

O PRINCÍPIO DA ORALIDADE E O PROCESSO ELETRÔNICO

J. S. Fagundes Cunha¹



1 Pos-Doutor no Programa de Pós-Doutoramento da Universidade de Coimbra, Centro de Estudos Sociais, Orientador Prof. Dr. Boaventura de Sousa Santos, projeto: Acesso à Justiça: novas tecnologias e atendimento aos princípios constitucionais processuais, Doutor em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná (2001) Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1996), Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Membro da Rede Latinoamericana de Juízes - REDLAJ, autor dos projetos filosóficos, didáticos e pedagógicos da Faculdade de Direito dos Campos Gerais (Conceito A do MEC e da OAB-Conselho Federal) e da Faculdade de Direito de Porto Alegre. Autor dos projetos da Escola Judicial do Mercosul e da Escola Judicial da América Latina, das quais um dos fundadores. Diretor Geral da Escola Judicial da América Latina e ex-Diretor Pedagógico da Escola Judicial do Mercosul. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Membro do Conselho da Revista de Processo - Pesquisa, da Editora Revista dos Tribunais, Associado do Instituto Brasileiro de Política e Direitos do Consumidor, Membro Efetivo do Centro de Letras do Paraná, Membro Efetivo da Academia de Letras José de Alencar, Titular da Cadeira 19 da Academia de Letras dos Campos Gerais, Membro do Centro de Estudos da América Latina do Colégio Permanente de Diretores de Escolas Estaduais da Magistratura - COPEDEM. Ex-Pesquisador do TJPR para o Instituto Konrad Adenauer - Processo Penal e Direitos Humanos. ex-Pesquisador do CNPQ, Professor da Universidade Estadual de Ponta Grossa de 1985 a 2002. Professor Titular da Faculdade de Direito dos Campos Gerais, ex-Coordenador Pedagógico da Faculdade de Direito dos Campos Gerais, ex-Presidente da Turma Recursal Única do Sistema de Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Poder Judiciário do Estado do Paraná, pesquisador e autor de livros a respeito dos Juizados Especiais, Direitos Humanos, Direito Processual Civil e Direito da Integração Regional. Medalha de Honra ao Mérito da Maçonaria, Grande Oriente do Brasil - Paraná. Finalista dos Prêmios Inovare e do CNJ. Fundador da APONG - Ação Populosa Ong (OSCIP) e da Fundação Cultural e Educacional Cescage - FUNDACES, Mantenedora da Rádio Educativa Cescage e gestora de Unidades de Saúde em Ponta Grossa-PR. Vice Presidente da Rede Latino-americana de Juízes (capacitação). Membro Honorário da Associação Nacional de Magistrados de Peru.

O pensamento jurídico contemporâneo questiona com ênfase a validade das instituições, por vários fundamentos teóricos, em especial frente aos Direitos Fundamentais.² senão também e sobretudo enquanto *poder* do Estado sobre o indivíduo, isto é, no enfoque abstrato da previsão legal, conforme com maior extensão e talvez profundidade, a respeito do tema discorremos in *O pensamento jurídico, a prisão civil, o Mercosul e o método de pesquisa*.³ Os institutos jurídicos, mercê das transformações, ganham características; tantas vezes, tornam-se incompatíveis com a nova ordem. O Poder Judiciário é, por isso, convocado para decidir quanto à eficácia de normas que disciplinam relações jurídicas. Pretendemos instigar a discussão do princípio da oralidade em seara que não se reduz a mera técnica de interpretação. Vai além. Toca a essência do Direito. Especificamente a finalidade do Direito que, insista-se, não pode ser visto como simples esquema formal de leis.

O presente estudo não quer se manifestar como discurso filosófico ou jurídico-científico ou sociológico do direito. O que propomos é um trabalho, sem território de referência próprio, de *investigação interpretativa* e *elucidativa* do Princípio da Oralidade diante dos novos recursos de comunicação e registro da informação (computação, e-mail, processo eletrônico, gravação de imagem e som etc.) indicadores de manifesta tendência de evolução das formas de

2 "Os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa)." José Joaquim Gomes CANOTILHO. *Direito Constitucional*, Coimbra : Almedina, 6ª. ed., 2ª reimpressão, p. 539.

3 Jus Navegandi; <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3094>

comunicação e registro dos atos jurisdicionais e judiciais.

Como a história recente demonstra, dentre os Poderes do Estado o que de melhor forma se apropriou das novas tecnologias foi, sem dúvida, o Poder Judiciário, todos os bancos de dados de jurisprudência de todos os Tribunais do País estão disponíveis *on line*, 24 horas por dia, todos os dias do ano, gratuitamente, a todo cidadão do planeta. Trata-se de uma revolução silenciosa, não dimensionada pelos operadores do Direito, que ainda poderá muito contribuir para a evolução do pensamento jurídico, para o exercício do poder jurisdicional, com o intuito de provocar celeridade, segurança, e, sobretudo, com o foco fundamental de realizar Justiça. Para tanto, desde logo é de se colocar como premissa, necessário deixarmos a interpretação com apelo à autoridade, uma das formas mais insignificantes da técnica científica, posto que se demonstra o fenômeno científico, quando necessitamos de embasar a teoria apenas em citações, estamos, em verdade, não praticando ciência. É preciso um corte epistemológico do entendimento daquele que pensava a técnica processual a partir do registro com uma pena molhada, que evoluiu para uma máquina descrever, para pensar o Direito operacionalizado através de modernas técnicas de comunicação e registro da informação se perder o norte do que é Justiça.

O dissenso teórico concerne ao Princípio da Oralidade, sua matiz constitucional, colocando em questão todos os institutos e valores em que se emprega e constitui, a partir de impugnação integral da validade como mecanismo a dar efetividade à jurisdição.

Ao tratar de tema, a um tempo crucial e instigante, entendemos necessário precisar linhas e parâmetros de abordagem que estabeleçam com firmeza a base de uma inescapável *interpretação e elucidação*.

Hoje avulta em importância não somente a *interpretação* pelos seus valores intrínsecos (marcos teóricos, jurisprudência,

doutrina etc.), mas a *figura do intérprete*.

