



Entre práticas judiciárias brasileiras e porteñas: percepções acerca da oralidade processual argentina

Bárbara Gomes Lupetti Baptista*

RESUMO

Este trabalho procura entender, a partir da descrição de práticas judiciárias observadas nos Tribunais das Justiças Penal e Civil da Capital Argentina, o significado e a percepção jurídica acerca da oralidade processual. O objetivo da pesquisa empírica realizada foi lançar um olhar *jurídico e brasileiro* sobre as manifestações orais do processo argentino. Na Capital Argentina, o discurso jurídico produzido sobre a oralidade está atrelado, exclusivamente, à Justiça Penal. Todavia, o trabalho de campo permitiu perceber que existem manifestações orais também na Justiça Civil da Capital Federal de Buenos Aires. Os dados empíricos sugerem que a restrição do estudo da oralidade ao âmbito penal se vincula, especialmente, ao critério presencial e obrigatório da figura do Juiz na audiência, que não ocorre no processo civil, onde a sua presidência é, normalmente, delegada a funcionários. Este *paper* pretende apresentar, além de descrições, algumas *perguntas* sobre a administração judicial de conflitos em Buenos Aires.

Palavras chave: Oralidade; Processo; Práticas judiciárias; Brasil; Argentina

BETWEEN BRAZILIAN AND ARGENTINE JUDICIAL PRACTICES: PERCEPTIONS OF ORAL PROCEEDINGS IN ARGENTINA

ABSTRACT

This paper aims to understand, from the description of practices observed in the criminal and civil judicial courts in the Capital of Argentina, the meaning and the perception about the legal oral proceedings. The objective of empirical research that I realized was to look at oral manifestations that can occur in the Argentine courts from a Brazilian perception. In Argentine's capital city, the legal discourse produced about of the orality is links exclusively to Criminal Justice. However, the ethnography shows that there are oral manifestations also at Civil Justice level. Empirical data suggest that the restriction of the study of orality at the

* Mestre e Doutoranda em Direito pelo Programa de Pós-graduação da Universidade Gama Filho. Bolsista do INCT-InEAC. Correo electrónico: blupetti@globo.com. Fecha de recepción: mayo de 2010. Fecha de aprobación: marzo de 2011.

criminal trials is linked the presence of the judge, that in criminal trials is obligatory, but in the civil trials isn't it, already as in these cases is delegated to civil servants. This paper intends to present, together with descriptions, some questions about the jurisdiction in Buenos Aires.

Key words: Orality; Process; Judicial practices; Brazil; Argentina

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O objeto deste trabalho é tentar entender, a partir da descrição de algumas práticas judiciárias observadas nos Tribunais das Justiças Penal e Civil da Capital Federal Argentina, o significado e a percepção jurídica acerca da oralidade processual. O trabalho é resultado da missão de estudos que realizei em Buenos Aires, no período de julho a outubro de 2006, por força do projeto CAPG-BA 021/05, financiado pela CAPES e pela SPU, fruto de um convênio institucional firmado pela Universidade Federal Fluminense (Brasil) e pelo Programa de Pós-graduação da Faculdade de Filosofia e Letras da Universidade de Buenos Aires (Argentina), tendo como instituição associada, dentre outras, o Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Gama Filho (Brasil), que integro na qualidade de estudante e pesquisadora. Trata-se, pois, este trabalho, de um olhar *jurídico e brasileiro* lançado sobre a oralidade manifestada no processo argentino.¹

Na Argentina,² o discurso jurídico produzido sobre a oralidade está atrelado, exclusivamente, à Justiça Penal. Todavia, em campo, pude observar que existem manifestações orais também na Justiça Civil, diferenciando-se os rituais judiciários de ambos os sistemas –penal e civil– essencialmente pela presença física do Juiz no debate público e pela concentração dos atos processuais em uma única audiência.

É certo que as presenças do Defensor do acusado e do Promotor Público (*Fiscal*) no *juicio oral* também marcam uma importante característica da oralidade processual penal, mas, especificamente sob o prisma da oralidade, o que distingue, mais visivelmente, o processo civil do penal –ao menos na Capital Federal Argentina– é a presença obrigatória do *Juiz*, fato que não se verifica em audiências cíveis.

A pesquisa empírica por mim realizada sugere que a restrição do estudo da oralidade apenas ao âmbito penal se vincula, especialmente, ao critério presencial e obrigatório da figura do Juiz na audiência, que não ocorre no

processo civil, onde a presidência das audiências é, normalmente, delegada a funcionários do Juízo.

Os resultados empíricos da pesquisa estão limitados ao curto período da minha estada na Capital Federal, de modo que este *paper* apresentará não apenas descrições, mas, notadamente, algumas “perguntas” sobre a administração judicial dos conflitos em Buenos Aires.

O OLHAR BRASILEIRO ORIENTANDO A ANÁLISE DOS DADOS DE CAMPO

Como afirmei acima, a intenção deste trabalho não é fazer um estudo comparado entre as distintas formas de materialização da oralidade, nos processos brasileiro e argentino. Entretanto, não posso deixar de registrar o quanto fui influenciada, na missão de estudos realizada na Argentina, pela pesquisa procedida no Brasil para a minha dissertação de mestrado e na percepção que tenho sobre o tema da oralidade, a partir das práticas do processo brasileiro.³

E por que é importante destacar isso? Exatamente porque este *paper* surgiu do meu estranhamento diante do seguinte fato, comprovado a partir dos dados empíricos que coletei: as audiências cíveis brasileiras são similares às audiências cíveis argentinas, mas, apesar disso, só o campo jurídico brasileiro reconhece a oralidade como uma garantia fundamental e constitutiva do processo civil. Na Argentina, o campo jurídico entende que a oralidade é uma característica exclusiva do processo penal, inexistindo no processo civil.

