

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO

MARCOS KATSUMI KAY

EFICÁCIA PROBATÓRIA DO DOCUMENTO ELETRÔNICO NO PROCESSO CIVIL

CURITIBA
2012

MARCOS KATSUMI KAY

EFICÁCIA PROBATÓRIA DO DOCUMENTO ELETRÔNICO NO PROCESSO CIVIL

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Clayton Albuquerque Maranhão

CURITIBA
2012

RESUMO

Neste momento de transição no Brasil com o prometido sistema único do Conselho Nacional de Justiça, o assunto processo eletrônico é recorrente para um trabalho acadêmico. Para além de um frio conjunto de registros sequenciais de banco de dados assinados eletronicamente por meio do moderno sistema de criptografia de chaves públicas simétricas e disponibilizadas na internet, o processo eletrônico abre perspectivas para um novo futuro mas também com riscos. Não se trata de uma mera transposição de um processo em papel para seu equivalente digital com idêntica observação do princípio do contraditório que diferencia o processo de um mero procedimento. Ou pode se tratar. Ao longo deste estudo, ficou claro ao autor que há muito mais coisas em jogo envolvendo este assunto, e cujas raízes se encontram até no longínquo processo romano passando por revoluções inacabadas do século XIX, pelo processo penal e também pelo o processo do trabalho. Este trabalho está estruturado em três capítulos ou eixos principais: oralidade, processo eletrônico e registro da prova. Começando pelo clássico do estudo do processo civil Giuseppe Chiovenda e por seu conterrâneo mais moderno Mauro Cappelletti, discorreremos o princípio da oralidade. A seguir passa-se ao brilhante texto de José Eduardo Resende sobre o processo eletrônico, a radicalização das possibilidades, os princípios do novo processo e o alerta à “automação da ineficiência”. Finalmente, apoia-se nos relatos históricos já partir de 1950 de um professor e de um país que, tendo adotado a oralidade desde 1932, teve que buscar mais que qualquer um formas “alternativas” de registro de prova – Alexandre Mario Pessoa Vaz e Portugal – para prosseguir com as tecnologias recentes de registro eletrônico da prova significativa. Lembrando que todo trabalho nesta área está fadado a ficar sempre inacabado e estar ultrapassado tão logo exposto. Nada mais típico da época em que vivemos.

Palavras-chave: Oralidade. Processo Eletrônico. Registro da prova.

ABSTRACT

In this time of transition in Brazil with the promised system of the National Council of Justice earlier this century, electronic process is a current theme for an academic paper. More than a cold set of sequential database record electronically signed by the modern system of public symmetric cryptographic keys and available on the internet, the electronic process opens perspectives for a new future but also with risks. This is not a mere transposition of a paper process to its digital equivalent, with identical observation of the adversarial principle that distinguishes the process from a mere procedure. Or can be treated as. Throughout this study, it became clear to the author that there is much more at stake involving this matter, and whose roots lie in the ancient and distant Roman process, through unfinished revolutions of the nineteenth century, by the penal and also by the labor process. This work is structured in three chapters or main axes: orality, electronic process and record of proof. Starting with the classic study of civil process – Chiovenda Giuseppe and his countryman Mauro Cappelletti – to approach the principle of orality. Then move on to the bright text of José Eduardo Resende on the electronic process, the radicalization of the possibilities, principles of the new process and alert to "automation of inefficiency." Finally, relies on historical accounts since 1950 and a teacher in a country which, having adopted orality since 1932, had to seek more than us "alternative" ways to record evidence - Alexandre Mario Pessoa Vaz and Portugal - to proceed with the latest technologies of the electronic record of significant proof. Remembering that all work in this area is bound to be always be unfinished and outdated as soon exposed. Nothing more typical of the age in which we live.

Keywords: Orality. Eletronic Process. Record of proof.

TERMO DE APROVAÇÃO

MARCOS KATSUMI KAY

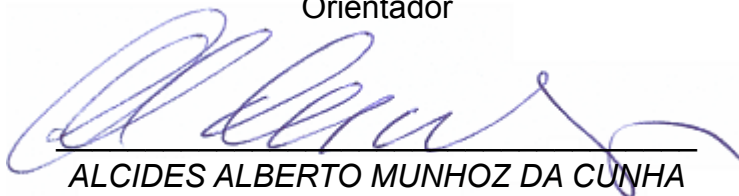
Eficácia probatória do documento eletrônico no processo civil

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



CLAYTON ALBUQUERQUE MARANHÃO

Orientador



ALCIDES ALBERTO MUNHOZ DA CUNHA

Primeiro Membro



CESAR ANTONIO SERBENA

Segundo Membro

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	1
2	ORALIDADE	3
2.1	FORMALISMO E SEGURANÇA	3
2.2	REFORMAS DO SÉCULO XIX	7
2.3	ORALIDADE E PRINCÍPIOS	10
2.3.1	Oralidade	12
2.3.2	Imediatidade	14
2.3.3	Identidade física do juiz	14
2.3.4	Concentração processual	15
2.3.5	Livre valoração	15
2.3.6	Poderes do juiz	17
2.3.7	Incidentes em audiência	17
2.3.8	Irrecorribilidade das interlocutórias	18
2.3.9	Fascículo único	19
2.4	CONSIDERAÇÕES	19
3	PROCESSO ELETRÔNICO	21
3.1	PROCESSO OU PROCEDIMENTO	21
3.2	DIREITO E INFORMÁTICA	24
3.3	NOVOS PRINCÍPIOS DO PROCESSO	27
3.3.1	Imaterialidade	28
3.3.2	Conexão	29
3.3.3	Intermedialidade	30
3.3.4	Hiper-realidade	30
3.3.5	Interação	31
3.3.6	Instantaneidade	31
3.3.7	Desterritorialização	31
3.4	CONSIDERAÇÕES	32
4	GRAVAÇÃO AUDIOVISUAL	33
4.1	O PROBLEMA PORTUGUÊS	33
4.2	REGISTRO DA PROVA NO MUNDO	35
4.3	REGISTRO DA PROVA NO BRASIL	37
4.3.1	Kenta	39
4.3.2	Fidelis	40
4.4	CONSIDERAÇÕES	40
5	CONCLUSÃO	42
	REFERÊNCIAS	44

1 INTRODUÇÃO

Neste momento de transição para o judiciário brasileiro, com iniciativas isoladas de Tribunais e um prometido sistema único do Conselho Nacional de Justiça neste início de século, o assunto processo eletrônico torna-se um tema recorrente para um trabalho acadêmico. Inicialmente, como um profissional de tecnologia da informação, via o processo eletrônico como uma série de registros sequenciais de banco de dados assinados eletronicamente por meio do moderno sistema de criptografia de chaves públicas simétricas e disponibilizadas na internet.

Mesmo sendo um assunto comum, não é tão simples encontrar um orientador que se interesse pelo assunto. Tampouco conseguia ver alguma relação do tema com o Direito, visto que muitos doutrinadores e operadores do direito defendem que o processo eletrônico segue os mesmos princípios do em papel, e o que chamamos de processo eletrônico seria um mero procedimento eletrônico, sem diferença na questão do contraditório. Porém, os poucos e bem colocados autores sugeridos pelo professor orientador mostraram que há muito mais coisas em jogo envolvendo este assunto, e cujas raízes se encontram até no antigo e longínquo processo romano passando por revoluções inacabadas do século XIX, pelo processo penal e embora não claramente comentado pelos autores clássicos, pelo processo do trabalho. Ao menos para nós e os muitos que se inspiraram em alguma medida no processo civil italiano.

Peço desculpas por parecer superficial ou cometer graves erros históricos de metodologia de longa duração, mas gostaria de não me aprofundar muito esse assunto e focar no tema proposto. Este trabalho está estruturado em três capítulos: oralidade, processo eletrônico e registro da prova. No primeiro começaremos pelos clássicos do estudo do processo civil e geral – Giuseppe Chiovenda e Mauro Cappelletti – sobre o princípio da oralidade, história do processo, processo comparado e outros. A seguir passaremos ao segundo capítulo com o brilhante texto de José Eduardo Resende já em época atual e a radicalização das possibilidades do processo eletrônico e o alerta à “automação da ineficiência”. Finalmente, fecharemos o último capítulo nos apoiando nos relatos históricos, porém já a partir de 1950, de um professor e de um país – Alexandre Mario Pessoa Vaz e Portugal – que tendo adotado a oralidade desde 1932, teve que buscar mais que quaisquer outras formas

alternativas de registro de prova. E tentaremos prosseguir do ponto que ele interrompeu deixando a obra inacabada por sua “prematura” morte.

Lembrando que todo trabalho nesta área está fadado a ficar sempre inacabado e estar ultrapassado tão logo exposto. Em outras palavras, descartável. Numa sociedade não mais industrial mas de consumo, em que as lides também se criam na mesma agilidade dos contratos, não seria o caso de também tratarmos estes problemas em escala? Não ainda decisões prolatadas pela inteligência artificial mas de outros recursos que poderiam agilizar na resolução destes conflitos. Há de se lembrar que a grande maioria dos contratos não são formalizados por escrito, e porque deveríamos nos apegar tanto assim no papel na sua resolução? Talvez este seja o espírito da época.

2 ORALIDADE

A oralidade é um plexo de princípios relacionados e não é algo novo na história. Inicialmente causa perplexidade que o papel e a escrita, fruto máximo da civilização, possa ser algo negativo e deva ser “eliminado”. Aqui se encontram dois grandes enganos que trataremos de desfazer: o primitivismo da oralidade e a eliminação da escritura.

Eram orais os processos romano e o germânico bárbaro, mas por motivos diferentes. O primeiro, segundo Chiovenda, resultado do convencimento de que era a melhor forma de assegurar a livre convicção do juiz, e no segundo caso, por simples desconhecimento da escritura.

A natureza do procedimento está, em efeito, estreitamente vinculada com a função que em um determinado processo tem a prova. No momento em que o processo romano e o processo germânico se encontram por obra das invasões bárbaras na Itália, os mesmos nos aparecem ambos como processos orais. Mas a oralidade do processo romano respondia a íntimas e racionais exigências do processo mesmo, já que a prova no processo romano, estando dirigida a formar o livre convencimento do juiz, devia se desenvolver ante ao mesmo juiz ao que correspondia sentenciar, o que fazia necessariamente oral e concentrado o procedimento. Enquanto a oralidade do processo germânico era devida exclusivamente ao lugar e ao modo em que a justiça se administrava (assembleia judicial) e ao escasso conhecimento da escritura: a prova em si (juramento, juízo de Deus) nos aparece como uma experiência da qual o juiz se limita a constatar passivamente o resultado. Este caráter formal da prova germânica dominou absolutamente o processo ordinário do direito comum italiano. Assim como deu origem à maior parte daquelas normas reguladoras da apreciação da prova, o conjunto das quais formou a chamada prova legal, assim também foi o fator mais importante da deformação do processo oral em processo escrito. (CHIOVENDA, 1949, p. 248).

É deste segundo tipo de oralidade que estamos tratando. Não estamos aqui tampouco defendendo a abolição dos escritos no processo, apenas que o seu abuso causou todo tipo de distorção que acabou gerando o resultado inverso, num primeiro momento a sua total descrença, resultando a sua exclusão e a adoção do sistema da oralidade pura, também combatida por Cappelletti e Alexandre Vaz por outros problemas, como a impossibilidade de um segundo grau de jurisdição.

2.1 FORMALISMO E SEGURANÇA

Conta Chiovenda a história de Montesquieu¹, que criticava as formas processuais para em outro momento retificar-se por entendê-las necessárias, como o preço que o cidadão paga pela sua liberdade. Será que devemos entender pela sua utilidade?

É certo que todo processo deve ter um fim, e que uma tramitação longa e desnecessária acaba por desvirtuar o direito, trazendo graves prejuízos senão irreparáveis à parte lesada. Por outro lado não pode o cidadão inocente ter sua paz injustamente perturbada, sua defesa dificultada ou ser obrigado a comparecer inúmeras vezes em juízo. São estes os motivos que levaram a adoção do foro do réu como competente, quando se formos tomar a estatística, talvez adotássemos a do autor. Ou, nas palavras de Chiovenda, o formalismo substitui a ordem à desordem e se causa retardos, evita retardos ainda maiores².

A questão parece ser a da justa medida e do abuso das formas para o proveito pessoal. Daí que recai sobre as pessoas que as utilizam para todo e qualquer tipo de chicana. Diante da grande variedade das *litis*, a dificuldade trata-se de como determinar uma média ou prazo justo para cada ato.

Também neste sentido da justa medida, Cintra, Grinover e Dinamarco ressaltam que:

A falta absoluta de exigências legais quanto às formas procedimentais levaria à desordem, à confusão, à incerteza. Na medida do necessário para estabelecer no processo um clima de segurança para as partes, a regulamentação legal representa a garantia destas em suas relações recíprocas e com o juiz; por isso, as formas procedimentais essenciais devem ser certas e determinadas, a fim de assegurar que o resultado do processo espelhe na medida do possível a realidade histórica e axiológica (sistema da legalidade). [...] Por outro lado, as formas não devem sufocar a naturalidade e rapidez do processo. Trata-se de um problema técnico-político: a aversão às formas é motivada, em geral, pelo excesso de formalismo, mas não é aconselhável evitar esse inconveniente abolindo por completo as exigências formais ou deixando ao juiz a tarefa de determinar as formas - pois essa solução abriria caminho ao arbítrio. (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2006, p. 343).

