

Izidoro Paniago: Audiências e provas digitais

O advento da pandemia, a evolução tecnológica cada vez mais veloz e a necessidade de implementar soluções que possibilitem a entrega da prestação jurisdicional em tempo hábil aceleraram a modernização do Poder Judiciário que, entre outras mudanças notáveis, passou a ter um processo digitalizado.



Cresceu significativamente o número de atos praticados

originalmente de modo eletrônico/digital (substituindo o modelo tradicional de realização analógica com mera digitalização de termo correspondente) e o Conselho Nacional de Justiça, com a edição de vários atos normativos e desenvolvimento do programa Justiça 4.0 deixou claro que essa política judiciária é duradoura e prosseguirá independentemente de superação da pandemia.

A realização de audiências com pessoas em diversas localidades e sem transcrição de depoimentos (como se dá, por exemplo, no juízo 100% digital), a recepção, por magistrados, de partes, procuradores e advogados por videoconferência (em substituição às visitas aos gabinetes), a criação dos balcões virtuais e até mesmo a realização de correições de modo telepresencial são apenas alguns exemplos.

Somam-se os atos probatórios digitais, como a busca de informações em rede quanto aos vínculos pessoais, diálogos, dados financeiros, localizações no espaço e no tempo e tantas outras situações que demonstram um Poder Judiciário próprio de uma "Justiça 4.0".

Os ganhos tecnológicos são acompanhados de desafios novos, principalmente quanto à formação dos profissionais (advogados, juízes, servidores etc), que precisam conhecer e compreender uma infinidade de opções digitais que se oferecem, inclusive no campo probatório.

Não houve tempo ainda para assimilação e construção de jurisprudência segura que permitisse conclusões isonômicas e estáveis para temas já conhecidos, mas com roupagem nova [\[1\]](#), muito menos para os novos (instrumentos digitais como os de geolocalização e similares).

Nesse contexto de novidades, despontaram os questionamentos ligados ao comportamento das partes e advogados, especialmente para audiências em que os depoentes participam de locais diferentes, fora do espaço do Poder Judiciário (v.g., em audiências do Juízo 100% digital).



Como assegurar a idoneidade dos depoimentos, a incomunicabilidade, o sigilo quanto ao conteúdo das declarações precedentes para aqueles que ainda não depuseram?

Notoriamente, a mera adesão das partes ao juízo 100% digital (pressuposto desse modelo de tramitação — Resolução CNJ nº 345/2020) não sepultará os questionamentos sobre a validade ou não de depoimentos, impugnáveis, de modo fundado, sob os mais variados fundamentos (v.g., desviar a testemunha o olhar como se estivesse a consultar algo para subsidiar suas declarações).

O modelo proposto, embora ofereça ganhos manifestos (não exige deslocamentos, salvaguarda as pessoas dos conhecidos perigos do percurso etc), não contempla, ainda, mecanismos que assegurem a idoneidade da prova oral.

Bem por isso, aliás, cresceram as falas sobre presunção de boa-fé de todos os envolvidos no processo, sem adequado enfrentamento da dificuldade que se impõe ao interessado em provar o contrário.

Como poderia o litigante fazer demonstração de que o depoente apresentado por seu adversário contou com recursos escusos para depor, sem ter acesso ao espaço físico e aos elementos circundantes do declarante durante sua inquirição? Não temos aqui uma situação envolvendo prova diabólica?

Com o tempo, essas questões encontrarão solução jurisprudencial madura, estável e uniforme, mas há uma outra que, de igual modo, reclama grande reflexão e exigirá mais tempo para que o Poder Judiciário a equacione de modo adequado. Trata-se do comportamento do magistrado como protagonista de provas digitais.

O modelo processual vigente impõe a todos os sujeitos do processo o dever recíproco de cooperação em busca de solução, em tempo razoável, do mérito de forma justa e efetiva (CPC, 6º) e isso mediante construção decisória dialógica, que, evidentemente, repele decisões/ações surpresa (CPC, 10 — legitimação decisória pelo procedimento).

A ampla liberdade dos magistrados na condução dos processos, inclusive no que se refere às provas (CLT, 765), convive com o dever de cooperação e de decisão informada (CF, 5º, LIV).

O moderno contraditório envolve o direito de ciência/influência e essa nova dimensão não é de fácil compatibilização com a utilização, pelo magistrado, de elementos probatórios de modo inovador e inesperado que possa causar prejuízo à estratégia probatória da parte que, surpreendida, não terá condições de participar adequada na instrução.

Em um processo cooperativo e informado pelo contraditório moderno, deve ser aprofundada a discussão sobre a legalidade de procedimento nas situações em que o juiz, por exemplo, em audiência, para desconstrução de prova oral, introduz elementos digitais de modo inesperado, especialmente se havia a possibilidade de produção precedente da prova digital, com ciência/participação prévia dos interessados, ou mesmo como excludente da prova testemunhal.



O STJ, tratando da moderna compreensão acerca do contraditório, sob o enfoque da inviabilidade de decisões surpresa, já esclareceu que:

"PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. JULGAMENTO SECUNDUM EVENTUM PROBATIONIS. APLICAÇÃO DO ART. 10 DO CPC/2015. PROIBIÇÃO DE DECISÃO SURPRESA. VIOLAÇÃO. NULIDADE.

...

