

REFLEXÕES SOBRE A PRODUÇÃO DA PROVA ORAL EM MEIO TELEMÁTICO NO PROCESSO DO TRABALHO*

Eduardo Henrique Raymundo von Adamovich**

Ultrum gravius aliquid in quempiam dici potest, quam ad hominem condemnandum, quem numquam vidisset et audisset, adductum pretio esse? (Cícero, in *A. Caecina*, X, citado por Chiovenda, Giuseppe, in *Saggi di diritto processuale civile*, vol. II. Milão, Giuffrè, 1993, p. 211).

1 - CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

Os juízos do trabalho são, por definição, juízos de equidade¹. Não faria qualquer sentido falar em especialização do Direito e do Processo do Trabalho, não fosse por estarem eles sujeitos a uma racionalidade jurídica distinta daquela que governa o Direito Comum. Nesta última seara imperam o raciocínio normativista e o abstratismo que lhe são próprios. Naquela outra juslaboralista, valoriza-se a concretude de uma ordem social e econômica que precede e condiciona a ordem jurídica, impondo limitações ao abstratismo normativista e ao imperativo do positivismo legalista. Como se costuma dizer, concebidos para serem juízos “menos jurídicos”,

* Este artigo foi publicado antes em: 1º Ciclo de Palestras do grupo eletrônico - Ágora Trabalhista; Direito e Processo do Trabalho no ano de 2020, São Paulo; Anais do 1º Ciclo de Palestras do grupo eletrônico - Ágora Trabalhista; Direito e Processo do Trabalho no ano de 2020 *eBook Kindle*. São Paulo; ESA-OAB-SP-Publicações, 2020. v. 1. p. 39-64.

**Doutor em Direito (Faculdade de Direito da USP); magistrado e professor no Rio de Janeiro.

¹ Como explica Liebman, equidade não quer dizer arbítrio do juiz, o qual deve, como juiz de equidade, fazer-se intérprete do sentido ético-jurídico difuso na sociedade do seu tempo, que é algo como um direito no estado amorfo; de modo que o critério equitativo, que intervém para temperar as asperezas da rígida aplicação da lei, possa por sua vez ser sentido como preceito geral, aplicável a todos os casos idênticos àquele no qual foi aplicado. Cfe. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*. 5. ed. Milão: Giuffrè, 1992. p. 168.

os juízos do trabalho devem procurar conformar-se não com uma suposta e insondável “verdade real”, mas sim com uma capacidade mais elevada de reflexão sobre as narrativas à luz da experiência da vida, tendo por finalidade produzir soluções que reproduzam o caráter ideal das aspirações normativas, sem desequilibrar o meio social e econômico, já que, tratando em regra com fatos passados, a apreensão de qualquer realidade é antes uma questão de fidelidade das narrativas e de avaliação delas sob a ótica das máximas de experiência da vida em sociedade². Julgar por equidade é cunhar para cada caso uma proporção equilibrada entre as pretensões, não necessariamente antagônicas, mas em posição de desequilíbrio frente aos padrões sociais e econômicos desejáveis pela ordem jurídica e alcançáveis diante do estado de fato do meio social. A acuidade na reflexão sobre os discursos que são lançados no processo, seja por narrativas de fato ou por construções teórico-jurídicas, ou mesmo filosóficas ou sociológicas, é uma capacidade inarredável do exercício da judicatura neste campo, mas, mais do que ela, é necessária aquela outra criativa de soluções que conformem todos os interesses e seus diversos aspectos em jogo na dimensão do processo.

Longe de esgotar-se essa tarefa na mecânica audição e reprodução das narrativas subsumidas aos arquétipos legais formais sob a estrutura de decisões judiciais, duas capacidades nem sempre suficientemente valorizadas no meio jurídico e na formação dos estudantes da área vêm à baila como indispensáveis, para não se dizer fundamentais. Trata-se da capacidade retórica na construção das narrativas na petição inicial e na defesa e o domínio das artes do teatro da produção da prova oral. Para além do conhecimento jurídico para associar a narrativa com a teoria da distribuição dos ônus da prova e a concepção de resultados lógicos e tecnicamente aceitáveis que se ofereçam ao final como proposta de decisão capaz de empolgar o juízo, há o que mais de perto interessa a este escrito, que é o teatro da produção da prova oral. Não se enxergue no emprego do termo teatro qualquer conotação negativa, entre as inúmeras

² Para os que enxergam caráter meramente subsidiário no emprego das máximas de experiência pelo juiz, mercê da literalidade do art. 335 do CPC de 1973, hoje correspondente ao art. 375 do CPC, de 2015, valem as observações de José Carlos Barbosa Moreira, lembrando que, apesar do que sugere essa literalidade, a aplicação das normas e das regras de experiência tem caráter concorrente, senão por vezes complementar, quando, por exemplo, o legislador redige a norma valendo-se de conceitos que o juiz deverá clarificar e integrar à luz das máximas de experiência. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 68/70.

conhecidamente atribuídas à prova oral. Trata-se de reconhecer que a dimensão da reprodução narrada dos fatos nas audiências, tal e qual a arte da representação teatral, envolve rituais, técnicas de expressão oral e de expressão corporal, limites para essas formas de expressão e talentos que vão além do que corriqueiramente se pode supor. Parece curial perceber que todos estarão ali na ânsia de ver reproduzidas, no desempenho dos atores e com perfeição, suas construções retóricas, ao passo que se reserva ao juiz, a um só tempo, o papel do diretor e, ao final, aquele outro do crítico e do expectador, que produzem as avaliações técnica e popular sobre o espetáculo que se desenrolou. Ao contrário do que se pode imaginar, por mais impávido, neutro e distante que procure exercer seu papel o juiz, a já adoção dessas e de outras quaisquer condutas constituem formas de intervenção no resultado final da narrativa. Para os atores, a capacidade que mais se valoriza, antes de ser a vulgarmente imaginada reprodução fiel da narrativa ou mesmo a passagem das mensagens sabidamente subliminares, sobreleva-se aquela outra de imprimir no espírito da audiência os sentimentos e as ideias que se intenta transmitir, antes mesmo do que as palavras ou as formas jurídicas.

Gestos, expressões, entonações, sotaques, visões de mundo subjacentes, silêncios eloquentes e tantas outras formas de expressar ideias e sentimentos têm imensa importância, mas não podem ser interpretados isoladamente, já que dependem da intervenção dos demais participantes do mesmo evento. Para além das artes da expressão, há as artes da pergunta, da sugestão e da direção. Seria ingenuidade não perceber que há também mestres nestas últimas artes entre os advogados e mesmo entre os magistrados, sabendo-se também, é claro, que seria inocência não menos elevada constatar que essa direção da obra teatral que exercem os magistrados pode ser direcionada por concepções, ou por vezes preconceitos mesmo, que podem acabar influenciando para o bem ou para o mal no resultado final. Não se exclua desse quadro extremo de grandes artes e grandes vícios a existência de pessoas frias o suficiente para sustentarem as mais demolidoras versões, mentirosamente, sem qualquer mínimo traço de arrependimento³. Com efeito, há testemunhas

³ Trata-se de problema dos mais delicados em tema de prova, que é aquele da moralidade dela. Vale sempre rememorar que a regra do art. 332 do CPC de 1973, correspondente ao atual art. 369 do CPC de 2015, descenderia do art. 87 do CPC do Vaticano. Cfe. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual* - Quinta série. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 194/195.

que, para o bem ou para o mal, poderiam habilitar-se a concorrer aos mais destacados prêmios de representação teatral, assim como há também magistrados que, à semelhança dos melhores diretores, são capazes de fazer reproduzir com brilho na obra cenográfica toda a concepção que fizeram em seu roteiro para a peça⁴. Eis o grande problema dos juízos que se devam escorar grandemente em narrativas de fato, como aqueles do trabalho, mas não só eles, também outros, como os de família, criminal⁵, da criança e do adolescente, do consumidor e outros tantos. É muito delicado decidir se o ideal é que haja um juízo de instrução, que conceba e reproduza a obra, e outro de avaliação crítica, que julgue os resultados dessa obra, ou que o melhor seria o mesmo juiz, que já tem viva na sua mente a expressão artística da obra que acompanhou desde o início, funcionar ao final como o seu grande expectador e crítico, que entregará à sociedade a sua avaliação desse conjunto como regra para reger as relações entre aqueles atores. Com efeito, não há uma fórmula perfeita e todas têm defeitos, devendo a decisão conformar-se à prevalência dos princípios que se quer prestigiar em maior medida. No caso da jurisdição do trabalho, convencionou-se, historicamente, optar pelo juiz força viva na relação processual, aquele que nela interfere do começo ao fim, desde a construção do roteiro, quando avalia a petição inicial, até aquele outro desempenho de crítica já mencionado. Como se disse, isso tem vantagens e desvantagens.