Daí a minha pergunta: o que distingue essa categoria (oralidade) em ambas as culturas jurídicas?

Este exercício comparativo, embora comum na Antropologia e, até mesmo, constitutivo da forma de produção do conhecimento antropológico, é absolutamente estranho à construção do conhecimento jurídico, acostumado a conceitos que se pretendem universalizantes.

Desse modo, a missão de estudos realizada na Argentina e o contacto com o seu sistema processual foram especialmente relevantes para eu compreender este aspecto do estudo comparado, ou seja, o de que instituições e práticas judiciárias semelhantes, quando contextualizadas social e culturalmente, recebem significados absolutamente distintos (Kant de Lima, 2005). E mais, através dessa pesquisa, pude entender, na prática, o que Geertz quis dizer sobre a variação das sensibilidades jurídicas, mormente quanto ao poder que elas exercem sobre os processos da vida social (Geertz, 1999).

EM CAMPO: BUSCANDO O OBJETO

Inicialmente, pretendi estudar na Argentina a materialização da oralidade no processo civil. No entanto, ao manifestar em campo tal intenção, deparei-me com a unanimidade: o meu objeto “não existia”.

Quer dizer, na Argentina, segundo juristas e não juristas, o princípio da oralidade não se manifesta no processo civil, mas, apenas, no processo penal, razão pela qual eu teria, necessariamente, de mudar o foco do meu objeto de pesquisa, transmutando-me para a área penal do estudo do Direito, com a qual, nem como advogada, nem como estudante, eu tenho ou tive a mais mínima afinidade e intimidade.

Todos me descreviam o processo civil como escrito e sigiloso, destacando que a minha pesquisa de campo estaria obstaculizada nessa área, ao passo que no processo penal eu teria bastantes dados, uma vez que ali, a oralidade se configurava e havia sido pensada como uma garantia do cidadão a um processo democrático.⁴

Para mim, pensar o processo civil como sigiloso, rotinizado através de audiências secretas, e o processo penal como “garantista”, me parecia curioso e especialmente interessante, pois relativamente ao processo brasileiro, esses dados eram absolutamente paradoxais, motivo por que decidi, com ainda mais razão, estudar o tema da oralidade no processo civil argentino, ainda que, para tanto, fosse necessário ter algum contacto com a cultura jurídica penal, à qual eu resisto veementemente.

Eis que no meu primeiro dia em campo, no Tribunal Civil localizado na *Calle Uruguay, 714*, deparei-me com um Código Civil Argentino e, lendo-o, verifiquei a primeira incoerência entre o discurso teórico do campo e a empiria: o inciso I do artigo 125 do Código Procesal Civil y Comercial de la Nación é expresso ao prever que as audiências são públicas, sob pena de nulidade. Ou seja, o aspecto do sigilo não está na Lei, sendo representativo, apenas, das práticas judiciárias.

Obviamente, que existem casos específicos (quando a publicidade afetar a moral, a ordem pública, a segurança ou a intimidade das partes) em que o Tribunal poderá resolver, ainda que “de ofício”, sobre o sigilo das audiências, mas não é disto que se trata neste *paper*. A mim, o que chamou a atenção na observação das práticas é que a regra geral do código prevê a publicidade, mas a empiria a descarta e o que se vê, normalmente, acontecendo no foro, são

audiências realizadas a portas fechadas, apesar da previsão contrária da Lei Processual.

Ao mesmo tempo, na fila do elevador, conversando com um advogado, ao qual me identifiquei como pesquisadora brasileira, e informando-o sobre o meu tema, ouvi, taxativamente, o seguinte: “Vai ser difícil realizar esta investigação, pois 90% do processo civil, na Argentina, é escrito [...] diversas provas que poderiam ser orais, produzidas em audiências, em contacto direto com o juiz, são feitas por escrito”.

Entender esse aparente paradoxo se transformou em um desafio, a partir do qual me permiti fazer algumas reflexões, dentre as quais as que ora descrevo neste *paper*.

O CONCEITO DOGMÁTICO⁵ ACERCA DA ORALIDADE

No Brasil, a dogmática identifica o princípio da oralidade, que se aplica tanto ao processo civil, quanto ao processo penal, 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. A oralidade, portanto, só se configura, na visão dogmática brasileira: 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).

Curioso porque, na Argentina, igualmente, esta visão está expressa nos manuais jurídicos sobre o tema, embora, de fato, circunscrita ao Direito Penal. O jurista Ernesto Maañón (2001), menciona, expressamente, como características do processo oral penal (*juicio oral*) a identidade física do juiz, a concentração dos atos processuais e a imediatidade. De igual sorte, o fazem Carlos Díaz (1995) e Jorge Clariá Olmedo (1998).

Ou seja, os discursos teóricos, brasileiro e argentino, produzidos na área penal, são equivalentes. Por outro lado, são discrepantes em matéria cível, onde a oralidade não é reconhecida no processo argentino.

Ao mesmo tempo, empiricamente, os processos e audiências cíveis argentinos se materializam e transcorrem de forma bastante similar aos processos e audiências cíveis brasileiros.