O Grande Nome que subscreve a interpretação dá peso e substância ao *valor* da interpretação, e não é difícil concluir que em uma sociedade capitalista tais *intérpretes*, em regra estão a serviço da classe dominante - no caso os banqueiros -, a peso de ouro, distantes de valores éticos, e viciados pela servidão a seus senhores.⁴

"Nosso conhecimento - em particular o conhecimento científico - progride por meio de antecipações justificadas (ou não), 'palpites', tentativas de soluções, por meio de conjecturas, enfim. Conjecturas que são controladas pelo espírito crítico; isto é, por refutações, que incluem testes rigorosamente críticos. Elas podem vencer esses testes, mas nunca são justificadas de modo positivo: não se pode demonstrar que sejam verdades seguras, ou mesmo 'prováveis' (no sentido do cálculo probabilístico). O exame crítico das nossas conjecturas tem importância decisiva: põe em evidência nossos erros e nos leva a compreender as dificuldades do problema que pretendemos solucionar. É assim que nos familiarizamos com os problemas e podemos propor soluções mais maduras: por si mesma, a refutação de uma teoria - isto é, de qualquer tentativa séria de solucionar nossos problemas - constitui sempre um passo que nos aproxima da verdade. Desta forma, aprendemos com os erros. À medida que aprendemos com os erros cometidos, nosso conhecimento aumenta - embora possa acontecer que não tenhamos consciência (ou

4 Nesse sentido a conferência do Professor CALMON DE PASSOS no *Congresso Nacional de Direito Processual Civil* realizado em Florianópolis - Santa Catarina, em 1997.

segurança) disso. Como nosso conhecimento cresce, não há razão para desesperar da razão. E como nunca podemos saber com certeza, não podemos também adotar uma atitude autoritária, pretensiosa ou orgulhosa em relação ao que sabemos. Dentre as teorias que sustentamos, algumas são muito resistentes às críticas e, num determinado momento, parecem constituir uma melhor aproximação da verdade: estas podem ser descritas - juntamente com os resultados dos testes a elas aplicados - como a 'ciência' daquela época. Mas, como nenhuma teoria pode ser justificada de forma positiva, a racionalidade da ciência reside essencialmente no seu caráter crítico e progressivo - no fato de que podemos debater sua pretensão de solucionar problemas melhor do que as explicações competitivas. Em poucas palavras, esta é a tese fundamental desenvolvida neste livro, que é aplicada a muitos temas - de problemas de filosofia e da história das ciências físicas e sociais a problemas históricos e políticos.⁵

Como na obra de Clémerson Merlin CLÈVE, por *interpretação* entende-se não a hermenêutica convencional dos juristas em busca de um certo sentido oculto sob os grafismos normativos, mas a procura de uma visão compreensiva do jurídico atual.⁶ Por *elucidação*, chamaremos "*o trabalho pelo qual os homens tentam pensar o que fazem e saber o que pensam*".⁷

5 Karl. R. POPPER. *Conjecturas e refutações*, 3ª ed., Brasília : UnB, prefácio.

6 *O Direito e os Direitos*, São Paulo : Acadêmica, 1988, p. 15.

7 "Por sujeción de la argumentación iusfundamental 'a la ley' se entenderá aquí la sujeción al texto de las disposiciones iusfundamentales y a la voluntad del legislador constitucional. Expresión de esta sujeción son, sobre todo, las reglas y formas de la interpretación sumántica y de la interpretación genética." Cf. R. ALEXY. *Theorie der juristicschen Argumentation*, pp. 289 e segs. "En la interpretación genética hay que incluir también la interpretación subjetivo-teleológica que apunta a los fines

A realidade não se modifica através de conceitos, senão que através dela mesma. Seguindo tal vereda, assumimos como critério para interpretação um enfoque enquanto problema teórico-jurídico; para tanto, conferiremos as análises convencionais tomadas pelo positivismo, tentando desvendar a relação existente entre o direito positivo e o real imaginário.

Partimos da hipótese de que o positivismo não é apenas uma oclusão ideológica e impeditiva do conhecimento da verdade jurídica; pesquisaremos o contexto histórico e político do momento atual, analisando os fundamentos de sua realidade. O positivismo não é, em nossa hipótese inicial, apenas uma doutrina deturpadora da realidade fenomênica do direito, mas é a face aparente e textual do direito modernamente.⁽²⁶⁾

Buscamos inspiração para a *interpretação e elucidação* nas palavras de Clémerson CLÈVE:

A questão no momento é captar a especificidade do direito contemporâneo, conhecer seu modo atualizado de aparecer, bem como uma funcionalidade. Articulá-lo com as lutas que se travam em sociedade, em todos os níveis, reconhecendo sua ligação, a partir das revoluções liberal-burguesas, com o estado. Isso não significa cair no imobilismo, mas ao contrário, integrar o saber no processo histórico, definindo a teoria como inócua se distanciada da práxis.

Dizer o que é o direito é verificá-lo enquanto localizado espaço-temporalmente. O que significa compreender sua flutuação história e a possibilidade de sofrer transformações. Esse tipo de pensamento não está ausente em BLOCH e MAILLE, os quais, estudando a constituição do

que el legislador constitucional vinculó com las disposiciones iusfundamentales." *Ibidem*, pp. 251 e segs.

direito contemporâneo, nem por isso deixam de pugnar pela sua mudança, resgatando o sentido revolucionário dos direitos do homem e do jusnaturalismo; mas estes não enquanto discursos explicadores da conformação jurídica, senão como armas de luta em busca de outro padrão de juridicidade.⁸

É necessário entender que as novas tecnologias são resultado de *lutas* que são travadas por aqueles no *cenário* da melhoria da qualidade de vida, nela incluindo a prestação jurisdicional, para projetar a *interpretação* e a *elucidação*; e se Claude LEFORT⁹ confirma os direitos humanos como uma *política; instrumento de luta* que deve ligar-se a outro mais amplo: a *política de invenção democrática*, indagamos onde está situado o Poder Judiciário - e onde deveria situar-se - como *controle* dos direitos (*em especial Direitos Humanos*), refletindo a respeito de alguns institutos processuais, vez que no processo devidamente estruturado pelas leis respectivas, chega-se ao fornecimento da justiça necessária à prevenção ou encerramento dos conflitos de interesses. KELSEN chegou a afirmar o processo como garantia da liberdade do cidadão frente ao estado, como é sabido por todos.