Não se tendo estabelecido como propósito deste escrito fazer uma análise crítica desse teatro do processo do trabalho, as considerações acima servem unicamente para pontuar como tudo se passa no desenrolar fático, “real”, da audiência, não se descuidando que, também esse teatro, destina-se a traduzir-se em narrativa para ser encartado ao processo que,

⁴ Para os que desdenham desse problema, talvez valesse conferir, no Sermão de 6 de março de 1316, a sentença do inquisidor Bernardo Gui contra Joan de la Salvetat, por falso testemunho, in THÉRY, Julien (org.). *Le livre des sentences de l'inquisiteur Bernardo Gui*. Paris: CNRS, 2010. p. 139/148. O texto mostra a atuação direta do então “inquisidor da depravação herética no Reino da França” na construção da prova que lhe serve de fundamento para a conclusão, relegando a uma dimensão romaneada a figura de um inquisidor puramente isento, revelador de verdades ocultas.

⁵ Esse problema não parece novo, sobretudo na seara criminal, e, por vezes, o legislador tem sido levado a aceitar provas menos idôneas em favor da solução de casos de difícil prova. Não por acaso, o exemplo lembrado na hipótese vem do antigo “Livro Terrível” das Ordenações Filipinas, que foi o seu Livro V, citado por MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*, tomo IV. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 322.

por definição, é virtual, envolvendo, também aí a questão da fidelidade das narrativas e todos os problemas da sua interpretação. Em uma palavra, agora na direção precisa do tema que anima este escrito, ao contrário do que a narrativa pode sugerir, a transposição da audiência da dimensão “real” representada pela reunião de todos em um espaço único para o seu desenrolar, para um outro de reprodução telemática ou “reunião” telemática dos diversos atores, põe ainda outros problemas, se não agrava ou altera aqueles outros tantos já acima destacados para o teatro da audiência como ensaio para a reprodução literária dos fatos no processo. Trata-se de questionar os problemas desse novo teatro, para procurar saber em que medida todo o quadro antes narrado se alterará ou não, ganhará vantagens ou desvantagens, atenderá ou não aos arquétipos jurídicos ou aos princípios que animam essa dimensão do Direito. Antes de um exame exaustivo, na dimensão de um escrito meramente ensaístico e de reflexão inicial, busca-se pautar alguns elementos de reflexão para além das considerações mais óbvias e usuais. Logo, antes de haver preocupação com prazos, requisitos e outros, procurar-se-á discutir em que medida o teatro da audiência, antes desenhado, sofre alterações com a sua transposição de uma dimensão “real” de reprodução cenográfica para uma outra de orquestração telemática, passando o registro final da forma literária, escrita, como narrativa construída pelos atores e sintetizada pela obra do juiz e dos advogados, para converter-se num registro visual e auditivo, que escapa aos confins dessa narrativa literária até então prevalecente e pode ou não apresentar vantagens ou superação em relação ao método anterior. Eis o desafio que esse escrito propõe.

2 - PROBLEMAS PARA A PRODUÇÃO TELEMÁTICA DA PROVA ORAL

A concepção do processo telemático, denominado processo “eletrônico”, traz incontáveis modificações ao campo do Direito Processual⁶.

⁶ Para um panorama mundial e bem recente da matéria, incluindo questões relativas à crise do Covid-19, consulte-se o relatório da Biblioteca do Congresso Norte-Americano, inclusive com breve referência ao processo eletrônico no Supremo Tribunal Federal, em <https://www.loc.gov/law/help/virtual-civil-trials/virtual-civil-trials.pdf>. É interessante também conferir a experiência italiana, de já quase uma década, com a instalação parcial do processo civil eletrônico, em que se repetem vários dos problemas já encontrados no Brasil com a instalação integral do mesmo tipo de procedimento na Justiça do Trabalho. Confira-se em <https://pst.giustizia.it/PST/>.

A primeira e mais evidente modificação é a substituição da documentação em papel por aquela outra em registros computadorizados. Há vantagens e desvantagens em uma e na outra e a discussão delas tomaria, por si só, a dimensão de um trabalho específico que escapa ao objeto do presente. Há, porém, mais. Resta definitivamente abalado o conceito de territorialidade da jurisdição e é visível a resistência de doutrina e jurisprudência à novidade, insistindo ambas, quase sempre, em tratar o tema sob a ótica de antigos conceitos. Se a jurisdição é una e a competência pode ser considerada uma forma de divisão do serviço judiciário segundo os diversos critérios legal e doutrinariamente aceitos, sobretudo aquele que diz respeito à divisão territorial de competências parece severamente comprometido. Com os dados dos processos colecionados em meio digital e acessíveis àquelas pessoas devidamente credenciadas a tanto em qualquer lugar em que se possa captar por via telemática esses registros, não faz mais qualquer sentido manterem-se onerosos edifícios públicos, com máquinas, funcionários e outras tantas despesas nas mais diversas localidades de divisão territorial dos diversos ramos do Poder Judiciário. Se ainda não desapareceu, por certo reduziu-se radicalmente a necessidade da presença desses servidores e magistrados nas diversas localidades. Ressalvada a necessidade de colheita da prova oral, por facilidade de acesso dos interessados e a acessibilidade dos advogados aos magistrados para os casos mais urgentes, bem como a necessidade de conhecimento por estes últimos das peculiaridades de cada localidade e ainda aquela outra necessidade da prática de atos materiais, atos de comunicação processual ou de execução, por exemplo, nessas diversas localidades, não há por que manter nelas toda estrutura que ainda se mantém. Para a colheita da prova que não pudesse ser feita à distância, poderia haver um juiz instrutor, que também funcionaria nos casos urgentes, assim como o plantão de oficiais de justiça para esses casos e o que mais houvesse de atos materiais a serem praticados em cada lugar. No mais, os magistrados e servidores, todos e por economia, poderiam estar reunidos em um único edifício, de localização central, para o desempenho de suas atividades pelo meio telemático, para não se falar no trabalho à distância, em domicílio, que cresce e também revela considerável redução de custos. A estrutura atual, com efeito, está obsoleta e cara. Deverá ser radicalmente mudada em futuro próximo, o que implicará necessariamente a alteração das leis processuais, primeiramente no que diz respeito a esse aspecto de territorialidade.

As mudanças não serão simples, contudo. Não se muda da noite para o dia um sistema arraigado de conceitos, que se prolonga já há muitos

séculos e, além do mais, haverá uma infinidade de raciocínios a serem revistos e uma não menor quantidade de problemas até então impensados a ser enfrentada. Muito do que hoje se supõe fácil pode revelar-se, na prática, difícil ou mesmo impossível, ou, quando factível, determinar a revisão de um número considerável de procedimentos até então concebidos para segurança e validade dos atos. Assim é que, quando se pensa concretamente na produção da prova oral à distância, vem à mente, em primeiro lugar, a superação de antigos e complexos procedimentos, como, por exemplo, a carta precatória inquiritória⁷. Para se ouvir alguém em outra comarca, não haverá mais necessidade de expedição de atos de um juízo a outro, até mesmo porque o juízo da causa poderá, à distância, proceder a essa oitiva, se for autorizado a tanto pela legislação, como de fato já o é em algumas circunstâncias⁸. Se houver a imposição de que

⁷ Não é tão simples quanto pode parecer a oitiva de testemunha em país estrangeiro, por meio telemático, ou a denominada videoconferência, prescindindo de carta rogatória inquiritória. O primeiro problema que aparece é o de territorialidade da jurisdição, para não se falar em diversos outros aspectos práticos. É sabido que a testemunha, quando depõe, deve prestar compromisso e que, se mentir, sujeita-se à punição criminal própria. Tratando-se de testemunha domiciliada em outro país, ainda que ela atenda a uma convocação do juízo brasileiro, o que faria certamente de forma espontânea, já que para a convocação compulsória seria necessária a expedição da carta rogatória, nem por isso se poderia aceitar esse seu depoimento espontâneo, a não ser que o juízo o recebesse como simples informação, sem a tomada desse compromisso legal. Parece intuitivo perceber que esse compromisso, tomado de forma espontânea e fora dos limites oficiais do país de residência dessa testemunha, quando muito a vincularia em relação à legislação brasileira, o que poderia parecer inócuo, se ela não viesse jamais ao território deste país. Para que se pudesse vincular a testemunha ao compromisso sem a intervenção das autoridades competentes do seu país de residência, depender-se-ia da existência de normas internacionais que vinculassem esse Estado estrangeiro e emprestassem validade a esse depoimento, ou que esse próprio Estado estrangeiro, mesmo não tendo autorizado o depoimento, entendesse-o válido e vinculante para a testemunha. De outro modo, tomado o compromisso pelo juízo brasileiro de testemunha que jamais alcançaria o território deste país, nem estivesse vinculada por qualquer compromisso de ordem internacional, não considerando válido o depoimento as autoridades de seu país de residência, seriam bastante discutíveis a validade e a efetividade desse compromisso de depoente, para não se dizer, por vezes, inócuo. Problemas semelhantes foram considerados na Austrália e algumas considerações a respeito, bem como outras tantas sobre *videoconferencing* no processo daquele país, podem ser encontradas em <https://perma.cc/4XL9-R2XV>.