Porém, mais adiante comenta os mesmos autores sobre o nosso código de processo civil, classificando nosso procedimento como do tipo rígido:

A experiência secular demonstrou que as exigências legais quanto à forma devem atender critérios racionais, lembrada sempre a finalidade com que

¹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Ensayos de derecho procesal civil*. Volume II. Buenos Aires: EJE, 1949, p. 125.

² CHIOVENDA, op. cit., p. 126.

são impostas e evitando-se o culto das formas como se elas fossem um fim em si mesmas. Esse pensamento é a manifestação do princípio da instrumentalidade das formas, o qual (associado a algumas regras contidas na teoria das nulidades processuais) vem dar a justa medida do sistema de legalidade formal. [...] O Código de Processo Civil dá a impressão de adotar o princípio da liberdade das formas, ao proclamar que "os atos e termos processuais não dependem de forma determinada, senão quando a lei expressamente o exigir" (art. 154). Na disciplina dos atos procedimentais em particular, todavia, impõe-lhes exigências formais e o seu sistema, com isso, situa-se decididamente na linha da legalidade formal. (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2006, p. 154).

O processo romano inicialmente era bastante apegado à forma. Consta nos relatos de Gaio e de Cícero que um simples levantar de mão além da altura ou a pronúncia de palavras inadequadas levavam à perda da pretensão. O mesmo se pode dizer do antigo processo germânico. Não só no processo mas em toda manifestação dos povos antigos havia esta característica, dominada pela estética da forma: a importância do ato está na sua exterioridade visível, que individualiza seu significado, segundo Chiovenda³.

Porém, este formalismo tinha o significado de alertar os homens à prudência em se lançar à luta pelo direito, uma forma primitiva de domínio da vontade coletiva nesta fase primordial do processo romano e germânico. O papel do juiz é de mero expectador que verifica o cumprimento das solenidades, e estava de acordo para a sua época. Dinamarco também neste sentido sobre o procedimento e o papel do defensor comenta:

Vedada a autotutela, inclusive ao próprio Estado, as pessoas em conflito são obrigadas a canalizar pelas vias do processo as suas pretensões antagônicas e a comportar-se, no processo, segundo as normas do procedimento. As regras do combate que então se veem obrigadas a obedecer permitem-lhes combater e em certa medida desafogar-se, fazendo-o porém pelos modos civilizados que o Estado lhes impõe. A presença do defensor técnico funciona também como anteparo aos ímpetus dos contendores e modo de manter o conflito em limites toleráveis. (DINAMARCO, 2005, p. 158).

Este formalismo primitivo da *legis actionis* foi atenuado já na própria época romana. Com o crescer dos domínios, multiplicar do comércio e das relações, o aumento da complexidade das *litis*, multiplicaram-se as formas e diminuiu-se o rigor, para não sacrificar o direito material. A forma é o meio. Também foi acentuado o poder do juiz no período. Vale a forma dada pelo pretor. Faz-se necessária a

³ CHIOVENDA, op. cit., p. 131.

escritura e surge a apelação, não sendo mais o processo coisa das partes mas do “Estado”. Contudo isto não fez do processo romano da época um processo escrito, como veremos mais adiante, senão numa época decadente do *corpus iuris*.

Assim, segundo Chiovenda, Roma não conheceu as degenerações do formalismo⁴, ao contrário do que ocorreu em épocas mais recentes. Pior que formas residuais anacrônicas não observadas é a arte jurídica que ama a forma pela forma, sem substrato no sentimento comum. E com a severidade mais meticulosa à sua época, este estado de coisas era mantido pelos juízes e, segundo Cappelletti, pelos próprios advogados que eram remunerados segundo a quantidade de atos ou duração do processo, que também davam lugar a sanções econômicas em benefício desta lucrativa atividade. Um claro abuso das formas processuais para proveito pessoal, como já mencionado.

Portanto, o processo - e não somente o objeto do processo, mas o curso mesmo dele - se converte em "cosa das partes". Tendo interesse em retardar o curso do processo, encontrava naquele tipo de procedimento todos os meios para fazê-lo. Do número dos "términos" e dos atos, de que com frequência dependia a importância das *sportulae* e das remunerações. (CAPPELLETTI, 1972, p. 38).

Isto levou ao descrédito do formalismo, sem levar em conta as suas vantagens fundamentais, já na época de Montesquieu, como continuaremos comentando.

A despeito da beleza do descontinuado processo romano clássico, este sofreu uma série de simplificações pelo direito estatutário e canônico⁵. A solenidade do escrito, antes limitada às iniciais e sentenças, foi se estendendo por atos menores, depois do decreto de Inocêncio III em 1216, reduzindo o procedimento a escrito e secreto e multiplicando questões de nulidade de atos e sentenças. Isto terá graves consequências, como veremos adiante.

Ante a um sistema confuso, ante a falta de autoridade da lei, surge uma série de cautelas, salvaguardas necessárias dos perigos e dúvidas quanto à forma, e que degeneraram a um conjunto de expedientes utilizados para suspender e dilatar todo o possível a *litis*⁶. Esta foi a situação encontrada antes das reformas do século XIX. Dúvida: o positivismo jurídico foi bom para o processo?

⁴ CHIOVENDA, op. cit., p. 135.

⁵ CHIOVENDA, op. cit., p. 138.

⁶ CHIOVENDA, op. cit., p. 140.

Retomando a questão do formalismo, ela não desapareceu em absoluto nem pode desaparecer da lei pois é necessária para a certeza dos procedimentos⁷, e deve ser aceita como inevitável, da mesma forma que os prazos peremptórios, para que o processo caminhe para um fim, exemplo da ave que se queixa do ar que dificulta o voo mas que a sustenta.

Mas a ressalva é que são inúteis leis perfeitas quando se utiliza das formas processuais como armas de má-fé e de ânimo litigioso e vexatório.

2.2 REFORMAS DO SÉCULO XIX

Neste estado de coisas em que a arte forense e o interesse dos atores contribuía para que a duração da *litis* tendesse ao infinito⁸, como lembrado anteriormente por Chiovenda, começaram a surgir queixas e providências. Elas ocuparam quase exclusivamente da simplificação das formas processuais pela amputação das formas do processo comum e para a certeza e eliminação de controvérsias.

Contam Cintra, Grinover e Dinamarco uma rápida história do processo em geral que corrobora o relato iniciado no tópico anterior:

Exclusivamente oral era, entre os romanos, o procedimento no período das ações da lei. A oralidade perdurou no período clássico, mas já então a fórmula se revestia de forma escrita. Na *extraordinária cognitio* o procedimento transformou-se em escrito no tocante a vários atos, permanecendo os debates orais. Inteiramente oral era o procedimento entre os germanos invasores, o que veio a influir no do povo conquistado. Predominou, assim, por longo tempo, a palavra falada, permanecendo a escrita apenas como documentação. Mas o direito canônico reagiu contra o sistema e no direito comum generalizou-se o procedimento escrito. A mesma tendência nota-se no procedimento reinol português, assim como no Regulamento 737 e na maioria dos códigos brasileiros estaduais. Na França, porém, o código de processo napoleônico acentuou o traço oral do procedimento, que não fora jamais abandonado; a influência fez-se sentir na Alemanha, como consequência da invasão napoleônica, espalhando-se para outros países da Europa, como a Itália, e daí para o Brasil. (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2006, p. 347).

Simplificação era a palavra, e se iniciou na Inglaterra de Bentham, o pai do utilitarismo inglês, citado por ambos Chiovenda⁹ e Cappelletti¹⁰. Havia a tendência

⁷ CHIOVENDA, op. cit., p. 153.

⁸ CHIOVENDA, op. cit., p. 141.

⁹ CHIOVENDA, op. cit., p. 496.

¹⁰ CAPPELLETTI, Mauro. La oralidad y las pruebas em el proceso civil. EJE, Buenos Aires, 1972, p. 59.

geral em tornar o procedimento formal em sumário, observando-se a oralidade, a relação imediata das partes e o juiz, a abolição de privilégios especiais (tão fora de moda com a Revolução Francesa, assim como a falta de publicidade que o processo comum herdou do processo canônico), a limitação dos meios de impugnação etc. Vicissitudes históricas levaram para formas notadamente divergentes, alguns com tempero próprio e outros inacabados. Destes primeiros, cita-se com frequência o processo inglês da *common law* e os austríaco e alemão da *civil law*.

O processo da *common law* tem características próprias dadas pelo tribunal do júri e não pode ser facilmente tomado como paradigma. Este processo, como é lembrado por Cappelletti, possui uma fase preparatória escrita chamada *pre-trial* e uma posterior fase oral e concentrada na *trial*¹¹. Apesar de não ser mais utilizado no processo oral inglês, esta figura do júri ainda presente no direito norte-americano deixou suas marcas, sendo que neste segundo, a fase *pre-trial* é extrajudicial: advogados tem poderes de inquirir testemunhas e exigir a apresentação de documentos, geralmente ocorrendo acordos nesta fase.

O grande elemento diferenciador, no campo das provas, do procedimento de common law, a respeito do procedimento de equity tem sido certamente a existência do jurado. Em primeiro lugar, a escritura não pode assumir um predomínio absoluto, porque os jurados, com frequência iletrados, não se poderiam servir dela. Em segundo lugar, o jurado impunha inevitavelmente, um debate oral "in open court", o mais compacto e concentrado possível. Em terceiro lugar, o sistema de valoração das provas abstrata e rigidamente determinado pela lei, era também dificilmente conciliável com um tipo de processo no qual o juízo sobre as questões de fato estava reservado a jurados não especializados em leis, e obrigados, ademais, a decidir sem motivação. (CAPPELLETTI, 1972, p. 38).

Na esteira das revoluções liberais, a França foi a primeira na família da *civil law* a reformar seu código. Porém sem muito alarde como o advento do seu código civil, tanto que a comemoração do seu centenário passou despercebida, como lembra Chiovenda¹². Eram características principais do processo comum as provas legais, o segredo de enquete e o apego à escritura, como relata Cappelletti abaixo. Isto tudo não é sem razão, mas havia a forma escolástica de se ver o conhecimento, a segurança das testemunhas, uma sociedade de castas e também a herança escrita do processo canônico – modelo da Igreja da decretal de Inocêncio III, como já comentado.

¹¹ CAPPELLETTI, op. cit., p. 11 a 18.

¹² CHIOVENDA, op. cit., p. 184.

A crítica, pré-anunciada pela ideologia que constituiu a base da Revolução Francesa, e traduzida, em efeito, em uma primeira série de reformas práticas da legislação revolucionária, foi levada adiante, no curso do século XIX e na primeira metade do século XX. [...] a) a Revolução Francesa e a abolição do "princípio do segredo da enquete" operou uma fundamental ruptura com o passado tirando do caminho, ao menos em parte, o sistema da prova legal. Que a ideologia da Revolução laica e burguesa tivera de se enfrentar com este sistema, era inevitável. Contudo, muitos resíduos do velho sistema ideológico puderam escapar à reforma. [...] b) ainda que tenha sido parcial e incompleta a reforma francesa, [...] é um tipo de processo radicalmente diverso do processo "comum". Daí que as reformas da legislação revolucionária e pós-revolucionária se inseriram na França sobre uma prática processual mais flexível que a predominante no qual a oralidade tinha um predominante significado de "oratória forense"- pareceu imperfeito e insuficiente, como se a França devesse pagar a contribuição por haver sido a primeira a se mover no caminho das reformas modernizadoras. (CAPPELLETTI, 1972, p. 45).

Entretanto, em consonância com o breve relato de Cintra, Grinover e Dinamarco, o seu código de processo civil influenciou o código alemão de 1877, com a sua vasta elaboração doutrinal. Neste primeiro momento, lembrado por Cappelletti, esta codificação alemã padeceu do vício da oralidade pura, que necessitou uma posterior reforma em 1898¹³. A austríaca de 1895 derivou-se da alemã e de sua experiência de mais de quinze anos de aplicação, adquirindo feições próprias e já atenuando esta questão¹⁴.

A primeira relevante obra de renovação processual explicitamente inspirada no "princípio de oralidade", saiu à luz imediatamente depois daquele breve período de febre reformista que sacudiu à Europa continental nos anos entre 1848 e 1850. Trata-se do Código de procedimento civil de Hanover de 1850. Junto com o processo civil alemão de 1877, estas duas obras legislativas assumiram, contudo, como seu fundamento uma concepção mais bem rígida e dogmática de oralidade. Assim processo "oral" devia significar inexistência, aos efeitos de julgar, de todo ato não comunicado ao juiz oralmente na audiência. Tratava-se, obviamente, de um excesso um tanto irreal e doutrinário [...] típico das reações com as quais, para evitar um defeito, se incorre em um defeito análogo mas de sinal contrário [...] depois atenuados ou eliminados por sucessivas reformas parciais. (CAPPELLETTI, 1972, p. 47).

A partir deste ponto que se iniciou o processo de reforma no código de processo civil italiano e sua vasta coleção doutrinária, que iria influir profundamente o desenvolvimento do nosso pensamento doutrinário e do nosso direito processual. As codificações citadas são as que encontravam entre as mais modernas da época

¹³ CAPPELLETTI, op. cit., p. 48.

