

REVISTA INTERNACIONAL
CONSINTER
DE DIREITO

*Publicação Semestral Oficial do
Conselho Internacional de Estudos
Contemporâneos em Pós-Graduação*

ANO VIII – NÚMERO XV

2º SEMESTRE 2022

**EL IMPACTO DE LA REVOLUCIÓN
TECNOLÓGICA EN EL DERECHO**



Europa – Rua General Torres, 1.220 – Lojas 15 e 16 – Tel: +351 223 710 600
Centro Comercial D’Ouro – 4400-096 – Vila Nova de Gaia/Porto – Portugal

Home page: revistaconsinter.com

E-mail: internacional@jurua.net

ISSN: 2183-6396-00015

Depósito Legal: 398849/15

DOI: 10.19135/revista.consinter.00015.00

Editor:

David Vallespín Pérez

Catedrático de Derecho Procesal de la Universitat de Barcelona, Espanha. Su actividad docente abarca tanto los estudios de Grado como los de Doctorado. Ha realizado enriquecedoras estancias de investigación en prestigiosas Universidades Europeas (Milán, Bolonia, Florencia, Gante y Bruselas).

Diretores da Revista:

Germán Barreiro González

Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, Espanha. Colaborador Honorífico en el Departamento de Derecho Privado y de la Empresa – Universidad de León (España).

Gonçalo S. de Melo Bandeira

Professor Adjunto e Coordenador das Ciências Jurídico-Fundamentais na ESG/IPCA, Minho, Portugal. Professor Convidado do Mestrado na Universidade do Minho. Investigador do CEDU – Centro de Estudos em Direito da União Europeia. Doutor e Licenciado pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Mestre pela Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

María Yolanda Sánchez-Urán Azaña

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid – UCM, de la que ha sido Vicedecana de Estudios, Espacio Europeo de Educación Superior y de Innovación Educativa y Convergencia Europea.

A presente obra foi aprovada pelo Conselho Editorial Científico da Juruá Editora, adotando-se o sistema *blind view* (avaliação às cegas). A avaliação inominada garante a isenção e imparcialidade do corpo de pareceristas e a autonomia do Conselho Editorial, consoante as exigências das agências e instituições de avaliação, atestando a excelência do material que ora publicamos e apresentamos à sociedade.

REVISTA INTERNACIONAL
CONSINTER
DE DIREITO

*Publicação Semestral Oficial do
Conselho Internacional de Estudos
Contemporâneos em Pós-Graduação*

ANO VIII – NÚMERO XV

2º SEMESTRE 2022

**EL IMPACTO DE LA REVOLUCIÓN
TECNOLÓGICA EN EL DERECHO**

Porto
Editorial Juruá
2022

COLABORADORES

Alfredo Soler del Sol
Cássio Benvenuto de Castro
Daniel Willian Granado
David Francisco de Faria
Deilton Ribeiro Brasil
Denise Tanaka dos Santos
Edgardo Torres López
Edna Raquel Hogemann
Eduardo Oliveira Agostinho
Elaine Cristina Francisco Volpato
Ester Moreno de Miranda Vieira
Everson Alexandre de Assumpção
Fabio Luiz de Oliveira Bezerra
Fernando Rey Cota Filho
Gonçalo S. de Melo Bandeira
Guilherme Henrique Auerhahn
Ignacio García Vitoria
João Batista Guimaraes de Lima
João Cesar de Oliveira Rocha Filho
João Maurício Adeodato

João Paulo Josviak Dresch
Jorge Luis Varona López
Joveny Sebastião Candido de Oliveira
Leonardo Grecco
Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos
Maria Cristina Vidotte Blanco Tarrega
Maria Eugênia Rodrigues Luz
Marilene Araujo
Narbal de Marsillac
Noemi Jiménez Cardona
Paloma Gurgel de Oliveira Cerqueira Bandeira
Paulo Bueno de Azevedo
Paulo Ricardo Schier
Paulo Sergio João
Rafael Baeta Mendonça
Roberta Soares da Silva
Shirlei Castro Menezes Mota
Sonia Cano Fernández
Tais Martins
Tereza Cristina Monteiro Mafra

Integrantes do Conselho Editorial do



Alexandre Libório Dias Pereira

Doutor em Direito; Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal.

Antonio García-Pablos de Molina

Catedrático de Direito Penal da Universidad Complutense de Madrid, Espanha.

Carlos Francisco Molina del Pozo

Doutor em Direito; Professor Titular de Direito Administrativo e Diretor do Centro de Documentação Europeia na Universidade de Alcalá de Henares, Espanha; Professor da Escola Diplomática e do Instituto Nacional de Administração Pública.

Fernando Santa-Cecilia García

Professor Titular de Direito Penal e Criminologia da Universidad Complutense de Madrid, Espanha.

Ignacio Berdugo Gómez de la Torre

Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Salamanca, Espanha.

Joan J. Queralt

Catedrático de Direito Penal da Universitat Barcelona, Espanha.

Jordi García Viña

Catedrático de Direito do Trabalho e Seguridade Social da Universitat de Barcelona, Espanha.

Manuel Martínez Neira

Doutor em Direito; Professor Titular da Faculdade de Ciências Sociais e Direito da Universidade Carlos III de Madrid, Espanha.

María Amparo Grau Ruiz

Catedrática Acreditada de Derecho Financiero y Tributario – Universidad Complutense de Madrid, Espanha.

María del Carmen Gete-Alonso y Calera

Catedrática de Direito Civil da Universitat Autònoma de Barcelona, Espanha.

Mário João Ferreira Monte

Doutor em Ciências Jurídico-Criminais; Professor Associado com nomeação definitiva na Escola de Direito da Universidade do Minho, Braga, Portugal; membro integrado do Centro de Investigação de Direitos Humanos da Universidade do Minho e Presidente do Instituto Lusófono de Justiça Criminal (JUSTICRIM).

Paulo Ferreira da Cunha

Doutor em Direito; Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Portugal.

ESSA OBRA É LICENCIADA POR UMA LICENÇA *CREATIVE COMMONS*

Atribuição – Uso Não Comercial – Compartilhamento pela mesma licença 3.0 Brasil.