⁸ O CPC de 2015 contém disposições a respeito nos arts. 236, §3º; 385, §3º; 453, §§1º e 2º; 461, §2º; 937, §4º.

essas oitivas se façam em edifícios públicos, com equipamentos e sob a supervisão de servidores públicos, é claro que muito do que hoje se faz ainda permanecerá necessário, mas se for admitida a oitiva em local privado e com equipamento próprio ou cedido por terceiro, desde que logicamente compatível com aquele com o qual deverá conectar-se para que se proceda à oitiva, muito do aspecto ritualístico e publicístico da produção da prova oral se perderá, valorizando-se um diálogo mais direto da parte ou da testemunha com o juiz do caso, ou aquele, conforme os ritos, encarregado da instrução da causa. Essa superação ritual e formalística não é, contudo, isenta de problemas, nem imune a vícios e, submetida a uma devida reflexão, pode mostrar-se mais complexa do que parece à primeira vista⁹.

A se admitir que se possa proceder à oitiva de partes e testemunhas à distância, a partir de qualquer localidade e dependência privada ou pública, que se possa conectar validamente com o sistema da Justiça de recepção e registro desses atos, abstraídas as questões materiais ligadas ao local, às instalações e os equipamentos, supondo que o mais provável é que essa prática, não havendo prédios públicos locais ou não sendo possível utilizá-los, venha a transferir-se para escritórios de advogados, percebendo-se também que o mais provável é que partes e testemunhas, em regra, não disponham de locais e equipamentos adequados para tanto, ter-se-á a transferência do teatro de manifestação dessas partes e testemunhas do foro ou sala de audiências para os escritórios de advogados ou outras localidades especiais designadas para tanto. Tem-se com isso já um elemento, por assim dizer, de privatização desses atos, com o deslocamento do teatro do seu desempenho, ainda que se considere - e se possa elogiá-los por isso - os advogados no alargamento de seu múnus público ao fazerem-no. É também de logo perceptível a perda de parte da solenidade ritual, já que não haverá um local público próprio, nem a figura do juiz fisicamente presente e a reunião pública típicos das audiências de colheita de prova oral. Haverá nisso a vantagem de eliminar em alguma medida o temor reverencial que costuma tomar algumas pessoas nessas

⁹ Relembre-se de que mesmo a confissão deve ser recebida com algumas reservas, não podendo o juiz desonerar-se de avaliar todo o conjunto probatório. A confissão só se pode admitir como verdade e critério de convencimento do juiz, de forma irrestrita, quanto a direitos disponíveis e em situações que não suscitem interesse público ou de terceiros a ser preservado. Já o dizia DEMELIUS, Gustav. *Die confessio im Römischen Civil-Process*. Graz: Leuschner & Lubensky Verlag, 1880. p. 5, nota a-2, e 391.

oportunidades, o que pode fazer com que falem com mais desenvoltura. O registro do áudio e das imagens desses atos pode, por outro lado, funcionar como um novo elemento inibitório, já que todos saberão que o que ficar dito será registrado em sua inteireza e não dependerá mais de transcrição ou registro de resumo escrito, como interface interpretativa, que antes podia limitar ou ampliar o alcance e o sentido do que fosse dito, ou, mesmo depois de falado, alterado ou negado, uma vez que, de regra, não se fazia antes gravação dessas falas. Havia mesmo situações em que o depoente fazia uma afirmação e depois a negava, dizendo que os presentes a teriam entendido equivocadamente ou até que não teriam sido aquelas suas palavras, já que nada ficava gravado. O registro completo das expressões de partes e testemunhas será um privilégio para a oralidade¹⁰, à medida em que detalhes, que antes podiam escapar a uma transcrição, serão agora literalmente colecionados, por vezes, com registros cinematográficos¹¹. Tais vantagens, porém, encontram também seus aspectos negativos e suscitam novas dificuldades.

Parece logo problemático algo que é menos formal do que pode parecer à primeira vista, que é a identificação, sobretudo das testemunhas. Não raro estranhas ao menos a uma das partes, ou ao menos desconhecidas dos advogados, do juiz e de servidores que interfiram na produção da prova à distância, elas precisam apresentar identificação. Já está assimilada pelo processo telemático a juntada de cópias gravadas através de *scanners* das imagens dos documentos de identificação. Não é menos sabido também que se pode promover a responsabilidade legal de quem por acaso apresente cópia que não corresponda à realidade, ou que apresente uma pessoa no lugar de outra, ou ainda que recorra a qualquer outro expediente fraudatório na identificação de qualquer sujeito interveniente no processo. O problema não está, contudo, na possibilidade de punição, nem na efetividade dela, mas, antes, na probabilidade de detecção tempestiva e

¹⁰ A oralidade, normalmente alçada por alguns à altura de princípio do Direito Processual do Trabalho, tem corolários como a imediatidade ou imediatez, concentração dos atos processuais em audiência ou a irrecorribilidade das interlocutórias. Todavia, o seu sentido mais próprio é o da validade plena das afirmações oralmente feitas pelos atores do processo, sentido esse que é lembrado, por exemplo, por GOLDSCHMIDT, James. *Derecho, derecho penal y proceso*, vol. II - Derecho procesal civil, trad. da 2. ed. alemã para o espanhol, por Leonardo Prieto Castro. Madri: Marcial Pons, 2010. p. 85/86.

¹¹ Esclareça-se que o termo “cinematográfico”, neste escrito, é empregado em sentido próprio e não em qualquer outra conotação.

eficiente do ocorrido. É notório que se realizam pelo país afora milhares de colheitas de provas orais a cada dia. Não é menos conhecido também que, de regra, todos apresentam nos autos ditos eletrônicos as cópias de seus documentos, as quais são recebidas no pressuposto da boa-fé. A quantidade e o volume de serviços não permitem digressões muito aprofundadas sobre essas questões, a não ser quando devidamente provocadas pelos interessados, ou quando algum elemento chame a atenção do juiz ou de algum outro sujeito do processo. E aí está justamente o problema, com essa dinâmica. Não será cerebrina a proliferação de fraudes. Alguém dirá, é certo, que antes seria muito pior, já que, em regra, não se conservavam registros de documentos, nem de imagens dos intervenientes no processo, o que tornaria mais fáceis as fraudes. Se é certo que o cometimento da fraude de identificação talvez tenha se tornado mais elaborado com o processo telemático e seus registros, por outro lado, ficaram muito menos arriscadas essas fraudes, *in actu*, visto que não haverá o risco de o sujeito ser surpreendido nela no ato da audiência e então contra ele serem tomadas de imediato as providências legais. Igualmente, servirão para pouco esses registros gravados, se o ato já tiver sido praticado, produzindo seu efeito nefasto e o responsável por ele já se tiver evadido. Toda a atividade persecutória subsequente e a anulação dos atos viciados poderão não ser bastantes para reparar prejuízos por vezes consolidados inarredavelmente. Esse problema só tende a ser de fato superado quando se evolua para um sistema de identificação biométrica à distância ou algo equivalente, que possa ser utilizado para tornar mais seguras essas oitivas.

O problema central deste escrito não está, é certo, na identificação da parte ou testemunha, ou mesmo na condução desta até mesmo a uma localidade privada para ser ouvida, uma vez que o sistema jurídico sempre poderá valer-se de seus instrumentos de coerção para obter esse comparecimento. É mais relevante a questão das narrativas, seu teatro¹², sua apreensão e o resultado que dela se obtenha. É sabido que merecedora de elevada condenação, antes de tudo ética, é a tentativa de instruir, dirigir, orientar depoimentos de testemunhas. Não é menos perceptível, porém, que as partes tendem logicamente a indicar como testemunhas aquelas pessoas que pareçam detentoras de informações ou versões

¹² Não custa lembrar, com Chiovenda, a relação que existe entre o livre convencimento do juiz e a audiência, dizendo o grande mestre do processo, com figuração literária, que a liberdade de convencimento depende do ar e da luz da audiência, para não morrer nos labirintos do processo escrito. CHIOVENDA, Giuseppe. *Ob. cit.*, p. 225.

que lhes pareçam mais adequadas às suas pretensões. Não raro, apesar de declararem inexistência de amizade íntima, algumas testemunhas, de fato, são verdadeiros “amigos do peito” da parte que as arrola e a narrativa isenta de fatos, quando aparece, no mais das vezes, é produto da habilidade profissional de magistrados ou advogados em interrogatórios, formulando perguntas e trazendo dados para além daquele roteiro usual imaginável previamente pela testemunha. O dogma da isenção da testemunha não costuma passar do retrato das intenções de resultado para o processo daquele que irrestritamente acolhe suas afirmações. Por isso, a dúvida e o cuidado no interrogatório são de regra, o que se torna ainda mais complexo na oitiva à distância. Seria ingênuo não lembrar que alguma parte poderia ser tomada pela tentação de dar à testemunha um verdadeiro roteiro de respostas para ser lido em face de perguntas previamente ensaiadas, para não se falar nas artimanhas de uma testemunha tendenciosa, que seria capaz de desviar das armadilhas colocadas para apanhá-la nessa sua tendenciosidade nas perguntas dos advogados da outra parte ou do juiz. Como já se teve ocasião de mencionar, a praxe da vida forense ensina que há testemunhas que poderiam candidatar-se aos prêmios mais destacados de representação teatral, fazendo sombra a renomados atores e atrizes. Tudo isso não é novidade e é de todos conhecido na vida forense, ainda que não se possa, logicamente, generalizar e se deva, antes de tudo, esperar que na maior parte dos casos seja diferente.