¹⁴ CAPPELLETTI, op. cit., p. 50.

de Chiovenda e após de Cappelletti, citando ambos estatísticas de lides resolvidas em menos de um ano¹⁵¹⁶, tendo como média de um a dois meses. Décadas após, Alexandre Vaz cita no caso do exemplo austríaco uma média de dois meses de duração¹⁷.

Por fim, é importantíssimo ressaltar que vários países possuem dois processos distintos em seu ordenamento jurídico: o cível e o penal, sendo este último predominante oral. A questão é como um processo responsável por resguardar os caros bens da liberdade e, quiçá da vida, pode não oferecer garantias suficientes para seus cidadãos defenderem seus haveres¹⁸. Novamente vicissitudes do direito penal, de chamar mais atenção à questão política e garantias fundamentais, e não ter sido contaminado pelo individualismo marcante das relações privadas e pouca atuação estatal. Porém, o que foi um processo inacabado na Itália e em vários outros países, nos primeiros (Inglaterra, Alemanha, Áustria) as reformas não se limitaram a esta, e tanto no processo penal quanto na cível a oralidade e a audiência ocuparam o centro do processo.

2.3 ORALIDADE E PRINCÍPIOS

Processo formal e processo sumário são dois tipos opostos de procedimento. A essência do primeiro está o absoluto predomínio da forma escrita sobre a oral. A multiplicidade dos escritos, os prazos sucessivos para a sua comunicação, o ordenamento dos incidentes, a preclusão do direito de produzir novos elementos, a audiência limitada à discussão dos elementos recolhidos durante a instrução escrita são consequências do princípio fundamental. A prova se desenvolve em episódios separados e o juiz conhece destas somente através das atas a grande distância da data em que foram recolhidas. Ocorre com isto que o juiz que decide o mérito seja fisicamente diverso do que dispôs das provas, que ouviu as partes, examinou as testemunhas e assim sucessivamente. Tais características ainda persistem em nosso processo civil, conforme relatam Cintra, Grinover e Dinamarco.

¹⁵ CHIOVENDA, op. cit., p. 187.

¹⁶ CAPPELLETTI, op. cit., p. 55.

¹⁷ VAZ, Alexandre Mário Pessoa. Direito processual civil. Coimbra: Almedina, 2002, p. 420.

¹⁸ CHIOVENDA, op. cit., p. 258.

No sistema pátrio, entretanto, os princípios supra foram sofrendo inúmeras restrições. O foro brasileiro não se adaptou de todo ao sistema oral: a princípio, os memoriais escritos; depois, a complacência de alguns juízes, deixando que as inquirições se fizessem sem sua efetiva intervenção. Certos princípios, dados por infalíveis, não tiveram fortuna na prática: assim, a identidade física do juiz, a relativa irrecorribilidade das interlocutórias, a imprescindibilidade da audiência e debates orais. O insucesso da experiência, no campo do processo civil, redundou uma revisão da posição adotada pelo legislador de 1939, por parte do Código de 1973, que atenuou sobremaneira o princípio da oralidade. (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2006, p. 349).

Assim como a audiência, a diversidade de pessoas chamadas a assistir como juízes os sucessivos atos da causa carece de importância no processo formal. A escassa atuação do juiz na direção da litis e na formação da prova, se não essencial, é consequencial neste processo. Falta uma pessoa que vigie e domine todo o procedimento singular. Muitos dos defeitos do processo formal aqui descritos decorrem de, nas sucessivas reformas, ser levado em conta ou serem tomados os princípios relacionados à oralidade isoladamente, mas não em seu conjunto. É necessário entender a ideia.

No processo sumário, ao contrário, domina a oralidade. E por conseguinte a concentração das atividades processuais em audiência. Dizer processo oral é designar a audiência como campo de ação das partes e do juiz. Tem por condição a identidade física do juiz que assiste as diversas fases do processo de modo que uma só pessoa ouça as partes, ordene as provas, assuma e decida quanto ao mérito, em uma só audiência ou em poucas e próximas. Não significa que o escrito deixa de existir mas não é condição de validade dos atos. Tampouco não admite atenuações, é flexível.

Isto também tem profunda relação com aspectos políticos do processo, como a participação, democracia, publicidade como ressaltado por Dinamarco¹⁹ e também por Cappelletti, especialmente no processo civil dos países socialistas à época²⁰. Especialmente marcantes são o aspecto pedagógico do processo e a proximidade com as partes, inclusive com audiências realizadas no local de trabalho.

Também entre os países do leste europeu, por toda parte as novas ideias e a nova estrutura política e econômica tem conduzido a radicais transformações, ainda que seja sobre uma base que todavia em parte recorda o background "civilístico". O elemento oral no processo em particular assume uma especial importância e um matiz próprio a causa de

¹⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 159.

²⁰ CAPPELLETTI, op. cit., p. 29.

uma série de características típicas do "procedimento civil socialista": a) o caráter eletivo dos juízes, assim como a participação no juízo de "assessores populares"; b) o afirmado caráter "popular" da justiça a fim de realizar uma "igualdade real", e não somente "formal", o caráter de uma "cooperative discussion" do juiz com as partes; c) a importância particular da "publicidade" dos procedimentos, a ideia de "educação das massas", a eleição do lugar e do tempo das audiências, para facilitar a participação dos companheiros; d) o princípio do papel ativo do juiz na busca da verdade "material", refletindo sempre interesses de ordem público e não meramente privado; e) deve se assinalar também uma notável restrição das possibilidades de impugnação oferecidas às partes privadas, com uma espécie de unificação de apelação e revisão; f) finalmente, uma tendência de fazer uso, também naqueles países socialistas, dos escritos preparatórios, e por outro lado das Cortes, de se contentar com tais escritos a fim de evitar a fadiga necessária para uma discussão oral da causa na audiência.(CAPPELLETTI, 1972, p. 27).

O princípio da oralidade acompanha outros princípios relacionados, da concentração, identidade, atuação do juiz no processo e irrecorribilidade independente das interlocutórias que apresentaremos a seguir. Importante sempre ressaltar que em algumas situações elas podem ser afastadas, mas sempre que possível devem ser observadas para que atinjam o resultado objetivado.

2.3.1 Oralidade

Ensina Chiovenda que deve-se entender por oralidade não a exclusão da escritura do processo²¹, como quiseram o código de processo civil português de 1932 e o alemão de 1877 antes das reformas de 1898. Mas a colocação dos escritos de forma que não prejudique o célere andamento do processo. Ou seja, que se dê à audiência uma importância central no processo, que o juiz ouça diretamente as partes, as testemunhas e veja as provas para chegar a uma melhor valoração da prova, de sua confiabilidade.

É certo que a escritura não transmite a impressão que o juiz tem da testemunha ou parte, seu estado de ânimo, confiança, nervosismo etc. E a imagem disto é muito mais vívida que a de um escrito, é uma experiência muito mais rica.

Também deve estar claro que não estamos a falar de um mero debate acadêmico ou jurídico com os advogados com a instrução encerrada, como já ocorreu na França e na Itália²². Nisto até pode ser uma vantagem que se analise por escrito, pois um advogado com boa eloquência pode impressionar mais o julgador

²¹ CHIOVENDA, op. cit., p. 251.

²² CAPPELLETTI, op. cit., p. 21.

do que outro que esteja com a razão. Aqui Chiovenda cita exemplo das assembleias populares para a redação de leis em que também há este risco e a existência de um grau de recurso para que se analisem as sentenças eventualmente afetadas²³. Já Cappelletti admite nestes casos a resposta escrita:

A respeito das argumentações jurídicas (teórico-jurídicas: interpretação das normas, dos negócios, dos documentos, etc.) não é menos claro que, sem negar em alguns casos a conveniência do debate oral, e principalmente, do colóquio entre o juiz e os advogados, é muito mais útil sua formação por escrito, nas situações normais, que permite às partes, ou melhor, a seus advogados e mesmo ao juiz, uma elaboração mais serena e meditada, que favorece a consulta profunda de obras científicas e de repertórios práticos de jurisprudência, garantindo contra a ligeireza e superficialidade da retórica e da improvisação e contra as omissões, assim como contra as perniciosas desigualdades derivadas do diverso grau de habilidade e diligência das partes contrapostas e de seus respectivos advogados, etc. (CAPPELLETTI, 1972, p. 88).

Ainda segundo Cappelletti, o fundamento da ideia de oralidade está, indubitavelmente, nos defeitos do tipo de procedimento que foi dominante desde a Revolução Francesa e em as codificações nacionais que se sucederam. A ideia de oralidade tem representado o símbolo do movimento de crítica e de radical reforma daquele tipo de procedimento²⁴. Um tipo de procedimento derivado do direito romano-canônico e comum tal como este se formou na Itália e se difundiu pela Europa desde o século XII. Contrapõe-se ao princípio da oralidade:

Pelo predomínio do elemento escrito. O princípio da inexistência jurídica dos atos processuais não resultantes das "atas" (escritos, protocolos) de causa, e da conseguinte nulidade insanável da sentença não inteiramente baseada sobre tais atos escritos. Este princípio está consolidado já no século XIII, e em quanto a certos aspectos seus pode fazer-se remontar a uma famosa decretal de 1216 do Papa Inocêncio III, pela qual foi praticamente suprimido também aquele pouco de mediação da relação do juiz com as partes. A decretal de 1216 estabeleceu em efeito, que todo ato processual, ainda que se tivesse realizado ante o juiz ou mesmo pelo juiz, devia-se relatar por outros - notários, atuários, etc. - em um protocolo. E a sentença devia se basear exclusivamente sobre esta ata. (CAPPELLETTI, 1972, p. 35).

Por si, a escritura é mais pobre que a impressão que o magistrado tem com o contato direto e oral com a prova. Além disso, a obrigatoriedade da escritura torna sem sentido que o juiz ouça diretamente as partes e testemunhas, delegando esta função ao longo da história.

²³ CHIOVENDA, op. cit., p. 200.

²⁴ CAPPELLETTI, op. cit., p. 32.

2.3.2 Imediatidade

Mesmo já implícito no item anterior, ressalte-se que a oralidade implica que o juiz estará em contato direto com as testemunhas, as partes e as provas, coletando impressões que não seriam possíveis no papel, e estando assim em melhores condições de valorar a prova e melhor dar a sentença.

Isto irá impactar nos requisitos dos meios de registro de prova significativa de Alexandre Vaz, em que sempre que possível, em vários momentos, destaca que tal sistema permite que também se registre a impressão do juiz que coletou a prova, quando o mesmo processo eventualmente se tornar predominantemente escrito.

O processo escrito, segundo Cappelletti, contrapõe-se à imediatidade da seguinte forma:

Pela conexa falta de relações imediatas entre o órgão julgador e os outros sujeitos do processo e os elementos objetivos de prova. Juntamente com o predomínio absoluto da escritura, surge em efeito o convencimento da inutilidade e inoportunidade de tais relações imediatas, cujas resultâncias deviam ser consignadas por terceiros em ata. As provas não eram já assumidas pelo juiz mas por um ou mais terceiros. (CAPPELLETTI, 1972, p. 36).

Isto é, a escritura, ao longo de sua utilização acaba por tornar desnecessário o contato direto do juiz com as partes e as provas, a imediação do juiz.

2.3.3 Identidade física do juiz

Também possui estreita relação com os dois itens anteriores, pois não é possível falar de imediação se a figura do juiz muda conforme o andamento do processo, sendo que o juiz que julga não ouviu as testemunhas a serem valoradas. Interessante que a existência do escrito em si não faz com que o processo seja escrito. Na verdade, para o juiz que ouviu as testemunhas o escrito serve como auxílio à memória e o processo continua sendo oral, mas para o juiz que se apoia exclusivamente ao escrito ele tem esta característica. Também o mesmo processo tende à escritura conforme o julgamento se distancia da data em que foram coletadas as provas, pois mais fraca fica a impressão que o julgador teve à época e o escrito eventualmente tende a ganhar mais peso.

Existe aqui também o aspecto do controle do juiz do processo, que pode ser facilitada ou dificultada conforme o respeito a este princípio. Ao contrário do juiz no processo escrito, aqui há uma participação ativa deste para o bom andamento do processo, ele não fica à mercê do interesse das partes. Para que isto funcione a contento, é requisito que a identidade física do juiz não se altere ao longo do processo. Trata-se de um imperativo do controle.

2.3.4 Concentração processual

Também estreitamente vinculado aos demais e condição necessária para a identidade e mediação. Diz-se que a coleta das provas deve ser feita em uma única audiência ou em audiências próximas e que a sentença não pode estar muito afastada delas. Neste sentido Chiovenda explica:

E posto que o processo oral, em sua forma mais genuína, tem por condição a identidade física do juiz que assiste às diversas fases do processo de modo que uma só pessoa (ou um colégio composto pelas mesmas pessoas) ouça as partes, ordene as provas, as assuma e decida quanto ao mérito, dele deriva que o processo sumário tem a condensar os atos em uma só audiência ou em poucas audiências próximas. (CHIOVENDA, 1949, p. 180).

Para a identidade, quanto mais o processo for desconcentrado e se arrastar no tempo, maior a probabilidade de que o juiz se aposente, seja promovido, transferido ou afastado. Para a imediação, o tempo colabora para que a memória do juiz se esvaia e que a prova coletada oralmente tenda a ser predominantemente escrita pelo fato do juiz se apoiar mais neste registro.

Um terceiro motivo é para que o juiz exerça eficazmente o controle do processo, resolvendo os problemas na própria audiência em que ocorrem os atos do processo, como já foi explicitado.

