como um todo, inclusive internamente, prejudicando a comunicação e acirrando conflitos.

O contraditório é também uma garantia constitucional prevista no art. 5º, inciso LV, da CF/88. É categorizado, pela dogmática, como um princípio democrático, um princípio de “justiça”, tendo em vista que incorpora a necessidade de que se dê ciência a cada litigante de todos os atos praticados (ou determinados) pelo juiz e pelo adversário.⁴

³ 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, p. 284). Na verdade, em síntese, pode-se dizer que a dogmática é um normativismo, inspirado na teoria positivista de Hans Kelsen.

⁴ É oportuno ratificar que o sistema processual brasileiro é contraditório, e não adversarial. Quer dizer, as lógicas que o reproduzem são necessariamente opostas e excludentes, pois apenas uma pode prevalecer. Aliás, a título de mera reflexão, o nome é bastante sugestivo. Segundo o Dicionário da Língua Portuguesa de Aurélio Buarque de Holanda, as palavras significam, literalmente: “contraditório: diz-se de duas proposições tais que uma afirma o que a outra nega”, “adversário: que luta contra”.

Entretanto, a representação empírica do contraditório não é bem esta. De fato, verifica-se que, no sistema contraditório, há um estímulo de conteúdo relativamente “bélico”, em que a oposição necessária de argumentos prevalece. A tese de uma parte é privilegiada em prol da outra; e a suposta “síntese”, característica de um processo tipicamente dialético, é, no contraditório, nada mais nada menos do que a decisão arbitrária da autoridade - não decorre, de forma alguma, de um raciocínio logicamente construído, mas do poder que emana do juiz.

O contraditório é, portanto, caracterizado pelo dever das partes de se contradizerem. Trata-se de um instrumento que possibilita ao juiz a eleição de teses e que, conseqüentemente, afasta as partes do diálogo, uma vez que se sustenta na oposição de pontos de vista, em que, obrigatoriamente, apenas um sairá vencedor.

Nesse contexto, a oralidade - que, de plano, poderia representar um relevante instrumento para a produção de uma verdade jurídica consensual - na prática funciona como produto desse sistema contraditório e, conseqüentemente, como um mecanismo que impede o diálogo e distancia as partes da solução do conflito, ao exigir a intervenção de uma autoridade que, arbitrariamente, ponha fim ao processo.

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. Isso demonstra que o monopólio de dizer e de interpretar o Direito (e desvendar a verdade) é exclusivo do juiz.

Ao se analisarem as distintas (e incongruentes) manifestações orais presentes no processo civil brasileiro, tanto na 1ª quanto na 2ª instância processuais⁵, o que se depreende é que a estrutura do sistema vigente cria lógicas excludentes e que se sobrepõem, anulando-se mutuamente em vez de se complementarem, de modo que, em cada etapa do processo, é conhecida - ou construída - uma verdade distinta da anterior.

Neste artigo, apresento a verdade jurídica como fruto de uma construção interna do campo, que vai se edificando (e se revelando) no curso do processo civil, a partir de distintas práticas, que, como dito, se opõem, se anulam e se (re)contextualizam, de acordo com a fase e com o espaço em que se materializam.

⁵ A Justiça brasileira se estrutura mediante diferentes graus de jurisdição. Basicamente, o 1º grau de jurisdição corresponde à fase em que o cidadão reclama o direito (fase postulatória); em que as partes produzem as provas que fundamentam a sua tese (fase probatória ou instrutória); e em que o juiz profere a sentença (fase decisória), ou seja, prolata a decisão do processo e define quem venceu e perdeu a causa. O 2º grau de jurisdição corresponde ao grau recursal, isto é, à instância revisora das sentenças, já que toda sentença, em regra, está sujeita a reexame por um órgão superior. Existem diversos órgãos no Poder Judiciário que compõem o 1º e o 2º graus de jurisdição e são divididos, basicamente, em razão da matéria a ser tratada pelo Judiciário: Justiça do Trabalho, Justiça Federal, Justiça Militar, Justiça Eleitoral e Justiça Estadual. Há ainda os tribunais superiores, que corresponderiam à 3ª instância, com jurisdição em todo o território nacional, e que se encontram enumerados no artigo 92 da Constituição da República.

A explicitação de algumas práticas judiciárias que apontam nítidos traços inquisitoriais, presentes e reproduzidos no processo *civil* brasileiro também é uma questão suscitada aqui, para fins de reflexão. Os dados obtidos em campo demonstram que as raízes inquisitoriais do processo estão fincadas também na seara cível, não sendo exclusivas do processo penal, como habitualmente sustenta a dogmática.

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, pretendo explicitar. Para tanto, utilizar-me-ei de alguns dos dados coletados na pesquisa de campo que realizei no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e que resultou na minha dissertação de mestrado.

Descrever e desnaturalizar (ou desconstruir) as “certezas” do Direito foi o enfoque principal da minha pesquisa, pois esta é a única maneira de repensar a estrutura processual vigente e entender os seus mecanismos, de forma a talvez possibilitar que se dê início ao seu aprimoramento.

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 democrático^{6/7}, 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 se lerem 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, essa sensação se esvai, de imediato, quando se assiste a uma única audiência no foro estadual do Rio de Janeiro e se verifica que nada do que se escreve se realiza.

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,

⁶ Oralidade como garantia da parte a um processo justo: ver GRECO (2005).

⁷ 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: “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, não tem uma coisa a ver com a outra, até prejudicaria um pouco. Se bem que, não sei como isso seria implantado em sede de varas cíveis propriamente. Mas se fosse como ocorre nos juizados, acho até que aqui, em vara cível, atrapalharia, não seria uma forma democrática. E digo isso não por causa da demora, mas por causa da pobreza das provas orais”.

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 convencimento.⁸

A oralidade é representada, na dogmática, como um método que proporciona “à luta judiciária [o processo] o seu genuíno caráter humano, que comunica vida e eficácia ao processo [...]” (MORATO, 1938); é um sistema no qual 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, visto 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 eloqüência do corpo, são mais verídicas do que as palavras [...]” (CHIOVENDA, 1938); a oralidade, afinal, “garante uma justiça intrinsecamente melhor; faz do juiz participe na causa e permite-lhe dominá-la melhor [...] assegura melhor a veracidade e a sinceridade dos resultados da instrução [...]” (ibid).