"(...) os processualistas de última geração estão hoje envolvidos na crítica sociopolítica do sistema, que transforma o processo, de instrumento meramente técnico em instrumento ético e político de atuação da justiça substancial e garantia da liberdade. Processo esse que passa a ser visto na total aderência à realidade sociopolítica a que se destina, para o integral cumprimento da sua vocação primordial, que é a efetiva atuação dos

8 Ob. cit., p. 134.

9 Direitos do Homem e Política. In: *A Invenção Democrática*, São Paulo : Brasiliense, 1983 p. 37.

direitos materiais (...) Kazuo WATANABE escreve em 1988 estudo sobre acesso à Justiça e sociedade moderna (Participação e Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, pp. 128-135), ali demonstrando que hoje a idéia de acesso à Justiça não mais se limita ao mero acesso aos tribunais: não se trata apenas e somente de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, mas de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa. Dados elementares do direito à ordem jurídica justa são: a) o direito à informação; b) o direito à adequação entre a ordem jurídica e a realidade socioeconômica do país; c) o direito ao acesso a uma justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa; d) o direito à preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a objetiva tutela dos direitos; e) o direito à remoção dos obstáculos que se antepõem ao acesso efetivo a uma Justiça que tenha tais características.¹⁰

A crítica primeira às ciências sociais é a maneira que observa o objeto. As relações sociais das quais defluem o direito o mais das vezes são relegadas a segundo plano. KÖCHE adverte que o sistema educacional vigente, no que tange ao espírito de ministrar os conhecimentos, remonta ao século XVII. Nessa época a ciência era encarada como um conjunto de conhecimentos certos e verdadeiros. O conhecimento científico era o constatado e comprovado experimentalmente. O progresso da ciência era visto como o acúmulo progressivo de teorias e leis que iam se superpondo

¹⁰ Ada Pellegrini GRINOVER. *O Processo em Evolução*, Rio de Janeiro : Forense Universitária, p. 10 e 11.

uma às outras. Era um progresso linear, contínuo, sem retorno, fundamentado em verdades cada vez mais estabelecidas, confirmadas definitivamente.

O conhecimento não-científico era aquele sobre o qual não se poderia acumular provas que demonstrassem sua veracidade.

Esse conhecimento, questionável, duvidoso, deveria ser eliminado daquilo que se chamava ciência, pois a ciência não era vista como produto do espírito humano, produto da imaginação criativa dos pesquisadores.

A ciência era produto da constatação de determinadas leis, observadas e extraídas da realidade. A imaginação criativa atrapalhava a correta visão da realidade e, portanto, deveria ser eliminada por quem quisesse ter uma atitude 'científica'. Fazer ciência era assumir uma atitude passiva, de espectador da realidade.

O sistema educacional absorveu essa concepção de ciência e assimilou o seu dogmatismo. Em relação ao conhecimento, as escolas e os professores se especializaram em ser os transmissores das verdades comprovadas na ciência, ou melhor: em ser os pregadores das doutrinas científicas. Os próprios manuais e compêndios utilizados se encarregam, muitas vezes de mostrar e demonstrar as teorias científicas como um conhecimento pronto, acabado, inquestionável.

Sabemos, no entanto, que a ciência evoluiu. Evoluiu não de uma forma linear, mas sim de uma forma revolucionária, quebrando o dogmatismo de suas teorias e modificando drasticamente a noção de ciência e a própria noção de verdade.⁽⁴⁸⁾

Para KÖCHE, dentro das reformas radicais que sofreu a

ciência no início do nosso século pode-se destacar: *as explicações científicas não são um mero produto das observações empíricas, mas projeções do espírito humano, de sua imaginação criativa*; essas projeções são profundamente influenciadas pela cultura e ideologia do pesquisador, não havendo, portanto, uma objetividade pura desvinculada da subjetividade humana. Prossegue, afirma que o progresso científico não se faz pelo acúmulo de teorias estabelecidas, mas pelo derrubamento de teorias rivais que competem entre si, isto é, uma constante revolução na ciência, ocasionada pela polêmica em torno das teorias; *a atitude científica não está em tentar comprovar teorias, mas em tentar localizar os erros de suas teorias utilizando procedimentos críticos*.

A seguir formula algumas afirmações:

A ciência não parte da observação dos fatos, mas da problematização teórica da realidade;

O método científico não é prescritivo, mas crítico;

Não há uma única forma de desenvolver a ciência, não há um único método de investigação; e

A verdade não é uma equivalência estática, mas uma aproximação produzida por uma busca constante.¹¹

A grande dificuldade da evolução científica é que, segundo KUHN,¹² os cientistas normais, os quais denomina "aplicados", se unem em torno do mesmo paradigma e se constituem em comunidades, cuja principal característica é a de utilizarem instrumentos e métodos de análise próprios e adequados ao paradigma teórico escolhido. Tais comunidades podem constituir verdadeiras "escolas" científicas, uma vez que consistem em grupos de cientistas que se reúnem em torno

11 José Carlos KÖCHE, *Fundamentos de Metodologia Científica*, São Paulo : Cortez, pp. 12 e 13.

12 KHUN, T. S. *The Structure of Scientific Revolutions*. USA : Univ. Chicago Press, 1970, pp. 176 e segs.

de uma especialidade, partilhando o mesmo paradigma e a mesma literatura de base. Opondo-se entre si, essas "*comunidades científicas*" determinam regras, normas, que devem ser seguidas por todo aquele que desejar a elas pertencer. Assim, o valor de um trabalho depende de um consenso, da "*unidade do grupo*".