É permitido:

- copiar, distribuir, exibir e executar a obra
- criar obras derivadas

Sob as seguintes condições:



ATRIBUIÇÃO

Você deve dar crédito ao autor original, da forma especificada pelo autor ou licenciante.



USO NÃO COMERCIAL

Você não pode utilizar esta obra com finalidades comerciais.



COMPARTILHAMENTO PELA MESMA LICENÇA

Se você alterar, transformar ou criar outra obra com base nesta, você somente poderá distribuir a obra resultante sob uma licença idêntica a esta.

– Para cada novo uso ou distribuição, você deve deixar claro, os termos da licença desta obra.

- Licença Jurídica (licença integral):
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/3.0/br/legalcode>

Esta revista proporciona acesso público livre e imediato a todo seu conteúdo em ambiente virtual.

APRESENTAÇÃO

A **Revista Internacional CONSINTER de Direito** é uma publicação de cariz periódico do **CONSINTER – Conselho Internacional de Estudos Contemporâneos em Pós-Graduação** que tem por objetivo constituir-se num espaço exigente para a divulgação da produção científica de qualidade, inovadora e com profundidade, características que consideramos essenciais para o bom desenvolvimento da ciência jurídica no âmbito internacional.

Outra característica dos trabalhos selecionados para a **Revista Internacional CONSINTER de Direito** é a multiplicidade de pontos de vista e temas através dos quais o Direito é analisado. Uma revista que se pretende internacional tem o dever de abrir horizontes para temas, abordagens e enfoques os mais diversos e, através deste espaço, colaborar com um melhor diálogo académico.

Resultado de um trabalho criterioso de seleção, este volume que agora se apresenta destina-se a todos aqueles que pretendem pensar o Direito, ir além da sua aplicação quotidiana, mas sem deixar de lado o aspecto prático, tão característico das ciências.

Capítulo 03

DIREITO PRIVADO

TESTEMUNHO ESCRITO

WRITTEN TESTEMONY

DOI: 10.19135/revista.consinter.00015.26

Recebido/Received 12/06/2021 – Aprovado/Approved 24/08/2021

*Cássio Benvenutti de Castro*¹ – <https://orcid.org/0000-0001-6387-845X>
*junho/2021*²

Resumo:

O objetivo do trabalho é veicular a possibilidade do testemunho escrito no processo civil. A metodologia é dialética entre fatores da epistemologia, da dogmática e do texto legislativo processual, apresentando um contexto que resulta na limitação da utilização do testemunho escrito em termos procedimentais e cognitivos, bem como alertando ao possível reforço epistêmico no refazimento dessa prova em juízo.

Palavras-chave: prova; testemunho; escrito; standard.

Abstract:

The objective of the essay is to convey the possibility of written testimony in civil proceedings. The methodology dialogues with epistemology, dogmatics and the legislative text, presenting an evidence context that results in the limitation of the use of written testimony, but states for the epistemic possible to reinforcement this evidence in court.

Keywords: evidence; testimony; written; standard.

Sumário: Introdução 1 O pressuposto fenomênico-proposicional para a escolha da testemunha 2 A trilogia “relevância-admissão-pertencimento” do testemunho ao processo 3 A admissibilidade do testemunho escrito 4 A compensação procedimental e cognitiva decorrente da ausência do contraditório concomitante na produção do testemunho escrito (ou consequência da diferença “de grau” entre as modalidades de testemunhos) 5 O que realmente importa? Conclusão. Referências

INTRODUÇÃO

A evolução do direito probatório tem apresentado uma segmentação interessante: uma parte referente ao (a) raciocínio probatório e diretamente ligado à epistemologia abarca inúmeros trabalhos doutrinários recentes; outro ramo, que é de veras mais divulgado, explica a (b) dogmática pertinente ao direito legislado, aos meios de prova e às intercorrências procedimentais.

O problema é que os operadores do direito mantêm o foco nessa segunda ordem de matérias – deixando por assentado o caráter epistêmico da atividade probatória e seu compromisso com a verdade, enfim, deixando em aberto o raciocínio pro-

¹ Doutor, Mestre e Especialista em Direito pela UFRGS. Juiz de direito no Rio Grande do Sul. Para falar com o autor, *instagram*: @cassiobenvenutti.

² Todo o amor que existe nessa vida para Maria Ivone Benvenutti Castro.

batório que se trata do capítulo que pode efetivamente mudar culturalmente o processo. A aproximação entre epistemologia e o discurso probatório processual não dispensa as necessárias reflexões em termos de raciocínio probatório. Aliás, a temática do direito probatório pode assumir um caráter “universal” ou “transfronteiriça”, porque as fontes legisladas consistem na construção dogmática do que o formalismo processual permite como sendo institucionalmente relevante e admissível, inclusive, em termos de prova atípica.

O presente ensaio reflete sobre o testemunho (*por*) escrito, uma prova considerada atípica pelo Código de Processo Civil brasileiro. A atipicidade metódica desse testemunho não retira dessa prova as “fragilidades” que a versão oral também revela em suas entranhas. Pelo contrário, assinala diversas ocasiões contingenciais em que ele possui um peso equiparável ao testemunho realizado em audiência. A grande questão é salientar que, em tempos de pandemia, bem como na impossibilidade da realização de audiência, o testemunho por escrito é alternativa válida que reforça o arsenal de corroboração das hipóteses justificatórias em processo.

A metodologia de trabalho parte da técnica de conformação da prova escrita, assinalando os fatores dogmáticos que lhe podem fazer vacilar a credibilidade em relação ao testemunho oral. Considerando as peculiaridades epistêmicas, em um segundo momento, anota-se que o *testemunho por escrito tem funcionalidade no atual quadrante de processo constitucionalizado*, porém, trata-se de um valor limitado, de maneira a preservar a garantia do direito fundamental à prova e o próprio direito à tutela jurisdicional, que se consubstanciam no preenchimento do *standard* de prova pertinente – o *standard* não depende de uma tipificação de meios de prova, mas de uma corroboração das efetivas razões positivas para que o ato de comunicação da testemunha seja aproveitado em juízo.

O testemunho escrito tem seus déficits epistêmicos notáveis; mas não pode ser dispensado em situações limítrofes, ainda mais, quando a urgência dos provimentos pedem passagem.