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 a documentação do processo, estando, portanto, reproduzida na frieza dos autos processuais⁹, cujo registro é em tinta preta. 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 [...]” (grifo nosso).¹⁰

⁸ 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 sobremodo o *dever de escuta* de seu juiz natural” (grifo nosso). 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 nº 9.099 pretende permitir que o cidadão possa expressar “suas dores e mazelas comuns ao juiz”.

⁹ 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 “demais 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 [...]”.

¹⁰ 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”. Os 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 me parece absurdo, tendo em vista que as pessoas não são socializadas para entender o Direito e as suas regras, tão próprias e peculiares.

Percebe-se uma alta carga de sensibilidade nos juristas que estudam esse princípio^{11/12}. 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: a escrita prevalece, justamente em função da necessidade, cada vez mais premente, de celeridade na prestação jurisdicional.

A dogmática identifica o princípio da oralidade 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. Este último é 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: a) se o juiz que colher as provas orais for o mesmo que julgar a causa (identidade física do juiz); b) se os atos processuais forem concentrados em único momento, a fim de que o juiz os preserve em sua memória até o momento da prolação da decisão (concentração); c) se o processo não for truncado por constantes interrupções advindas da interposição de recursos à instância superior (irrecorribilidade das decisões interlocutórias); d) se o juiz colher a prova oral pessoalmente, participando de forma efetiva e direta da fase instrutória (imediatidade).

Neste ensejo, adianto que o princípio da oralidade, tal como imaginado ou interpretado pela dogmática, só existe no “mundo dos manuais”. As práticas judiciais sugerem que, por diversos fatores - notadamente a necessidade imperiosa da celeridade do processo -, a materialização desse ideal dogmático é irrealizável, e, por conseguinte, a aplicação desses quatro subprincípios se trata de uma ficção, motivo pelo qual impera, no processo civil, a supremacia da escrita, como apontam os rituais judiciais.¹³

¹¹ 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”.

¹² No sistema oral, a sentença não nasce do estudo metódico 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).

¹³ 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”.

3 Oralidade: uma visão empírica

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, 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 vista com uma conotação negativa, 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 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”.

Curiosamente, a oralidade aparece com bastante freqüência, atrelada ao aspecto da imediação e da celeridade processuais, destacando-se nos discursos a idéia de que “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”; “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, e evitaria a burocracia.¹⁴

¹⁴ A problemática da burocracia - tida como inerente aos processos escritos - aparece, também, nas entrevistas realizadas com os juízes. Destaca-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. Cheguei a essa conclusão há muito tempo, você não consegue um resultado melhor só com a sua vontade pessoal”.

No discurso dos magistrados, ao revés, não se verifica uma representação vantajosa do tema.

O conceito de oralidade, na visão dos juízes entrevistados¹⁵, possui uma vinculação direta com o tema da prova¹⁶. A oralidade processual é vista, pelos juízes, simplesmente como um meio de prova a ser produzido na fase de instrução, isto é, em audiência. Todavia, um meio de prova que atrapalha o curso do processo, por ser ineficaz, por dificultar a “distribuição da justiça” e, finalmente, por impedir que se realize 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 1h30 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).

¹⁵ A pesquisa, como adrede asseverado, foi realizada no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Mais especificamente, observei as práticas efetivadas nas varas cíveis da Comarca do Rio de Janeiro.

¹⁶ Essa representação assimila a idéia constante na exposição de motivos do atual Código de Processo Civil, que mitiga a oralidade, tornando-a prevalecte apenas em audiências nas quais seja necessária a produção de prova oral.

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 - “parciais”, portanto. 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 titubarem, 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 preponderante 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, é desvendada pelo juiz. A verdade jurídica está acima das partes. Logo, 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.

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, e cabe 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.

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 este 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.

É também por isso que, na prática, se opta pela prevalência da escrita, tida como um meio de prova mais seguro. O discurso dos juízes aponta essa notória preponderância empírica da escrita no processo civil. Destacam-se, nesse contexto, dois depoimentos emblemáticos sobre o tema, que ajudam a entender a base do sistema e o porquê de a oralidade ser um entrave ao bom andamento do processo:

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, grifo nosso).

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 'vocês 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. (juiz em exercício em vara cível da Comarca do Rio de Janeiro, grifo nosso).

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. Por conseguinte, esta categoria jurídica requer algumas especificações que nem a lei, nem a doutrina, nem a jurisprudência sobre o tema destacam - o que, aliás, reforça a necessidade de se pesquisarem os institutos jurídicos, conjugando-os à empiria, sob pena de não serem compreendidos por completo.

Apesar de as entrevistas realizadas com juízes e advogados, em um primeiro momento, não apresentarem uma distinção exata entre as diversas categorizações da oralidade processual no instante em que se investigam os rituais e as práticas judiciárias, tais representações variadas aparecem, e o discurso, ao destacar as práticas, também as reconhece.

Uma modalidade de oralidade no Direito Brasileiro 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, portanto, materializada pelas audiências. Vale dizer que a presença física das partes, do juiz, das testemunhas ou dos advogados, por si só, não define a oralidade, 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 participam (art. 331 do CPC). 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 simultânea de todos os “atores” do processo.

Entretanto, não é necessariamente a presença de todos, mais especificamente a realização da audiência em si, que conforma a materialização da oralidade no processo.¹⁷

Outra modalidade de oralidade é 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. Nessa modalidade

¹⁷ 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 contato com as partes, testemunhas, peritos, não como se processa no regime da escrita, onde este contato existe de modo inexpressivo [...] é um contato 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).

de oralidade, os desembargadores¹⁸, 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, sem qualquer participação pessoal das partes, sendo a presença delas dispensada nesta fase.

Ou seja, 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 significativa, de modo que “esconder” as especificidades que diferenciam a oralidade não contribui e não ajuda a entender o sistema em que aquela se materializa.

4 A desconstrução do discurso dogmático

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, por via de um diálogo consensual, do conflito levado ao Judiciário.

Na pesquisa que realizei no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, observei inúmeras práticas judiciárias - muitas vezes não legisladas, porém instituídas no cotidiano forense - que demonstraram a percepção do campo jurídico, no sentido de que a parte não é auto-suficiente: ela precisa estar, necessariamente, representada ou tutelada em juízo por não saber manifestar, sozinha, os seus direitos e interesses.

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, visto 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 produção da prova oral -, o juiz delega até mesmo 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, embora a imediatidade esteja legislada, consagrada no art. 446, II, do Código de Processo Civil: “Compete ao juiz em especial [...] II - proceder direta e pessoalmente à colheita das provas [...]”. No entanto, ainda assim, a materialização da colheita de provas é descartada pelos juízes:

¹⁸ São denominados “desembargadores” os magistrados que atuam nos tribunais de justiça estaduais.