2. *O art. 10 do CPC/2015 estabelece que o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.*
3. *Trata-se de proibição da chamada decisão surpresa, também conhecida como decisão de terceira via, contra julgado que rompe com o modelo de processo cooperativo instituído pelo Código de 2015 para trazer questão aventada pelo juízo e não ventilada nem pelo autor nem pelo réu.*
4. *A partir do CPC/2015 mostra-se vedada decisão que inova o litígio e adota fundamento de fato ou de direito sem anterior oportunidade de contraditório prévio, mesmo nas matérias de ordem pública que dispensam provocação das partes. Somente argumentos e fundamentos submetidos à manifestação precedente das partes podem ser aplicados pelo julgador, devendo este intimar os interessados para que se pronunciem previamente sobre questão não debatida que pode eventualmente ser objeto de deliberação judicial.*
5. *O novo sistema processual impôs aos julgadores e partes um procedimento permanentemente interacional, dialético e dialógico, em que a colaboração dos sujeitos processuais na formação da decisão jurisdicional é a pedra de toque do novo CPC.*
6. *A proibição de decisão surpresa, com obediência ao princípio do contraditório, assegura às partes o direito de serem ouvidas de maneira antecipada sobre todas as questões relevantes do processo, ainda que passíveis de conhecimento de ofício pelo magistrado. O contraditório se manifesta pela bilateralidade do binômio ciência/influência. Um sem o outro esvazia o princípio. A inovação do art. 10 do CPC/2015 está em tornar objetivamente obrigatória a intimação das partes para que se manifestem previamente à decisão judicial. E a consequência da inobservância do dispositivo é a nulidade da decisão surpresa, ou decisão de terceira via, uma vez que fere a característica fundamental do novo modelo de processualística pautado na colaboração entre as partes e no diálogo com o julgador.*
7. *O processo judicial contemporâneo não se faz com protagonismos e protagonistas, mas com equilíbrio na atuação das partes e do juiz de forma a que o feito seja conduzido cooperativamente pelos sujeitos processuais principais. A cooperação processual, cujo dever de consulta é uma das suas manifestações, é traço característico do CPC/2015. Encontra-se refletida no art. 10, bem como em diversos outros dispositivos espalhados pelo Código.*



8. Em atenção à moderna concepção de cooperação processual, as partes têm o direito à legítima confiança de que o resultado do processo será alcançado mediante fundamento previamente conhecido e debatido por elas. Haverá afronta à colaboração e ao indispensável diálogo no processo, com violação ao dever judicial de consulta e contraditório, se omitida às partes a possibilidade de se pronunciarem anteriormente 'sobre tudo que pode servir de ponto de apoio para a decisão da causa, inclusive quanto àquelas questões que o juiz pode apreciar de ofício' (MARIONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIÉRO, Daniel. Novo código de processo civil comentado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 209).

9. Não se ignora que a aplicação desse novo paradigma decisório enfrenta resistências e causa desconforto nos operadores acostumados à sistemática anterior. Nenhuma dúvida, todavia, quanto à responsabilidade dos tribunais em assegurar-lhe efetividade não só como mecanismo de aperfeiçoamento da jurisdição, como também de democratização do processo e de legitimação decisória.

10. Cabe ao magistrado ser sensível às circunstâncias do caso concreto e, prevendo a possibilidade de utilização de fundamento não debatido, permitir a manifestação das partes antes da decisão judicial, sob pena de violação ao art. 10 do CPC/2015 e a todo o plexo estruturante do sistema processual cooperativo. Tal necessidade de inquirir as partes previamente à prolação da decisão judicial, mesmo quando passível de atuação de ofício, não é nova no direito processual brasileiro. Colhem-se exemplos no art. 40, § 4º, da LEF e nos Embargos de Declaração com efeitos infringentes.

11. Nada há de heterodoxo ou atípico no contraditório dinâmico e preventivo exigido pelo CPC/2015. Na eventual hipótese de adoção de fundamento ignorado e imprevisível, a decisão judicial não pode se dar com preterição da ciência prévia das partes. A negativa de efetividade ao art. 10 c/c art. 933 do CPC/2015 implica error in procedendo e nulidade do julgado, devendo a intimação antecedente ser procedida na instância de origem para permitir a participação dos titulares do direito discutido em juízo na formação do convencimento do julgador e, principalmente, assegurar a necessária correlação ou congruência entre o âmbito do diálogo desenvolvido pelos sujeitos processuais e o conteúdo da decisão prolatada.

...

18. Recurso Especial provido." (STJ; REsp 1.676.027; Proc. 2017/0131484-0; PR; 2ª Turma; rel. min. Herman Benjamin; julg. 26/9/2017; DJE 19/12/2017; Pág. 2.398)

Diante disso, as provas digitais envolvem mais do que o desafio de conhecer os vários instrumentos disponíveis pela tecnologia; elas exigem atuação preventiva quanto à própria forma de inserção delas nos autos, inclusive nas hipóteses em que o magistrado age de ofício (tutela da confiança), especialmente em audiências para as quais as partes não tenham tido prévia oportunidade de saber/influir sobre a produção dessa prova.

O contraditório e a ampla defesa devem ser preservados, qualquer que seja a prova digital, e esse talvez seja o ponto mais delicado para nós magistrados, pois a utilização desses mecanismos costuma envolver grande tentação de imediatismo.



A capacitação de magistrados envolvendo as provas digitais, portanto, ultrapassa a necessidade de conhecer as ferramentas/possibilidades, exigindo o adequado tratamento dos dados tanto em relação à correta captura e guarda, quanto em relação ao contraditório, que pressupõe a inserção dos elementos digitais de modo dialógico e cooperativo, sem prejuízo à tutela da confiança.

[1] Como, por exemplo, a utilização de testemunhos emprestados — áudio e vídeo — e influência no número de testemunhas que a parte poderá ouvir.

Date Created

28/06/2022