Estas discrepâncias e similitudes dos campos foi o que me chamou a atenção ao tentar entender os significados e as representações do conceito de oralidade naquela cultura, argentina, a partir de uma perspectiva brasileira, da qual, na qualidade de integrante do campo jurídico, tive dificuldade de me afastar.

A PERCEPÇÃO EMPÍRICA DA ORALIDADE NO *PROCESO CIVIL*: ALGUNS DADOS DE CAMPO

O processo civil argentino é bastante semelhante ao processo civil brasileiro,⁶⁻⁷ o que se depreende através da mera análise do índice sistemático dos códigos de processo civil de ambos os países.

O *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación* (Lei nº 17.454, de 27/08/1981), prevê, como dito, em seu artigo 125, I, que haverá audiências no processo civil argentino e que estas serão, *em regra*, públicas, sob pena de nulidade.⁸ Além disso, preconiza, no artigo 360, que o juiz, pessoalmente, deverá presidi-las, em caráter *indelegável*, sempre após a apresentação da contestação (*audiencia preliminar*), na tentativa de conciliar as partes, assim como deverá presidir as demais audiências realizadas no curso do processo, com o objetivo de produção de provas (artigos 404 ao 456).

Para além da previsão legal, o processo civil argentino, empiricamente, é também bastante semelhante ao brasileiro, o que tive oportunidade de perceber através de entrevistas com juízes, professores universitários e advogados, assim como nas audiências que presenciei.

Por que, então, mesmo diante da previsão legal e das práticas judiciárias, os juristas argentinos não reconhecem, até hoje, a incidência da oralidade no processo civil?

Pois bem. Em se tratando de processo civil, é nas audiências que a oralidade se manifesta de forma mais intensa. Pensando nisso, assisti a audiências em *juzgados civiles*, durante o período de três meses em que permaneci em Buenos Aires, nas quais observei que, exceto em alguns casos excepcionais,

não era o Juiz, pessoalmente, quem presidia o ato, sendo este delegado a um funcionário do *juzgado*.

Os advogados das partes e elas próprias, parte autora e parte ré, estão sempre presentes na audiência, mas o Juiz, salvo raras exceções, nem sempre participa do ato processual.

A delegação de audiências a funcionários do *juzgado* é recorrente nos Tribunais Cíveis da Capital Federal. Entrevistei um advogado e um professor universitário que me informaram o seguinte:

O juiz não participa de audiências cíveis. A lei manda que ele esteja presente, mas ele nunca está. Consta na ata que ele está, mas não está. Há muitos processos em curso e um único juiz e um único secretário para resolver tudo, não há condição de fazer todas as audiências, só as mais complexas, que são geralmente filtradas pelo secretário. (Advogado na área cível)

Essa audiência [do art. 360] possibilita uma situação de comunicabilidade plena entre as partes e o juiz. É o princípio da imediação na sua pureza. Mas não ocorre. Seria a ferramenta de contacto direto do juiz com a parte e com as provas, mas os juízes não a utilizam. É muito raro. (Professor de processo civil da *Universidad de Buenos Aires*).

Além disso, embora a Lei determine que as audiências sejam públicas, sob pena de nulidade (art. 125, I), o fato é que os alertas que me foram feitos desde o início da pesquisa tinham correspondência empírica, pois eu não observei publicidade nesses atos processuais. Ao contrário. Todas as vezes em que eu estive presente nas audiências cíveis, o funcionário perguntou, taxativamente, às partes e aos advogados, se a minha presença os incomodava, pois, se os incomodasse, eu deveria me retirar do local, não sem antes pedir autorização expressa para o Juiz para que eu integrasse aquele ritual.

Além disso, durante os três meses em que estive em missão, jamais vi, em tais atos processuais, ninguém, além de mim, assistindo, como terceiro interessado, a essas audiências cíveis.

Vivenciei situações curiosas, em que alguns funcionários, inclusive, informavam às partes e advogados que não se incomodassem com a minha presença, justificando a minha participação de pesquisadora e esclarecendo que eu não tomaria nota do evento, estando ali como mera espectadora.

Não apenas por isso, mas também em diálogos informais, verifiquei que, de fato, faz parte da percepção compartilhada por todos os personagens do processo –juízes, funcionários, advogados, partes– a idéia de que as audiências são e devem ser secretas, dependendo, a sua excepcional publicidade, necessariamente, de autorização do juiz e das partes e advogados. Estes dados me

chamaram a atenção para duas características importantes, que, possivelmente, afastariam o conceito de oralidade do processo civil: 1) a ausência de publicidade, embora a Lei a preveja; 2) a ausência da figura do Juiz no ato processual.

A leitura da doutrina jurídica aponta essas duas características como essenciais e constitutivas de um processo oral.

Maañón (2001) destaca a *publicidade* dos atos processuais como uma das mais importantes vantagens da introdução da oralidade no processo penal, constituindo-se como uma relevante forma de controle da função jurisdicional, o que não aconteceria no processo civil, por sua natureza escrita.

Além disso, como destaca Lucía Eilbaum (2008), com precisão e detalhes, a presença física do Juiz no debate oral é o que configura a oralidade processual.