2.3.5 Livre valoração

É um ato de confiança no juiz em contraponto à prova legal e, segundo Cappelletti, mais condizente com o conceito científico da livre experimentação; não em regras apriorísticas herdadas do conhecimento aristotélico medieval. Tal raciocínio escolástico tem relação com o motor inicial e a aplicação do método

dedutivo sobre regras gerais (abstratas) obtidas pelo método indutivo, sendo que o conhecimento experimental aristotélico leva tais leis. A partir deste ponto passa-se a aplicar o método platônico dizendo ser aristotélico. A escola experimental moderna vai de encontro a isto.

O sistema da oralidade, aplicado no campo das provas e, em particular, das provas constituintes, assinala o momento do ingresso, no mundo do juízo jurisdicional, do diverso método de pensamento, a escola experimental moderna, que deve estar apoiado não em apriorismos escolásticos ou abstrações simplistas, mas sobre a análise fenomenológica experimental da realidade, tal como se manifesta à observação. Certamente que este método significa uma repetida confiança no homem. [...] As rígidas tarifas matemáticas de valoração das provas eram certamente de mais fácil compreensão e aplicação que o critério do livre convencimento. No segundo caso, pelo contrário, as manifestações que deve se valorar podem ser infinitas, pelo que a lei não está em possibilidade de assinalá-las aprioristicamente. (CAPPELLETTI, 1972, p. 93).

Contrapõe a livre valoração ao sistema da prova legal, que funciona da seguinte forma, como ensinado por Cappelletti:

O denominado sistema da prova legal, em virtude do qual uma larguíssima lista de regras vinculantes foi-se impondo em matéria de admissão e de valoração das provas. Faltando, por conseguinte, ao juiz os elementos mais importantes de uma valoração crítica das provas, é natural que se terminasse por recorrer, em troca, a elementos facilmente, quase mecanicamente, determináveis pelo sujeito atuante e fixados em abstrato pela lei. (CAPPELLETTI, 1972, p. 39).

Num primeiro momento, a prova legal pareceu ser bastante interessante no contexto medieval em que não se poderia levar em conta qualquer experiência pregressa do julgador que não estivesse nos autos. Mas uma vez negada a possibilidade do juiz valorar livremente as provas, isto teve consequências nefastas, descritas por Chiovenda:

O processo se converteu em escrito porque o juiz devendo valorar a confiabilidade das testemunhas, assim como das outras provas, a base de regras legais preestabelecidas, isto é, argumentando por uma série de circunstâncias exteriores cuidadosamente assinaladas na ata (condição, sexo, fama, fortuna etc) não teve já nenhuma inclinação ao exame direto das testemunhas. Faltava ao juiz a faculdade e a necessidade de servir-se de um instrumento mais refinado e seguro de investigação: a observação. [...] Assim a assunção das provas foi pouco a pouco delegada no notário; é um notário elegido pelo juiz e as vezes pelas partes. Todas as outras características do processo comum ordinário se concentram em torno desta causa fundamental, de origem essencialmente germânica. [...] Eliminadas assim as testemunhas da audiência e desaparecida a imediação da relação entre o juiz e as testemunhas, foi fácil dar um passo adiante e excluir as

partes de assistir ao exame. (CHIOVENDA, 1949, p. 491).

Além disso, após a Revolução Francesa ela se manteve pois havia o receio que os magistrados ainda mantivessem seus vínculos com o antigo regime, não seriam confiáveis. Ora, ao invés de dar maior peso no testemunho do nobre e do religioso, agora substitui-se pelo do burguês²⁵.

2.3.6 Poderes do juiz

É requisito aqui que o juiz acompanhe o processo do início ao fim para que possa exercer melhor o controle do processo. A razão disto é que o juiz ou o Estado não é mais um mero observador neutro, mas tem um interesse no processo que é de que ele se resolva o mais rápido possível. É um contraponto ao individualismo francês do código de Napoleão do século XIX e também da cultura dos juízos de Deus e da prova legal, conforme já explicitado anteriormente.

Cappelletti destaca aqui que:

Faltando uma intervenção direta, e por conseguinte um controle do juiz sobre o desenvolvimento do processo, as partes, e por elas seus defensores, vieram a ser os árbitros quase absolutos do mesmo, dificilmente limitados por os "términos preclusivos" abstratamente fixados por lei. Portanto, o processo - e não somente o objeto do processo, mas o curso mesmo dele - se converte em "cosa das partes". Tendo interesse em retardar o curso do processo, encontrava naquele tipo de procedimento todos os meios para fazê-lo. (CAPPELLETTI, 1972, p. 38).

Cabe ressaltar aqui que não se trata apenas de livre valorar as provas, mas tomar em suas mãos as rédeas, a condução do processo, para que não fique à mercê da vontade das partes.

2.3.7 Incidentes em audiência

A concentração possibilita que os advogados dirijam as petições diretamente ao juiz em audiência e que a parte contrária se manifeste também oralmente no ato. Não é mais necessário o recebimento, juntada, conclusão, despacho, publicação, prazo, nova petição de manifestação mas requer que ambas as partes estejam

²⁵ CAPPELLETTI, op. cit., p. 46.

presentes ou representadas em audiência. O porém é mais amplo em vantagens. Quanto mais se utiliza a oralidade menos necessidade se vê no papel.

Isto é destacado por CAPPELLETI:

Os escritos provocam contra-escritos; o curso do processo, perdido aquele caráter de oralidade e de concentração que foi típico se converteu assim em uma sequência larguíssima de "términos" - pela contestação, a réplica, a tréplica... fragmentado, segmentado, diluindo em uma série de fases o estágios preclusivamente separados entre si. (CAPPELLETTI, 1972, p. 37).

É muito mais ágil que as petições sejam feitas em audiência e respondidas de imediato, já abrindo possibilidade da parte contrária a se manifestar. Mas novamente requer a existência de uma audiência.

2.3.8 Irrecorribilidade das interlocutórias

Requisito necessário à concentração, pois uma audiência interrompida demorará para ser retomada, com graves prejuízos a tudo o que se tem dito. Tem algum sentido por si só, mas fundamental ao conjunto. Neste sentido Cappelletti destacou que a oralidade ficou prejudicada pela regra da impugnabilidade imediata de toda providencia judicial²⁶ ainda que meramente instrutória, interlocutória e parcial, com suspensão do processo principal.

Muito se fala em sala de aula deste princípio mas o verdadeiro sentido só se revela quando se explica qual a finalidade e para que é fundamental isto. Não é só aquele retardo, mas toda a sistemática que fica prejudicada. Coloca Chiovenda em relação a este princípio que:

Ao mesmo princípio se vincula agora o sistema das interlocutórias. Tanto segundo a lei alemã como segundo a austríaca, as decisões do que nós chamamos incidentes, não poder ser impugnadas senão conjuntamente com a sentença definitiva; de modo que não se verifique no curso do juízo de primeira instância, uma interrupção inconciliável com o princípio da oralidade e com o princípio da identidade do juiz. (CHIOVENDA, 1949, p. 204).

Por fim, é interessante observar que, no processo da *common law*, assim como no tribunal do júri do processo penal, não é possível recorrer da convicção que o julgador teve da prova. Só se recorre de matéria de direito ou anula o júri.

²⁶ CAPPELLETTI, op. cit., p. 39.

Novamente, um exemplo eloquente de como um início histórico diferente tem toda uma cadeia de consequências posteriores.

2.3.9 Fascículo único

Colocamos aqui como uma mera curiosidade de a que ponto a escritura já nos levou. O juiz precisava ser instruído em tudo pelas partes do que acontece e aconteceu, e não tem à disposição a memória do processo quando melhor lhe proviesse. Tratava-se de um problema há muito vencido à época de Cappelletti, tanto que este nem sequer o menciona; mas ainda muito vívido no final do século XIX por Chiovenda:

O sistema de fascículo único. Neles a citação, os escritos, os documentos, são comunicados diretamente ao adversário e comunicados, como sabemos, somente no momento da decisão nos fascículos das partes ao juiz, de modo que este não tem notícia alguma deles durante o período anterior a tal momento, no processo germânico e no austríaco, nos quais domina a figura do juiz (como é natural, porque a ele se dirige toda demanda judicial), a citação, os escritos, os documentos, se apresentam principalmente ao juiz e ficam em cópia em seu poder em um fascículo de secretaria que lhe permite exercitar na prática os poderes que lhe confiam a lei. (CHIOVENDA, 1949, p. 213).

Isto inviabilizava o controle do juiz no andamento do processo, numa época em que nem se pensava nesta possibilidade.

2.4 CONSIDERAÇÕES

Ressalte-se novamente que a oralidade não exclui os escritos mas que os coloca em seu devido lugar. Primeiro como escritos preparatórios para audiências mais complicadas, segundo como auxílio à memória do juiz, terceiro para um eventual recurso onde os julgadores não tiveram contato direto com as provas e finalmente na petição inicial e na sentença. Repudia-se assim totalmente o sistema da oralidade pura.

Em segundo lugar, que este princípio deve ser utilizado sempre que possível; e que existirão situações em que pode ser difícil a sua aplicação mas que nem por isto a exceção deve ser tomada como regra.

Porém, apesar de desde o código de processo civil de 1939 proclamar

solenemente, na exposição de motivos, a adoção do procedimento oral – talvez com alguma relação à época do fascismo, o início da jurisdição trabalhista predominantemente oral e código de processo português que comentaremos adiante – não foi o que aconteceu por aqui em seguida, como ressaltado em Cintra, Grinover e Dinamarco.

No sistema pátrio, entretanto, os princípios supra foram sofrendo inúmeras restrições. O foro brasileiro não se adaptou de todo ao sistema oral: a princípio, os memoriais escritos; depois, a complacência de alguns juízes, deixando que as inquirições se fizessem sem sua efetiva intervenção. Certos princípios, dados por infalíveis, não tiveram fortuna na prática: assim, a identidade física do juiz, a relativa irrecorribilidade das interlocutórias, a imprescindibilidade da audiência e debates orais. O insucesso da experiência, no campo do processo civil, redundou na revisão da posição adotada pelo legislador de 1939, por parte do Código de 1973, que atenuou sobremaneira o princípio da oralidade. (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2006, p. 349).

Vimos uma grande similaridade com as vicissitudes do código de processo civil italiano, tanto estudado por aqueles dois conhecidos processualistas italianos. Assim, acredito que conseguimos cumprir o objetivo de fazer o correto encadeamento dos princípios, de modo a explicitarmos as suas conexões. Foi muito proveitosa a leitura dos clássicos de Chiovenda e Cappelletti que iluminam não só o processo civil mas o processo penal e do trabalho, bem como a legislação de outros países e outros tempos.

Novamente, conforme já observado por Cappelletti, nada disto faz sentido ou é necessário ao processo dos países da *common law*, pois herdado do instituto do direito anglo-saxão do jurado. E mesmo nos países que o aboliram, ainda mantém o costume de decidir oralmente em uma única audiência.

3 PROCESSO ELETRÔNICO

Neste capítulo, discorreremos sobre a questão do processo ou procedimento eletrônico, das relações do direito e informática e dos novos princípios do processo vislumbrados por José Eduardo Resende Chaves Júnior para o processo eletrônico.

Devemos ter em mente sempre a questão da automação da ineficiência²⁷. Não basta eliminarmos o papel, podemos ir muito além disso.

3.1 PROCESSO OU PROCEDIMENTO

Retomamos o assunto anterior das formas processuais, que nada mais seriam que procedimentais, apesar de nelas pairarem algo de contraditório ou de difícil separação do processo. A doutrina diverge a respeito, como veremos a seguir.

Muito tem se falado hoje em dia que o poder se exerce mediante um procedimento, e este procedimento é caracterizado como processo pela presença de um contraditório. Neste sentido Vianna destacou:

Muitos processualistas tem procurado traçar uma distinção entre os conceitos de processo e procedimento [...] o processo não se define pela mera sequência, direção ou finalidade dos atos praticados pelas partes ou pelo juiz, mas pela presença do atendimento do direito ao contraditório entre as partes [...] antes que distinção, há entre eles uma relação de inclusão porque o processo é uma espécie do gênero procedimento, e, se pode ser dele separado é por uma diferença específica [...] o contraditório. O processo é um procedimento, mas não qualquer procedimento; é o procedimento que participam aqueles que são interessados no ato final, de caráter imperativo, por ele preparado, mas não apenas participam; participam de uma forma especial, em contraditório entre eles, porque seus interesses em relação ao ato final são opostos. A diferença essencial entre um dispositivo processual e outro meramente procedimental é que o primeiro disciplinará a garantia do contraditório enquanto o segundo regulará o rito do julgamento. [...] Quando o procedimento não se faz em contraditório, tem-se somente procedimento, não processo. Muitos procedimentos dispensam o contraditório já que não se fazem sob regime da contenciosidade e o direito-garantia do contraditório não é imprescindível, em face de lesão ou ameaça a direitos fundamentais [...]. (VIANNA apud ALMEIDA FILHO, 2010, p. 264).