Definindo dessa maneira o peso da comunidade científica, a *racionalidade da ciência pressupõe a aceitação de um "referencial comum"*, determinado pelo momento histórico. A essa tese POPPER chamou, criticamente, de "*relativismo histórico*". Na verdade, a ciência pode ser entendida como uma atividade envolvida num contexto histórico-social no qual se insere a comunidade científica.⁽⁵¹⁾

É, aliás, em nome dessa mesma comunidade que se pode considerar o discurso da ciência *como eminentemente argumentativo, uma vez que tem por objetivo convencer, angariar adeptos dentre os seus prováveis leitores, membros da mesma comunidade*. Segundo o raciocínio de KUHN, *assumindo o discurso da ciência* (ou de uma investigação científica particular) *como argumentativo, não podemos acreditar num método adequado para se julgar individualmente uma teoria*. Segundo ele, é a comunidade científica que propõe os parâmetros, que escolhe e determina se uma teoria ou se uma experiência é válida ou não.

Fora da comunidade não se faz ciência: as novas pesquisas devem se coadunar com os padrões científicos existentes e aceitos pela comunidade.

Tal visão, com a qual concordamos plenamente, mas procuramos não assumir, vem explicar *o caráter convencional do discurso científico, no qual a liberdade e a possibilidade de criatividade do enunciador se acha limitada por certas regras*.

Parece, também, explicar *a fidelidade a certos métodos considerados de qualidade científica*, utilizados pelo cientista no momento da investigação.

Esses períodos revolução (no caso de tecnologia de registro e comunicação da informação) ou críticos se caracterizam, segundo ele, pela proliferação de versões teóricas ou de paradigmas concorrentes, com o intuito de criar uma alternativa mais adequada. Prossegue, afirma que *se resiste à mudança resistindo à crítica de um paradigma tradicional, cuja aplicabilidade nem se questiona*. Diz que *na maioria das vezes não é o paradigma que está sendo julgado, mas o próprio cientista*.

"Sob o enfoque sociológico, a atividade científica começa a revelar alguns aspectos ainda mais surpreendentes. Por detrás da fachada de consenso, da opinião paciente e cautelosamente formada, das conclusões e certezas confiantemente divulgadas - muitas vezes com pompa e estardalhaço - ao público leigo, descobre-se uma luta sem tréguas, cheia de intrigas e manobras bem planejadas, entre os partidários de orientações teóricas distintas e incompatíveis entre si. A meta é sempre conquistar a soberania sobre o campo e estabelecer uma nova ordem que se convencionou chamar 'paradigma', no rastro do trabalho de THOMAS KHUN. De acordo com KHUN, a substituição de um paradigma por outro não significa necessariamente um progresso - de vez que cada paradigma tende a postular novas regras do jogo e também as metas-regras necessárias para avaliar os méritos ou deméritos de conjuntos de regras alternativas. Essa conseqüência da posição assumida pelo autor, um tanto desconcertante, principalmente para o leigo que se entregou de corpo e alma aos encantos da ciência e as suas promessas de melhores dias, encontra oposição ferrenha nas mãos de, entre outros,

KARL POPPER, para quem há um critério de falseabilidade que garante que a ciência não caia no mesmo terreno dos belos contos de fada. Mesmo que não cheguem a constituir-se em belos contos de fada, nossas teorias não passam de 'livres criações da mente humana'. Quem assina embaixo é o próprio ALBERT EINSTEIN, 'monstro sagrado' da ciência moderna, modelo indiscutível da pesquisa científica e, por sinal, ídolo incondicionalmente reverenciado pelo próprio POPPER.13"

Argumenta-se que a Constituição Federal inovou no tratamento do princípio da oralidade, em seu art. 98, que dispõe a respeito da criação dos juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau. No Brasil, o art. 120 do Código de Processo Civil de 1939 já consagrava explicitamente, e até com certo exagero, um dos mais típicos subprincípios da oralidade, o "*princípio da identidade física do juiz*", nos seguintes termos: "*Art. 120. O juiz transferido, promovido ou aposentado concluirá o julgamento dos processos cuja instrução houver iniciado em audiência, salvo si o fundamento da aposentação houver sido a absoluta incapacidade física ou moral para o exercício do cargo. O juiz substituto, que houver funcionado na instrução do processo em audiência, será o competente para julgá-lo, ainda quando o efetivo tenha reassumido o exercício. Parágrafo único. Si, iniciada a instrução, o juiz falecer ou ficar, por moléstia, impossibilitado de julgar a causa, o substituto mandará repetir*

13 Kanavillil RAJAGOPALAN. *Um fazer persuasivo*, 13-4.

as provas produzidas oralmente, quando necessário." (grafia original). A adoção da oralidade pelo CPC de 1939, aliás, foi objeto de ampla discussão na Revista Forense de maio de 1938, que reuniu algumas dezenas de artigos sobre o tema.

Nazareno César MOREIRA REIS, Juiz Federal da Seção Judiciária do Direito Federal 14, argumenta que:

Quando se pensa em oralidade cogita-se logo de sua antípoda, a escritura, e prontamente aparecem argumentos em favor de uma e de outra, tendo em vista os mais diversos fins que a linguagem desempenha na cultura em geral. Particularmente no âmbito do direito processual civil o assunto está em voga desde o final do século XIX e início do século XX; para nós, de língua neolatina, especialmente a partir das reflexões feitas por Giuseppe Chiovenda ⁽¹⁾, autor que designou pela primeira vez um agregado de regras (modus faciendi) correspondentes a certa tradição de procedimento judicial pelo nome de "princípio da oralidade".

Mas a oposição entre a linguagem oral e a escrita não é algo exclusivo do Direito, muito menos do direito processual. Na Literatura e na Filosofia, sobretudo, muito já se discutiu sobre as vantagens e os decessos da escrita sobre a fala, e vice-versa.

Comumente, é argüido em favor da linguagem escrita o fato de que ela infunde precisão, segurança e longevidade ao discurso. Por isso, não é de admirar que seja a maneira eleita pelos cientistas para se expressarem, visto como a busca da verdade exige rigor lógico, somente possível se se estabelece um ajuste prévio

14 Disponível na internet.

entre os interlocutores acerca da terminologia empregada, o que é pouco provável de ser conseguido sobre a base do improviso e da imediatidade conatural à fala. Os pioneiros da retórica grega, Corax e Tísias, de outro lado, argumentavam que quando o objetivo é persuadir um magistrado ou um auditório, a verdade não é propriamente o objetivo da exposição, e somente por meio da fala, com toda a gesticulação e expressividade que a acompanha, é possível construir pronunciamentos convincentes, persuasivos, que manipulam, em suma, com o fascínio verbal e com a poética da voz.