Desse modo, nesse primeiro momento, infere-se que a oralidade carece de legitimidade no processo civil em função, notadamente, desses dois principais fatores (ausência de publicidade e ausência da presença física do juiz nas audiências). Mas o que é mais curioso é que essa ausência de reconhecimento da oralidade como característica do processo civil não tem correspondência legal, mas empírica. Quero dizer: o processo civil, tal como legislado, incorpora, então, a oralidade, como um princípio que o norteia, pois prevê a publicidade e a presença do juiz, mas os rituais judiciários, ao descartarem-nos, acabam por desconfigurar o sistema e introduzir em seu bojo, por via empírica, uma lógica escrita. Eis a primeira interrogação!

Outro fato a ser considerado, diz respeito à concentração dos atos processuais, já destacada neste trabalho. Para que o processo seja considerado oral, é necessário que a dinâmica dos atos processuais esteja concentrada, o que significa dizer, ouvir as partes, ouvir as testemunhas, colher as provas e proferir a sentença no mesmo dia, o que, por natureza, não ocorre no processo civil, onde as etapas de produção de prova e decisão são distintas (artigos 360 e seguintes do Código de Processo Civil Argentino).

O interessante desses dados empíricos é notar, além da sua contradição com os procedimentos codificados, que as audiências cíveis argentinas são similares às brasileiras. Salvo o aspecto da publicidade, que é amplamente difundido no Brasil, nas audiências do processo civil brasileiro, os atos tampouco são concentrados em um mesmo dia e o juiz tampouco os preside, necessariamente, de forma pessoal, delegando, em alguns casos, a sua função a serventuários.

Dessa forma, permanecia a pergunta: o que distingue esses sistemas – brasileiro e argentino – para torná-los, discursivamente, discrepantes, embora, empiricamente, semelhantes?

Pensando nessa perspectiva, percebi que a comparação com o Brasil não responderia a minha questão principal, embora fosse interessante num momento inicial do trabalho, tornando-se, então, crucial que eu adotasse um viés comparativo *interno* ao sistema, para, com isso, perceber o que torna o processo *civil* argentino distinto do processo *penal* argentino, afastando-me, assim, da percepção brasileira acerca do tema, que me deixava muito mais interrogações do que esclarecimentos. Este exercício antropológico de afastamento me foi árduo, mas a mera tentativa de me distanciar da perspectiva brasileira, creio, me trouxe bons frutos.

A COMPARAÇÃO INTERNA DO SISTEMA: TENTANDO ENTENDER OS *JUICIOS ORALES*

A estrutura da Justiça Penal Argentina, na Capital Federal de Buenos Aires, se divide em duas instâncias, que configuram duas etapas distintas do processo. A primeira fase é a de *instrucción*, prevista no Livro II do *Código Procesal Penal de la Nación*, e a segunda, é a de *juicios*, prevista no Livro III do mesmo Diploma Legal.

O Juízo oral, como etapa do processo penal argentino, era o que mais me interessava para tentar entender o aspecto da oralidade, mais precisamente, o seu significado e a sua extensão. Por isso, iniciei o campo na Capital Federal, assistindo a alguns *juicios orales* e conversando com profissionais e funcionários da área.

O que caracteriza e distingue um juízo oral de uma audiência civil é perceptível de imediato. Além do que já foi destacado neste trabalho, a saber, a publicidade do julgamento, a presença física do Juiz e a concentração dos atos, há ainda outros fatores relevantes.

Quanto à publicidade, especificamente, convém mencionar que eu não tive nenhum problema para assistir a esse *juicios orales* e, ademais, verifiquei ser comum a presença de estudantes e pessoas indiretamente interessadas na sala onde tais julgamentos ocorrem, o que, por si só, é um dado esclarecedor para diferenciar os sistemas, civil e penal, argentinos.

Além desses três aspectos citados, há outro fator importante e imediatamente perceptível da distinção entre uma audiência cível e um julgamento pe-

nal: os tribunais orais (penais) são órgãos colegiados, compostos por três juízes, denominados *camaristas* (desembargadores) e a dinâmica, em si, de um juízo oral é muito diferente daquela de uma audiência cível, pois, em um juízo oral os debates orais ocorrem em tempo real, ou seja, o contraditório, que permite o diálogo entre acusação e defesa, se faz *durante* o julgamento e não se configura pela troca de papéis, mas por verdadeiras manifestações orais, *faladas* pela defesa, *contra-argumentadas* pela acusação (fiscalia) e *ouvidas/percebidas/sentidas* pelos juízes de forma dinâmica e imediata, o que faz diferença no momento da prolação da sentença, uma vez que aqueles que decidem, participaram do julgamento, pessoal e fisicamente.

Portanto, nota-se, nos rituais penais, de fato, um contacto direto entre Juiz e parte (acusado), mas, por outro lado, a supervalorização da forma direta de coleta da prova pelo Juiz é algo romantizado pela doutrina e não muito verificado na empiria. Para ilustrar: na fase de instrução, há uma prática (legislada inclusive –artigo 391 do Código Penal Argentino), intitulada “incorporação por leitura”, que, justamente, minimiza, senão anula o contacto dos Juízes com as testemunhas e depoentes no processo, o que se faz através da incorporação, ao juízo oral, dos depoimentos que essas pessoas eventualmente tenham realizado na fase anterior, de instrução. Significa dizer que a prova oral não é colhida na fase oral, mas aproveitada a partir da leitura pública dos depoimentos registrados e colhidos na fase anterior, de instrução.⁹⁻¹⁰

O fato é que, além de a leitura pública dos depoimentos, por si só, atentar contra a idéia da oralidade e da imediatidade –que exige que os Juízes colham pessoalmente tais depoimentos, a fim de terem contacto direto com a prova oral– o fato é que, na prática, nem mesmo a leitura acontece, pois, em nome da celeridade, quando se incorpora um depoimento por leitura, os juízes apenas indicam os números das páginas do processo de instrução onde ele se encontra. O público, portanto, não tem acesso ao teor do depoimento incorporado, já que ele não é, de fato, lido. Logo, a empiria demonstra que o discurso dogmático nem sempre tem correspondência efetiva com as práticas judiciárias, complicando a compreensão dos institutos jurídicos e a sua materialização.