1 O PRESSUPOSTO FENOMÊNICO-PROPOSICIONAL PARA A ESCOLHA DA TESTEMUNHA

Um acidente de trânsito, o descumprimento de um contrato, a inscrição do nome do consumidor em cadastro de inadimplentes, o cancelamento de uma viagem por motivos inexplicáveis, enfim, são fatos geralmente não acertados no plano do direito material. O incipiente grau de civilidade do brasileiro acaba remetendo a solução dessas contendas ao Judiciário, para tanto, ao tomar conhecimento desses eventos, tem-se um autêntico contexto de descoberta fenomênica da juridicização dos fatos – quer dizer os envolvidos formulam as respectivas narrativas para defenderem os próprios pontos de vista.

Em decorrência, reúnem-se evidências (provas no sentido pré-processual) que podem aparelhar as hipóteses demandadas no processo. Os interessados tem grande liberdade nesse movimento inicial de formulação de hipóteses, bem assim na seleção de dados empíricos³ que respaldam tais investidas. Independente do meio de prova eleito, o contexto de conformação pré-judicial não distingue, por exemplo, entre uma testemunha que presta depoimento por escrito ou uma testemunha que presta depoimento oral – elas são tendenciosas.

A doutrina e a prática processual manifestam uma crescente preservação da dimensão epistêmica do processo, o que reflete a justiça, a moralidade e a legalidade de um sistema judiciário, embora repaginando um realismo moderado (com as limitações cognitivas inerentes ao certame processual). Nesse sentido, o advogado que primeiramente toma contato com o “fato do direito material”, vislumbra as fontes e os meios de prova que podem reforçar a narrativa que privilegie a posição jurídica do cliente – o processo brasileiro é *rule centered*, mas também apresenta a marca corroborativa de manter uma coerência *truth oriented*.

Vale dizer que o processo convive com narrações cruzadas tendenciosas, sendo que o procurador da parte elabora uma história funcionalmente veiculada. Em primeiro lugar, ele visualiza o objetivo de vencer a demanda e, em seguida, estrutura uma argumentação que alinha as provas que respaldam tal pretensão.

Heidegger⁴ pontua que existem dois tipos de pensamentos, ambos legítimos e necessários: o pensamento que calcula e a reflexão que medita. “A particularidade consiste no facto de que, quando concebemos um plano, investigamos uma empresa, contamos sempre com condições prévias que consideramos em função do objectivo que pretendemos atingir. Contamos, antecipadamente, com determinados resultados. Este cálculo caracteriza todo o pensamento planificado do investigador”. Nesse estado contextual dos dados, o advogado que se depara com o cliente se trata de um autêntico investigador que formula hipóteses a serem testados pelas provas, elaborando uma narrativa planificada, um pensamento que “calcula”, porque “corre de oportunidade em oportunidade”.

Em contrapartida, o juiz tem um pensamento que deve meditar com calma e com alma, com humildade, diferentemente do objetivo da parte e do advogado, existe um desinteresse do magistrado na análise dos fatos. O contexto introdutório de seleção e conformação da prova testemunhal permite concluir o seguinte⁵ – *não*

³ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*. 2ª tiragem, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2019, p. 146.

⁴ HEIDEGGER, Martin. *Serenidade*. Trad. Maria Madalena Andrade e Olga Santos. Lisboa, Instituto Piaget, 1959, p. 13.

⁵ Comparando o contexto da investigação policial à seleção de provas pelas partes, no processo civil, Nieva Fenoll assinala que “en estos procesos son las partes que suelen seleccionar los vestigios. Pues bien, dejando al margen la ilicitud de la prueba como único control previo a esa selección, sólo le queda al juez el juicio sobre la pertinencia del medio de prueba, así como el control del grado de corroboración inferencial de las hipótesis de las partes. Con respecto a la pertinencia, el control suele ser escaso, simplemente porque al juez le es muy difícil valorar en esse momento el posible resultado que tenga el medio de prueba, y es recomendable no ser demasiado restrictivo en este sentido, para no correr el riesgo de que el proceso se quede sin vestigios

existe diferença qualitativa apriorística entre o meio que tal prova será apresentada no processo, quer dizer, a atipicidade do testemunho por escrito não compromete a validade, tampouco o peso de credibilidade desse instrumento.

Não é a atitude investigatória da parte ou do advogado que influencia no peso da prova testemunhal (escrita ou oral). Pelo contrário, as diferentes situações do direito material e as intercorrências processuais que podem reorganizar esse estado de coisas aparentemente desequilibrado pela crise de inadimplência do direito material.

2 A TRILOGIA “RELEVÂNCIA-ADMISSÃO-PERTENCIMENTO” DO TESTEMUNHO AO PROCESSO

A conformação da prova em juízo é diuturnamente elaborada na sequência “relevância-admissão-pertencimento”. A presente reflexão inverte a ordem no enfrentamento dessas questões, justamente, para reconhecer a sustentabilidade do testemunho por escrito no processo brasileiro.

O juiz não é o destinatário final da prova – como se ele pudesse não admitir uma prova, ao alegar que já estaria “convencido”, em uma clara mistura entre os planos da produção e da valoração da prova. O art. 77, I, do CPC, implica o dever de as partes exporem os fatos em juízo conforme a verdade⁶; o dispositivo é polêmico, tendo em vista que, na prática, as partes querem vencer a demanda, para além de uma descoberta da verdade. Ocorre que a norma extraída desse texto da lei deve se conformar ao dever de cooperação das partes com o juiz (art. 6º), o que indica a produção da prova com integridade, ética e indivisibilidade, naquilo que o suporte da confiança nas relações e no debate processual, ao menos pragmaticamente, enseja.

A grande crítica a uma concepção formalista de interpretação é que o juiz pode indeferir a admissão de uma prova, já se valendo do seu “convencimento”, que seria afeto à fase da valoração. Com efeito, esse reducionismo macula o direito fundamental à prova e repercute duas reflexões.