Tomada distância do teatro forense, a testemunha que não tiver sido devidamente conscientizada de seu múnus legal e ético pode talvez empolgar-se no exercício dessa atividade representativa. Ainda que feitas as devidas advertências legais, é claro que a falta da presença física do juiz e da possibilidade de ser surpreendida de imediato e de uma providência ser contra ela adotada ainda naquele momento do depoimento pode encorajar muitas temeridades. Mais grave ainda pode tornar-se o quadro, quando há um concerto de testemunhas, o que não é impossível já na vida forense e, como se disse, mais fácil parece sugerir sê-lo à distância. O que resulta de logo dessa constatação é uma elevação da exigência de atenção, perspicácia, capacidade de argumentação na inquirição, raciocínio lógico aguçado, por parte do juiz e dos advogados. Por vezes, será necessário grande preparo em Psicologia, para aprender a enxergar além da literalidade do discurso, com observação através de técnicas psicológicas e de leitura de movimentos corporais, para que se possa tentar obter dados mais isentos e extrair uma percepção mais fidedigna o possível. Não se descuide também que, estando todos em ambientes que não o do foro, com mais facilidade

outros fatores poderão roubar a atenção necessária ao ato processual. Acontecimentos e ruídos ambientais outros, nas dependências em que cada um estiver, podem desviar as atenções e fazer, por exemplo, com que afirmações que devessem ser mais detidamente exploradas passem sem maior indagação. O que sugere esse quadro, na verdade, é a persistência e mesmo o agravamento de vícios que sempre comprometem a higidez da prova e, ao mesmo tempo, aprofundam o empenho e requerem habilidades mais sólidas dos magistrados e advogados. Em uma palavra, a oralidade e os resultados que dela se esperam sofrerão inevitáveis alterações. O afrouxamento ritualístico inevitável à distância, ainda que todos continuem guardando a seriedade de seus papéis, com indumentária e linguagem próprias, tem de ser compensado com maiores habilidades e empenho na produção da prova. Não se pode, de um lado, imaginar que tudo será igual ao que se dá normalmente no ambiente forense, nem se supor que será uma simples e agradável conversa na sala de estar, ou qualquer outro cômodo ou dependência, de cada um dos intervenientes.

O fato de não estarem todos os participantes do ato processual, intervenientes ou simples assistentes na mesma dependência, retira do juiz, das partes e de seus advogados, além, logicamente, do público em geral, a possibilidade de uma observação de conjunto. Além dos aspectos já destacados, sofre abalo direto a garantia da publicidade dos atos de colheita de prova oral. Ainda que se permita ao público o acesso a uma plataforma em que se desenvolva o ato, não haverá, tanto para os intervenientes quanto para os assistentes, aquela visão de conjunto que tem importância, sobretudo para a oralidade, na formação do convencimento do juiz. A observação de olhares, gestos, ênfases, figuras de linguagem, além de dirigir-se logicamente para a pessoa que está depondo, complementa-se fortemente com essa observação de conjunto. Não raro, a visão de outros sujeitos presentes ao ato provoca reações no depoente, ou deste naqueles e tais reações humanas costumam associar-se à experiência de vida do magistrado para a formação de seu convencimento. Desde brados de indignação até simples indiferenças ou friezas de olhar são elementos, por vezes intradutíveis por escrito, que compõem a cena e, na dimensão da oralidade, muito contribuem para a observação da fidelidade das narrativas. Todo esse quadro, na oitiva à distância, será consideravelmente comprometido. A linha de observação tende a concentrar-se na pessoa que fala e naquela que pergunta e, mesmo com os recursos usuais nessas plataformas, pode ser possível ao depoente ou a qualquer outro interveniente desligar mesmo momentaneamente sua

câmera em relação ao todo ou a somente alguns dos assistentes, impedindo que sua participação pessoal seja percebida a todo momento ou que cause determinado efeito no momento de formulação de certas perguntas ou de apresentação de determinadas respostas. Aquele que não quiser que sua expressão seja constatada diante de determinada afirmação, negação, ou mesmo silêncio do outro interveniente poderá simplesmente fazer momentaneamente ausente sua imagem, privando assim aos demais dos elementos de convicção que essa observação poderia oferecer. Mesmo em relação aos assistentes, não é infrequente que a observação direta da cena pelo juiz perceba intenção de uma ou de outra pessoa de interferir no ato processual, ou mesmo daqueles que, “plantados” na sala para observância, retiram-se vez por outra para comunicar e dar informações a outros que tenham tido de permanecer fora da sala de audiências. Em resumo, o que se pode dizer é que haverá um empobrecimento da oralidade em relação ao conjunto da cena de produção da prova, conquanto possa haver um enriquecimento dela em relação à observância direta do depoente e uma maior fidedignidade do registro em relação a essas suas afirmações e expressões, já que tudo deverá ser gravado em meio cinematográfico ou fonográfico.

Problema ainda mais delicado e profundo é o da busca da verdade nos depoimentos¹³ e o quanto isso se compromete ou se aperfeiçoa com o uso dos mecanismos telemáticos. Primeiro, é preciso destacar a fragilidade da costumeiramente referida contraposição entre a “verdade real” e a dita “verdade formal”. Se se entender que essa contraposição é lícita em função do aprofundamento da cognição autorizado ou não pelo legislador em relação aos diversos direitos, ritos e ações, ou mesmo da disponibilidade desses direitos, ou ainda da preponderância de certos interesses ou valores que imponham limitações a esse aprofundamento da cognição, pode-se compreender que haja limitações à atuação do juiz em busca da denominada verdade, ou, em outras palavras, algum desses fatores ou a

¹³ Com o descortino dos sábios, Liebman diz ser supérfluo lembrar a possibilidade de que as declarações das testemunhas sejam, por diversas razões, propositadamente não correspondentes à verdade, assim como não deixa de perceber que, de boa-fé, podem também revestir-se de imprecisão ou falta de exatidão. Por isso, preconiza, além de medidas legais restritivas desse meio de prova, que o juiz, ao avaliá-la com liberdade, faça-o com prudente senso crítico, tendo presentes todas as circunstâncias objetivas e subjetivas que possam contribuir para afirmar-lhe ou negar-lhe o aproveitamento. *Ob. cit.*, p. 407/408.

conjunção deles ou ainda de outros aqui não cogitados podem permitir que haja uma satisfação com um quadro formal que dispensa a busca de uma existência material presente, passada ou futura para os fatos em discussão. Fatos podem ser supostos sem que haja obrigação legal de apuração da materialidade da sua existência, o que transfere a discussão para o plano abstrato do direito e faz com que a denominada “verdade” nesses casos não passe de uma abstração teórica. Não fosse assim, quando se torna necessário apurar a correspondência material de afirmações a ocorrências passadas, presentes ou futuras e quando essa correspondência ou não é essencial para a solução da questão posta ao juiz, o problema se torna mais complexo. Não necessariamente pode tratar-se de uma lide, já que processos há em que a rigor ela não existe, mas outros valores, interesses ou normas determinam que ainda assim se investigue a correspondência material de registros ou afirmações a eventos presentes, passados ou futuros. Em outras palavras, quando é imperativo apurar a denominada “verdade real”, dá-se de frente com um dos mais delicados problemas do processo, se antes já não o fosse do Direito e da Filosofia mesmo.

Para tristeza de muitos, ou alegria de tantos outros, deve-se constatar desde logo que a dita “verdade real” não existe. O processo situa-se numa dimensão virtual, teórica, na qual, no que concerne ao problema que ora se examina, o que se busca é a reprodução de eventos passados, presentes ou futuros. Poderá alguém dizer, de logo, que, se a questão é de reprodução, não se poderia falar de eventos presentes e, menos ainda, de futuros. Porém essa constatação não atenta para o fato de que, por vezes, o processo e a produção da prova se desenrolam durante o próprio evento em discussão, com a necessidade da sua narrativa e interpretação. Igualmente, no que concerne aos atos futuros, pode tornar-se necessário comprovar se estão presentes ou não os pressupostos materiais que permitiriam ou não no futuro a ocorrência de determinado evento. Em outras palavras, com a prova que mais de perto interessa a este escrito, que é a oral, o que se busca antes de tudo é apurar a existência de pressupostos materiais que tenham permitido, permitam ou permitirão a ocorrência de fatos afirmados no processo, ou melhor, o que se busca é extrair das narrativas os mencionados pressupostos. Não há, no processo e de modo algum, reprodução da realidade, ainda que se trate de reprodução de registros cinematográficos ou fonográficos que permitam a qualquer um apreender as imagens ou os sons captados em relação a certo acontecimento, já que, para os efeitos da decisão que se materializará no futuro como regra para decisão dos interesses em causa, o que haverá sempre é a tradução de

impressões, a narrativa da percepção das partes, dos advogados, do juiz ou dos diversos intervenientes no processo. Ainda que todos se ponham de acordo quanto a essa narrativa, seus contornos, seus efeitos, o fato em questão não passará de um consenso narrativo. Sublinhe-se que não se está a discutir aqui propriamente a existência ou não da realidade, querendo dar-lhe a conformação de uma mera abstração racional e, nem por isso, corre-se o risco de enfrentar a crítica daqueles que logo dirão, “se a realidade não existe, então dê um beliscão no seu braço para sentir essa abstração”. O que se diz é que o processo é uma dimensão de abstração e, em boa medida, uma dimensão de abstração literária, envolta num emaranhado de narrativas e raciocínios lógicos sobre ela, o que também não quer dizer, de modo algum, que essa abstração seja incapaz de projetar seus resultados na realidade. Ao contrário, seus resultados costumam fazer-se sentir e, não raro, de forma dolorosa e nem sempre justa.