Apesar disso, é um fato que o tema da imediatidade –contacto direto do Juiz com a parte– é visto como um diferencial importante entre o processo penal e o civil, destacando-se como muito positivo para o ato de decisão, especialmente em função do aspecto da *memória*, que assume um papel fundamental na administração de conflitos vista por este viés.

Em campo, enquanto eu observava juízos orais, sempre percebia que os juízes faziam muitas anotações e que, a todo o tempo, estavam com um papel e uma caneta em punho, escrevendo (ou transcrevendo) o *oral*, que ali se materializava. Os defensores e promotores, igualmente. Tal prática é valorizada e vista como uma forma de não esquecer aspectos importantes para a decisão final do processo.

Comparando-se estes julgamentos às audiências cíveis, vale registrar que eu jamais observei tal comportamento nos *juzgados civiles*, até mesmo porque, nestes, aquele que preside a audiência não é quem vai julgar a causa. Logo, uma dinâmica (oral) não influenciará na outra (escrita - sentença).

Quanto aos juízes, certa vez, em uma conversa informal, no corredor do foro, perguntei a um *camarista* o que exatamente ele anotava e ele me respondeu: “Eu anoto aquilo que percebo que vai servir para fundamentar o meu convencimento”.

Logo, observa-se, pela análise de algumas práticas judiciárias penais argentinas, que, com efeito, os *juicios orales* são muitos distintos das audiências cíveis, especialmente, sob a perspectiva da publicidade dos atos, da imeditidade da colheita da prova oral, da concentração dos atos e da presença física do juiz no julgamento.

A percepção, portanto, do problema, parece se tornar mais explícita: o Direito Argentino trata a oralidade sob essas perspectivas, valorando a presença física do Juiz e a coleta pessoal da prova como fundamentais ao curso do processo penal, o que não ocorre no processo civil.

No Direito Brasileiro,¹¹ diferentemente, a oralidade tem o seu conceito ampliado, sendo considerado oral aquele processo que incorpora qualquer tipo de manifestação oral, independentemente da presença física do Juiz ou de quaisquer atores do processo na audiência.

Deve-se destacar que a observância das práticas judiciárias penais argentinas permite perceber, ainda, outro fator interessante do processo penal, qual seja, o fato de que a presença física fundamental no Juízo Oral não é da parte, mas a do *Juiz*.

O artigo 366 do Código Penal é expresso ao permitir a ausência do acusado nos *juicios orales*, quando o próprio não quiser continuar na audiência, o que é inadmissível em se tratando da figura do Juiz.

Este aspecto chama a atenção não apenas sob a perspectiva comparativa da oralidade nas justiças penal ou civil, mas especialmente quando se pensa no

tema da inquisitorialidade do processo que, segundo a dogmática, deixou de existir justamente com a introdução da oralidade no processo penal, mas que, segundo a empiria aponta, não necessariamente foi incorporado pelo sistema, uma vez que o processo está centrado na figura do Juiz, a quem a prova se destina, e não na participação efetiva e presencial do acusado que, em casos excepcionais, torna-se dispensável (art. 366 CPP).

Fato é que, para o que este trabalho propõe, fica clara a distinção dos conceitos de oralidade, quando se observa o processo civil e o penal argentinos.

Após vivenciar as práticas judiciárias civis e penais, verifiquei que a representação da oralidade, na Argentina, é caracterizada, *não apenas*, mas notadamente, pela presença física *do juiz* e por sua atuação no juízo oral, sendo este referencial, e os seus reflexos, o marco da sua manifestação e, conseqüentemente, o principal fator para o não reconhecimento da oralidade na justiça civil, onde o juiz delega a condução dos atos processuais aos funcionários do *juzgado*.

ENTRE O CIVIL E O PENAL - A REPRESENTAÇÃO CRÍTICA DO CONCEITO DE ORALIDADE NA ARGENTINA

Este item incorpora algumas reflexões, que não são propriamente conclusivas, acerca da minha percepção sobre o tema a que me propus estudar no trabalho de campo realizado em Buenos Aires.

Por se tratar de uma pesquisa realizada em um curto período de tempo e com um viés contrastivo, oriundo da visão de uma brasileira sobre as práticas judiciárias portenhas, as reflexões que me propus a fazer trazem mais perguntas, a serem, possivelmente, mais bem investigadas em outro momento de pesquisa, do que respostas.

As práticas permitem perceber que a oralidade é pensada na Argentina como um juízo público, no qual a presença física do Juiz é um diferencial.

A oralidade não é um método, um princípio ou um sistema. É uma etapa e uma forma de processualizar os conflitos.