(positivos o negativos) importantes. Por outra parte, existe la realidad de la acumulación de asuntos que, indudablemente, impide realizar con el debido detenimiento esse juicio sobre la pertinencia. Pero es que aunque tuviera el juzgador todo el tiempo del mundo, normalmente le faltarán datos para valorar dicha pertinencia en el momento inicial del proceso. Datos que, normalmente, sólo va a adquirir, precisamente, durante la práctica de los medios de prueba”. NIEVA FENOLL, Jordi. *La valoración de la prueba*. Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 109.

⁶ “É verdade que um dever absoluto de dizer a verdade poderia produzir resultados danosos, já que parece necessária a configuração de derrogações, exceções e limitações na aplicação concreta desse dever. Todavia, mesmo as atenuações práticas de tal dever não são outra coisa senão a confirmação de sua existência, ou seja, a necessidade de que qualquer sistema ético inclua o dever de verdade entre os seus valores fundamentais. Seria, por outro lado, inconcebível (e, igualmente, inaceitável) um sistema <moral> que não distinguisse a verdade da mentira, ou mesmo que legitimasse expressamente a falsidade, fazendo, assim, da mentira e do engano as regras fundamentais de comportamento para aqueles que adotassem essa peculiar espécie de moral”. TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade* (o juiz e a reconstrução dos fatos). Trad. Vitor de Paula Ramos, São Paulo, Marcial Pons, 2012, p. 116. O correlato dever da parte autora se reflete no ônus da impugnação específica dos fatos, em contestação (art. 341 do CPC).

Em primeiro lugar, dizer que o “juiz é o único destinatário da prova” é devedor da Escola Processualística, na qual a Jurisdição estava no centro da teoria do processo. Naquele quadrante, o juiz não seria gestor ou *gatekeeper* da prova, mas a sua vontade acabava dizendo “o que seria a verdade”, conferindo-se um caráter constitutivo da prova. No Estado Constitucional, com a *tutela jurisdicional no núcleo da teoria do processo*, os movimentos dos atores processuais servem ao debate do caso concreto e, também, para extrair sentido ao ordenamento jurídico. Logo, não pode haver uma individualização demasiada ou egoística do modelo probatório.

Em segundo lugar, o modelo objetivo probatório desloca o foco do “convencimento” do juiz para a relação entre as provas e as hipóteses que se pretendem provar⁷. Fácil dizer que o *direito fundamental à prova consiste na linha que costura o direito material*⁸ (a tutela do direito) aos elementos que servem para a valoração da prova: hipótese-meio de prova-inferência.

Isso tudo revela a evolução para uma teoria cética moderada de interpretar as coisas do processo, sobretudo, firmando uma ponte entre hermenêutica e raciocínio lógico-argumentativo, que assinala a distinção entre “texto de lei e norma” e afirmam o isolamento entre o ato de admissão da prova e o momento da valoração da prova. “O julgador ocupa papel decisivo no fenômeno probatório. Aliás, sobre isso, mantém-se a ideia do que já se denominou de ativismo probatório equilibrado, compreendido, objetivamente, pelos poderes instrutórios do julgador, de modo calibrado, no sentido de que seja proativo na busca da verdade, sem, porém, invadir o papel das partes, aquilatando a cooperação no processo, que tem como norte a realização de justiça”. Júlio Cesar Lanes e Fabrício Costa Pozatti⁹ ressaltam que “não há como se admitir a valoração antecipada da prova. Juízo de admissibilidade e juízo de valoração da prova não se confundem”.

O Enunciado 50 do FPPC (Fórum Permanente de Processualistas Civis) assinala: “Os destinatários da prova são aqueles que dela poderão fazer uso, sejam juízes, partes ou demais interessados, não sendo a única função influir eficazmente na convicção do juiz”. A proposição é decorrente da força do processo justo e do direito fundamental à prova, que são adensados pelo art. 378 do Código de Processo Civil (“ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade”).

O pertencimento da testemunha (melhor dizer: do “testemunho”) ao processo é comprometido à relevância da prova. Os operadores podem continuar chamando a testemunha “do autor”, “do réu” ou “do juízo”; porém, em termos de conteúdo e

⁷ PEIXOTO, Ravi. Standards probatórios no direito processual brasileiro. Salvador, JusPodivm, 2021, p. 39.

⁸ CASTRO, Cássio Benvenuto de. *Standards de prova – na perspectiva da tutela do direito*. Londrina, Editora Thoth, 2021, *passim*. Versão comercial da tese de doutoramento defendida perante a UFRGS, em 2020.

⁹ LANES, Júlio Cesar Goulart; POZATTI, Fabrício Costa. O juiz como único destinatário da prova (?). In ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.); DOTI, Rogéria (org.). *O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos* (estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni), São Paulo, Revista dos Tribunais, 2017, p. 503/4. Os autores transcrevem recentes julgados do STJ que consideram o juiz como destinatário da prova – contrariando o que a doutrina, unanimemente, tem defendido nos tempos atuais.

funcionalidade, uma vez em juízo, “considera-se que a testemunha é do processo, de modo que não se daria maior ou menor valor para uma testemunha ou para outra; se não se demonstram quaisquer fatos ‘contra’ a testemunha (por exemplo, interesses diretos no litígio), o sistema não considera que a indicação possa ser um fator a influenciar de alguma forma a testemunha”¹⁰. Logo, a pertinência lógica do testemunho em relação ao objeto do processo – a relevância da prova e o *binding effect bound by testimony* – deve ser aferido em direção à prestação da tutela jurisdicional, considerando a efetividade da tutela, independente das contingências pessoais na seleção das pessoas que podem depor. O testemunho não fica escravizado pela autoridade ou pela crença na pessoa da testemunha.

Tal consideração não é meramente conceitual, porque indica a categorização epistêmica do testemunho como “ato de comunicação”. Vitor de Paula Ramos refere que se está “colocando o enfoque na comunicação e verificando-se que, em verdade, as duas ‘pontas’ do testemunho possuem responsabilidade epistêmica, ganha-se a possibilidade de um testemunho mentiroso e, ao mesmo tempo, que se dá mais importância à objetividade, à realidade daquilo que se comunica, do que às intenções subjetivas da testemunha”¹¹. Não se trata de adotar um presuntivismo ou um não presuntivismo sobre a credibilidade da testemunha – mas, de aferir se o “ato de comunicação” que ela emite é corroborado por outras provas no processo, de maneira a preencher o *standard* pertinente ao objeto a ser juridicamente tutelado.