Consoante a constatação que se faz, organizam-se, contrapõem-se, complementam-se e sintetizam-se no processo diversas narrativas. O processo é também uma construção literária a diversas mãos, pelo que não há nele propriamente uma “verdade real”. Tampouco há uma abstração que possa desprender-se de valores ou limites. Não se trata de uma ficção propriamente, mas sim de uma tentativa axiologicamente orientada de reprodução teórica de pressupostos materiais de certos eventos ou atos. Já que não é possível saber, por exemplo, se afirmações que aperfeiçoariam a existência de um contrato de emprego foram de fato feitas pelas partes em questão, o que se busca é a narrativa reconstrutiva dos pressupostos que permitam afirmar ou não a ocorrência desse evento. Logo, o objeto da prova oral, longe de ser a busca de uma “verdade real”, é a higidez da narrativa desses pressupostos. É fazer com que as narrativas se distanciem o menos possível dos elementos que foram observados, ou, dito de outro modo, submeter as narrativas aos balizamentos axiológicos que as confinem aos elementos objetivos efetivamente observados ou observáveis pelos narradores, eliminando, o quanto possível, o subjetivismo da observação, ou mesmo outros defeitos que costumam contaminar as narrativas de fatos. Se a questão é de narrativa, é claro que esta já nasce limitada pela capacidade de apreensão do narrador e todos os defeitos e vícios que possam influir na qualidade dessa apreensão e em sua expressão pelo mesmo narrador. Incontáveis são os limitadores, desde elementos contingenciais até deficiências físicas do observador; desde distorções de ordem física (ótica, espacial, de tempo etc.) até outras de natureza cultural como a capacidade educacional para a compreensão de certos problemas

e a sua reprodução por via de expressão oral. Imagine-se, por exemplo, um crime ocorrido entre dois cientistas que discutiam renhidamente e com emprego abundante de vocabulário técnico típico de sua área, tendo como única testemunha uma pessoa semianalfabeta, incapaz de compreender ou reproduzir os termos daquela discussão. Há tantas limitações que, se a dimensão da prova é uma narrativa, a principal habilidade que se pede de quem deva interrogar esse narrador é aquela de um arguto observador da vida social, capaz de apreender essas limitações, organizá-las e reestruturar logicamente o seu discurso, de modo a mostrar-se inteligível para o interrogado e, participando em ficção de sua dimensão de mundo, fazer com que o mesmo narrador retorne dela com os elementos, os pressupostos que se buscam, ou a negação deles, para estruturação da “verdade real” que haverá de influir na formação do convencimento.

A indagação que vem na sequência é saber em que medida esse quadro antes descrito é tocado ou não pela alteração do teatro de produção da prova para aquele outro telemático. Quando se pensa no sistema da oralidade¹⁴ e no seu principal efeito no processo, o principal deles normalmente é apontado como a imediatidade entre o juiz e a prova, no contato direto com as partes e os advogados. Como acima foi destacado, com a transferência da produção da prova oral para o meio telemático, há evidentes alterações na oralidade e a primeira e mais evidente delas é o enfraquecimento dessa imediatidade, ainda que se conceba a produção dessa prova em plataformas chamadas *online* de videoconferência. O quadro descrito linhas acima deixa bem claro que a proximidade física e o conjunto da cena têm contribuições para a imediatidade e, por conseguinte, para a oralidade, que não são desprezíveis. O juiz está à distância e não tem o domínio de todos os fatos da cena em que se desenrola a produção da prova oral. Se isso não é razão necessariamente produtora de vícios, tampouco se pode afirmar que ela seja isenta de problemas. Sabe-se que é defeso à testemunha consultar anotações para formular suas respostas às perguntas que lhe são dirigidas, salvo breves anotações de dados técnicos

¹⁴ Conquanto se possa construir uma relação entre os direitos no seu sentido material no Direito do Trabalho e a oralidade como decorrência processual desse sentido material, numa visão mais geral do Direito Processual, há quem sublinhe que a oralidade tem maior relação com questões práticas de imediatidade, conveniência da produção da prova e convencimento do juiz do que em coordenação com a efetividade dos direitos na órbita material. Neste sentido, GRUNSKY, Wolfgang. *Grundlagen des Verfahrensrechts*. 2. ed. Bielefeld: Gieseking Verlag, 1974. p. 214/215.

e outros que não seriam exigíveis de reter de memória e que estejam ao alcance de qualquer das partes em registros públicos ou objetivamente acessíveis. Produzida a prova à distância, a testemunha ou a parte em depoimento poderia bem colocar a sua frente, ou em qualquer outro lugar não alcançável pela câmera da plataforma de videoconferência, um texto que a auxiliasse na elaboração de suas respostas e, quanto maior fosse a sua destreza e artimanha na realização da consulta a esse texto, mais difícil seria para o juiz constatá-lo à distância. Não se mencione também a possibilidade de ocultar câmera, microfone ou instrumento de áudio que lhe permita receber essas instruções quanto às respostas sem que isso seja notado na mesma dimensão da videoconferência em que se processe a prova. É certo que isso é ilícito, assim como é certo que aquele que nesse ilícito for surpreendido poderá ser punido. O problema, contudo, é que o controle, a verificação e a apuração desse ilícito que se tornam sobejamente mais difíceis e dependentes da boa-fé dos litigantes e demais intervenientes no processo.

A possibilidade de que a parte ou a testemunha, através de um equipamento oculto de áudio, receba instruções para respostas ou para formular perguntas, conforme o caso, é verdade, já existe hoje até mesmo na audiência presencial, porém, nela, a possibilidade de controle é mais efetiva, já que o juiz, se suspeitar ou for provocado pelos advogados quando constatarem antes dele o mesmo vício, poderá determinar, por exemplo, uma revista da parte ou testemunha depoente, ou até o auxílio de órgãos especializados para uma “varredura” do ambiente. À distância, é pouco provável que isso se dê de forma tão expedita a ponto de tornar-se efetiva a providência, parecendo exagerada a conduta de suspender-se, ou até invalidar-se, a produção da prova em andamento com base em meras suspeitas. Outro problema que afetaria a imediatidade é a dependência das conexões telemáticas, que nem sempre são as melhores e, em diversas localidades do país, são mesmo bem deficientes. Quando se tenha sucesso em ligar a todos na mesma plataforma para o desempenho da prova, não está excluída a possibilidade de que no decorrer desse trabalho a conexão de um ou de alguns se perca¹⁵, levando à necessidade de retomada e por

¹⁵ Essa hipótese tem sido apresentada como uma das deficiências mais preocupantes dessa nova modalidade de colheita de prova e foi relembada recentemente em instigante artigo no jornal *O Globo*, de 20.6.2020, pelo eminente Professor Flávio Mirza, sob o título: *Os limites das audiências virtuais* - o que acontecerá caso a internet de um participante caia?

vezes de repetição de atos já praticados. Como sabem todos aqueles que têm experiência na colheita de provas orais, repetição de depoimento, ainda que com idênticas pessoas atuando no interrogatório e idênticas perguntas, é outro depoimento e a probabilidade de fidedignidade na repetição das respostas ou nos contornos que por acaso as tenham envolvido é absolutamente relativa, para não se dizer, por vezes, inexistente. Não fosse assim, há ainda a hipótese de aquela parte ou testemunha que possa entender-se em desvantagem com os caminhos que a prova em produção estiver tomando, por pura má-fé, simplesmente romper a conexão a fim de lograr alguma vantagem quando da sua retomada. Se a tudo isso poderá chamar-se de meras conjecturas, casuísmos, incapazes de negar o valor geral da obtenção da prova à distância e da boa-fé da maior parte dos intervenientes e sujeitos nos processos, ou ainda que a tudo isso também possa objetar-se a mesma capacidade de observação do juiz sob os benefícios da oralidade, tomando também suas impressões dos comportamentos das partes e das testemunhas nesse novo meio de produção de provas, parece claro que há problemas novos e que não são desprezíveis, pois nem sempre será possível valerem-se todos da experiência já adquirida nessa dimensão de trabalho, para a maioria ainda desconhecida.