Continua o mesmo autor em seu parecer na ADI 3869 – sobre a violação ao princípio constitucional da divisão dos poderes e do dispositivo da Constituição que

²⁷ CHAVES JÚNIOR, José Eduardo Resende. Proceedings on the Web. Disponível em <independent.academia.edu/JoséEduardoChavesJr/Papers>. Acesso em 31/09/2012, p. 10.

permite aos Tribunais que organizem suas secretarias e serviços auxiliares e juízos vinculados, informatizando-os na medida de suas necessidades e possibilidades – que:

Tradicionalmente coube aos tribunais disciplinarem as matérias procedimentais por meio de seus regimentos internos e a informatização das secretarias por meio do procedimento eletrônico em nada modifica o caráter procedimental destas normas, pois não se discute aqui regras que cuidam das garantias dos cidadãos. Pouco importa se as partes tomarão ciência dos atos processuais por carta, fax, e-mail ou sinais de fumaça. A garantia do contraditório independe do meio pelo qual ela é efetivada, pois já se encontra devidamente normatizada pelo Título V do Código de Processo Civil. (VIANNA apud ALMEIDA FILHO, 2010, p. 265).

Conclui o autor, assim, que não há de falar propriamente em processo eletrônico, mas em procedimento eletrônico, pois a essência do processo é o contraditório e não o meio no qual ele é efetivado.

Superado o problema da necessidade das formas Cintra, Grinover e Dinamarco definem o procedimento como a sequência de atos no processo:

A soma dos atos do processo, vistos pelo aspecto de sua interligação e combinação e de sua unidade teleológica, é o procedimento. Dentro deste, cada ato tem o seu momento oportuno e os posteriores dependem dos anteriores para a sua validade, tudo porque o objetivo com que todos são praticados é um só: preparar o provimento final. (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2006, p. 343).

As formas processuais se referem ao local (vara), quando (prazo de oito dias) e ao modo de cada um destes atos, segundo o mesmo autor.

As formas dos atos processuais são determinadas por circunstâncias de três ordens: a) de lugar; b) de tempo; c) de modo. Os atos processuais cumprem-se normalmente na sede do juízo, salvo quando, por sua natureza ou por disposição legal, devam efetuar-se em outro lugar. O tempo deve ser levado em consideração pelo legislador sob dois aspectos: a) determinando a época em que se devem exercer os atos processuais; b) estabelecendo prazos para sua execução. Quanto ao modo, o procedimento pode ser analisado relativamente à linguagem, à atividade que o move de fase em fase, e ao rito. A linguagem no procedimento. Os atos processuais, como os atos jurídicos em geral, são representados pela palavra. Conseqüentemente, duas circunstâncias devem ser levadas em consideração: I - o modo de expressão, que no nosso ordenamento é a língua portuguesa II - a escolha da palavra, que pode ser falada ou escrita. De acordo com essa escolha, surgem diversos sistemas: o procedimento oral, o escrito e o misto. (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2006, p. 345).

Observe também neste trecho que Cintra, Grinover e Dinamarco colocaram a oralidade e princípios relacionados junto ao procedimento (formas processuais), pois de fato não possuiriam relação direta com a garantia do contraditório e ampla defesa mas ao modo (linguagem). Precisamente, o modo o caracteriza pois os atos que o compõem podem ser orais, escritos ou agora eletrônicos. O que leva a crer que estamos, portanto, a falar de procedimento e não de processo.

Assim tanto a oralidade quanto o processo eletrônico remetem à forma dos atos que se encadeiam no procedimento. Mas o processo não se refere ao meio mas ao contraditório, não sendo correto falar de um “processo” eletrônico.

As formas são arbitrárias e assumidas como tal, pois valem para todos por um processo legislativo. O Estado legislador não está preparado para atender todos cada um em sua peculiaridade. Alguns requerem mais prazo, outros menos mas busca a média das médias. Trata-se de uma abstração. Neste sentido Dinamarco destaca o procedimento como regulação do arbítrio do juiz pelo legislador:

No cenário das instituições jurídicas do país, o procedimento tem o valor de penhor da legalidade no exercício do poder. A lei traça o modelo dos atos do processo, sua sequência, seu encadeamento disciplinando com isso o exercício do poder e oferecendo a todos garantia de que cada procedimento a ser realizado em concreto terá conformidade com o modelo preestabelecido: desvios ou omissões quanto a esse plano de trabalho e participação constituem violações à garantia constitucional do devido processo legal. No Estado-de-direito não se concebe como possa o juiz, no exercício da jurisdição, realizar atividades cujo escopo jurídico é a atuação da lei, mas realizá-las com o campo aberto para o arbítrio.(DINAMARCO, 2005, p. 154).

Ainda em outro trecho, o autor tem destacado a importância do procedimento frente ao processo, para além de uma mera sequência de atos entre a demanda e a sentença:

Em tempos recentes, presencia-se a uma reabilitação do procedimento, como instituto processual de primeira importância. Rejeitaram-no os processualistas do século XIX e na primeira metade deste, encantados com a descoberta de que o processo não se reduz à mera sequência de atos coordenados na cadeia fechada entre a demanda e a sentença: daí as prestigiosas doutrinas que floresceram, entre as quais a do processo como relação jurídica e todas proscrevendo a visão unilateral do processo como procedimento. Jamais conseguiram demonstrar que o processo fosse algo distinto do procedimento, situado fora dele, e em menos de um século acabou por ressurgir na mente dos processualistas o valor do procedimento no próprio conceito de processo. (DINAMARCO, 2005, p. 152).

Além disto, Dinamarco destaca o meio justamente por propiciar e assegurar as garantias de participação e de contraditório.

Diz-se que o processo é todo procedimento realizado em contraditório [...] Procedimento e contraditório fundem-se numa unidade empírica e somente mediante algum exercício do poder de abstração pode-se perceber que no fenômeno processo existem dois elementos conceitualmente distintos: à base das exigências de cumprimento dos ritos instituídos em lei está a garantia de participação dos sujeitos interessados, pressupondo-se que cada um dos ritos seja desenhado de modo hábil a propiciar e assegurar essa participação. Dessa forma, cumprir o procedimento é também observar o contraditório: sendo apenas o aspecto visível do processo, ele, no fundo, não tem o seu próprio valor, mas o valor das garantias que tutela. O direito ao procedimento, que as partes têm e é solenemente assegurado mediante a cláusula *due process of law*, em substância é direito aos valores processuais mais profundos e notadamente a participação em contraditório. (DINAMARCO, 2005, p. 160).

O simples modo como é exercido uma forma processual pode, se não violar o contraditório, prejudicar algum outro interesse do Estado, como por exemplo dificultar a conciliação. Sentiremos isto quando analisarmos os novos princípios do processo aplicáveis ao processo eletrônico propostos por Chaves Júnior. O problema da ADI passaria a ser não se os tribunais podem ou não podem, mas o que estão regulando no que tange ao procedimento.

3.2 DIREITO E INFORMÁTICA

Conforme pondera Alexandre Vaz, a tecnologia e em especial a eletrônica, nas suas conexões com o processo em geral, tem exercido nas últimas décadas um papel muito importante na administração da justiça, encarada sob quatro aspectos principais²⁸. As três primeiras, relacionadas à oralidade: rigor e exatidão nas decisões, eficácia prática e segurança, salvaguarda do cidadão.

Uma segunda aplicação é na boa gestão dos serviços, tendo em vista a simplificação do formalismo, aceleração dos processos e apoio aos juízes e advogados. Esta última é a mais usual e a menos importante. Considera o autor que a gestão é coisa resolvida e que o registro de prova representativa para apoio à decisão probatória é deficiente e irregular. Mas Portugal tem especial interesse no registro da prova como veremos no próximo capítulo.

Além do apoio à instrução probatória e da gestão dos serviços, uma terceira

²⁸ VAZ, op. cit., p. 391.

aplicação apenas comentada pelo autor é a própria elaboração das sentenças judiciais via inteligência artificial, mas ele considera muito rapidamente²⁹.

A divisão acima da informática jurídica em três campos – documental, de gestão e decisória – foi dada por Guibourg³⁰. Convém destacar que este autor já entra no campo de interesse da informática, que é mais restrita e recente que a de tecnologia de Alexandre Vaz pois este também analisa as tecnologias analógicas. Também que ele tem em mente a utilização da Inteligência Artificial e que considera o computador como sucessor não da máquina de escrever ou do gravador, mas do próprio ser humano.

A informática documental, neste sentido dado por Guibourg, estaria bastante resolvida como uma mera máquina de escrever avançada e não causaria maiores discussões. É aqui que entra Alexandre Vaz por não considerar apenas a produção de escritos mas de outros tipos de conteúdos. E sendo a gestão mais sobrecarregada em processo escrito que oral, não daria maior importância a este segundo grupo.

Na informática de gestão, ambos reconhecem as vantagens, destacando mesmo aqui Guibourg a resistência à mudança³¹. Convém lembrar que é precisamente neste ponto que se encontra atualmente o processo eletrônico no Brasil e em especial o sistema do CNJ, não tendo resolvido satisfatoriamente a questão da documentação oral anterior. Em geral, os sistemas que adotam o processo eletrônico também avançam na gestão por fluxo de tarefas, inexistente quando do processo em papel, pois a simples colocação dos autos em prateleiras etiquetadas por fase processual ou ato aguardado supre boa parte do controle deste. Isto foi realmente marcante no PJe e no sistema de processo eletrônico de alguns tribunais como o TRT-PR, embora com algumas diferenças conceituais que não serão tratados aqui.

A terceira informática destacada por Guibourg é também o seu maior interesse. Trata-se justamente da substituição do juiz na prolação das sentenças pela máquina. Resistências e ceticismos à parte, não é razoável optar por um caminho e prescindir das demais senão em época de crise. Alexandre Vaz tece

²⁹ VAZ, op. cit., p. 394.

³⁰ GUIBOURG, Ricardo. Bases teóricas de la informática jurídica. Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, núm. 21, 1998. Disponível em <bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23582844322570740087891/cuaderno21/volIII/DOXA21Vo.II_15.pdf>. Acesso em 31/09/2012, p. 192.

³¹ GUIBOURG, op. cit., p. 189.

considerações e não descarta a possibilidade³². Também sempre resta a dúvida levantada por Teixeira, abordando sobre inteligência artificial, de que se a máquina realmente entenderia a tarefa que executa³³, a exemplo do argumento do quarto chinês, onde um ocidental munido apenas de regras preestabelecidas responde perguntas escritas por um nativo que são colocadas em uma caixa³⁴. Mas trata-se aqui a inteligência artificial de atividade fim e não mais de mero apoio ao juiz como as duas anteriores? Por outro lado, esta tecnologia poderia trazer o risco do desequilíbrio da paridade de armas no processo em favor da parte que puder pagar por isto.

Além de toda ordem de aplicações levantadas por Guibourg, relacionados ao processo, há ainda o especial interesse por *e-learning* levantado por Losano³⁵. Isto se deve ao fato do judiciário também administrar, gerir seus recursos humanos e ter assim necessidades coincidentes com uma instituição de ensino ou o próprio executivo.

Saindo da informática jurídica, uma outra ordem de problemas pode ser tratada no que se refere ao direito da informática, que não é a aplicação da tecnologia no poder judiciário ou a serviço de advogados e outros operadores do direito, mas os problemas causados no mundo real pela já utilizada e disseminada tecnologia em nossas vidas. Nesta grande ordem de questões, e já não querendo fixar em definitivo no que já existe e no que pode vir a surgir, podemos destacar os seguintes: direito autoral, privacidade, personalidade, crimes cibernéticos.

Parece oportuna a divisão relatada por Losano³⁶ no curso de direito de Piemonte em “ciências jurídicas” e “serviços jurídicos”, sem que se faça do curso de direito um curso de informática. Objetivo do curso completo é formar juristas capazes de discutir problemas com informáticos e não formar informáticos. Mesmo antitéticos, existem pontos de interseção como elaboração de leis, estatutos e contratos. Criado para suprir necessidades profissionais e empresariais da região,

³² VAZ, op. cit., p. 394.

³³ TEIXEIRA, João Fernandes. O que é Inteligência Artificial? Brasiliense, 1990. Disponível em <www.filosofiadamente.org/images/stories/pdf/o_que_e_inteligencia_artificial.pdf>. Acesso em 31/09/2012, p. 32.

³⁴ BBC. A Busca pela Inteligência Artificial. Londres: BBC, 2012. Disponível em <www.youtube.com/watch?v=pgzJunYQ-N0>. Acesso em 31/09/2012, p. 16min45s.

³⁵ LOSANO, Mario. O curso trienal de informática jurídica na Universidade do Piemonte Oriental. IN: Revista Verba Juris. João Pessoa: Editora Universitária UFPB, nº. 3, 2004. Disponível em <periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/primafacie/article/view/4453>. Acesso em 31/09/2012, p. 16.

³⁶ LOSANO, op. cit., p. 9.

mas não há e se descartar o interesse para a administração pública já que o direito permeia a vida e a organização de quem o administra.

Por fim, faço uma tentativa de esclarecer a confusão terminológica entre processo digital, eletrônico, virtual, telemático, cibernético e em rede. Apesar de próximos ou relacionados, não se confundem em absoluto. O digital significa que a linguagem subjacente é binária. O termo eletrônico não se confunde com digital pois existem tecnologias analógicas, mas atualmente são praticamente sinônimos. O virtual implica que independe de um substrato físico, o que seria não apenas digital mas também disponível em qualquer lugar a qualquer instante, ou seja em rede e online. Telemática associa meios de informática e de telecomunicação. E finalmente há o cibernético que dizia respeito ao controle de máquinas como robôs e outros organismos mecânicos do meio físico, relacionado à tecnologia mas de uma geração mais antiga que a eletrônica analógica. A palavra governo vem do latim *gubernō*, latinizado do grego *kubernao* ou *dirigir*³⁷, sendo a letra grega upsilon frequentemente transliterada por *ipsilon*.