A relevância da prova deve considerar a contribuição que o testemunho pode alcançar ao processo. Não se trata de um modelo de “tudo ou nada”, até pelo fato de que a pós-modernidade encerra o pluralismo, os particularismos, a descodificação, a hiperinflação legislativa, a desestatalização do direito, a quebra do monopólio da soberania absoluta, enfim, a pós-modernidade faz questão de ser diferente do “moderno”¹². Quer dizer, o depoimento da testemunha não pode ser de antemão desprezado com base em premissas fixas – a não ser, levando em conta as regras de privilégio previstas em legislação. Uma vez atendidas a amplitude que permite a participação da prova testemunhal, abre-se o campo da admissibilidade, de essência marcadamente jurídica, sendo que a produção da prova é indicativa de maiores ou menores cuidados no momento da valoração do testemunho (tendo em vista o caráter de eminência pessoal da prova testemunhal e o ato de comunicação que emana – seja por escrito ou oralmente).

O ordenamento jurídico prevê algumas restrições à prova testemunhal. Chama a atenção o caráter aparentemente subsidiário que o legislador estabelece, ao dispor que, quando houve confissão ou prova pericial, a prova testemunhal pode ser indeferida (art. 443). De outro lado, em questões de direito obrigacional, a prova

¹⁰ RAMOS, Vitor de Paula. *Prova testemunhal* (do subjetivismo ao objetivismo, do isolamento científico ao diálogo com a psicologia e a epistemologia). 2ª ed. Salvador, JusPodivm, 2012, p. 68/9.

¹¹ Idem, *ibidem*, p. 137.

¹² CASTRO, Cássio Benvenuti de. *Prescrição e decadência* (sistematização de critérios na perspectiva da tutela dos direitos), Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2018, p. 103.

testemunhal se transforma em verdadeiro curinga que pode socorrer a falta de outras evidências – assim como se verifica no art. 444, 445 e 446 do Código de Processo Civil. Em especial, a Lei 13.105/2015 derogou o art. 227, *caput*, do Código Civil, agora vigorando a regra que permite a prova testemunhal independente do valor do negócio jurídico discutido. A leitura transtornada da legislação permite inferir que houve uma amplificação da admissão da prova testemunhal, o que se reflete na modalidade oral ou escrita. Afinal, quando o foco se transfere para o “ato de comunicação”, não importa a pessoa que transmite, mas se existem “razões positivas” (*warrant*) para garantir o depoimento.

Embora persista importante corrente que atribua menor vigor hierárquico à prova testemunhal, o próprio sistema normativo – em termos holísticos – não assinala uma distinção apoucada. Se o art. 443, I, do CPC aparenta dispensar a testemunha, quando já existem outros meios de prova, isso pode ser apreendido como decorrência da efetividade e da eficiência das técnicas que servem à tutela do direito. De outro lado, no Código de Processo Criminal, que liga com questões que podem cercar a liberdade do indivíduo, os arts. 167 e 168, § 3º referem que a ausência da perícia em corpo de delito pode ser suprida pela prova testemunhal (para alguns, pode ser efetuada uma perícia por descrição testemunhal corroborativa). Vale dizer que o direito positivo brasileiro, na prática de ambos os sistemas processuais (civil e penal) acaba privilegiando a testemunha como prova de equiparável força em relação às demais. Evidente que tendo em vista os limitados fins de suporte para os quais tal prova é coordenada – a questão do *standard* de prova limita permite a utilização do testemunho para alguns atos processuais, porém, não garante a procedência de uma demanda somente com o testemunho.

3 A ADMISSIBILIDADE DO TESTEMUNHO ESCRITO

A prova testemunhal consiste no arquétipo da *vox viva* em termos probatórios. Não se trata de um objeto, mas na participação das pessoas para comunicar o “estado de fato” de determinado evento ou situação. Disso se infere que a testemunha não transmite conhecimento, mas um “ato de comunicação” que pode ser oral, escrito, por intermédio de sinais ou demais formas de comunicação que possam ser apreendidas pelo interlocutor.

Michele Taruffo¹³ refere que o testemunho na forma escrita é bastante difundido no *common law*, mormente na fase do *discovery*. Evidente que uma civilização mais assentada em termos de consciência social e a boa-fé deposite maior energia nessa evidência. De qualquer maneira, questão não passa despercebida na tradição da *civil law*, sendo que o autor exemplifica casos de testemunho por escrito na França, na Alemanha e na Espanha.

Dois questões merecem referência: (a) a admissibilidade do testemunho por escrito no direito brasileiro e a tentativa de lhe conferir maior credibilidade ou valência epistêmica; por conseguinte, conjugado a isso, está (b) a necessidade de

¹³ TARUFFO, Michelle. *A prova*. Trad. João Gabriel Couto, São Paulo, Marcial Pons, 2014, p. 63-4.

compensação da flexibilidade ou maleabilidade do testemunho por intermédio de limitações procedimentais e cognitivas em que tal modalidade de prova pode ser acreditada.

A cláusula de abertura do art. 369 do CPC permite que sejam internalizadas ao processo todos os meios legais, desde que moralmente legítimos. Em primeiro lugar, então, a prova apresentada não pode ser contrária ao ordenamento legítimo, tampouco aos ditames da moralidade. A questão da “justiça”, da “segurança jurídica”, da “moralidade” são amplíssimas, mas o que se presente assinalar é que se trata de uma via de mão dupla – enquanto o testemunho escrito não pode ser dissonante dessas normas morais, é necessário que a evidência também seja conforme a uma impositação positiva dessa cláusula de abertura.

Vale dizer que imperativos “éticos” devem nortear a produção da prova testemunhal atípica. Segundo Paulo Osternack Amaral¹⁴, “o art. 77 do CPC dispõe que são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo proceder com lealdade e boa-fé durante a disputa judicial. O art. 80, por sua vez, enumera as condutas processuais que caracterizam litigância de má-fé”. Portanto, as partes, os intervenientes, enfim, as testemunhas, devem expor os fatos corretamente, *sendo que o advogado tem um especial compromisso nessa empresa de entregar uma prova epistemicamente válida* – com a menor contaminação possível (porque sempre haverá ruídos de percepção e de processamento na memória e no depoimento da testemunha¹⁵).