A riquíssima tradição oral dos contos populares foi o esteio sobre o qual nasceu e se consolidou alguns dos mais importantes relatos e ficções da civilização ocidental, mas foi somente por meio de textos que tal tradição pode ser plasmada sob uma forma clara e definitiva, para daí seguir o caminho da universalização, mercê do trabalho de homens como os irmãos Grimm e Hans Christian Andersen, por exemplo.

Não haveria qualquer resquício de Filosofia grega se não fossem os escritos deixados, sobretudo, por Platão e Aristóteles. Mas Sócrates, em compensação, nunca escreveu uma linha sequer, e o próprio Platão, na última parte do diálogo Fedro (274 B – 278 E), desenvolve o tema da superioridade do discurso oral sobre o escrito.

Vê-se, a partir dos exemplos acima, que a oposição sistemática entre escritura e oralidade é contraproducente, em qualquer âmbito da atividade humana. Oralidade e escritura complementam-se, sem que se possa afirmar a

prevalência absoluta de uma sobre a outra.

Segundo ele, na perspectiva puramente jurídico-processual, a oralidade, em si mesma, não reflete sempre uma vantagem sobre a escritura — como podem fazer crer alguns modismos —, e as razões históricas de sua adoção variam desde aquelas ligadas a refinados graus de compreensão sobre os objetivos político-institucionais do processo até aquelas relacionadas aos mais baixos níveis culturais de que se ressentem alguns grupos sociais. É assim que, por exemplo, os romanos, no esplendor do Império, adotaram a oralidade como forma ordinária de solução dos litígios, tendo em conta a necessidade de atender aos reclamos da complexidade e dinâmica de suas relações sociais; ao passo que os povos germânicos, em extremo oposto, muitos séculos depois utilizavam também o procedimento oral para a solução de seus conflitos, mas por razões mais prosaicas, que podem ser resumidas na evidente limitação do uso da escrita então vigorante entre eles.

Hoje, quando avultam as tecnologias, dispendo de computadores que registram imagem e som, com custos baixíssimos para instalação de um microfone e uma câmera, somando uns parcos R\$ 150,00 (cento e cinquenta reais) para instalação, permitindo que os ditos fundamentos da oralidade, imediatidade a exemplo, sejam atendidos com a transferência, quer por e-mail, ou registro no computador que, se em rede, pode ser acessado na fase recursal, ou ainda, transmitido em CD, se discuta o princípio da oralidade, nas *ordálias* e os *juízos de Deus*, meios de prova plenamente legítimos entre os bárbaros, consistiam num jogo de gestos e palavras oralmente expressas, mas fundadas num formalismo cego e desprovido de qualquer sentido racional. E isso para não referir aquele memorável exemplo de verdadeiro ritualismo, tantas vezes citado, e que foi difundido por Gaio, doutrinador romano do século II da era cristã — época sob a qual vigorava a oralidade

plena no procedimento civil romano.

Segundo Gaio, a jurisprudência registrava um caso no qual alguém, litigando sobre videiras cortadas, mencionou, perante o magistrado, para designar a coisa litigiosa, a palavra *vites* (videira), em vez do vocábulo *arbor* (árvore) e, por isso, perdeu a ação, pois a lei, que lhe servia de fundamento, falava apenas em *arbor* para designar árvores cortadas em geral, conforme preleciona MOREIRA REIS no trabalho citado.

Os corolários de concentrar a atenção sobre o caráter *oral* e *sumaríssimo* que o procedimento tem que atender, segundo a vontade do constituinte, de modo a refletir sobre a extensão e a profundidade que essa escolha política traduz, deve ser interpretados à luz da informática que possibilita o registro e a comunicação da informação não pela pena ou pela máquina de escrever, em um outro contexto histórico.

Diz-se que em direito processual civil, a oralidade, mais que um princípio contraposto à escrita, manifesta verdadeira postura específica quanto ao modo de conceber a estrutura e a função do procedimento. Aos que assim entendem, não se trata apenas conferir à palavra falada primazia sobre a escrita – embora isso seja o aspecto extrínseco e sensível da questão –, mas antes de confiar ao contato imediato e pessoal entre os sujeitos do processo a resolução justa do conflito. No sistema oral, a sentença não nasce do estudo metucioso e calculado dos *autos*, mas sim do diálogo franco e aberto entre o julgador, as partes e as testemunhas, de modo que o livre convencimento do magistrado apareça firmemente enraizado à situação concreta posta sob sua apreciação, e não decorra de alguma reflexão fria sobre "o que se disse que é a causa", pois, nas palavras de Thomas Joffré, antigo professor da Universidade de Buenos Aires, "*o predomínio do procedimento escrito tende a que se perca a noção da realidade e que se trabalhe sobre*

uma armação artificialosa.15" (4).

Aqui é relevante considerar que os livros quando se discute a prova oral o argumento é que quando o Juiz de Direito dita o que disse a parte, não traduz com precisão o que efetivamente foi dito pela, parte; a tanto se soma o argumento de que são as impressões de comportamento do inquirido (expressão facial, segurança nas respostas etc.) que auxiliam no julgamento. Tais fundamentos para optar em um entendimento a respeito do princípio da oralidade como sucedâneo a dar resultado a respeito se queda a possibilidade com êxito de filmar o depoimento através de micro câmera instalado no computador.

A experiência é utilizada em Juizados Especiais e Varas Criminais do Estado do Paraná com inegável sucesso. De fato, tanto a imagem, como o som estão registrados podendo o relator do recurso, como seus vogais, tem acesso a uma prova que é a mesma produzida perante o julgador de primeira instância.

Entretanto, se trata apenas do início do uso das novas tecnologias, posto que o ideal é que integrados em rede, basta a gravação da imagem e do som em um provedor, para utilização, rareando custos e gerando celeridade *on line*.