3.3 NOVOS PRINCÍPIOS DO PROCESSO

Como já vimos, o processo eletrônico assemelharia mais a um procedimento que ao processo pela sua não relação imediata a um contraditório. Neste sentido destacamos novamente Almeida Filho:

Insistimos que, no Brasil, não estamos diante de processo eletrônico, mas de verdadeiro procedimento eletrônico. E a distinção é substancial, porque neste caso teremos o grave e sério problema de repartirmos o processo através da legislação concorrente entre os Estados. Cada Estado com seu procedimento eletrônico que, na prática, importaria em legislar sobre processo, porque os conceitos se misturam e se mesclam. [...] Admitimos que nossa posição encontrará fortes resistências [...]. A própria redação conferida ao parágrafo único do art. 154 do CPC que impõe aos Tribunais a regulamentação dos atos processuais, interferirá diretamente nos procedimentos e, quiçá, no processo, como um todo. Asseveramos mais: com a necessidade de adoção de assinatura digital, não bastará à parte e a todos os sujeitos do processo estarem adequados às condições da ação e aos pressupostos processuais. Para estar em juízo, no processo eletrônico, será necessária a adoção de certificados digitais. Um novo pressuposto processual? (ALMEIDA FILHO, 2010, p. 118).

O mesmo se pode dizer dos princípios ligados à oralidade, que se trataria da

³⁷ HOUAISS. Dicionário de Língua Portuguesa. Disponível em <houaiss.uol.com.br/busca?palavra=cibernetica>. Acesso em 07/12/2012.

forma que é feito o ato, juntamente com o tempo e o local, como já comentado. Mas as distinções podem não ser assim não claras no dia a dia e esta divisão pode ser meramente didática, como já discutido.

Entre os que discordam do processo eletrônico como mero procedimento, despertou-me o interesse os princípios processuais de José Eduardo Resende Chaves Júnior, que destaca possibilidades radicais a estas novas tecnologias que justificam que os princípios sejam tratados por outro nome. Por exemplo, os processos não seriam mais céleres mas instantâneos. Alguns afetam o contraditório a ponto de flexibilizar o princípio da escritura – que sempre consideramos como se romano fosse o *quod non est in actis non est in mundo* – podendo vislumbrar um processo eletrônico com princípios próprios. Regulando o procedimento também se regula o processo, contrariando o parecer de Vianna.

Este momento pode ser uma ocasião privilegiada, em que doutrina e jurisprudência podem canalizar os fluxos de emancipação fornecidos pelas novas tecnologias de informação e comunicação, ou pode significar uma opção conservadora, a escolha para a mera "informatização da ineficiência" do processo de hoje. [...] Portanto, importar mecanicamente os princípios clássicos do processo de papel para os processos eletrônicos parece absolutamente inadequada e, por essa razão, não concordamos com aqueles que interpretam a Lei 11.419/2006 como mero procedimento. É essencial desenvolver uma tecnologia jurídica específica, a fim de otimizar o potencial que essas novas tecnologias de informação e comunicação podem dar para a resolução de conflitos jurídicos. (CHAVES JÚNIOR, 2010, p. 10).

Deixemos de lado as divagações e vamos aos princípios sugeridos pelo autor.

3.3.1 Imaterialidade

Há no processo eletrônico uma troca de linguagem por outra linguagem subjacente. Ao invés da palavra a lógica binária, substituindo a forma escrita do papel. Em termos de direito da informática, a imaterialidade não se opõe ao real mas está mais próxima à realidade efetiva das pessoas nestes tempos modernos, e tende, segundo o autor, a ser mais proativa e buscar meios mais pragmáticos e justos à solução da demanda.

Em termos de informática jurídica, a substituição da linguagem subjacente de analógica para digital possibilita que os atos tenham valor pelo conteúdo e não

pelo substrato em papel, i.e., a cópia é o original e garante por si só a autenticidade, estando livre para transitar e se replicar. Neste sentido, destacamos Almeida Filho, ao desdobrar o gênero assinatura eletrônica em duas espécies: por certificado e por senha³⁸. A primeira efetivamente permite que a assinatura esteja livre do substrato material, porém a segunda ainda depende da informação assinatura estar presente em um determinado servidor seguro e.g. banco de dados governamental e não em um arquivo privado. Em outras palavras, é a existência do documento em um dado servidor que comprova a sua origem e autenticidade.

3.3.2 Conexão

O processo liga as pessoas, o juiz e as partes, e o processo eletrônico no seu componente telemático possibilita que seja feita de forma muito mais ágil e portanto diferente. A forma como as pessoas se comunicam tem estreita relação com o processo, entendido como contraditório, pois a simples ordem em que se ouve o autor e o réu não é ausente de significado. Outras questões como o momento de se apresentar a contestação, se não fere o contraditório, pode impactar em interesses protegidos pelo Estado de, por exemplo, conseguir uma conciliação.

O autor dissocia aqui o princípio da conexão em conexão reticular e conexão inquisitiva. A reticular destaca que a conexão não é mais linear mas em rede, com mais de duas adjacências. É nas palavras do próprio autor uma mudança de escala, não mais previsível ou estável, sem um fluxo rígido³⁹. Ex. não se concede vistas ao autor e depois ao réu, mas simultaneamente. Sequer há páginas em um auto digital.

Outro ponto é a separação rígida dos autos do mundo. Sendo incluso no mundo virtual, pode-se redirecionar uma página deste diretamente a informações eletrônicas do banco de dados da receita, por exemplo. O papel aprisiona, o eletrônico liberta mas deixa o processo mais complexo, dinâmico, ágil e exige maior vigilância e responsabilidade das partes. Maior participação, maior responsabilidade. Existe aqui uma analogia com a democracia, que aumenta direitos mas também deveres, e também reflete uma mudança no mundo.

Ao lado da conexão reticular (que poderia se chamar *multithread* ou

³⁸ ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. Processo eletrônico e teoria geral do processo eletrônico. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 143 e 279.

³⁹ CHAVES JÚNIOR, op. cit., p. 14..

paralelo) se apresenta a conexão inquisitiva. Agora referimo-nos não ao modo como as partes se relacionam no processo, mas de como se forma a convicção do magistrado. O juiz pode saber de coisas que não estão na realidade dos autos mas no mundo, simplesmente acessando a internet. A separação rígida, como já comentado anteriormente, foi atenuada pela imaterialidade e a informação está em todos os lugares, e não apenas no papel trancada na sala do arquivo da vara, por exemplo. É a radicalização do fascículo único das partes e do juiz. Além disso, a escala dos “fatos públicos e notórios” se radicalizou, ou nas palavras do autor, o que é decisivo não é o conhecimento do fato mas a possibilidade de acesso a ele⁴⁰, pelo próprio juiz. Isto é interessante mas depende de nova mentalidade dos operadores do direito, muito similar ao que já ocorreu no princípio da oralidade. O processo é feito de pessoas e cabe à lei dar segurança.

3.3.3 Intermedialidade

Decorre da imaterialidade no aspecto da substituição da linguagem subjacente de escrita analógica para binária digital. Posto que no processo eletrônico tanto um documento escrito, uma imagem ou um vídeo são tratados uniformemente como um conjunto ou um fluxo de *bytes*, possibilita que o processo não se limite apenas à representação eletrônica do texto escrito. Há aqui um problema de padronização dos vários formatos existentes de documentos como PDF, HTML, DOC, AVI, MP3, MP4, WAV, JPEG, TIFF que devido à constante atualização tecnológica, pode trazer problemas quando da reprodução pelo juiz ou advogados nos processos legados. Mais que isto, alguns formatos, especialmente os de vídeo, requerem além de mais espaço em disco, maiores dificuldades, quanto à segurança da informação, disponibilidade e *backups*. Faz-se necessário a regulamentação sobre a forma para que o direito de alguns não cause a negação do direito de muitos.

3.3.4 Hiper-realidade

A intermedialidade, especificamente quanto aos arquivos de áudio e de

⁴⁰ CHAVES JÚNIOR, op. cit., p. 17.

vídeo, abre a possibilidade de também se atenuar as diferenças entre um processo escrito e oral, permitindo uma riqueza de detalhes melhor que o escrito e uma memória a mais ou um registro que inexistente no processo oral puro. Liberta o processo tornando mais pragmático e menos sujeito às regras de um único meio. Possibilita também que os atos do juiz e a própria sentença seja feita oralmente. Não é só hiper-real mas também mais interativo. É possível “voltar ao passado” e rever detalhes que se perderam no tempo, quantas vezes for necessário.

3.3.5 Interação

Como já vimos, o contraditório é um dos princípios mais consagrados do processo, a ponto de defini-lo como tal e de ter uma dignidade constitucional. Porém, como lembra o autor, no processo em papel, na sua forma clássica, tem servido a todo tipo de procrastinação e negação de direitos do que à garantia dos cidadãos⁴¹. O meio eletrônico oferece a possibilidade de atualização deste princípio “mais imediato, instantâneo, interativo” ou em tempo real à semelhança de um *chat*.

3.3.6 Instantaneidade

Com a emenda constitucional nº 45, o princípio da celeridade foi elevada à dignidade constitucional da duração razoável do processo. Aqui, a exemplo do princípio da oralidade, o meio eletrônico se abre como possibilidade a esta dura realidade de nossos tribunais. Ressalto a já lembrada automação da ineficiência se não forem observados os princípios da concentração e da imediação das provas. São exemplo disto a redução dramática da comunicação processual no meio eletrônico, possibilidade de cargas simultâneas ainda com os autos conclusos.

Processos virtuais são procedimentos digitais, em rede e online. É mais vivo, interativo que o já desgastado princípio da celeridade que está já a completar uma década.

3.3.7 Desterritorialização

⁴¹ CHAVES JÚNIOR, op. cit., p. 22.

A desmaterialização do processo também desmaterializa a ideia de foro ou jurisdição. Por exemplo isto é o BacenJud, que uma senha basta para o acesso ao sistema e o congelamento de bens em qualquer lugar do país, sem carta precatória e com muito mais fluidez e efetividade. Muitos conceitos de processo civil foram na verdade foram pensados numa época em que a comunicação ia a cavalo.

Hoje o capital é nômade, a empresa é desterritorializada e as relações humanas e jurídicas são potencializadas eletronicamente. Neste mundo de novas tecnologias e comunicação sem fronteiras, nem o processo eletrônico consegue mais separar o que está nos autos eletrônicos do mundo virtual.

A complexidade desse emaranhado da vida tende a congestionar e a paralisar os sistemas jurídicos, que não foram dimensionados para suportar o alto grau de interação social imposto pela desterritorialização e pelo espaço de dados. Os próprios vocábulos carta precatória e rogatória dão ideia da obsolescência dos mecanismos tradicionais de cooperação judicial. Hoje esse sistema é concebido de uma forma muito litigiosa, como também indica o nome do instituto "conflito" de competência.

3.4 CONSIDERAÇÕES

Creio que assim finalizamos tudo o que tínhamos a falar sobre processo eletrônico e os assuntos relacionados, a saber a questão se é um processo ou procedimento, a relação da informática com o direito e finalmente os princípios processuais estendidos para o processo eletrônico.

Trataremos as considerações a respeito do processo eletrônico em conjunto com o próximo capítulo sobre o registro da prova.

4 GRAVAÇÃO AUDIOVISUAL

Neste capítulo iniciaremos comentando o sistema da oralidade pura adotada em Portugal e as soluções adotadas por este país para contornar os problemas dela decorrentes, segundo o relato de Alexandre Vaz. A obra deste autor ficou inacabada por sua “curta vida”, como se uma obra que trata de inovações tecnológicas pudesse algum dia ficar acabada. Sua obra abrange notas sobre o registro da prova ao redor do mundo desde a década de 50 (África do Sul, 1944) até o início deste século (Grécia, 2002), alcançando a gravação audiovisual ainda incipiente e a transcrição automática por software proprietário.

4.1 O PROBLEMA PORTUGUÊS

Portugal optou pelo sistema da oralidade pura em 1932. Este sistema já havia sido adotado pelo código de processo alemão de 1877 antes da reforma de 1898 e havia sido criticado por Cappelletti e por Chiovenda. Trata-se de excluir todo tipo de escrito da prova em primeiro grau de jurisdição e conseqüentemente não ser possível analisar matéria de prova em recurso, senão questões de direito. Trata-se do princípio da escritura às avessas.

Este sistema tem os inconvenientes da ausência de um efetivo 2º grau de jurisdição na matéria de fato, de possibilitar o falso testemunho do depoente que propositadamente deturpe a verdade dos fatos e de não possibilitar que o julgador reveja e confirme as provas no momento da decisão nem que se defenda de acusações de ter julgado à margem ou contra a prova produzida. Isto ficou bem destacado nas razões do Decreto-Lei nº 39/95 que objetivou resolver esta questão:

Visa o presente diploma consagrar, na área do processo civil, uma solução legislativa que, embora corrente noutros ordenamentos jurídicos, é, no nosso, substancialmente inovadora, ao prever e regulamentar a possibilidade de documentação ou registro das audiências finais e da prova nelas produzida, pondo termo ao peso excessivo que a lei processual vigente confere ao princípio da oralidade e concretizando uma aspiração de sucessivas gerações de magistrados e advogados. Tal admissibilidade do registro das provas produzidas ao longo da audiência de discussão e julgamento permitirá alcançar um triplo objetivo: Em primeiro lugar, na perspectiva das garantias das partes no processo, as soluções ora instituídas implicarão a criação de um verdadeiro e efetivo 2º grau de jurisdição na apreciação da matéria de fato [...] Em segundo lugar, o

registro dos depoimentos prestados em audiência configura-se seguramente como meio idôneo para afrontar o clima de quase total impunidade e da absoluta falta de controle que – precisamente por força do referido peso excessivo da oralidade e da audiência – envolve o possível perjúrio do depoente que intencionalmente deturpe a verdade dos fatos. [...] Finalmente, o registro das audiências e da prova nelas produzidas configura-se ainda como instrumento adequado para satisfazer o próprio interesse do tribunal e dos magistrados que o integram, inviabilizando acusações de julgamento à margem (ou contra) da prova produzida.