O advogado que capta ou relata um testemunho por escrito é responsável pela *cadeia de custódia dessa prova*. Quer dizer que esse profissional deve resguardar a integridade, a identidade e a integralidade do testemunho, zelando pela minimização dos eventos que possam influenciar o ato de comunicação proferido pela testemunha – o exercício da advocacia possui interdependência funcional com uma atividade probatória ética, ou seja, o advogado deve observar o programa de *compliance* previsto no próprio estatuto e nas práticas sociais consagradas pelo direito¹⁶.

Os arts. 31 a 33 da Lei 8.906/94 remetem para o Código de Ética e Disciplina da OAB, que especifica:

¹⁴ AMARAL, Paulo Osternack. *Provas – atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2017, p. 79.

¹⁵ Desagravar o testemunho por escrito porque ele não está encadeado aos “simbolismos” da dogmática positiva se trata de pensamento arcaico – como se o advogado não conversasse com a testemunha, como se não houvesse rede social para influenciar a testemunha, como se o *feedback* e os traumas não influenciassem o depoimento. O que se deve ter em mente é que tais variantes existem, portanto, uma aceitação presuntivista de um depoimento não pode afastar a necessária busca por corroborações epistêmicas. Por isso que se fala que sempre haverá maleabilidade no depoimento (oral ou escrito), devendo o processo lidar com um esquema de redução de danos. Ver RAMOS, Vitor de Paula. *Prova testemunhal – do subjetivismo ao objetivismo, do isolamento com a psicologia e a epistemologia*. 2ª ed. Salvador, JusPodivm, 2021, p. 162 e seguintes.

¹⁶ THAMAY, Rennan; TAMER, Maurício. *Provas no direito digital – conceito da prova digital, procedimentos e provas digitais em espécie*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2020, p. 107-110.

Art. 2º O advogado, indispensável à administração da Justiça, é defensor do Estado democrático de direito, da cidadania, da moralidade pública, da Justiça e da paz social, subordinando a atividade do seu Ministério Privado à elevada função pública que exerce.

Parágrafo único. São deveres do advogado:

(...) VIII – abster-se de:

a) utilizar de influência indevida, em seu benefício ou do cliente;

b) patrocinar interesses ligados a outras atividades estranhas à advocacia, em que também atue;

c) vincular o seu nome a empreendimentos de cunho manifestamente duvidoso;

d) emprestar concurso aos que atentem contra a ética, a moral, a honestidade e a dignidade da pessoa humana;

Art. 6º É defeso ao advogado expor os fatos em Juízo falseando deliberadamente a verdade ou estribando-se na má-fé.

“O regime atualmente denominado *compliance* é oriundo da tradução de “to comply”, que significa cumprir, satisfazer ou realizar uma ação imposta, consiste no controle da conformidade da profissão desempenhada. Trata-se do atendimento das regras ou padrões de conduta que estejam previstos *desde dentro* das estruturas corporativas. Nesse sentido, fala-se em programa de integridade que reúne normas e vincula estrutural e funcionalmente o trabalho dos profissionais aos respectivos códigos de ética, conferindo previsibilidade e calculabilidade aos deslocamentos operativos.”¹⁷ O testemunho efetuado ao advogado, e por ele custodiado, deve ser acondicionado de maneira a melhormente afaste interferências que possam contaminar o discurso¹⁸.

O Código de Processo Civil parece que se preocupa com a contaminação do testemunho somente na fase da produção da prova. O art. 456 refere que o “o juiz inquirirá as testemunhas separada e sucessivamente, primeiro as do autor e depois as do réu, e providenciará que uma não ouça o depoimento das outras”. Acontece que o *condicionamento da testemunha não ocorre somente no saguão do fórum*. Pelo contrário, desde o momento em que teve notícia ou que percebeu o evento, a testemunha já começa a sofrer os efeitos deletérios que desgastam essa memória.

¹⁷ CASTRO, Cássio Benvenuto de. *Standards de prova* – na perspectiva da tutela do direito. Londrina, Thoth, 2021, p. 165.

¹⁸ O *compliance* surgiu nos Estados Unidos, em 1977, com o *Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)*, indicando uma série de práticas salutares a uma “economia comportamental” nas empresas, fomentando (*nudges*) que penas e sanções poderiam ser atenuadas com a adoção desse expediente. No Brasil, veio previsto na Lei 12.846-13, com essa mesma tendência implicativa. Porém, o Decreto 8.420-15 não apenas prevê atenuantes, mas um verdadeiro catálogo de investigação privada a ser efetuada pelo *compliance-officer*. O programa de integridade é empregável à empresa e ao empresário, que pode desenvolver atividade individualmente. Logo, pelo fato de o processo ser metodologia de trabalho publicizado, é crescente a defesa pelas “investigações privadas” que devem ser respaldadas pelos mecanismos previstos inicialmente pelo sistema de *compliance*, enquanto *framework* de controle social e redução de danos. VIOLANTE, Sarah Furtado; SANTOS, José Eduardo Lourenço dos. *Compliance*, investigação criminal e a observância dos direitos fundamentais. *Revista Jurídica Unigran*, v. 21, n. 41, jan-jun 2019, p. 51-3.

O ideal seria que todos os fatos fossem filmados ou que, imediatamente à ocorrência de um fato, as testemunhas fossem ouvidas e gravadas em vídeo, comunicando sobre o acontecimento. Isso preservaria com alta dose de credibilidade o depoimento, a ser posteriormente apresentado e discutido em juízo.

Na medida em que isso não acontece, fica evidente que tanto o testemunho oral como o testemunho por escrito estão sujeitos aos desvios narrativos.

Conforme Vitor de Paula Ramos, embora o direito e a prática jurídica contraponham os sentidos de “mentira” com a “verdade” – o correto é assimilar que a “mentira” tem a ver com a “sinceridade”; e a “sinceridade” pode resultar em um depoimento “verdadeiro” ou “inverídico”. Quer dizer que a testemunha pode “mentir” dolosamente ou pode se “enganar”; nesta hipótese se trata do que o autor sintetiza com a expressão “erros honestos”, que ocorrem quando fatores como o decurso do tempo, idade, falta de foco de observação, efeito de álcool e outras causas contingenciais implicam falhas na percepção e na recuperação da memória das pessoas¹⁹.