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 produção 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.

A regra é não haver a produção de prova oral e, por conseguinte, não haver a audiência de instrução probatória, resumindo-se o processo a um conjunto de atos escritos, delegados, que terminam na prolação de uma decisão judicial.

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, exigida pelo sistema oral, tem sido cada vez menos executada, o que faz cair por terra, mais uma vez, a previsão dogmática.

Há muitos exemplos para representar o descompasso entre o Direito dogmático e o Direito aplicado, de fato, nos tribunais. 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.

A integração dos maiores interessados na solução do conflito levado ao Judiciário - as partes - não se concretiza, empiricamente. Sempre que possível, a representação é feita através dos 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 contato entre todos os “atores processuais”, estas são apartadas em prol daquelas.

Um processo não transcorre sem a participação dos advogados, do juiz, do perito, dos servidores da vara/juizado, mas o seu curso se verifica, normalmente, sem a participação das partes, seja autores ou réus.

A oralidade, como dito acima, cede espaço à celeridade e, nesse sentido, vem sendo cada vez mais descartada. Alguns juízes que entrevistei no curso da pesquisa expuseram isso com muita clareza:

A oralidade é a maior proximidade do juiz com a parte, com as testemunhas, tal, mas eu não acho que essa oralidade além do necessário seja benéfica. Muito pelo contrário, ela é muito maléfica. Tanto que estou em uma vara cível e posso afirmar que não há necessidade de se fazer mais do que dez ou doze audiências por mês. Não há. É inviável hoje em dia ficar ouvindo as partes, os advogados, não há tempo. Nós não temos mais tempo para essas questões. A oralidade atrapalha. Você não pode ser obrigado a fazer uma audiência. (juiz em exercício em vara cível da Comarca do Rio de Janeiro).

A oralidade atrapalha do ponto de vista prático. O volume de trabalho é muito grande. É muito mais rápido despachar por escrito, muito mais fácil analisar, ler as petições, do que ficar ouvindo as pessoas em audiência. Os advogados não têm poder de síntese, as partes muito menos. Não há condições de ouvir todo mundo ponderar o que quer. Temos que ser muito objetivos. (juiz titular de vara cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro).

É certo que existem rasgos de oralidade no processo civil; existe uma participação do juiz na condução do processo; existe um contato 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 legitimidade do sistema judiciário o fato de as partes não atuarem na condução do processo, sendo meros espectadores dos atos processuais.

No cotidiano dos tribunais, as partes não têm voz: são representadas pelos advogados; suas falas são traduzidas pelos juízes, que transcrevem na ata o que eles pessoalmente consideram importantes, e não o que, de fato, ocorre nas audiências; o comportamento delas é controlado; as manifestações são subjetivamente interpretadas; e os atos, objeto de desconfiança. Assim, as partes não partilham o processo com os demais atuantes e esperam a verdade ser ditada pelo juiz, um terceiro que, por meio 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 o que o juiz diz que é na hora de julgar. Nesse sentido, a verdade no processo brasileiro é formada ao arbítrio das partes.

Sobre o tema, Kant de Lima (1995) ressalta, em sua pesquisa sobre as práticas policiais - cujos dados são perfeitamente aplicáveis às práticas judiciárias -, que o processo de produção da verdade resulta mais propriamente das relações pessoais, sociais, políticas e de poder que estão subjacentes nessas práticas do que propriamente pela aplicação universal e neutra das normas jurídicas. Até mesmo porque, no caso, esta verdade, antes de ser resultado do consenso sobre os fatos produzidos durante o processo, é a interpretação autorizada e monopolizada do Estado, representado na figura do juiz, que opera sobre fatos previamente definidos e eleitos para comprovar e ratificar uma verdade também previamente constituída.

O campo do Direito está preso à idéia de que a verdade que as partes esperam é a sentença. Um juiz disse-me literalmente: “O que as partes querem é a sentença”. E mais: existe uma convicção, legitimada pelo campo, de que o que as partes querem é uma sentença rápida.

Em grau recursal, por exemplo, muitas vezes os julgadores (os legitimados a desvendar a verdade), 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, proferem 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.

Ou seja, as lógicas da 1ª e da 2ª instâncias se contradizem. E, nesse contexto, o sistema permite a construção de verdades excludentes, que se eternizam - até que um dia, ou a parte desiste do Judiciário ou acabem as instâncias recursais, quando, então, a última verdade, simplesmente por ser a última, prevalecerá!

Que legitimidade o Judiciário pode esperar de um processo conduzido segundo tal sistemática?

O problema está, talvez, entre aquilo que o Direito quer oferecer e o que a sociedade quer que ele ofereça. O Judiciário entende que o seu papel é buscar a verdade e desvendá-la por meio da sentença, razão pela qual entende como descartável a participação das partes nesse processo ao qual, em nada, poderão contribuir. Por outro lado, as pessoas querem falar e ser ouvidas e exigem, acima de tudo, que o seu problema seja administrado e, de fato, resolvido no Judiciário, o que não se verifica. Nesses termos, compor tais pretensões, sem que se considere o jurisdicionado, parece inviável.

5 A presença da inquisitorialidade no Processo Civil Brasileiro: repercussões no campo da construção da verdade jurídica

Outra questão relevante que não aparece no discurso jurídico, mas que as práticas judiciárias mostram, é a que entrelaça o sistema escrito/oral ao modelo inquisitorial/acusatorial.

O Direito Brasileiro não reconhece o seu sistema processual como inquisitorial¹⁹, acredita sê-lo acusatório²⁰, e reproduz a idéia errônea de que a Constituição da República brindou tal sistemática.

O estudo do processo civil - ao qual me centrei na pesquisa - sequer abarca essa problemática, não compartilha dessa sistematização.

Na doutrina vinculada a matérias cíveis, não se vê o estudo e a categorização de sistemas processuais como inquisitivos, acusatórios ou mistos. A doutrina “civilista” encarrega os “penalistas” de tal categorização²¹. Por uma questão até mesmo histórica, atrelou-se ao estudo do Direito Penal - e exclusivamente a ele - as discussões a respeito do tema inquisitivo/acusatório.