Disto resultou a obra da vida do professor e magistrado Alexandre Vaz, em uma série de visitas oficiais a vários tribunais pelo mundo, com coleta e registro de informações sobre sistemas de gravação de provas que pudessem embasar uma futura lei e a solução a estes problemas. Interessante aqui a nota de que os magistrados não poderiam ficar a mercê de buscarem eles próprios a solução; deveria haver um investimento institucional para prover esses caros recursos tecnológicos à época⁴². Conforme o registro de Mendonça, um magistrado português na internet:

Um autor português – Alexandre Mário Pessoa Vaz – dedicou quase toda a sua carreira acadêmica e produção teórica a analisar e combater o sistema a que chamou de “oralidade pura e colegialidade generalizada” introduzido em 1932 e mantido quase inalterado no Código de Processo Civil de 1939 e nas sucessivas reformas, até à de 1995/1996. Este sistema conduziu a que Portugal, durante mais de 60 anos, tivesse um sistema processual que não assegurava garantias judiciais fundamentais, a saber: documentação da prova, motivação das decisões em matéria de fato e efetivo segundo grau de jurisdição quanto às questões de fato. [...] Para aquele processualista, esta situação aberrante e única teve a sua origem no “duplo erro de 1932”, erro de caráter doutrinal e de direito comparado, posto que o legislador português se baseou no pretenso testemunho de vários autores estrangeiros de nomeada (Klein, Chiovenda, Carnelutti, Mortara e Ramanones) e na pretensa experiência processual de um número significativo de países estrangeiros (Inglaterra, França, maior parte dos cantões da Suíça, Alemanha, Áustria e Hungria) para justificar a consagração da “oralidade pura” quando, na verdade, tais autores e legislações engrossavam o movimento a favor da “oralidade mitigada”. No fundo, para Pessoa Vaz, foi a falta de preparação técnica de Manuel Rodrigues Júnior como processualista que o levou a não se aperceber desse erro e a deturpar o pensamento de todos os autores e a orientação de todas as legislações por ele citados. [...] O importante acerca desta tese não é recordar que talvez não seja adequado falar-se em “oralidade pura” a propósito do sistema de 1932, certo sendo que, como advertia Chiovenda, qualquer processo moderno é misto. “Exclusivamente oral só pode ser um processo primitivo: quando são simples as lides e os meios de prova, excluídos os recursos, difíceis os meios de reprodução da palavra”. (MENDONÇA, 2006, p. 410).

Tal problema só veio a ser sanado em 1995, com a publicação do citado

⁴² VAZ, op. cit., p. 391.

Decreto-Lei 39/95, e de ações posteriores do governo português de prover as unidades judiciais com equipamentos e recursos pessoais para que proceda tal registro das provas produzidas ao longo da audiência de instrução.

Ademais, obra de Alexandre Vaz reforça a necessidade de um código de processo civil europeu e a obrigação moral, filosófica e científica de uma Europa que deve estar à frente do mundo, como sempre esteve antes da segunda grande guerra e ainda continua. E Portugal podendo justamente colaborar com isto para que se evite o risco de uma exacerbação da oralidade, tendo sido um dos poucos países, senão o único, que adotou tal sistema tardiamente.

4.2 REGISTRO DA PROVA NO MUNDO

Faremos aqui um breve relato das diversas formas de registro da prova significativa através do mundo, até 2002. Cita Alexandre Vaz que o judiciário, de um modo geral, sempre esteve na vanguarda das experimentações, aproveitando as inovações tecnológicas úteis se não simultaneamente, logo após a sua utilização artística⁴³. Lembra da primeira gravação de som feita em Londres pela orquestra filarmônica em 1936, e logo após o mesmo recurso já havia sido utilizada na África do Sul e Suécia (1944 e 1948). Porém observamos aqui a relevância de haver ou não continuidade institucional, não pode ser mera iniciativa de um juiz curioso.

Em um primeiro momento, destacamos as soluções baseadas em estenografia e derivações: estenografia manual, estenotipia mecânica e estenotipia eletrônica. Nas duas primeiras havia necessidade de se transcrever, e a solução é a inadequada utilização de transcritores juramentados, um custo a mais para os jurisdicionados. A terceira opção da estenotipia eletrônica é interessante, mas basta que se olhe para as transcrições dos atuais programas de TV para sabermos que é falha. Lembramos que, pela sistemática do equipamento, uma combinação de três teclas pressionadas simultaneamente podem se referir uma ou mais palavras, sem que se observe o contexto de sua utilização.

Em um segundo momento, temos soluções em gravação de som. Inicialmente discos de vinil e cassete, sem segurança e difíceis de serem manuseados em sala de audiência. Após algum tempo, sistemas centralizados com

⁴³ VAZ, op. cit., p. 435.

instalações em todo o prédio e um local para armazenamento e cópia, tipicamente o porão. Novamente há um certo retardo para transcrição e um custo inerente a isto.

Em um terceiro momento, e já combinado as duas soluções anteriores, temos a transcrição automática baseada em software proprietário tão em voga no final da década de 90. Hoje temos outras alternativas proprietárias ao da IBM que ainda não resolvem. E podem gerar insegurança, abrem possibilidade a salvaguardas que retardam o processo e tem os mesmos pontos negativos de uma transcrição equivocada.

E finalmente a ainda incipiente gravação audiovisual. Na época o autor alertava do alto custo, necessidade de pessoal especializado e poucas vantagens⁴⁴. Era a solução utilizada no Canadá em dois Tribunais, para finalidades bem específicas. Lembrando que esta última solução não descarta a transcrição automática por software, muito embora padeça dos males já ressaltados, não deixava para o autor de ser uma quimera para algum futuro próximo.

Outra ressalva tecnológica que perpassa boa parte, senão todas estas soluções aqui apresentadas, é que o registro em si não se confunde com a sua disponibilidade. Ou, nos termos do autor Chaves Júnior, não são nem imateriais nem em rede. Esta última da gravação audiovisual goza da propriedade de hiper-realidade, mas em alguma medida a gravação do som também trás algumas destas características não exacerbadas. Talvez no futuro gravações em 3D com *fullmotion* e recurso de rotação de câmera seja algo tão usual como a mera possibilidade de retornarmos a gravação e escutarmos aquele detalhe já perdido no tempo.

Uma última observação a se fazer é que tudo o que foi falado aqui é apenas mais um recurso, muito mais rico e avançado que a escritura, mas no cerne, para fins do tema oralidade que debatemos desde o início, ainda equivalente. A possibilidade de gravar um depoimento e conservá-lo no tempo também permite que a sentença seja promulgada só daqui a alguns anos, por outro magistrado que não o que participou da oitiva e, apesar de preservados muitos detalhes, ainda não é a mesma e rica experiência do primeiro, apesar de no processo romano clássico o magistrado não poder retornar no tempo e escutá-lo da forma que “realmente” foi. São, em certa medida, complementares. Destaque-se também que, por uma videoconferência não ser tão rica como o contato direto do juiz com a parte e as

⁴⁴ VAZ, op. cit., p. 421.

testemunhas, o princípio da desterritorialização fica aqui mitigada.

4.3 REGISTRO DA PROVA NO BRASIL

São de particular interesse do tema oralidade e processo eletrônico, como lembra Aronne⁴⁵, os arts. 169, 417 e 457 do CPC, que sofreram alterações ao longo dos anos, sendo a última decorrente da Lei nº 11.419/2006 do processo eletrônico.

O art.417 trata de depoimentos e sua forma de registro:

Art. 417. O depoimento, datilografado ou registrado por taquigrafia, estenotipia ou outro método idôneo de documentação, será assinado pelo juiz, pelo depoente e pelos procuradores, facultando-se às partes a sua gravação. § 1º O depoimento será passado para a versão datilográfica quando houver recurso da sentença ou noutros casos, quando o juiz o determinar, de ofício ou a requerimento da parte. § 2º Tratando-se de processo eletrônico, observar-se-á o disposto nos §§ 2º e 3º do art. 169 desta Lei.

O art.457 trata do resumo das ocorrências em audiência, complementando o que foi referenciado no artigo anterior:

Art. 457. O escrivão lavrará, sob ditado do juiz, termo que conterá, em resumo, o ocorrido na audiência, bem como, por extenso, os despachos e a sentença, se esta for proferida no ato. § 1º Quando o termo for datilografado, o juiz lhe rubricará as folhas, ordenando que sejam encadernadas em volume próprio. § 2º Subscreverão o termo o juiz, os advogados, o órgão do Ministério Público e o escrivão. § 3º O escrivão trasladará para os autos cópia autêntica do termo de audiência. § 4º Tratando-se de processo eletrônico, observar-se-á o disposto nos §§ 2º e 3º do art. 169 desta Lei.

Por fim, o art. 169 é uma referência dos dois artigos acima, explicitando como deverá ser feito o registro no processo eletrônico.

Art. 169. Os atos e termos do processo serão datilografados ou escritos com tinta escura e indelével, assinando-os as pessoas que neles intervieram. Quando estas não puderem ou não quiserem firmá-los, o escrivão certificará, nos autos, a ocorrência. [...] § 2º Quando se tratar de processo total ou parcialmente eletrônico, os atos processuais praticados na presença do juiz poderão ser produzidos e armazenados de modo integralmente digital em arquivo eletrônico inviolável, na forma da lei, mediante registro em termo que será assinado digitalmente pelo juiz e pelo escrivão ou chefe de secretaria, bem como pelos advogados das partes. § 3º No caso do § 2º

⁴⁵ ARONNE, Bruno da Costa. Reflexões sobre a oralidade no processo eletrônico. IN: Revista eletrônica de direito processual. Ano 3, volume III. Rio de Janeiro: UERJ, 2009. Disponível em <www.redp.com.br/arquivos/redp_3a_edicao.pdf>. Acesso em 31/09/2012.

deste artigo, eventuais contradições na transcrição deverão ser suscitadas oralmente no momento da realização do ato, sob pena de preclusão, devendo o juiz decidir de plano, registrando-se a alegação e a decisão no termo.

Além disso, temos o art. 170 que em sua redação original previa apenas a taquigrafia, sendo estendida para abranger a estenotipia ou qualquer método idôneo.

Art. 170. É lícito o uso da taquigrafia, da estenotipia, ou de outro método idôneo, em qualquer juízo ou tribunal. (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 1994).

Também a Lei nº 11.419/2006 explicitamente entende o meio eletrônico como tal, assim como admite qualquer forma de armazenamento.

Art. 1º O uso de meio eletrônico na tramitação de processos judiciais, comunicação de atos e transmissão de peças processuais será admitido nos termos desta Lei. § 1º Aplica-se o disposto nesta Lei, indistintamente, aos processos civil, penal e trabalhista, bem como aos juizados especiais, em qualquer grau de jurisdição. § 2º Para o disposto nesta Lei, considera-se: I - meio eletrônico qualquer forma de armazenamento ou tráfego de documentos e arquivos digitais; II - transmissão eletrônica toda forma de comunicação a distância com a utilização de redes de comunicação, preferencialmente a rede mundial de computadores; III - assinatura eletrônica as seguintes formas de identificação inequívoca do signatário: a) assinatura digital baseada em certificado digital emitido por Autoridade Certificadora credenciada, na forma de lei específica; b) mediante cadastro de usuário no Poder Judiciário, conforme disciplinado pelos órgãos respectivos.

Disto decorre que a realização das audiências não fica prejudicada pela Lei do Processo Eletrônico, podendo as atas continuar a serem transcritas pelo escrivão, assinadas digitalmente pelo juiz, advogados e partes e juntadas eletronicamente ao processo. Porém, como já visto em Chaves Júnior – e especialmente citado por este autor abrir outras possibilidades – é permitido registrar a audiência em arquivo de áudio ou mesmo de vídeo.

Além da gravação da audiência e dos demais atos ocorridos, há ainda a possibilidade da videoconferência, que não se confunde pois não é necessariamente gravada nem segue todos os princípios relacionados à oralidade, especialmente a imediatidade. Também não se relaciona necessariamente com o eletrônico ou digital mas é necessariamente online. É uma alternativa muito interessante, se não melhorada, à carta precatória. É regulada pelo art. 410 do código de processo civil.

Art. 410. As testemunhas depõem, na audiência de instrução, perante o juiz da causa, exceto: I - as que prestam depoimento antecipadamente; II - as que são inquiridas por carta; III - as que, por doença, ou outro motivo relevante, estão impossibilitadas de comparecer em juízo (art. 336, parágrafo único); IV - as designadas no artigo seguinte.