¹⁹ *Prova testemunhal...*, cit., p. 162 e seguintes. O ponto nodal da tese de Vitor de Paula Ramos está na feliz ressignificação ou pareamento entre “verdade” e “falsidade”. O autor refere (p. 118) que “o testemunho, portanto, pode ser falso em pelo menos dois modos: mediante mentiras ou mediante erros honestos. A mentira ocorre não quando alguém afirma o falso, mas, sim, quando afirma o que *acredita* ou *sabe* ser falso. Afinal, a testemunha não pode ter uma *crença* sobre algo que acredita ser falso (o que seria uma contradição lógica), mas pode *expressar* algo em que não acredita. E isso é mentir.” Logo adiante (p. 119), adverte que “o direito, em outras palavras, não faz, em geral, uma diferenciação essencial entre dois pares de antônimos: *verdade* e *inverdade*, e *mentira* e *sinceridade*.” E conclui que “do ponto de vista da verdade e da inverdade, será *inverídica* a informação-recordação que não corresponder ao que realmente ocorreu, e será *verídica* aquela que corresponder. Do ponto de vista da mentira, por sua vez, esta tem seu contrário na sinceridade, que tem a ver com a memória do sujeito, não com a realidade: *grosso modo*, mente quem narra uma versão diferente em sua memória. É sincero quem narra uma versão igual à sua memória.” Esse núcleo da tese, para um leitor razoavelmente bom observador, já está entremostrado na citação que a edição comercial do livro publicado:

“– Testimony is about your best memory; you go with your best memory.

– What if it’s wrong?

– Testimony isn’t about right or wrong, Alicia. It’s about the facts as established by your best memory of events”
(*The good wife*, 3a Temporada, Episódio 12 – Alienation of Affection).

literalidade do CPC (os antônimos frustrados)	inteligência da epistemologia (o correto pareamento de antônimos)
mentira X verdade	mentira X sinceridade inverdade-falsidade X verdade
<p>Conforme a suposição do CPC, o detector de mentiras remeteria à “verdade”. Isso não é admitido pela ciência, <i>porque tal detector somente indica níveis de estresse ou situações subjetivas anômalas do sujeito</i>. A verdade como correspondência se trata de fator objetivo que transcende o “estado de espírito” do depoente. Por isso que a simbologia da “sala de audiência”, da “imedição do juiz com a prova”, da “acareação” e do “amedrontamento pela prática do falso testemunho” não passam de <i>novas ordálias</i>²⁰. Esses atos se reportam ao “convencimento do juiz” – enquanto que o atual raciocínio probatório se preocupa com a corroboração das provas em termos objetivos.</p>	

O argumento da “inverdade” ou da “mentira” não são suficientes para afastar o testemunho por escrito. Afinal, esses fenômenos também acontecem na forma oralizada. Não é a figura do juiz, a acareação ou um juramento (*affidavit*) que pode resultar na prática do crime de “falso testemunho” que eleva a prova epistemicamente. A diferença entre o testemunho oral e o por escrito é “de grau”²¹: o

²⁰ “Por mais duro que possa parecer, o que o estado atual da ciência demonstra é que a ideia de que o juiz possa olhar para uma testemunha e ‘saber’ se ela está mentindo ou se está cometendo erros honestos não tem mais valor epistêmico do que quando na idade média se ‘verificava’ que alguém era culpado de um crime de bruxaria mediante a prova do *ferro incandescente*, ou do duelo. É, isso sim, uma forma de ‘obtenção’ de ‘conhecimento’ tão irracional quanto”. Vitor de Paula Ramos, *Prova...*, cit., p. 228-9. A pós-modernidade também tem seus “mitos”, por vezes, tão irracionais quanto os da idade média. Atualmente, as *fake news* viraram semi-dogmas de sustentabilidade informacional e o maior empregador do Brasil se chama *Youtube*. O judiciário é coadjuvante nesse processo estrutural de regulação de movimentos culturais macrodinâmicos, inclusive, porque o direito atua quase sempre em tempo diferido – mas os *influencers*, seus *grupos de assessores* e seus *super makes para fotos editadas*, bom, esses estão conectados 24 horas por dia. Tendo em vista que o Brasil não tem um plano de Estado, mas *um plano de governo e um plano de reeleição*, a sociedade fica à mercê das novas ordálias, minguadas nas mãos daqueles que detêm uma parcela de poder – a grande virada poderia acontecer se o judiciário e os poderes constituídos tivessem a humildade para reconhecer o atual apequenamento a que foram sujeitos. Não se está dizendo que ocorrem desmandos, ocorre que a desestatalização, para uma civilização incipiente, implica uma desorganização sem precedentes e desgovernada. Sobre o caráter cultural e recondicionante das ingerências entre cultura e processo, ver CHASE, Oscar G. *Direito, cultura e ritual* – sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada. Trad. Sergio Arenhart; Gustavo Osna, São Paulo, Marcial Pons, 2014, em especial, p. 61-73.

²¹ “La formación o práctica de la prueba de forma contradictoria tiene su aplicación más clara en el caso de las pruebas denominadas personales, es decir, de las pruebas que consisten en la declaración de una persona física. En esos casos, por ejemplo, resulta útil epistemológicamente permitir el interrogatorio cruzado de los declarantes, de modo que las dos partes puedan preguntar sobre la información que pueda apoyar sus

procedimento em contraditório, utilizado para a inquirição oral da testemunha, confere uma aparência de maior controle sobre a prova, inclusive, permitindo a produção de contraprovas imediatas ou o reforço do próprio testemunho (prova de segundo grau ou prova sobre a prova).