¹⁹ A doutrina brasileira distingue três tipos de sistemas processuais: o acusatório, o inquisitivo e o misto. O acusatório se caracterizaria por ser público, contraditório, oportunizar a ampla defesa e, primordialmente, distribuir as funções de acusar, defender e julgar a órgãos distintos. O sistema inquisitivo, por sua vez, seria sigiloso, não contraditório, e reuniria na mesma pessoa ou órgão as funções de acusar, defender e julgar. Já o sistema misto possuiria uma fase inicial preliminar inquisitorial e uma segunda fase acusatória. O discurso jurídico brasileiro é unânime no sentido de reconhecer o sistema processual brasileiro como acusatório, sob os fundamentos de que a fase investigatória preliminar não é obrigatória e não integra a instrução do processo (como se não houvesse fortes influências no processo de tudo aquilo que se produziu em sede policial), e que não é o juiz quem acusa. Para a dogmática, portanto, o fato de os papéis de quem acusa; de quem defende e de quem julga estarem claramente definidos no processo brasileiro, bem como o fato de que o juiz a quem incumbe apreciar as provas ser absolutamente imparcial, é bastante suficiente para caracterizar o sistema como acusatorial. Demercian (1999, p. 27) ressalta: “No Brasil, respeitadas as judiciosas opiniões em sentido contrário, o processo tem estrutura acusatória e a previsão de uma fase investigatória preliminar não lhe retira essa conotação.”

²⁰ Entende-se que “em nosso país, principalmente depois da promulgação da Constituição da República de 1988 (que revogou os chamados procedimentos judicialiformes) adota-se um processo de estrutura acusatória” (DEMERCIAN, 1999, p. 23).

²¹ O professor Roberto Kant de Lima sempre me chamou a atenção para o fato de que - nesse particular - o sistema jurídico brasileiro é um só, de forma que as influências históricas, culturais e sociológicas que sofreu não possuem segmentação. Assim, quando eu tentava me enquadrar como interessada ou como envolvida exclusivamente com o Direito Civil e, portanto, desinteressada em assuntos do Direito Penal, ele sempre salientava que isso era uma separação disciplinar ou curricular que o campo do Direito fazia, mas que certamente a estrutura dos sistemas era comum e as suas origens, de igual sorte, não eram setoriais. Com o tempo, verifiquei que, de fato, segmentar dificulta a explicitação desses sistemas, de maneira que eu tinha de estar aberta à percepção da lógica criminal para compreender e reconhecer melhor a lógica que regia o sistema no qual eu estava diretamente interessada.

O fato é que obviamente essa divisão não merece prevalecer, porque o Direito Processual Civil é fruto do mesmo sistema que o Direito Processual Penal, e não há como estudá-los de forma compartimentada. Embora ambos se desenvolvam de forma distinta, as suas raízes estão fincadas no mesmo “lugar”, de maneira que existem, também em matérias cíveis, aspectos que nos fazem lembrar a estrutura inquisitiva do processo, malgrado no campo inexistia essa preocupação e esse reconhecimento.

As descrições do Tribunal do Santo Ofício, as suas práticas e os seus rituais nos fazem lembrar o processo atual. O processo civil acabou por absorver, assim como o processo penal, as lógicas e ambigüidades do sistema inquisitorial, mas não quer reconhecer isso, possivelmente pela força simbólica que representa asseverar, em pleno século XXI, que temos um Judiciário que atualiza práticas adotadas pela Inquisição do século XIII!

A forma como o processo é conduzido - se escrito ou oral e, por conseguinte, se inquisitorial ou acusatorial - tem extrema relação com a verdade jurídica que nele se constrói, tema ao qual devo, novamente, fazer alusão.

A verdade processual deriva de um “caminho particular” (GARAPON, 2003). Se o processo é oral, a verdade é produzida de determinada forma; se é escrito, o consenso tende a perder espaço para o árbitro. Basta lembrar, nesse contexto, que é bastante significativo o fato de o processo inquisitivo ser sigiloso e escrito; e o acusatório, oral e público.

Os métodos inquisitivo, acusatório e adversário se relacionam, portanto, de forma distinta com a produção da verdade jurídica. Todos têm o mesmo ideal de verdade, porém a forma de atingi-lo se materializa diversamente. O sistema inquisitivo está ligado à produção de uma verdade transcendental, a eclodir “milagrosamente”. Já no acusatório, a verdade surge de versões adversárias (GARAPON, 2003).

O sistema inquisitório advém dos procedimentos eclesiásticos como uma forma de possibilitar acesso à justiça aos pobres, aos fracos e oprimidos, o que ocorre em uma sociedade nitidamente representada como marcada por hierarquias e desigualdades substantivas. O sistema acusatório, por outro lado, remete a uma representação igualitária dos contendores, que se defrontam em uma arena de acusações públicas. A igualdade das partes é supostamente inerente ao sistema acusatório (KANT DE LIMA, 1992). Nesse sentido, é ingênuo identificar o sistema processual brasileiro com as práticas acusatoriais.

O sistema inquisitório foi, nos séculos XIII a XVIII, uma garantia de justiça e liberdade - o que, aliás, tem profunda relação com a função compensatória do Estado²², presente no nosso sistema até os dias atuais, cuja figura do Ministério Público

²² Kant de Lima destaca (2004a, p. 51) que: “[...] a função compensatória do Estado, portanto, é vista como uma literal compensação da desigualdade na administração dos conflitos em público e não como uma promoção da igualdade para que as partes administrem seus conflitos em público”.

atua em nome dos hipossuficientes, mesmo que eles não queiram e ainda que eles não saibam.^{23/24}

Kant de Lima (2004a, p. 53), nesse sentido, destaca com propriedade:

A tradição jurídica brasileira justificava esses procedimentos como próprios de sociedades onde a desigualdade substantiva entre as partes era explícita, pois não era desejável manchar a reputação de homens de honra que podiam ser injustamente acusados, nem se desejava expor os despossuídos à ira de poderosos acusadores. O Estado, então, *compensava* essa desigualdade, assumindo a iniciativa da descoberta da verdade e avaliando a oportunidade de tornar a denúncia pública (MENDES DE ALMEIDA JR., 1920). Aqui, é evidente a produção de um *ethos* de suspeição sistemática motivado pelo desejo de evitar ou abafar a explicitação de conflitos, ou de punir aqueles que neles se envolvem, prejudicando a harmonia de uma sociedade de desiguais complementares, onde cada um tem o seu lugar. Para mais uma vez demonstrar a força desta tradição inquisitorial, note-se que ela permanece vigente juridicamente, mesmo depois da Constituição de 1988, que estipulou que todos os processos administrativos ou judiciais deveriam incorporar o princípio do contraditório e da ampla defesa (art. 5, LV). No caso do inquérito policial, que permanecia inquisitorial por ser um mero processo administrativo, reafirmou-se seu caráter inquisitorial, enfatizando-se seu caráter de *procedimento*, e não de processo propriamente dito (SILVA JARDIM, 2001, p. 27; 41-47). Com esta argumentação jurídica, é possível mantê-lo inquisitorial, em um sistema constitucional acusatorial. (grifo do autor)