Aos que cultuam e reverenciam os pensadores da Idade Média, com a alta tecnologia do tinteiro e da pena - explica Jonh Henry Merryman¹⁶ - a falta de credibilidade em julgamentos proferidos por juízes que tivessem acesso pessoal às partes fez com que prosperassem desmesuradamente as formas e termos escritos. Acreditava-se que se interpondo uma "cortina documental" entre o juiz e as partes, adviria daí naturalmente um resultado imparcial e justo, porque se eliminariam as influências exercidas sobre o julgador. A

15 Apud OLIVEIRA, A. Gonçalves de. "Oralidade e tradição". Revista Forense, maio/1938, p. 93.

16 *La tradición jurídica romano-canónica*. 2a ed., 4a reimp. México: Fondo de cultural económica, 1998, p.214.

demanda, a defesa e todo o material probatório deveriam ser reduzidos a escrito e entregues ao juiz para apreciação, sem que este travasse, em momento algum, contato pessoal com os interessados. As provas recebiam também de forma prévia e escrita o seu peso específico (sistema de prova legal ou tarifária), de tal sorte que o julgamento do seu valor reduzia-se a uma prestidigitação aritmética. "*O jogo dos gestos – diz Radbruch¹⁷, referindo-se ao processo penal medievo -, o enrubescer e empalidecer do acusado, a hesitação do depoimento testemunhal relutante e a tagarelice ágil do testemunho decorado, todas as nuanças e imponderabilidades, contudo, perdem-se no monótono estilo do protocolo*". E no cúmulo do alheamento do julgador em relação ao processo, os autos das causas complexas eram enviados para faculdades de direito, a fim de serem apreciadas por jurisconsultos distantes do local do litígio¹⁸. Depositava-se, em resumo, nas formas jurídicas rígidas, no isolamento social do juiz e na certeza do direito escrito e interpretado pelos doutores, toda a esperança de um julgamento limpo, por isso que a atividade judicante era quase um ritual litúrgico de interpretação escrituras e o magistrado praticamente um sacerdote; tanto assim que, como noticia Antoine Garapon¹⁹, na "*Idade Média o juiz usava toga durante todo o dia e em qualquer ocasião, 'até na sua residência'*."

É importante consignar que nos Juizados Especiais Cíveis os julgamentos são, na sua infinita maioria, prolatados através de decisões que o legislador constitucional nomina impropriamente como Juízes leigos. Impropriamente porque

17 Introdução à ciência do direito. Trad. bras. de Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 158.

18 Sobre essa curiosa forma de julgamento, ver: WIEACKER, Franz. História do direito privado moderno. Trad. de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1980, p. 200.

19 Bem julgar – ensaio sobre o ritual judiciário. Trad. port. Lisboa: Instituto Piaget, 1997, p. 73.

para o exercício como árbitro ou Juiz não togado, é necessário o exercício da advocacia por pelo menos cinco anos, razão pela qual bacharel em Direito, não se trata, por evidente, de leigo, do laico, que não tem conhecimento mas exerce empiricamente o mister.

Em tal contexto, estatisticamente se pode demonstrar que não poucos dos julgamentos em Segunda Instância, pelas Turmas Recursais, decorrem de reforma do comando do julgado em razão de má apreciação da prova por aqueles.

O Estado assumiu a responsabilidade pela pacificação social, a contribuição dos Juízes não togados à pronta prestação jurisdicional se nos afigura irreversível e é da maior relevância, entretanto, o Estado não tem o direito de realizar a prestação jurisdicional sem mecanismos de controle da jurisdição que possam implicar em uma prestação jurisdicional incorreta e inadequada.

A opção pela oralidade envolve escolhas muito mais complexas que aquelas que decorreriam simplesmente do resultado da afeição por esse ou aquele tipo de procedimento. Trata-se, no fundo, de confiar mais nos juízes e exigir deles maior qualificação, exatamente o que não ocorre quando se socorre de improvisos, como trazer profissionais advogados, não obstante abnegados, sem remuneração e vínculo hierárquico, para quando podem comparecer a realizar o desiderato; de exigir maior comprometimento do julgador com a causa e as pessoas nela envolvidas; de dar conteúdo político evidente à atuação da Justiça.

A discussão singela entre o processo oral e o escrito é o que se encontra na doutrina; hoje o tema passa a ser informado por novas tecnologias, por novos instrumentos que realizam o registro da informação, do que não se percebe enfrentamento pela doutrina, a qual de forma maniqueísta perde-se em considerações dissociadas da nova realidade, sem razoável precisão. Como opção axiológica, a precedência da oralidade

sobre a escrita, no âmbito do procedimento judicial civil, não é algo que se possa considerar "certo" ou "errado", notadamente se analisada a questão em perspectiva histórica. A escrita desempenhou sua tarefa no momento histórico-político em que vicejou: contribuiu para a libertação do processo de rituais desprovidos de sentido lógico; garantiu, por sua precisão, que aquilo que era apenas tradição se transformasse em princípios jurídicos, muitos deles ainda hoje caros aos sistemas positivos; e, sem dúvida, não há nenhum elemento no horizonte que indique ou sequer sugira que a escrita será algum dia abandonada por completo. Modernamente, porém, é inegável que a escritura em excesso choca-se contra os movimentos de humanização do processo e efetividade da justiça, e é só a essa superabundância que os detratores da escrita dirigem suas acusações, embora nem sempre sejam claros a respeito, conforme sustenta MOREIRA REIS.

Giuseppe Chiovenda, que foi um grande entusiasta da oralidade, discorreu a respeito da matéria sem utilizar o então não existente computador, procurando reduzir a uns poucos postulados fundamentais toda a riqueza de idéias que o procedimento oral encerra. Esses postulados se resolveriam, segundo ele, na aplicação das seguintes regras 20:

a)prevalência da palavra como meio de expressão combinada com o uso de meios escritos de preparação e documentação;

b)imediação da relação entre o juiz e as pessoas cujas declarações deva apreciar;

c)identidade das pessoas físicas que constituem o juiz durante a condução da causa;

d)concentração do conhecimento da causa num único período (debate) a desenvolver-se numa audiência ou em poucas audiências contíguas;

e) irrecorribilidade das interlocutórias em separado.