Outro problema que não é novo, mas que traz suas peculiaridades na colheita telemática da prova oral é tendência a conferir-se certo caráter mecânico ao comportamento de todos os intervenientes, partes, juiz e advogados, além de outros, notadamente naquelas matérias ou processos que se repetem com grande frequência, valendo-se as partes, não raro ao menos uma delas, a repetir-se, muitas vezes, das mesmas testemunhas. Nesses casos, a impressão que um observador externo normalmente tem é que todos estão cumprindo, por vezes sem muito entusiasmo, papéis há muito conhecidos, decorados mesmo, que reproduzem por mera formalidade para justificar resultados de todos já conhecidos e para os quais todos também já desenvolveram suas cautelas e medidas futuras de enfrentamento. Em tais casos, a oralidade perde muito do seu fulgor e só costuma recobrá-lo quando algum elemento específico do caso ou acontecimento superveniente traz algo de imprevisto ao já tão desgastado roteiro. Se tal quadro degenerativo é conhecido na produção em audiências presenciais da prova oral, ele também não é isento de particularidades quando vier a tornar-se igualmente repetitivo esse quadro na produção telemática da prova. A primeira e mais destacada particularidade que se vê é a progressiva possibilidade de perda do interesse pelos diversos casos,

passando todos os atores, de forma ainda mais mecânica, a repetirem à distância seus papéis, sabendo-se que, para essa conduta repetitiva, a distância e a indiferença podem mostrar-se reconfortantes, isto é, ainda mais perniciosas. É logicamente mais fácil reproduzir um papel diante de uma câmera, quando do outro lado também não há atores interessados em explorar qualquer profundidade do problema ou em oferecer qualquer empenho maior no ato, do que fazê-lo no teatro físico da presença comum. À distância, com efeito, é mais fácil que todos se acomodem e pretendam logo dar cabo da repetição de seus papéis, para livrarem-se da tarefa. Se alguém pode dizer que esse será um vício mais imputável às pessoas envolvidas do que ao meio de colheita da prova, como quase todos os vícios nas relações humanas, não é menos verdade, novamente, que enfraquece os controles e pode levar à acomodação dos espíritos, preocupados mais diretamente em concluir a tarefa sob imperativos de produtividade que não são necessariamente compatíveis com os valores da justiça.

Verificadas essas questões marginais das narrativas, que de modo algum são exaustivas e constituem meramente um mais imediato ensaio de reflexão, a pergunta que ainda precisa ser respondida é em que medida o conteúdo dessas narrativas propriamente e a apreensão dele, como meio de estabelecimento de fatos para a solução de processos, sofre ou não alterações com o emprego do meio telemático. Considerando que a avaliação da prova, ou a apreensão que dela faça o juízo, haverá de ser objeto de um próximo tópico, cabe enfrentar agora a questão das influências no conteúdo. É conhecida a lição de que a narrativa não pode destacar-se do contexto em que se exprime. Dois depoimentos da mesma pessoa, em contextos distintos, ainda que versando sobre os mesmos fatos e respondendo às mesmas perguntas, não raro, produzem resultados distintos. Já se teve ocasião de mencionar acima o problema da influência do ambiente forense e da solenidade da audiência no resultado dos depoimentos, pelo que, para o momento, resta a questão de afetar ou não a colheita telemática o conteúdo propriamente do que pode dizer a parte ou a testemunha. Como também já se teve ocasião de mencionar, o meio telemático pode sugerir alterações em decorrência das dificuldades de operação dos meios de transmissão e colheita da prova, criando novas tensões psicológicas, assim como, no extremo oposto, pode afrouxar os temores e fazer com que aqueles que estão sendo ouvidos sintam-se mais à vontade para fazerem narrativas mais leves, menos prevenidas e, por vezes, mais ricas. Não é menos certo que o registro que de tudo se fará trará a vantagem de permitir verificar todo o contexto, entonações, ordem

da argumentação, traços de personalidade do depoente, formação cultural através da linguagem empregada e outras tantas questões e vícios também lembrados acima. Tal riqueza de detalhes, se por um lado é vantajosa, oferece, por outro, o risco da falta de objetividade. Depoimentos muito longos e prenes de detalhes muitas vezes ajudam, mas, outras tantas, pouco ou nada acrescentam, mercê da falta de enfoque nas questões que constituem o objeto do processo e, em situações igualmente conhecidas, servem mais para confundir, agregando volume inútil de informações, do que para ferir com precisão esse objeto do processo.

Ficará a cargo de juízes, advogados e demais profissionais do Direito que interferirem na colheita de provas orais a habilidade de adaptarem-se ao novo meio e explorarem suas deficiências e suas vantagens, procurando, com objetividade, trazer para o processo o registro dos elementos que permitam delinear os fatos ou narrativas em apreciação. No essencial, tal habilidade não se mostra distinta daquela que usualmente se emprega nos depoimentos presenciais e, à semelhança do que já se faz, por exemplo no cumprimento de cartas precatórias, aquele profissional que assim preferir poderá encaminhar ao juiz por escrito suas perguntas, de modo que ele as dirija à parte contrária ou à testemunha, conforme aquele que deva depor, registrando logicamente as respostas. Com isso, poderia o profissional, por exemplo, livrar-se das aflições do momento de uso dos sistemas e conexões, conquanto poderia haver certa perda de conteúdo, na medida em que não poderia reagir diretamente a cada uma das respostas dadas, reorganizando a argumentação e a formulação de suas perguntas. Não se vê utilidade, contudo, no envio de registro cinematográfico ou fonográfico do profissional ao formular as perguntas, já que não haverá de todo modo simultaneidade dessa formulação com a colheita da prova. Neste caso, parece ainda mais prática a remessa de perguntas escritas, se o profissional, logicamente, não quiser ou não puder participar por si ou por outra pessoa por ele legalmente designada para tanto. Por outro lado, de forma alguma, pode o juiz delegar sua atividade de presidir a instrução e formular perguntas escritas que seriam respondidas em evento virtual sob a direção, por exemplo, de um servidor do Poder Judiciário. Justamente por isso, não se considera factível a possibilidade de o juiz permanecer à distância, ligado à sala de audiências por sistema telemático, presidindo a sessão de colheita da prova com partes, advogados, serventuários e todos os demais intervenientes presentes fisicamente nessa mesma sala de audiências. O destaque da figura do juiz do ambiente de colheita da prova fragilizará a direção que deve ter do ato, abrindo ensejo para situações

inusitadas, sem falar na mencionada falta de completo conhecimento da dimensão ambiental e quebra da imediatidade, também antes referidos.

É verdade que na época atual há uma certa tendência a simplificar e minimizar os problemas trazidos pelas novas tecnologias, sobretudo no Direito, no qual se nota ainda uma outra tendência, que é a empolgação com as novidades e a farta produção de material sobre essas novidades, sem muitas vezes submetê-las ao crivo da lógica e da técnica, para não falar na deficiência de conhecimento doutrinário de certas questões, que essa produção vez por outra apresenta, anunciando vantagens sem as devidas ponderações dos prejuízos ou mesmo entraves práticos. Confirmam-se, por exemplo, a infinidade de leis criando novos institutos e exceções às categorias tradicionais do pensamento jurídico, que apareceu na última década, com copiosa produção bibliográfica sobre ela e, no mais das vezes, de escassa ressonância social e econômica. Estas, quando há, normalmente implicam retrocessos civilizatórios, em direção a posturas mais autoritárias ou irrefletidas sobre as liberdades públicas. Se há aqueles que se empolgam com a possibilidade de colheita telemática de provas orais e consideram que a novidade não oferece grandes dificuldades, nem diferenças do ato presencial, tratando-se meramente de providenciar as conexões telemáticas necessárias, os equipamentos e proceder-se na sequência aos atos, também há quem perceba muitas dificuldades, algumas vezes com certa dose de exagero, é verdade. Se a virtude como sempre está a meio caminho e a par de todas as questões já mencionadas, similares ou não àquelas que se encontram na prática presencial dos atos, aqueles que possuem mais larga experiência na colheita de provas orais, em geral profissionais do Direito que atuam em interrogatórios naquelas áreas cuja prova costuma depender da reconstituição narrada de fatos, sabem que a prova é elemento que se constrói *in actu*, constituindo verdadeiro desprestígio à oralidade a pretensão de obter igual sucesso com perguntas gravadas, escritas previamente ou formuladas sem interação com as respostas dos diversos depoentes. Tais possibilidades devem servir, é claro, para quando não houver alternativa, para aqueles que tenham dificuldades sobremodo grandes a vencer para atuar pessoalmente, mas não para transformarem-se em regra geral. A preocupação com o conteúdo da prova, em uma palavra, há de ser aquela com o ato da sua produção.

É na dinâmica do ato de produção da prova que surgem os elementos que permitem trazer esclarecimentos por vezes muito difíceis de serem obtidos por outros meios. É na dinâmica da narrativa que surgem outros elementos para poder-se explorar o conhecimento dos fatos que

tenha o depoente e fazer com que, muitas vezes, revele o que quer ocultar, ou por vezes até o que sabia, mas não imaginava que teria a conotação que juridicamente tem. A palavra-chave neste momento torna-se interação. O juiz e os demais profissionais do Direito devem estar em completa interação com o ambiente do depoimento, para, com sua experiência, conduzirem-se na direção dos elementos que devam apurar nos autos. Tratando-se de depoimentos feitos à distância, sem o ambiente e todas as implicações já destacadas, não há como negar que essa interação fique prejudicada e que o conteúdo dos depoimentos ou seus resultados possam empobrecer-se. Superar esse empobrecimento é o desafio que se impõe e, para tanto, é imprescindível o aprofundamento do conhecimento dos atores jurídicos sobre os meios de comunicação e instrumentos dos diversos sistemas telemáticos que se empregam nessas colheitas de depoimentos. Logo, torna-se indispensável um treinamento aprofundado, para permitir que o novo conhecimento se associe à experiência e permita o desenvolvimento de novas habilidades. Simplificar ou menosprezar as dificuldades e dizer que a questão é meramente de dar início às novas práticas, em outras palavras, pode equivaler a submeter alguns ao papel de verdadeiras cobaias em experimentos científicos. Se é verdade que momentos excepcionais de crise autorizam que se desprezem certas cautelas e que, nesses momentos, fazer o que for possível, ainda que imperfeito, já se revela grande contribuição, esse raciocínio não pode ser alçado à dimensão de regra geral, nem servir de exemplo para universalizar a precariedade nessas novas formas de colheitas de provas.