Os processos inquisitivos são vistos, embora não sejam explicitamente reconhecidos - no sistema judicial brasileiro e nos de outras sociedades desiguais e hierarquicamente estruturadas - como a melhor forma de estabelecer a verdade. Nesses sistemas de produção da verdade jurídica, existe uma valorização positiva explícita do conhecimento obtido de forma particular e não universalmente disponível na sociedade: quem pergunta sempre sabe mais do que quem responde, e é a partir deste saber que provém a autoridade do discurso. Derivam daí, também, regimes retóricos diferentes dos de argumentação, voltados sempre para o consenso: no inquisitivo, predomina a

²³ No mesmo sentido, especificamente sobre o papel e a atuação do Ministério Público no processo de produção da identidade “quilombola” da Marambaia, ver MOTA, Fábio Reis. O Estado contra o Estado: direitos, poder e conflitos no processo de produção da identidade “quilombola” da Marambaia. In: KANT DE LIMA, Roberto (Org.). *Antropologia e direitos humanos*. 1. ed. Niterói: EdUFF, 2001, v. 3, p. 133-183.

²⁴ Sobre a questão da desigualdade, ver Amorim; Kant de Lima; Mendes (Org.) *Ensaio sobre a igualdade jurídica*: acesso à justiça criminal e direitos de cidadania no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

oposição escolástica de teses opostas, em que só ganha quem tem o saber de maior autoridade: as teses, necessariamente, se desqualificam e se anulam. Só um pode ganhar (KANT DE LIMA, 2005).

O diálogo e o consenso não são, em hipótese alguma, estimulados em nossa sociedade, e o processo judiciário brasileiro incorpora essa lógica tutelar, de cunho inquisitorial. Nesse contexto, a oralidade, que poderia ser um instrumento facilitador da produção de uma verdade jurídica consensual - e, conseqüentemente, legítima -, ou é afastada e substituída pela escrita ou é expropriada pelo Estado e retirada das partes, que, no fundo, não têm qualquer participação no processo. E, para ratificar, tudo isso se verifica especialmente em função da prevalência do contraditório nas relações processuais.

Lana Lage descreve que a autoridade máxima do Tribunal do Santo Ofício, o inquisidor, acumulava as funções de investigador e juiz, o que encerrava em suas mãos, conseqüentemente, um enorme poder (LIMA, 1999).

Nesse sentido, os trabalhos sobre o processo inquisitorial têm ressaltado, outrossim, que o arbítrio do juiz era muito mais amplo nesta justiça - inquisitorial - do que em outras, devido mormente ao grande número de questões subjetivas, não resolvidas normativamente ou tratadas de forma ambígua pela legislação, cuja resolução quedava, exclusivamente, nas mãos do inquisidor, que tudo decidia (LIMA, 1999).

Mais uma vez, é impossível não recorrer ao que - até hoje - vivenciamos com a legislação brasileira. A enormidade de questões subjetivas e ambíguas, presentes na legislação, fazem com que o juiz tenha de interpretar como vai aplicar as normas e, muitas vezes, até mesmo o que, efetivamente, elas significam ou querem dizer. Isso faz surgir as correntes doutrinárias. E, assim, se forma o saber jurídico e se conduz o processo judicial, no qual, dependendo do juiz, a sentença é favorável ou não.

Ao inquisidor era atribuída não só a interpretação das normas, mas a faculdade de não cumpri-las quando entendesse conveniente. Lana Lage descreve que os inquisidores procediam nas causas “como lhes parecer justiça” (LIMA, 1999, p. 18). Eram comuns “expressões abstratas, não literais, que não possuem significado exato e objetivo e, por conseguinte, conferem poderes ilimitados ao inquisidor” (ibid).

Além da amplitude do arbítrio do inquisidor, o segredo²⁵ - advindo da impossibilidade de se ter acesso aos autos do processo e da inviabilidade de os acusados saberem qual era a acusação que pesava sobre eles e quem a havia procedido (denunciante) - e a escrita são destacados como as outras duas importantes características do processo

²⁵ Hodiernamente, ainda se discute sobre o sigilo do inquérito policial, mesmo para o advogado do acusado. Trata-se de um rasgo inquisitorial presente no processo brasileiro, que, apesar disso, é tido como acusatorial. Há inúmeras decisões judiciais nesse sentido. A título de exemplo, ver matéria publicada em 19/12/2006, na revista *Consultor Jurídico*, sobre o tema. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/51233,1>>.

inquisitorial, cujos resquícios, sem dúvida, verificamos nos processos judiciais atuais. A comunicação era evitada e dificultada ao máximo.

Os inúmeros requisitos exigidos para ser um inquisidor sugeriam que se desejava, para o cargo, à época, figuras com pouca influência humana e muita caracterização divina. Além de condições morais, demandavam-se tantas qualidades que lhes faziam parecer seres, de fato, únicos e “especiais” (LIMA, 1999).

É impossível não comparar as práticas da Inquisição com os rituais judiciários hoje preponderantes. A centralização do processo nas mãos do juiz não deixa dúvidas dessa correlação²⁶.

Nos sistemas acusatórios, a função do Juiz é mediar a relação entre as partes. Nesse sentido, Garapon e Papadopoulos (2003)²⁷ representam o juiz da *common law* como um “árbitro” e o da *civil law*, um “ministro da verdade”.

A atividade do juiz no processo civil brasileiro é dizer o Direito. Para tanto, cabe a ele controlar todas as fases do processo, tanto a instrutória quanto a decisória. Pelo contrário, o juiz dos sistemas acusatoriais não tem essa pretensão: a sua atividade cinge-se à direção do processo.

A função sagrada de pronunciar o que é justo, qual é o Direito, quem está certo e, portanto, enunciar a verdade, é intrínseca ao juiz da cultura da *civil law*, cuja sensibilidade jurídica está atrelada a essa concepção - de verdade - assumida de forma transcendente.