Um *fiscal* (promotor) com quem conversei definiu precisamente a sua concepção acerca da oralidade:

Quando se pensa em oralidade se pensa em juízes, fiscal, defensor, partes, testemunhas e o público. A oralidade é o juízo. Até tem manifestações orais em outros momentos do processo, mas não se chama oralidade. A oralidade é propriamente um juízo. O que configura a oralidade é o debate oral; é a presença do juiz no momento da coleta das

provas. No penal, o juiz escuta pessoalmente as testemunhas, o advogado de defesa e a acusação. No civil, o juiz não escuta nada. No penal, o juiz escuta e decide na hora. Isso é oralidade. Ele participa efetivamente do debate. Ele atua no debate; participa ativamente, não recebe nada pronto. No civil, ele pega tudo o que está escrito, lê e decide. Aí está a diferença.

Um Juiz de *juzgado civil* que tive a oportunidade de entrevistar também me forneceu a sua visão sobre o tema: “tem muita oralidade no cível, a diferença é a presença do juiz em todos os atos e a decisão ser proferida no mesmo dia em que as coisas acontecem”.

Inferese dos dados que a presença do juiz e a sua efetiva participação no transcorrer do processo é, pois, a característica fundamental, presente no penal e ausente no civil, que distingue a representação da oralidade e caracteriza a sua percepção na dogmática.

Receber de forma imediata, direta e simultânea a prova produzida no processo e fundamentar a decisão com base nisso é o que caracteriza a oralidade e o que a difere no civil e no penal.

Um juiz de *juzgado civil*, desabafando sobre os diversos problemas enfrentados na justiça civil, ao tratar da oralidade, destacou:

O juízo oral é rápido; é mais próximo das partes e dos advogados; é dinâmico; tudo ocorre ao mesmo tempo, no mesmo dia. Eu só não sei se os advogados estão preparados para se expor assim. Aqui, pela minha experiência, os advogados não estão preparados. De qualquer forma, seria muito melhor que tivesse oralidade no cível também. Aqui a gente só ouve; não existe um debate; não há manifestações orais das partes; não há quase nada. Há rasgos de oralidade, mas ainda é muito burocratizado o processo civil. Ouvir testemunhas não é oralidade. O juiz não está presente, de quê adianta? As partes não falam sobre o processo, não há um debate sobre o tema do processo. A audiência cível é um ato formal, meramente burocrático. É para cumprir o código. O máximo que fazemos é tentar uma conciliação, mesmo assim, se os advogados não querem, não querem e pronto.

Embora exercer um juízo crítico acerca da oralidade não tenha sido o propósito do trabalho, não poderia deixar de manifestar isto, que restou evidente no campo, não apenas diante dos dados destacados neste trabalho, mas também por conta de outras questões que não puderam ser aqui tratadas.

Segundo me foi possível perceber, a oralidade, mesmo no processo penal, não configura os ideais que a dogmática construiu e não se caracteriza como uma garantia democrática, tal como a doutrina a incorpora em seus manuais.

Há muitas críticas sobre o rumo que a oralidade tomou no processo penal, destacando-se: 1) o fato de se tratar de uma etapa que não se desprende da fase

inquisitorial da instrução, tendo-a como paradigma, destinando-se, muito mais, a confirmar os dados escritos do processo de instrução do que, propriamente, constituir uma nova e distinta fase de administração do conflito pelo Judiciário; 2) a prática da incorporação de depoimentos por leitura, já aqui explicitada; 3) a morosidade causada pelos procedimentos dos juízos orais;¹² 4) os gastos financeiros expressivos para implementá-la (Díaz, 1995); 5) a preponderância da escrita, demonstrando o quanto esta tradição está arraigada na cultura jurídica.

Diante de tantos empecilhos, os Tribunais começaram a ter de criar práticas que facilitassem o trabalho, já que reproduzir os anseios da lei no processo penal não era possível. Carlos Díaz (1995), para ilustrar, aponta uma das estratégias dos tribunais para evitar a protelação dos juízos: segundo ele, alguns tribunais orais –a fim de permitir a incorporação dos depoimentos por leitura e evitar que juízes mais rigorosos insistam na coleta direta dos depoimentos– não mandam as notificações para o endereço correto das testemunhas, a fim de garantir que elas não vão à Justiça prestar depoimento e, com isso, manter o calendário do juízo “limpo”.

O descrédito acerca da materialização da oralidade no processo penal foi também ressaltado em campo, destacando-se o depoimento de um secretário letrado de um *juizado* de instrução com o qual conversei, que assim explicitou as dificuldades da sobrevivência do sistema oral no processo argentino:

O oral é ótimo no papel. Implementar isso na prática é muito caro e é um procedimento muito mais demorado. Aqui [na instrução], o juiz assina vários processos e se toma de quatro a cinco depoimentos de uma vez, no mesmo momento. Formalmente, o juiz figura na ata, como se ele próprio tivesse colhido a prova, mas é óbvio que isto seria impossível. É humanamente impossível dar conta de tudo, então, logicamente, que as funções são delegadas. O juiz assina coisas que eu e os meus funcionários fazem. No oral não tem jeito, o juiz tem de estar presente. Ele delega a leitura do processo etc., mas tem de estar necessariamente presente durante o juízo oral e os juízos orais demoram, pelo menos, um dia inteiro. Quer dizer, um dia inteiro para dar uma única sentença. Não tem condições de funcionar. É antieconômico. As coisas acumulam e não se resolve nada direito. De que adianta dizer que é democrático, que aproxima a sociedade, se emperra? Está ocorrendo o que já era previsto, pelo menos por mim: os tribunais orais estão assoberbados, entupidos de processos, com tudo atrasado e, para resolver isso, têm que correr para dar conta, inventando artifícios, tendo criatividade e aí, às vezes, até prejudicando as pessoas. Então, por exemplo, começam a incorporar por leitura tudo que a gente faz aqui...mesmo assim, para se ter uma idéia: de tudo o que fazemos aqui, vai, em média, apenas 4% para juízo oral. Se mandássemos tudo que chega para nós, o sistema estaria totalmente emperrado. A gente faz um filtro do que deve ir para juízo oral. E, mesmo do que sobe para o tribunal oral, o que vai para juízo é menos ainda, ou seja, é menos de 4%.