Concluindo este tópico, vale lembrar que, para além daqueles que comparecem dispostos a prestar depoimentos comprometidos com uma realidade experimentada, o mais fidedignos possível, ou mesmo daqueles outros que, por motivos inconfessáveis, propõem-se a desvirtuar a narrativa para obter resultados em geral contrários ao Direito ou à justiça, há ainda aquela faixa de pessoas que, por questões de deficiência de observação ou outras deficiências de ordem psíquica, figuram uma realidade jamais experimentada ou conhecida e são capazes de reproduzi-la em juízo muitas vezes com sinceridade, riqueza de detalhes e demonstração convincente de sentimentos que teriam sido vividos naquela experiência distorcida ou irreal. Trata-se, no caso, de questão para a Psicologia ou a Psiquiatria Forense, mas que, não detectada a tempo pelo juiz, pode vir a influir significativamente no resultado do julgamento. Se alguém julgar haver presenciado fato jamais acontecido e o afirma com veemência e essa sua narrativa logra convencer o juiz, é bem provável que esse seu depoimento

cause efeitos por vezes irreparáveis. Se o juiz não se mostra capaz de perceber os vícios ou deficiências na narrativa, é provável que tome essa narrativa por correta e que a aplique para decidir o processo. Ainda que essa sua decisão não seja imutável, porquanto em regra sujeita a recurso, é pouco provável que venha a ser alterada no que concerne aos fatos trazidos com essa narrativa comprometida. Os juízes de outros graus de jurisdição não têm o mesmo contato com a prova e, tratando-se de registro de imagens tomadas à distância, terão ainda maiores dificuldades para extrair delas algum comprometimento. O momento ideal para que sejam surpreendidos os vícios dos depoimentos é, como se disse, durante a sua colheita, porque, depois, são muito grandes as chances de esse registro comprometido permanecer e, ainda que não seja utilizado para formar o convencimento nas decisões, continuar insistentemente sendo invocado em oportunidades recursais ou até mesmo ações de cunho rescisório ou revisional, por longo tempo, como uma pedra sólida a antepor-se ao caminho da justiça. Será, com efeito, um monte de areia que se terá solidificado e, com isso, talvez transforme em realidade o que teriam sido meras abstrações ou conjecturas de quem pode até não ter tido má intenção de influir no julgamento, mas que tinha a mentalidade comprometida por um ideário fantasioso. É talvez por força dessas situações que os antigos diziam que *res iudicata facit de albo nigrum et de quadratum rotundum*, sabendo-se que a prova é pressuposto de fundamentação racional do julgado.

3 - A AVALIAÇÃO DOS REGISTROS DE PROVA ORAL TOMADOS À DISTÂNCIA, POR MEIO TELEMÁTICO

Foram abordados no tópico anterior diversos aspectos, sobretudo práticos e negativos, da produção de prova oral à distância, sabendo-se que a capacidade de previsão e enfrentamento das dificuldades é indispensável para o sucesso de qualquer empreitada. Houve somente o intento de provocar a reflexão, uma vez que a riqueza dos fatos e a dinâmica da vida não caberiam nem mesmo na dimensão de um vasto tratado sobre a prova. O elemento principal é constatar que os mesmos problemas da colheita oral de prova podem tornar-se mais agudos ou aprofundados, assim como novos problemas surgirão. A colheita telemática da prova oral, nem de longe, reveste-se da ingênua simplicidade sustentada por alguns e, muito menos, é uma solução fácil e automática de ser implementada. Certamente comportará regulamentação detalhada no futuro, da qual não poderá

exonerar-se o legislador, sob pena de verem-se multiplicar regulamentos infralegais, por vezes conflitantes entre si ou casuísticos, quando não desbordantes dos limites que as atribuições dos sujeitos editores dessas normas lhes permitiriam regular. O direito ao processo justo e equânime deriva, sobretudo, da racionalidade no procedimento, da objetividade, da paridade de armas, do contraditório e da imparcialidade do órgão julgador, valores que são importantes demais para serem relegados a um plano regulatório infralegal, sob pena de deslegitimação democrática das normas que, à semelhança daquelas medievais, surgirão de forma fragmentada e conflitante entre si, resolvendo-se a sua preponderância mais no terreno circunstancial e de poder do que de Direito, com óbvio prejuízo dos mencionados valores. Cabe, porém, para terminar, dizer algumas palavras sobre o problema da avaliação da prova nesse novo terreno e arriscar alguns registros sobre o seu possível futuro.

Se o processo pode ser entendido como um corte virtual, uma suspensão da dinâmica da vida em busca da apuração de fatos e direitos, o momento da avaliação da prova pode ser entendido como o do levantamento dessa suspensão, ou o fechamento desse corte, para que tenha lugar a elaboração de uma síntese de toda a narrativa do processo, a ser elaborada pelo órgão julgador¹⁶. O problema central neste ponto passa a ser a capacidade de compreensão pelo juiz desse conjunto, bem como a sua interpretação racional e sob os ditames do ordenamento objetivo. Seria ingênuo imaginar que o juiz somente intervém, interpretando e construindo nesse momento. Na verdade, como um dos atores do processo, o juiz atua na construção da objetivação final da síntese da narrativa e vários atos seus produzem reflexos por vezes irreversíveis no resultado final do processo. É curioso notar como há aqueles que, com uma visão ingenuamente hierárquica do processo, devotam talvez até desprezo à figura do juiz de

¹⁶ Embora seja usual a afirmação da preexistência dos direitos subjetivos em relação ao processo e, didaticamente, seja conhecida a lição de que este faz valer aqueles, na realidade, esses direitos só existem como abstrações, que são trazidas ao processo como um projeto, submetidos à dialética do contraditório e da instrução, ingressando na realidade somente a partir do seu reconhecimento, vale dizer, acerto, com a decisão judicial. Neste sentido, o processo é um teatro virtual de concretização de direitos, que não necessariamente se conclui com o código binário, ter razão-não ter razão, podendo mesmo dar lugar a um verdadeiro amálgama entre as razões feitas valer por autor e réu. São esclarecedores quanto a esse ponto os ensinamentos de SATTI, Salvatore; PUNZI, Carmine. *Diritto processuale civile*. 12. ed. Pádua: CEDAM, 1996. p. 152/159.

primeiro grau ou juiz instrutor, imaginando ser possível alterar quaisquer contornos do feito em grau recursal. Falta-lhes, em geral, a experiência do dia a dia forense, para perceber que certas medidas tomadas pelo juiz que primeiro toma contato com a causa, por vezes, decidem seu destino de um modo muitas vezes difícil ou mesmo impossível de ser alterado. O deferimento ou indeferimento de uma medida de urgência, o deferimento ou indeferimento de determinada prova, a forma como perguntas são formuladas na colheita da prova oral, ou o deferimento e indeferimento de outras trazidas pelas partes, ou até mesmo a data ou horário designado para as audiências ou demais atos do processo. Fica claro que o juiz atua diretamente na construção da narrativa que ele mesmo vai sintetizar e, neste ponto, um dos mais relevantes problemas que aparece está ligado à falta de objetividade ou de imparcialidade, deixando-se o juiz orientar-se por preconceções, preconceitos, idealizações, ideologias, ou quaisquer outras espécies de distorção da capacidade objetiva de apreensão dos fatos. Um juiz equivocado pode construir personagens para uma trama que ele resumirá em sua sentença, como epílogo de sua narrativa literária, com pouca ou nenhuma fidedignidade à objetividade das narrativas apreendidas ou apreensíveis nas contribuições dos demais intervenientes¹⁷.