Garapon e Papadopoulos (op. cit., p. 153) destacam o juiz “ministro da verdade” ou “oráculo do direito” como alguém que controla todas as fases do processo de modo a não ficar à parte de nenhum fragmento do ato de julgar. A sua função é simbólica: ele está a exercer uma “magistratura espiritual”, ao contrário do juiz do sistema acusatório, que exerce a sua atividade de forma a se preocupar mais com questões processuais do que abstratas (como, por exemplo, a busca da verdade).

A concentração dos poderes exclusivamente nas mãos do juiz é parte deste sistema que, em função disso, obstaculiza o diálogo entre as partes. Do início ao fim, o processo é conduzido pelo Estado, de modo que se impede a discussão entre as duas partes - que, em igualdade de condições, poderiam argumentar as razões do conflito e estabelecer o diálogo.

No Brasil, o papel que o juiz exerce no processo é central. No sistema oral, isso se torna ainda mais representativo e transparece de forma mais evidente. O juiz, em nosso sistema, toma para si a direção da causa (OLIVEIRA, 1938).

²⁶ Entre outras características, a Loman (Lei Orgânica da Magistratura Nacional) exige do juiz, como dever, uma conduta irrepreensível em sua vida pública e particular.

²⁷ Sobre o tema, ver Garapon; Papadopoulos (2003).

O livre convencimento, instituto presente no Direito brasileiro, permite que o magistrado escolha as provas que quiser para fundamentar as suas decisões. Contra tudo e contra todos, ele é livre para construir a verdade de acordo com a sua convicção, ainda que a prova produzida induza a interpretações distintas²⁸. E, nesse sentido, a questão do segredo aparece de forma bastante evidente: ele não justifica, explicitamente, porque optou por esta ou aquela prova.

No momento em que o Código de Processo Civil atual foi concebido, prevalecia - como, de fato, ainda prevalece - o entendimento de que, sendo o juiz o destinatário das provas, cabia-lhe com exclusividade decidir a respeito da sua admissão: “Foi essa a fonte de inspiração do art. 130 do Código de 73, que reproduziu o art. 117 do Código de 39, acreditando que a outorga de poderes inquisitórios ao juiz pudesse contribuir para a certeza da busca da verdade objetiva e de decisões mais justas” (GRECO, 2005, p. 363; 365-366).

Nesses termos, o juiz pode até mesmo desconsiderar as provas dos autos em nome de sua livre convicção. Trata-se de uma liberdade tão ampla que pode recair em arbítrio. Segundo Kant de Lima (2005), esse princípio possibilita que o juiz seja visto como um clarividente, capaz de descobrir a verdadeira intenção dos agentes e de formular um juízo racional, imparcial e neutro.

O campo incorpora a relevância desse princípio para o ato de julgar:

O peso do registro dos depoimentos na ata, no momento da prolação da sentença, é uma questão filosófica porque o que vale no processo é o livre convencimento do julgador. Eu, como juiz, tenho que valorar as provas apresentadas no processo. Todas elas, inclusive os depoimentos e as demais provas. Eu decido qual o valor que eu dou àquela prova. Em abstrato, eu acho que uma prova não tem mais valor que a outra; eu não posso partir do princípio de que uma é melhor que a outra. Elas são iguais. Mas, em concreto, na hora de decidir, eu vou ver se a prova oral é ou não mais importante, naquele caso. O critério é muito subjetivo, na realidade, porque por mais que você tente harmonizar, a questão é ver se você, juiz, está convencido ou não. Na verdade, é isso que importa no processo: o juiz estar convencido. (juiz titular de vara cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro).

A verdade, nesse sentido, é monopólio do magistrado, ela emana do seu livre convencimento. Em nosso sistema processual, escrito ou oral, o juiz tem poder para interpretar as leis livremente, diz o Direito conforme entender, especialmente porque participa de todos os estágios do processo.

A intervenção direta do juiz na produção das provas é característica primordial de um sistema processual inquisitivo. No Brasil, o juiz defere as provas de acordo

²⁸ O livre convencimento é um princípio de Direito Processual, amparado no art. 131 do CPC: “O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o conhecimento”.

com a sua convicção: ele escolhe as que devem ser produzidas e refuta as que considera desnecessárias (art. 130 do CPC). E, ademais, participa da fase instrutória ativamente. A produção das provas está sempre condicionada a sua intervenção. Ele decide as perguntas que devem ser feitas às testemunhas e as que não devem ser; ele decide os quesitos que devem ser respondidos pelo perito e os que não devem ser; ele reelabora as perguntas conforme entende pertinente; ele registra em ata apenas o que julga conveniente; ele ouve as partes sempre que assim desejar e não ouve quando não quiser; ele valora as provas produzidas conforme o seu convencimento - enfim, o controle dos atos processuais lhe pertence. E mais: ele não precisa justificar, explicitamente, as suas escolhas, pois existe uma categoria genérica que exerce esse papel: “o livre convencimento”.

É também por isso que não é qualquer pessoa²⁹ que pode exercer essa função. É preciso que seja alguém “preparado”. O juiz do sistema inquisitorial conjuga uma função técnica e uma função moral. De alguma forma, o seu julgamento tem cunho moral. A dimensão espiritual do ato de julgar, presente nos sistemas com raízes inquisitoriais, não se afasta da dimensão técnica (GARAPON; PAPADOPOULOS, 2003).

Nesse sentido, os juízes devem ser pessoas especialmente designadas para essa função. É preciso ter dom para exercer a atividade “quase divina” de julgar o destino e a vida das pessoas (ANDRIGHI; BENETI, 1997, p. 45).^{30/31}

²⁹ A postura dos magistrados geralmente retrata a distinção que se faz questão de estabelecer entre um juiz e uma pessoa comum. Tanto que, no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por exemplo, os juízes têm elevadores privativos; lugares exclusivos para freqüentarem; no restaurante do Tribunal, espaço reservado em que só podem almoçar magistrados; uma academia de ginástica privativa. Tratam-se de representações dessa nítida separação, já há muito sedimentada.

³⁰ Sobre a função divina de julgar, reputo interessante destacar trecho do discurso proferido na posse do ministro Walton Alencar Rodrigues, no Tribunal de Contas da União, em 13/4/1999, na Sessão Extraordinária do Plenário: “[...] Aliás, Sr. Presidente, como disse no meu discurso de posse no cargo de Procurador-Geral, essa nobilíssima função de julgar aproxima V. Exa., seus nobres pares e, de modo geral, todos os juízes, de algum modo, de uma *função divina*, uma função que apreende os fatos do passado e, segundo eles, outorga os veredictos do presente, decidindo futuros, vidas, destinos, de toda a coletividade. Peça a Deus, Sr. Presidente, que me ilumine no dia a dia das minhas funções, e que eu consiga ter presentes os exemplos e a coragem de figuras nobilíssimas que na história desta Corte me precederam e pontificaram, como Rui Barbosa que concebeu o Tribunal de Contas da União e Serzedelo Corrêa, que o instalou [...]” (grifo nosso). Disponível em: <http://www2.tcu.gov.br/pls/portal/docs/PAGE/TCU/SESSOES/ATAS/PLENARIO/PLENARIO_1999/ATA_PL_13,_DE_13-04-1999.PDF>.