O predomínio da palavra oral sobre a escrita, provavelmente a razão mesma de sua denominação, não pode ser argumento para não se apreciar em Segunda Instância a prova produzida em Primeira Instância, sob o argumento que o prolator da decisão é que pode avaliar a prova.

Poderíamos retroceder ao tempo de Licurgo (600 a. C.), quando as leis não podiam ser escritas e o povo devia sabê-las de cor. Depois, facilmente se poderia criar confusão num diálogo oral sobre pontos cuja precisão é essencial para a regular tramitação de um processo: a) a quem o autor dirigiria um pedido oral? b) Se não fosse diretamente ao juiz, o que iria garantir que ele chegaria ao magistrado exatamente como foi formulado, se não fosse reduzido a escrito? c) E o réu, de que estaria realmente a se defender? d) Aliás, como citar o réu? e) Onde estaria a "cópia da inicial"? f) Finalmente, como recorrer de uma sentença que não fosse escrita? Poder-se-iam multiplicar indefinidamente as limitações práticas da oralidade *pura*, de modo que quando se fala na adoção da oralidade aqui, cogita-se realmente de predominância da fala sobre a escrita, nomeadamente na recepção da prova. Chiovenda afirmou que *"todo processo moderno é misto. Mas um processo misto se dirá oral ou escrito, segundo a hierarquia que se dê à oralidade e à escrita, e sobretudo segundo o modo em que sobre ele atua a oralidade"*.

Conforme MOREIRA REIS, a imediação e a identidade física do juiz complementam-se. Significa a primeira que o magistrado deve, *pessoalmente*, estar presente no momento da produção da prova oral; deve ser ele mesmo o responsável por ouvir as partes, as testemunhas e eventualmente terceiros que possam ter algo a esclarecer no feito, dirigindo os trabalhos de modo a formar seu convencimento à luz de tudo que observar *diretamente*. Ora, está claro que a imediação seria, porém,

destituída de sentido se aquele que fosse julgar efetivamente a causa pudesse ser outro juiz, diferente daquele que tomou as declarações das pessoas ouvidas, pois todas as impressões deixadas por estas desvaneceriam em meros escritos que porventura tivessem sido produzidos a título do registro dos atos processuais praticados em audiência, e, em semelhantes circunstâncias, o veredicto final em última análise redundaria fundado em papéis. Daí a importância da *identidade física do juiz*. Outra relevante consequência da imediação e da identidade física do juiz – características do procedimento de tipo oral – é que os indícios, as máximas da experiência, o conhecimento privado do juiz (para além dos *autos*), as presunções *hominis*, enfim as *provas atípicas* em geral ganham aqui um *status* inteiramente autônomo e prestigiado, a ponto de o magistrado poder fundamentar sua sentença exclusivamente nessa espécie de elemento, ao contrário do que se passa no processo escrito, em que, precisamente em vista da escassez de *contato real* com a causa e as pessoas nela envolvidas, o convencimento judicial precisa socorrer-se de provas que respondam mais facilmente à necessidade de explicitação lógica do caminho percorrido até o dispositivo da sentença.

Ora, se adotarmos como princípio que o Juiz não togado reduz a escrito a prova oral, prolata decisão, decisão que por expressa disposição legal pode ser emendada, alterada e, inclusive, ser substituída por outra da lavra do Juiz de Direito Supervisor, que não presidiu a instrução, como sustentar o argumento de que face ao princípio da oralidade as Turmas Recursais não devem conhecer de prova de fato... Com as novas tecnologias o desejo de que o juiz decida o caso sob a influência viva das impressões deixadas pelas pessoas ouvidas em audiência também é alcançado com a gravação da imagem e do som. Se, por um lado, a imediação exige presença física do juiz na colheita da prova o que dizes da substituição da decisão do Juiz não togado por outra do Juiz de Direito

Supervisor.

Se Chiovenda, referindo-se ao princípio da imediação, conforme Luiz Guilherme MARINONI,²¹ afirma que este princípio almeja *“que o juiz, a quem caiba proferir a sentença, haja assistido ao desenvolvimento das provas, das quais tenha de extrair seu convencimento, ou seja, que haja estabelecido contato direto com as partes, com as testemunhas, com os peritos e com os objetos do processo, de modo que possa apreciar as declarações de tais pessoas e as condições do lugar, e outras, baseado na impressão imediata, que delas teve, e não em informações de outros. O princípio não se acha apenas estritamente conjugado ao da oralidade, tanto que só no processo oral é passível de plena e eficaz aplicação, senão que, em verdade, constitui a essência do processo oral”* a conclusão é que melhor solução virá para o processo com o processo eletrônico.

Abrir-se para além desse horizonte é uma opção de sentido que se afasta das concepções didáticas meramente ilustrativas, no qual nos aventuramos; é um caminho de sacrifícios e eleição de finalidade que não convive com a inércia e com a repetição, uma tarefa de risco, pois expõe aquele que pesquisa e é o que assumimos como compromisso desta tese.

Aos cientistas da era pós-moderna não podem se eximir dos novos desafios; de perseguirem, com determinação, a única meta viável que resta, qual seja, a de trazer à tona as instabilidades que se escondem até mesmo naquilo que, pela força de uma longa tradição, parece, para cada um de nós, o mais rigoroso de todos os discursos, a saber, o nosso próprio metadiscorso, desestabilizando, dess'arte, *todo* o discurso de metanarração.

A Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006, que dispõe

²¹ A prova, o princípio da oralidade e o dogma do duplo grau de jurisdição. Disponível na internet.

sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil; e dá outras providências, estabelece definitivamente a informatização do processo judicial.

O uso de meio eletrônico na tramitação de processos judiciais, comunicação de atos e transmissão de peças processuais será admitido nos termos de tal Lei. Aplica-se indistintamente aos processos civil, penal e trabalhista, bem como aos juizados especiais, em qualquer grau de jurisdição.