A crítica exercida neste momento conclusivo destina-se, tão-somente, a tentar apontar que, assim como se observa no Brasil, também na Argentina existem duas lógicas que atuam no campo do Direito, e se contrapõem: o discurso teórico e a empiria.

Portanto, o campo permitiu observar que não apenas a representação da oralidade é distinta nas justiças civil e penal, como também a sua própria materialização é questionável, mesmo no processo penal, onde os rituais não incorporam o que a lei e a dogmática manifestam discursivamente, explicitando um processo penal aparentemente oral, mas empiricamente escrito, uma vez que privilegia a reprodução de lógicas escritas de construção dos fatos e da verdade.

NOTAS

¹ A proposta deste trabalho é lançar um olhar *crítico* sobre as práticas judiciárias dos Tribunais da Capital Federal Argentina, mas sem a pretensão de, efetivamente, realizar um estudo comparado com os rituais processuais brasileiros, nos moldes da Antropologia Social, pois o curto período do trabalho de campo realizado não permitiria um exercício dessa natureza. Desse modo, convém destacar, desde logo, que as minhas reflexões não incorporam uma pretensão comparativa e, por conseguinte, não buscam categorias generalizantes, pois os dados (e a sua respectiva interpretação) estão localmente contextualizados. Trata-se, simplesmente, de uma pesquisadora brasileira *olhando* para as práticas processuais adotadas pelos Tribunais da Capital Federal Argentina.

² Em todos os momentos do texto em que eu me referir à Argentina, quero dizer, especificamente, Buenos Aires, que é a Capital Federal, onde realizei o trabalho de campo.

³ A dissertação que desenvolvi foi publicada: Lupetti Baptista (2008)

⁴ Ver Sosa Arditi y Fernández (1994); Díaz (1995); Jaramillo (2005); García Maañon (2001).

⁵ A expressão dogmática jurídica é aqui representada como equivalente à doutrina jurídica, que, no campo do Direito, representa “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).

⁶ Aqui, convém prestar um esclarecimento: quando destaco, neste tópico, algumas semelhanças percebidas entre os sistemas brasileiro e argentino, restrinjo-me à observação de certas manifestações empíricas, uma vez que, formalmente, o sistema judicial argentino estabelece uma fragmentação de formas processuais em todo o País, ora apresentando-se como um sistema misto, como é o caso da Cidade de Córdoba, ora como acusatório, como

é o caso da Província de Buenos Aires, dentre outros, o que sugere que essas diferentes formas de administração do sistema de justiça e esses distintos métodos marcam importantes diferenças na percepção e no uso da oralidade processual. Aliás, convém mencionar que os Códigos Processuais Argentinos, diferentemente dos Brasileiros, não são nacionais, mas locais, sendo certo que cada Província/Estado tem a sua própria norma processual, fato que, por si só, sugere uma relevante distinção entre ambos os sistemas, brasileiro e argentino.

⁷ Outra diferença importante que marca o contraste verificado entre o processo civil e o processo penal argentino é a natureza de cada um. No processo civil, as partes dispõem da ação e podem, ou não, concluir o processo voluntariamente, enquanto no penal a ação é indisponível.

⁸ A redação do art. 125, I, CPC, prevê, como regra, a publicidade das audiências, destacando os casos excepcionais, quais sejam, quando a publicidade afetar a moral, a ordem pública, a segurança ou o direito à intimidade das partes.

⁹ É importante destacar que nem todos os Juízes adotam esta prática. Há alguns *camaristas* –representantes da minoria, mas que, no campo, foi possível observar– que acreditam que, no *juicio oral*, não podem sofrer nenhuma influência da etapa de instrução e que, por conseguinte, para o seu convencimento, não podem ter acesso a nada do que ocorreu antes do juízo oral. Para estes, o juízo oral é a primeira e quase única etapa do processo, onde tudo vai acontecer e onde o convencimento será puramente formado, sem nenhuma influência. Assim, tais *camaristas* vão para a sessão oral sem saber do que se trata o processo, sem ter conhecimento sequer do nome da parte. Em um dia, o dia do *juicio oral*, tomam ciência do fato, da suposta autoria, das provas, e julgam, com base, tão-somente, naquilo que presenciaram na sessão. Impõe destacar que a *incorporação por leitura*, nos juízos penais, conforma o sistema processual misto, onde, suspostamente, se vinculam o modelo acusatório e o inquisitório.