³¹ Um desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo pronunciou-se na Revista Consultor Jurídico, em 1º/12/2006, sobre a injustiça de os salários dos magistrados sofrerem uma limitação, em função do teto remuneratório imposto pelo Conselho Nacional de Justiça, através da Resolução nº 13, de 21/3/2006. O título do texto que escreveu é “Quem mandou estudar? Desembargador diz o que pensa de corte em seu salário”. O Desembargador discorre sobre a nobreza de sua função. Destacam-se os seguintes trechos: “[...] Do ponto de vista profissional a magistratura é uma atividade nobre e não há que omitir o orgulho de exercê-la [...] A dignidade do cargo a exigir uma boa apresentação, a necessidade de estar atualizado para compreender os conflitos que se arbitra - tudo tem preço. E não é pouco. O país pode optar por uma Justiça mais barata, é claro. Mas já não atrairá as melhores cabeças do país para seus quadros. E a opção terminará sendo por uma Justiça pior. Enfim, existe essa realidade mas, dentro dela, o que se divulga e difunde é a idéia de que, um magistrado com mais de 20 anos de experiência, ganhar R\$ 25 mil (valores brutos) por mês, é um verdadeiro absurdo. Isso é mesquinho, é pequeno e, ousado afirmar, muito sério. Deveria provocar muito mais inquietação do que convívência. No meu caso, detestaria ser julgado por magistrado despreparado, mal posicionado socialmente, de conhecimentos gerais e conceitos limitados, e, no momento, desanimado porque lhe cortaram o salário, e, sua moral, apenas isso, o determina a honrar seus compromissos. Afinal, a dúvida é o tipo de juízes que a sociedade deseja, e, conseqüentemente, do nível do Judiciário que, enquanto um serviço público, está e estará à sua disposição. Daí porque, se rever esse posicionamento não for possível, peça, humilde e indistintamente, que me ensinem a jogar vídeo-game para poder alugar um canal de TV, ou a fundar uma ONG, dessas financiadas pela Petrobrás. Não descarto a apresentação de um mensaleiro, um sanguessuga, ou alguém do Sebrae para pagar minhas contas e dívidas [...] Em último caso, me reservem uma senha do bolsa família pois, com um barraco na praia, um chinelo e uma camiseta vermelha, seguramente e sem remorso, poderei me dedicar ao ócio”. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/50648,1>>.

Ainda, concernentemente à questão da verdade, salienta-se que:

[...] os processos inquisitório e acusatório mostram uma relação diferente com a verdade. Num caso, parte-se do princípio de que a verdade existe e acede-se diretamente à mesma por via da ascese intelectual e da probidade de um homem; no outro, uma argumentação mais cerrada deve excluir a dúvida e escolher aquilo que se lhe afigura mais verossímil [...] A diferença entre a Verdade transcendente e o verossímil vai deslocar o centro de gravidade do processo para o inquérito ou para a audiência [...] o imaginário inquisitório é tudo saber; o imaginário acusatório é não saber, visto contentar-se sem dificuldade com uma verdade convencional [...] estas diferentes abordagens da verdade alteram a função da audiência: num caso, a verdade clama por confirmação; no outro, por elaboração. (GARAPON, 2003, p. 164; 166).

Como no processo inquisitorial a verdade é monopólio estatal, os fatos são dados e construídos pelo Estado - representado pelo juiz -, e não pelas partes. O processo não se constitui por pontos de vista parciais da realidade, mas por uma verdade objetiva, que advirá do convencimento do juiz. Os fatos não são fruto de um diálogo exercido entre as partes, mas são impostos e definidos pelo juiz, que centraliza em suas mãos o curso processual. É aí que a verdade e a oralidade se interrelacionam. Se a oralidade fosse efetivada, a verdade seria objeto de construção em audiência. Ao se escrever o processo, a verdade advém do discurso de autoridade do juiz, externado na sentença que ele profere em seu gabinete, sem a participação dos envolvidos, aos quais só cabe acatar.

6 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.

Foucault (2003) destaca que foi a partir das práticas judiciárias que nasceram os modelos de verdade que circulam até os dias de hoje. A verdade é, pois, uma construção que se pode atingir por diversos caminhos e o filósofo francês nos desperta para isso, ao descrever as inúmeras formas de enunciação da verdade no curso da história, dando como exemplo, especialmente, o deslocamento do divino para o terreno (testemunho).

Ao me fundamentar nessa premissa, percebi que a oralidade e a escritura representariam formas distintas de se construir a verdade jurídica, e que, portanto, estudar esses sistemas processualmente seria um caminho interessante para reconhecer de que maneira o processo civil se constitui e que tipo de verdade ele busca produzir.

Espero ter explicitado, de alguma forma, o meu intuito primordial: a necessidade de se estudar o Direito sob um novo olhar, de modo a entender as lógicas que regem a sua concretização.

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

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, 2004a, p. 14).

Além disso, a estrutura processual vigente, em que o trâmite da 1ª instância é, em certas circunstâncias, totalmente desqualificado pelos procedimentos das instâncias recursais, cria verdades jurídicas sobrepostas, perpetuando a lógica do contraditório internamente³². Nesse sentido, além do contraditório das partes, que digladiam as suas versões no curso do processo, o nosso sistema estabelece o contraditório das verdades construídas pelos magistrados nas decisões judiciais proferidas nos distintos graus de jurisdição.

Em algumas ocasiões, a verdade produzida na instância recursal coincide com a verdade da 1ª instância processual - nesses casos, a sentença proferida pelo juiz monocrático é mantida pelo tribunal. Todavia, há casos em que o tribunal reforma a decisão do juiz

³² Devo registrar que as práticas judiciárias não foram explicitadas de forma detalhada neste artigo porque a minha proposta foi apenas perpassar tais pontos, tratando de questões mais gerais a respeito da estrutura do sistema processual vigente, até porque a descrição do trâmite processual exige um trabalho de maior extensão. Para uma melhor compreensão das problemáticas aqui traçadas, explicitadas sob o prisma dos rituais judiciários, ver: BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. *O Princípio da Oralidade às avessas: um estudo empírico sobre a construção da verdade no processo civil brasileiro*. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro.

singular e, assim, contradiz toda a versão formulada no 1º grau de jurisdição, afastando a verdade ali construída e, por conseguinte, formulando outra, que se manterá firme, provisoriamente, até que a instância imediatamente superior não a modifique.