Segundo ela, considera-se meio eletrônico qualquer forma de armazenamento ou tráfego de documentos e arquivos digitais; transmissão eletrônica toda forma de comunicação a distância com a utilização de redes de comunicação, preferencialmente a rede mundial de computadores; assinatura eletrônica as seguintes formas de identificação inequívoca do signatário: assinatura digital baseada em certificado digital emitido por Autoridade Certificadora credenciada, na forma de lei específica; mediante cadastro de usuário no Poder Judiciário, conforme disciplinado pelos órgãos respectivos.

O envio de petições, de recursos e a prática de atos processuais em geral por meio eletrônico serão admitidos mediante uso de assinatura eletrônica, sendo obrigatório o credenciamento prévio no Poder Judiciário, conforme disciplinado pelos órgãos respectivos. O credenciamento no Poder Judiciário será realizado mediante procedimento no qual esteja assegurada a adequada identificação presencial do interessado. Ao credenciado será atribuído registro e meio de acesso ao sistema, de modo a preservar o sigilo, a identificação e a autenticidade de suas comunicações.

A lei autoriza os órgãos do Poder Judiciário a desenvolver sistemas eletrônicos de processamento de ações judiciais por meio de autos total ou parcialmente digitais, utilizando, preferencialmente, a rede mundial de computadores e acesso por meio de redes internas e externas. Todos os atos

processuais do processo eletrônico serão assinados eletronicamente na forma estabelecida na Lei.

Dentre inúmeros outros itens importantes, a conservação dos autos do processo poderá ser efetuada total ou parcialmente por meio eletrônico. Os autos dos processos eletrônicos deverão ser protegidos por meio de sistemas de segurança de acesso e armazenados em meio que garanta a preservação e integridade dos dados, sendo dispensada a formação de autos suplementares.

Aderimos a Will DURANT, quando discorre a respeito do Método Filosófico, buscando aplicar na elaboração da tese.

A ciência parece avançar sempre, enquanto a filosofia sempre parece perder terreno. Entretanto, é só porque a filosofia aceita a tarefa árdua e perigosa de lidar com problemas ainda não abertos aos métodos científicos, problemas como bem e mal, beleza e feiúra, ordem e liberdade, vida e morte.

Tão logo um campo de investigação produz conhecimento suscetível de formulação exata, recebe o nome de ciência. Toda ciência começa como filosofia e termina como arte; surge em hipótese e flui em direção da realização.

A filosofia é uma interpretação hipotética do desconhecido. . . ou do que é sabido sem exatidão. . . é a trincheira da frente no cerco à verdade.

A ciência é o território capturado; e à sua retaguarda estão as regiões seguras em que o conhecimento e a arte constroem nosso mundo imperfeito e maravilhoso.

A filosofia parece imobilizada, perplexa; porém, apenas por deixar os frutos da vitória às suas filhas, as ciências, passando, ela própria, divinamente descontente, ao incerto e inexplorado.

Vamos ser mais técnicos? Ciência é descrição analítica, filosofia é interpretação sintética.

A ciência deseja esclarecer o todo por partes, o organismo pelos órgãos, o obscuro pelo conhecido. Não indaga os valores e possibilidades ideais das coisas, nem sua significação total e final.

Contenta-se em mostrar sua realidade e operação presentes, estreitando seu olhar resolutamente para a natureza e processo das coisas, como são.

O cientista é tão imparcial quanto a Natureza no poema de Turgenev: está tão interessado na perna duma pulga quanto nas agruras criativas de um gênio.

O filósofo, porém, não se contenta em descrever o fato; deseja averiguar sua relação com a experiência em geral e dali chegar ao seu significado e mérito; combina coisas em síntese interpretativa; tenta reunir, melhor do que anteriormente, aquela grande observação do universo que o cientista inquisitivo desmembrou analiticamente.

A ciência diz-nos como curar e como matar; reduz a taxa de mortalidade a retalho e depois, na guerra, mata por atacado; mas só a sabedoria — desejo coordenado à luz de toda experiência — pode dizer-nos quando curar e quando matar.

Observar processos e construir meios é ciência. Criticar e coordenar fins é filosofia.

E, nestes dias, porque nossos meios e instrumentos multiplicaram-se além de nossa interpretação e síntese de ideais e finalidades,

nossa vida está cheia de som e fúria, sem nenhum significado. Pois um fato não é nada, exceto em relação ao desejo; não é completo, exceto em relação a um propósito e a um todo.

A ciência sem a filosofia, fatos sem perspectiva e avaliação, não nos podem salvar da devastação e do desespero.

A ciência dá-nos o conhecimento, porém só a filosofia pode proporcionar-nos sabedoria.²²

"Deixarei contudo que o pouco que aprendi seja conhecido, de modo que alguém melhor do que eu possa adivinhar a verdade, provando e refutando meus erros com seu trabalho. Isso me dará prazer, pois terei sido um meio para trazer à luz a verdade."

Albrecht Dürer

CONCLUSÃO

1) O princípio da oralidade deve ser analisado à luz da lei que instituiu o processo eletrônico para definição de sua extensão e aplicabilidade; dentro de um perfil histórico dos recursos técnicos em que construído (pena e tinteiro) diante das novas tecnologias (filmagem) que possibilitam na fase recursal o perfeito conhecimento das expressões e palavras proferidas em audiência, sem que se perca conteúdo em razão de ditar o magistrado ao escrevente.

2) É inconstitucional cercear o pleno conhecimento pelo órgão recursal da matéria de fato apreciada em primeira instância, sob o fundamento do princípio da oralidade.

3) Nos Juizados Especiais Cíveis considerando que a Lei 9.099/95 dispõe que o Juiz de Direito Supervisor poderá prolatar sentença em substituição a decisão de Juiz não togado,

²² Reimpressão de *A história da filosofia*, de Will DURANT (New York : Simon and Shuster, 1926). Apud L. Ronald HUBBARD, *Dianética*, Ob. cit., pp.367-8.

sem que renove a instrução, queda-se qualquer fundamento no sentido de obstar o conhecimento pela Turma Recursal da matéria de fato enfrentada em primeira instância, com a interpretação sistemática e teleológica.