¹⁰ Um destacado empecilho à incorporação por leitura é o fato de –em grande parte dos processos em curso nos *juzgados* de instrução –o interrogatório e os depoimentos serem colhidos sem a presença da defesa, por se tratar de uma fase eminentemente inquisitorial. Aceitar tais provas na fase oral do processo significa transferir a inquisitorialidade para uma etapa do processo que se representa como acusatória e democrática. O debate sobre o tema da incorporação por leitura ainda é caloroso, entretanto, vale dizer que tal prática vem sendo cada vez mais utilizada, especialmente porque os juízos orais estão abarrotados de processos e os juízes querem julgá-los o mais rapidamente possível. Incorporando ao processo depoimentos tomados na fase de instrução, os juízos terminam mais depressa. Trata-se de mais um exemplo de prática judiciária que desarticula o discurso dogmático, que vê a oralidade como um instrumento que veio para democratizar o processo e extirpar a inquisitorialidade do sistema processual argentino. Sobre o tema ver: Fallo Héctor Abasto. Cámara Nacional de Casación Penal, sala I, julgado em 11/02/99. Tal decisão entendeu ser inconstitucional a incorporação por leitura, anulando sentença de um tribunal oral

que assim procedeu. No sentido contrário, ver Daray (2000). Trata-se de artigo jurídico que comenta o Fallo Héctor Abasto, criticando-o, no sentido de entender ser cabível a incorporação por leitura, não sendo absoluto o princípio da imediação.

¹¹ A proposta deste *paper*, como dito, não foi comparar os sistemas processuais argentino e brasileiro. Porém, apenas para explicitar um aspecto interessante que os diferencia, convém mencionar que, no Brasil, o sistema do Tribunal do Júri é obrigatório em crimes dolosos contra a vida (art. 5º, inciso XXXVIII, alínea d, da Constituição Federal de 1988), comportando uma forma absolutamente diferenciada de administração da justiça, fato que não ocorre em Buenos Aires, onde o procedimento por jurados vem sendo implementado em algumas Províncias, como Córdoba, mas ainda não é uma prática nacional, encontrando resistência por parte de juristas para a sua implementação. Esta discussão, notadamente, sob o prisma da *crença* de que o sistema brasileiro seria acusatório, enquanto o Argentino seria misto, pelo simples fato de haver juízo por jurados, é tema de grande complexidade, que, para ser tratado com a merecida dedicação, exigiria outro *paper*, algo que, efetivamente, não é a minha proposta.

¹² Este tema mereceria um trabalho à parte, mas vale ao menos mencionar o quão distorcida é a visão da oralidade, quando analisada em conjunto com a celeridade. Há discursos em todos os sentidos: muitos acreditam que a oralidade surgiu para solucionar o problema da morosidade do judiciário, imprimindo uma forma mais célere de prestação jurisdicional, uma vez que o juízo é concentrado, reunindo-se no mesmo ato –o juízo oral– a produção das provas e o julgamento; outros, por outro lado, vêem a oralidade como um entrave para a justiça, como um procedimento que causou o abarrotamento dos tribunais, tendo em vista que não se pode delegar as tarefas fundamentais e, por conseguinte, os juízes têm de fazer tudo e não dão conta da demanda. Enquanto na instrução, colhem-se diversos depoimentos ao mesmo tempo, no juízo oral é necessário que três juízes dediquem o seu tempo integral para ouvirem, juntos, um depoimento de cada vez. Tive acesso a um projeto piloto a ser implementado na justiça penal de Mar del Plata, elaborado pelo *Centro de Estudios de Justicia de las Américas* – CEJA, cujo objetivo é implementar a oralidade desde a instrução penal preparatória, a fim de desburocratizar o processo. Neste projeto, há diversos argumentos e estatísticas que demonstram o “fracasso” dos procedimentos dos juízos orais tal como pensados, no que tange à celeridade processual. Consta no projeto que há tribunais orais demorando quatro anos para designar as datas dos juízos.

BIBLIOGRAFIA

- CLARÍA OLMEDO, Jorge A. 1998. *Derecho Procesal Penal*. Tomo I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- DARAY, Roberto Raúl. 2000. “Incorporación de prueba al debate”. *Prudentia Iuris*. Nro. 53: 109-119.

Entre prácticas judiciarias brasileiras e porteñas... / Bárbara Gomes Lupetti Baptista

- DÍAZ, Carlos Chiara. 1995. *La oralidad en la Argentina*. Ponencia presentada en el Congreso Internacional de Oralidad en Materia Penal. La Plata, 5, 6 y 7 de octubre.
- DINIZ, Maria Helena. 1994. *Compêndio de introdução à Ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva.
- EILBAUM, Lucía. 2008. *Los 'casos de policia' en la Justicia Federal en Buenos Aires: el pez por la boca muere*. Buenos Aires: Antropofagia.
- GARCÍA MAAÑÓN, Ernesto A. A. 2001. *Juicio oral, sentencia arbitraria y recurso de casación en la Provincia de Buenos Aires*. Buenos Aires: Editorial Universidad.
- GEERTZ, Clifford. 1999. "O Saber Local: fatos e leis em uma perspectiva comparada". En: *O Saber Local: novos ensaios em antropologia interpretativa*. Petrópolis: Vozes. pp 249-356.
- JARAMILLO, Carlos Arturo Cano. 2005. *Oralidad, debate y argumentación*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez.
- KANT DE LIMA, Roberto. 2005. Policía, justicia y sociedad en el Brasil. En: S. Tiscornia y M. V. PITA (Orgs.). *Derechos humanos, tribunales y policías en Argentina y Brasil: estudios de antropología jurídica*. Buenos Aires: Antropofagia, pp 89-115.
- LUPETTI BAPTISTA, Bárbara Gomes. 2008. *Os Rituos Judiciários e o Princípio da Oralidade: construção da verdade no processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris.
- SOSA ARDITI, Enrique y FERNÁNDEZ, José. 1994. *Juicio oral en el proceso penal*. Buenos Aires: Editorial Astrea.