Essa sistemática produz um “contraditório de verdades jurídicas” e, nesse sentido, torna legítima a possibilidade de o processo ser estruturado segundo lógicas, concomitante e infinitamente, distintas e excludentes.

O que marca esse contraditório interno ao campo e estabelece a verdade processual prevalecente é a hierarquia. Quer dizer, a verdade do juiz singular de 1ª instância é, necessariamente, reavaliada pelo tribunal de 2ª instância, que pode mantê-la ou afastá-la por completo. Para manter ou afastar a verdade construída na instância hierarquicamente inferior, o tribunal utilizará lógica absolutamente distinta.

A verdade da 1ª instância é construída de uma forma predominantemente escrita, embora o juiz, ainda que em raras ocasiões, tenha mecanismos que possibilitam o seu contacto físico com as partes e com as provas.

Já a verdade da instância recursal, ainda que também seja produzida de forma prioritariamente escrita, sofre uma influência crucial e definitiva da oralidade nos momentos em que ela se faz presente, já que, no curso do julgamento, é possível aos magistrados prolatar uma decisão que se consubstancie exclusivamente naquilo que se produziu verbalmente na sessão, mesmo que o órgão colegiado, diferentemente do juiz singular, sequer conheça as partes - totalmente descartadas nesta fase -, bem como não tenha tido qualquer contato imediato com as provas produzidas nos autos.

Assim, por um lado, o procedimento na seara recursal não valoriza o contacto físico com a realidade que rejudga; por outro, o procedimento de 1ª instância, embora predominantemente escrito, prioriza o contato físico do julgador com as partes e com as provas.

A lógica escrita da 1ª instância está mesclada com rasgos de oralidade e, por sua vez, a lógica oral das instâncias recursais, na verdade, sofre influência profunda dos escritos elaborados na 1ª fase processual. Ou seja, os escritos do 1º momento do processo não são totalmente escritos; e o oral do 2º momento não é totalmente oral, uma vez que considera, para reavaliar o julgamento, tudo o que consta, por escrito, nos autos processuais.

Assim, mais uma vez, citando Kant de Lima (2004a), os dados da pesquisa apontam que o sistema judicial brasileiro:

Se organiza de maneira a sobrepor distintos sistemas de produção da verdade jurídica, que obedecem a princípios distintos e, portanto, desqualificam mutuamente seus produtos, as verdades judiciárias neles produzidas [...] Assim sendo, em cada etapa do processo judicial pode ser reconhecida uma verdade diferente da anterior.

O sistema judicial é um “mosaico de sistemas de verdade”, e esses diferentes sistemas ou regimes de verdade coexistem e convivem entre si. As lógicas desses sistemas são distintas e, ao serem usadas - como, de fato, são - alternativa e alternadamente, criam, na prática, paradoxos não reconhecidos pelo campo, pois este não percebe que está lidando com formas de administração de conflitos que, por serem contraditórias, se anulam e se “desqualificam” (KANT DE LIMA, 1996; AMORIM, KANT DE LIMA, BURGOS, 2003).

Conforme tentei explicitar no decorrer deste trabalho, em questão de minutos as instâncias recursais desconstróem uma verdade que pode ter levado anos para ser formada na 1ª instância processual. Ou seja, ao se sustentar em lógicas distintas e em procedimentos judiciais hierarquizados, o sistema processual brasileiro incentiva a competição interna pela “melhor verdade” (contraditório interno) e acaba produzindo uma progressiva desqualificação de um ritual sobre o outro - que, como antes asseverado, não tende a ter solução consensual, uma vez que as diferentes verdades são produzidas de acordo com diferentes processos, todos legítimos diante do próprio sistema (KANT DE LIMA, 1996).

As distintas verdades produzidas nas instâncias processuais, entremeadas entre escritura e oralidade, fazem com que o sistema perca legitimidade perante a sociedade. Ademais, o alto grau de subjetividade expressado na legislação e nas práticas judiciais permite que situações idênticas tenham representações e soluções distintas, dependendo da pessoa que pleiteia; do Juiz que aplica a norma; e da fase em que se encontra o processo.

No processo civil, o oral remodela o escrito, e o escrito remodela o oral. Nos tribunais, por exemplo, a oratória da tribuna faz com que os advogados, utilizando-se do oral, dêem nova forma ao que consta por escrito nos autos; assim como, por outro lado, os juizes, quando reduzem depoimentos a termo, por via escrita remodelam o oral, dando àquele o tom que melhor convém às técnicas processuais. O escrito redimensiona o oral e é a interdependência entre a oralidade e a escritura que permite esse entrelace no processo (SANDERS, 1995).

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

A ausência de comunicação é característica de sistemas jurídicos que abrigam procedimentos inquisitoriais e de “consensualização minimizada”. Não há, por conseguinte, uma ética discursiva no campo do Direito (ibid).

Diferentemente do que se infere no modelo da *common law*, em que a “oralidade, a explicitação e a literalidade” são a força condutora do processo, no Brasil as partes são excluídas da discussão do conflito que lhes diz respeito (KANT DE LIMA, 1996). A verdade é, portanto, 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 a aplicação dos preceitos jurídicos permanecer atrelada a uma estrutura judicial hierárquica, haverá uma enorme discrepância entre a aplicação eqüitativa dos princípios do Direito e a realidade seletiva e elitista da ação judiciária (KANT DE LIMA, 1995; DAMATTA, 1979). E mais: 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.

7 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.

_____; _____. 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 judiciais e o princípio da oralidade: construção da verdade no processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

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.

CUNHA BARRETO. Oralidade e concentração no processo civil. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 74, p. 65-76, maio 1938.

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.

_____; PAPAPOULOS, 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: Presença, 1988.

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

GUEDES, Jefferson Carús. *Princípio da oralidade: procedimento por audiências no Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: 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. *IV Congresso Luso-Afro-Brasileiro de Ciências Sociais: territórios da língua portuguesa: culturas, sociedades, políticas*. 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, v. 18, p. 49-59, 2004a.

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.