Se o processo é uma obra de reconstituição ou constituição da realidade, ou que procura aproximar-se do que se convencionou chamar de realidade, o problema da objetividade e neutralidade dos registros probatórios, não necessariamente do conteúdo destes, por óbvio, continua presente quando se recorre ao método telemático de obtenção e conservação desses registros e coloca, igualmente, aquele da vinculação e fidelidade do juiz a esses registros na construção de sua síntese. Em uma palavra, a questão é a apreensão dos signos pelo juiz e capacidade deste de reelaborá-los sinteticamente à luz do ordenamento objetivo, sem

¹⁷ Como já percebia Friedrich Stein, o sistema de avaliação da prova não pode servir para esconder o ser humano que está por traz do juiz e que aparece nas suas decisões, devendo empregar métodos que controlem a medida de pessoalidade na avaliação da prova. STEIN, Friedrich. *Das private Wissen des Richters*. Reimpressão da edição de Leipzig, 1893. Aalen: Scientia Verlag, 1987. p. 100/101. Mais recentemente, Andrea Proto Pisani sublinha que, para falar-se em cognição plena, para além das regras e princípios que asseguram paridade de armas, observância dos procedimentos legais e imparcialidade do juiz, deve haver a “controlabilidade *in iure* da máxima parte do processo de formação do convencimento do juiz” (em tradução livre do registro feito no original em italiano). PROTO PISANI, Andrea. *Le tutele giurisdizionali dei diritti*. Nápoles, Jovene, 2003. p. 659.

deixar-se perder nos desvios antes mencionados e ainda em outros tantos¹⁸. Seria igualmente ingênuo supor que a tarefa do juiz seria meramente aplicar as normas já existentes aos fatos que se encontram no processo. Primeiro, porque o sentido da norma e a sua interpretação revestem-se de incontáveis problemas e governam-se por diversas vertentes filosóficas. Mesmo aqueles que dizem aplicar a literalidade da norma, sem questionar quaisquer outros valores, já fazem com isso uma opção valorativa, sabendo-se que subjacente e acima do patamar normativo abstrato há um ordenamento institucional ditado pela confluência de forças sociais, políticas, econômicas e outras tantas que condicionam e limitam o discurso jurídico e não só as possibilidades interpretativas, mas também a própria significação que se atribui aos diversos termos empregados nas normas objetivadas. Impossível negar isso em um sistema que procura governar-se por precedentes jurisdicionais e normas administrativas centralizadas, que são formas típicas de concentração de poderes e direcionamento da liberdade de argumentação. Assim, a aplicação da norma já nasce, de certo modo, condicionada e esse condicionamento também se dirige à apreensão dos registros pelo juiz. Logo, terão vital importância os precedentes que vierem a se constituir à volta desses registros telemáticos e sua interpretação, pois poderão ditar caminhos, limites para a sua compreensão pelo juiz.

Não menos relevante é o problema da acessibilidade do juiz aos registros. Não se pode esquecer de que o juiz não atua em somente um processo, mas em diversos, cabendo-lhe julgar diária ou semanalmente uma grande quantidade deles, além, é claro, de atuar na sua instrução. Naqueles ordenamentos ou ritos em que o juiz instrutor¹⁹ tem também

¹⁸ Para desmistificar, valem as palavras de TARUFFO, Michele, *in Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*, trad. de Vítor de Paula Ramos. Madri - Barcelona - Buenos Aires - São Paulo, 2012, p. 229, sublinhando que o juiz, na realidade, escolhe uma das narrativas do processo para fundamentar sua decisão, revelando-se insuficiente o critério da verdade, já que podem existir diversas narrativas verdadeiras de um mesmo fato. É necessário que se determine a narrativa mais adequada para resolver a controvérsia.

¹⁹ Carnelutti parece sopesar bem o problema. Primeiro, tratando da instrução preparatória e dos debates das partes, sublinha a sobrecarga dos magistrados, o que impõe considerável distanciamento temporal entre a oitiva desses debates e a continuidade dos atos processuais e decisórios. Depois, percebe que, à vantagem da proximidade do juiz com a colheita da prova, contrapõe-se o comprometimento da parcialidade do juiz que, não raro, com o empenho na instrução da causa, acaba formando um juízo prévio e, na sequência, sobrevaloriza o resultado dessa sua tarefa instrutória. CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Nápoles, Morano Editore, 1958. p. 188/190 e 202.

a competência para a prolação da sentença, o problema é facilitado, porque em geral terá sido ele que atuou na colheita da prova. Contudo, se não o for e ele tiver de recorrer aos registros cinematográficos ou de áudio para formar seu convencimento, aparece um problema que, por certo, repetir-se-á em grau recursal naqueles sistemas ou ritos que admitem o reexame da prova dos fatos nesse grau de recurso, que será a disponibilidade de tempo pelo juiz para o completo exame desses registros. Quando os registros eram reduzidos a escrito e normalmente resumidos nos termos de oitiva ou assentadas de audiência, a consulta era facilitada, já que se tinha de frente o corpo total do texto, podendo-se situar falas, fazer resumos, extrair trechos, sublinhá-los e outros recursos didáticos usualmente empregados na apreensão desses registros escritos. Ainda que alguns tantos desse ou de outros recursos didáticos análogos sejam possíveis nos registros telemáticos, é sabido que o tempo consumido para assistir ou ouvir os registros será bem maior do que aquele outro demandado pela leitura dos resumos escritos, sobretudo se se considerar o avolumar-se de registros com a ampliação do uso dessa forma telemática de colheita. A aritmética no caso é simples. Se o juiz tiver 30 sentenças para fazer por semana, numa média bem acanhada para certos juízos de maior movimento no país, e cada processo, em média, contiver 30 minutos de registros para ele assistir, serão 15 horas para assisti-los a todos, ou talvez mais, pela previsível necessidade de ir e voltar aos registros para firmar melhor as impressões. Trazida a mesma a conta para o grau recursal, com uma distribuição média em certos tribunais de mais de 10 recursos por dia, chegar-se-ia facilmente a uma conta de mais de 5 horas por dia somente para assistir ou ouvir, por uma única vez, a cada um dos registros. Seria de todo irrazoável o juiz delegar a assistência desses registros a servidores encarregados de colher os elementos que julgassem mais relevantes e destacá-los para serem conferidos posteriormente. Se a colheita telemática da prova já tem as desvantagens destacadas acima em relação à imediatidade, esta restará definitivamente comprometida com essa delegação de exame da prova, em verdadeira delegação do poder jurisdicional a servidores dele não investidos.

Sem mencionar a dificuldade por conta de evitar eventuais alterações dos registros cinematográficos e de áudio, os quais devem estar tão protegidos quanto todos os demais registros quando inseridos em processos eletrônicos, tratando-se de processos em papel, é usual proceder-se à chamada gravação ou à transcrição desses registros para

termos escritos que são juntados aos autos, conferindo-lhes maior segurança para conservação. Se não houver forma de assegurar a inalterabilidade dos registros de voz e imagens no processo eletrônico, talvez o melhor nele também seja mandar proceder a essa transcrição, juntando-se o termo escrito aos autos eletrônicos, como medida de igual segurança e que então diminuirá bastante o problema antes destacado quanto ao tempo para o exame desses registros. Com efeito, havendo possibilidade de adulteração, não há porque conservar registros unicamente de imagens ou áudio, sem transcrição, unicamente para prestígio desses novos métodos de colheita. Se estas todas são desvantagens desse novo método, há também de considerar alguns méritos que ele traz. O primeiro e mais evidente, adotadas as cautelas necessárias e dedicado o juiz ao exame da prova, é permitir um conhecimento mais direto e uma apreciação mais sujeita a um controle de objetividade por outros graus de jurisdição. Em verdade, é este o paradoxo da prova oral colhida por via telemática. Se por um lado surge a necessidade da construção de toda uma rede de novas cautelas, por outro, conseguindo-se assegurar a higidez dessa prova e municiar o juiz de tempo e elementos para o devido exame dela, o controle jurídico-objetivo da avaliação que dela faça o juiz é muito mais eficiente. Fácil será para as partes destacarem pontos, entonações, contextos, gestos, expressões que permitam uma melhor interpretação da narrativa e a construção de um resultado mais proporcional para o julgamento.

A época atual, de certa forma, pode ser comparada à Antiguidade Tardia, quando se estava diante de um tempo que terminava, com instituições, conhecimentos, ideias e valores que se esvaneciam, dando lugar a novas ideias, novos valores, com a necessária construção de novas instituições, novos instrumentos, em uma palavra, uma nova ordem. Historicamente, esse movimento já foi descrito por exemplo, quando se passou dos procedimentos místicos de colheita e exame das provas nos sistemas jurídicos da Antiguidade, para o sistema oral e ritualístico do processo romano, ainda com forte inspiração mística, mas tendendo à racionalidade. Mais adiante, notou-se, na Idade Média, verdadeiro retrocesso, com a mescla dos sistemas romano tardo-antigo com aquele outro germânico e as provas por ordálias, típicas deste último. Na sequência, já em direção à Idade Moderna, vai ganhando espaço a forma escrita, até termos momentos em que os depoimentos eram prestados meramente por escrito, retomando força a oralidade a partir do final do século XIX. Nesta linha, o que se tem é a responsabilidade por um novo tempo, com grandes espaços de incerteza e dúvidas; que demanda novas regras, novas cautelas,

mas também oferece a oportunidade ímpar de uma construção mais sólida em direção a julgados com menor dose de subjetividade, nos quais o juiz será menos um literato construtor de narrativas e mais um narrador da objetividade que lhe comanda as ações. Lembrando as palavras de Bruno Lemesle²⁰, em obra específica sobre o tema da prova na História, pode-se sublinhar que a lógica argumentativa, fundada ou não sobre um modelo retórico, contribui para determinar uma racionalidade que se reporta ao político e à filosofia da justiça, querendo dizer que a construção procedural não é um produto derivado das instituições, mas dispõe de uma autonomia, seguindo seus próprios desenvolvimentos, participa das instituições e pode mesmo contribuir para defini-las, acabando por definir as sociedades em que vivemos e suas divisões.

²⁰ Cfe. LEMESLE, Bruno (coord.). *La preuve en justice de l'antiquité à nos jours*. Rennes: PUR, 2003. p. 271.