O registro audiovisual das provas como descritos nos artigos acima não é algo exclusivo do processo civil. Tanto que os sistemas eletrônicos podem e tem sido utilizados indistintamente tanto pelos Tribunais de Justiça, pelos Tribunais Federais bem como pela Justiça do Trabalho. Muitas das características destes sistemas são comuns, alguns são desenvolvidos pelos próprios tribunais (mas destacados de seus sistemas processuais, apesar de integrados ou proverem esta possibilidade) ou adquiridas de empresas privadas. Disto decorre que os tribunais, independente da especialização ou da esfera ou de regulação específica, poderão compartilhar ou utilizar soluções em comum. Comentaremos de maneira geral o sistema de gravação audiovisual Fidelis, ganhadora do prêmio Inovare e utilizada por tribunais de justiça e do trabalho por todo o país e também do software proprietário da empresa gaúcha Kenta.

Nestes sistemas, são recursos-chave poder indicar qual o trecho da audiência está sendo gravada e a transcrição da prova. Também podemos destacar a integração com o banco de dados do tribunal e a disponibilização dos dados externamente, ressaltando neste caso a segurança do acesso, preferencialmente com o uso de certificados de chave pública.

4.3.1 Kenta

O sistema da empresa gaúcha Kenta Informática é de longe o mais difundido nos tribunais do país. O principal segmento de mercado da empresa é a área Pública (legislativo e judiciário), onde desenvolve tecnologia (DRS - Digital Recording System) para registro das sessões plenárias, audiências judiciais e atividades de segurança pública. Seus principais produtos para este segmento são o DRS Audiências, DRS Plenário e DRS Inquéritos.

Declarações prestadas em juízo são gravadas em audiovisual digital, ao invés de serem ditadas pelo magistrado ao escrevente, acelerando a tomada de depoimentos e possibilitando maior número de audiências por dia. É possível fazer

marcações em partes importantes da gravação que depois poderão ser consultadas diretamente, tendo rápido acesso aos pontos relevantes do depoimento. Porém, no endereço consultado não há qualquer referência à possibilidade de transcrição automática das gravações⁴⁶.

4.3.2 Fidelis

A solução Fidelis foi desenvolvida para gravação audiovisual de audiências, eventos e sessões, o que possibilita a magistrados, partes e advogados acesso à informação fiel na rede mundial de computadores. Segundo informação do sítio Inovare⁴⁷, desburocratiza o processo e acelera a prestação jurisdicional – reduz a demora da audiência e dispensa o registro escrito dos depoimentos em ata. Permite inserção de marcações eletrônicas ao longo da gravação, bem como recuperação de trechos gravados, de forma dinâmica e rápida. A integridade e a segurança da gravação são garantidas pela assinatura digital do juiz, assistente, partes e advogados. A proposta é que o Fidelis aproxime o juiz, partes e advogados da prova colhida em audiência, de forma real e transparente, favorecendo a oralidade e a publicidade dos atos processuais. Além disso, promove a eficácia da prestação jurisdicional, com qualidade e transparência na solução de conflitos.

Creio que podemos tratar os dois sistemas indistintamente, pois as funcionalidades são bastante semelhantes. A transcrição automática é incipiente no Fidelis e sequer citado na nota do produto Kenta.

Pontos chaves essenciais são a possibilidade de marcações e facilidade de pesquisa, além da assinatura e disponibilização na internet. A segurança dos dados é dada pela infraestrutura de TI, tanto quanto ao acesso quanto à disponibilidade e cópia de segurança.

4.4 CONSIDERAÇÕES

Tais soluções citadas não foram incorporadas nem integradas ao PJe, que sequer previu a inclusão de documentos diferentes do PDF, apesar de já haver no

⁴⁶ KENTA, Soluções. Produto DRS Audiências. Disponível em <www.kenta.com.br/drs_audiencias_01.asp>. Acesso em 31/09/2012.

⁴⁷ INNOVARE, Instituto. Fidelis - Gravação audiovisual de audiências. Disponível em <www.premioinnovare.com.br/praticas/fidelis-gravacao-audiovisual-de-audiencias>. Acesso em 31/09/2012.

âmbito da Justiça do Trabalho a Resolução CSJT nº 94/2012 que prevê diversos formatos de áudio, vídeo e de imagens. Trata-se de melhoramentos possíveis no futuro, pois questões técnicas como capacidade da base de dados, tamanho e formato do documento audiovisual devem ser consentidos.

Art. 12. O sistema receberá arquivos com tamanho máximo de 1,5 megabytes e apenas nos seguintes formatos: I - arquivos de texto, no formato PDF (portable document format), com resolução máxima de 300 dpi e formatação A4. II - arquivos de áudio, no formato MPEG-1 ou MP3 (Moving Picture Experts Group). III - arquivos de áudio e vídeo (AV), no formato MPEG-4 (Moving Picture Experts Group). IV - arquivos de imagem, no formato JPEG (Joint Photographic Expertes Group), com resolução máxima de 300 dpi.

O CNJ vem centralizando administrativamente os diversos tribunais, e também reduziu as possibilidades destes deliberarem e regularem sobre o procedimento eletrônico e conveniência no seu corpo técnico. A questão é mais ampla.

Por fim, no Brasil tratamos do processo eletrônico que, ao menos neste momento, nada tem sido que a mera substituição do papel por seu equivalente eletrônico, um registro no banco de dados que pode ser visualizado na tela do computador ou outro dispositivo, mas também impresso e arquivado. É claro, isto traz por si só inúmeras vantagens e possibilidades como por exemplo a disponibilização dos autos na rede, mas fica um certo sabor rançoso de automação da ineficiência.

A gravação audiovisual por si só não se confunde com o processo eletrônico. Lembramos que em muitos tribunais que a utilizam, a gravação não é imaterial pois é gravada em DVD, e tampouco em rede, pois não é disponibilizado ao acesso externo.

Tudo isto hoje são soluções de software. O hardware é relativamente barato e mais disponível hoje em dia que no início da década passada. Mas ainda existem questões quanto à segurança e disponibilidade dos dados. O mundo se transforma constantemente e a oralidade precisa ser rediscutida, sempre. São novas oportunidades para um processo e uma decisão jurisdicional mais ágil, efetiva e de melhor qualidade às partes, à sociedade e aos interesses do Estado.

5 CONCLUSÃO

Neste presente trabalho relacionamos a questão da oralidade ao processo eletrônico, pelo fato de um documento eletrônico não ser limitado ao formato físico pré-determinado do papel mas estar aberto a outras possibilidades.

Embora se costume pensar e falar em processos totalmente orais ou escritos, o que ocorre é a predominância de um ou de outro, conforme a tradição da *civil* ou *common law*. Ao contrário do que podia parecer, demonstramos que a discussão sobre a oralidade no processo moderno é relativamente recente, data do século XIX. Antes, desde 1216 pelo menos, por influência do código canônico, ele era escrito. E isto em certa medida ainda persistiu ao ímpeto reformista e publicista da Revolução Francesa, influenciando o princípio da escritura nas codificações dos Estados nacionais que ainda se formavam.

Também foi destacado que existem pelo menos quatro princípios do processo fortemente relacionados ao princípio da oralidade: a concentração, a imediatividade, a livre valoração da prova e a identidade do juiz. Entende-se que da primeira audiência de instrução até a sentença não pode passar muito tempo pois a memória do juiz pode se apagar (concentração). O juiz tem contato direto com as provas e as testemunhas (imediatividade). O juiz pode valorar livremente as provas sem se limitar por regras estabelecidas previamente (livre valoração). Por fim, o juiz que instrui deve ser o mesmo que sentencia (identidade física). Alguns ainda relacionam um quinto princípio, relacionado aos poderes do juiz, que não se sustenta no processo anglo-saxão do tribunal do júri.

Vimos que, segundo relatos de Cappelletti e Chiovenda, a observação destes princípios acelera a duração do processo a alguns meses. Mas por outro lado, se adotado o princípio da oralidade da forma pura, como vimos com Alexandre Vaz, também restringe a análise em 2º grau de jurisdição, sendo necessário retornar ao papel através das atas de audiência. Alguns países limitam os recursos a matéria de direito como Portugal e os EUA (os textos são antigos), outros desde 1940 realizam gravação em discos de cera, fita cassete.

Quando o depoimento das testemunhas ou até a petição inicial, a sentença e demais atos são gravados, a informação pode ser preservada para além da memória ou da própria vida do juiz que instruiu o processo. Talvez, futuramente, com o auxílio

da inteligência artificial, seja possível não apenas transcrever fidedignamente o áudio mas também resumi-lo evitando as divagações das testemunhas e localizando rapidamente os trechos mais relevantes de um depoimento.

Nosso processo segue a tradição italiana, por acaso um dos países mais atrasados nesta questão da oralidade processual na prática dos tribunais. Os demais países europeus, em maior ou menor grau, atenuaram o princípio da escritura já no século XIX, nesta ordem: os anglo-saxões, os escandinavos e os germânicos. Dentre os escritores italianos que escreveram sobre este assunto destacam-se Giuseppe Chiovenda e Mauro Cappelletti, este último já na segunda metade do século passado.

Finalmente, quanto à questão tratada nos dois últimos capítulos, podemos concluir, em primeiro lugar, que é relevante manter em mente a importância de não automatizar a ineficiência, sob o custo de termos um processo em papel mais rápido mas não estarmos indo ao cerne da questão. Em segundo lugar, que dada a mudança das nossas relações sociais, de negócios e a própria forma de vida contemporânea, sempre estará aberta a possibilidade de retomarmos a velha questão da oralidade e da escritura, com os inerentes perigos decorrentes desta última, lembrando que o documento eletrônico pode ser simultaneamente oral do ponto de vista da forma e escrito no da perenidade. Em terceiro, que não basta a legislação permitir, mas ações da administração devem ser dados no sentido de incentivar determinadas práticas, além de fornecer recursos materiais e tecnológicos para tal, a exemplo do que aconteceu no exemplo português. Este é um papel que o CNJ e os conselhos superiores da justiça podem desempenhar.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. **Processo eletrônico e teoria geral do processo eletrônico**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

ARONNE, Bruno da Costa. **Reflexões sobre a oralidade no processo eletrônico**. IN: Revista eletrônica de direito processual. Ano 3, volume III. Rio de Janeiro: UERJ, 2009. Disponível em <www.redp.com.br/arquivos/redp_3a_edicao.pdf>. Acesso em 31/09/2012.

BBC. **A Busca pela Inteligência Artificial**. Londres: BBC, 2012. Disponível em <www.youtube.com/watch?v=pgzJunYQ-N0>. Acesso em 31/09/2012.

CAPPELLETTI, Mauro. **La oralidad y las pruebas em el proceso civil**. EJEА, Buenos Aires, 1972.

CHAVES JÚNIOR, José Eduardo Resende. **Proceedings on the Web**. Disponível em <independent.academia.edu/JoséEduardoChavesJr/Papers>. Acesso em 31/09/2012.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Ensayos de derecho procesal civil**. Volume II. Buenos Aires: EJEА, 1949.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2006.

CSJT. **Resolução n. 94/CSJT, de 23 de março de 2012**. Disponível em <aplicacao.tst.jus.br/dspace/handle/1939/21077>. Acesso em 31/09/2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 2005.

GUIBOURG, Ricardo. **Bases teóricas de la informática jurídica**. Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, núm. 21, 1998. Disponível em <bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23582844322570740087891/cuaderno21/volIII/DOXA21Vo.II_15.pdf>. Acesso em 31/09/2012.

INNOVARE, Instituto. **Fidelis - Gravação audiovisual de audiências**. Disponível

em <www.premioinnovare.com.br/praticas/fidelis-gravacao-audiovisual-de-audiencias>. Acesso em 31/09/2012.

KENTA, Soluções. **Produto DRS Audiências**. Disponível em <www.kenta.com.br/drs_audiencias_01.asp>. Acesso em 31/09/2012.

LOSANO, Mario. **O curso trienal de informática jurídica na Universidade do Piemonte Oriental**. IN: Revista Verba Juris. João Pessoa: Editora Universitária UFPB, nº. 3, 2004. Disponível em <periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/primafacie/article/view/4453>. Acesso em 31/09/2012.

MENDONÇA, Luis Correia de. 80 anos de autoritarismo: uma leitura política do processo civil português, in: **Proceso Civil e Ideología**, coord.: Juan MonteroAroca, Valencia: Tirantlo Blanch, 2006. Disponível em <egacal.educativa.com/upload/JMA_Correia.pdf>. Acesso em 31/09/2012.

PORTUGAL. Decreto-Lei nº 39, de 15 de Fevereiro de 1995. **Diário da República**, DR 39/95 SÉRIE I-A de 1995-02-15. Data de Distribuição: Suporte papel 1995-02-15. Disponível em <www.dgpj.mj.pt/DGPJ/sections/leis-da-justica/livro-iii-leis-civise/pdf-cpc/dl-39-1995/>. Acesso em 31/09/2012.

TEIXEIRA, João Fernandes. **O que é Inteligência Artificial?** Brasiliense, 1990. Disponível em <www.filosofiadamente.org/images/stories/pdf/o_que_e_inteligencia_artificial.pdf>. Acesso em 31/09/2012.

VAZ, Alexandre Mário Pessoa. **Direito processual civil**. Coimbra: Almedina, 2002.

VIANNA, Túlio Lima. **Parecer no processo ADI 3869**. IN: ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. **Processo eletrônico e teoria geral do processo eletrônico**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.