O contraditório²² eleva epistemicamente a prova, porque legitima a conclusão do Estado-juiz através do contato equilibrado das partes com a testemunha. Evidente que isso não resolve todos “os problemas do testemunho”. Deveras, a testemunha não passa a ser “sincera” ou a “dizer a verdade” por ocasião de estar na frente do juiz e pelo fato de ser contraditado pelo advogado da outra parte. Até pode acontecer do depoente se assustar e causar algum efeito “positivo”, agora, esse efeito acaba, também, sendo deletério da memória, ele acaba afetando a incolumidade entre o acontecido e o depoimento. Em outras palavras, o sujeito que quer “falar algo que não existiu”, ou quem “se engana sobre o que aconteceu”, não é por causa do contraditório em sala de audiência que o respectivo testemunho passa a ser elevado a uma verdade por correspondência.

De outro lado, tampouco a falta de contraditório permite equiparar o testemunho por escrito ao testemunho oral – justamente, o *testemunho oral possui uma vantagem “meramente” procedimental sobre o testemunho escrito*.

Para além das responsabilidades do advogado, implicadas pela produção da prova sem o contraditório direto e concomitante, o sistema jurídico estabelece uma forma de controle procedimental do testemunho por escrito. Não se trata de uma regra posta pelo ordenamento jurídico porque, em realidade, a decorrência da limitação procedimental é devida ao “raciocínio probatório”, e não quer dizer ao programa de normas que tentam conferir uma “presunção” de “sinceridade” à testemunha.

O raciocínio probatório que o testemunho escrito viabiliza, na perspectiva das respectivas limitações, portanto, acaba por condicionar o formalismo processual em termos de adequação do procedimento e utilização da pertinente técnica cognitiva em que tal modalidade de prova atípica pode ser utilizada de maneira epistemicamente produtora.

respectivas hipótesis y poner a prueba la fiabilidad de lo declarado y del declarante”. FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 88.

²² A ausência de contraditório motivou a inadmissibilidade de diversas provas atípicas, de maneira a se afastar uma decisão “surpresa”. Contudo, não se fala em ausência, mas em mitigação temporária do contraditório, que posteriormente é integralizado e mantém a legitimidade da prova e da consequente decisão. TARUFFO, Michele. Il diritto alla prova nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, Cedam, v. XXXIX, p. 101-3.

4 A COMPENSAÇÃO PROCEDIMENTAL E COGNITIVA DECORRENTE DA AUSÊNCIA DO CONTRADITÓRIO CONCOMITANTE NA PRODUÇÃO DO TESTEMUNHO ESCRITO (OU CONSEQUÊNCIA DA DIFERENÇA “DE GRAU” ENTRE AS MODALIDADES DE TESTEMUNHOS)

Uma pesquisa açodada poderia concluir que as Cortes Supremas do Brasil não admitem (tampouco atribuem *vigor*) o testemunho por escrito.

No REsp 472.174-MT (2002/0100630-7), Relator Ministro Ari Pargendler, Terceira Turma, DJ 12/06/2006, foi julgado que:

“Impondo o Código a oralidade do depoimento, fica, conseqüentemente, vedada à testemunha trazer o depoimento escrito. Tal qual o regime geralmente adotado pelas legislações estrangeiras e sempre seguido no direito brasileiro. Não será preciso dizer que o depoimento escrito desnatura o caráter da prova testemunhal, que tem na originalidade das declarações a sua maior eficácia. Ora, não poderia esta originalidade ser apurada se a testemunha se limitasse a ler declarações previamente escritas. Ficar-se-ia, com a aceitação da leitura do depoimento escrito, sem meios de se indagar se este constituiria o real conhecimento da testemunha quanto aos fatos informados, ou se constituiria fruto de sugestão de terceiros ou mesmo obra de má fé a serviço de interessados. Por outro lado, as partes se tornariam cerceadas de inquirir a testemunha e desta obter subsídios preciosos à elucidação do fato e suas circunstâncias” (Prova Judiciária no Cível e Comercial, Moacyr Amaral Santos, Max Limonad, São Paulo, 3ª ed., v. III, p. 532).

No REsp 524140-SP (2003/0051496-4), Relator Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Relator para o Acórdão Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, DJ 24/02/2005, foi julgado que:

A 3ª Seção desta Corte firmou-se no entendimento de que a simples declaração prestada em favor do segurado, sem guardar contemporaneidade com o fato declarado, carece da condição de prova material, exteriorizando, apenas, simples testemunho escrito que, Jurisprudência/STJ – Acórdãos Página 1 de 3 legalmente, não se mostra apto a comprovar a atividade laborativa para fins previdenciários (REsp n. 205.885/SP, Relator Ministro Fernando Gonçalves, in DJ 30/10/2000).

Dois aspectos que saltam à observação. As decisões foram proferidas há mais de quinze anos, na vigência de outro código ou de outra metodologia processual – possível falar em outra rotina social, tendo em vista a motricidade dos acontecimentos nessa passagem de tempo.

Em segundo lugar, naquela época, sequer se comentava sobre intensidade corroborativa da prova no Brasil. Tampouco se falava em questões principais ou periféricas para a finalidade do julgamento. O processo tinha o desfecho conforme o “convencimento” do julgador; a dimensão epistêmica do testemunho consistia em assunto de uma distante filosofia, que focava na “pessoa da testemunha” a questão da “confiança” (ao invés do ato de comunicação).

O estado das coisas jurídicas se modificou bastante. A presente reflexão *não é defender que o testemunho escrito resolva integralmente o objeto de qualquer processo*. Com efeito, o propósito é visualizar que o testemunho escrito pode resolver algumas questões, por motivos que o sistema jurídico abarca desde o raciocínio probatório – em compromisso com a epistemologia.

O processo é um sistema interacional²³ que se desenvolve dialeticamente. Diversas narrativas tendenciosas postulam a providência do juiz. Não é pelo fato de ser “mais formal”, colhida em uma “solenidade”, que o testemunho *vale mais*. Além disso, não é pelo fato de ser endossada pelo advogado que o testemunho escrito “diz a verdade” – a manifestação das partes tem compromisso ético, mas não uma pré-condição alética.

Não existe escala de subordinação entre as modalidades de testemunho. O que deve ser apreendido é que a dimensão epistêmica do testemunho deve ser obtida no enfrentamento dos aspectos contextuais do processo. Os símbolos e rituais jurídicos acabaram levando os operadores a um “presuntivismo”²⁴ que significa em uma credulidade acerca das declarações da testemunha, quando ela depõe sob juramento. Isso não merece trânsito atual, até porque, se ambas as partes apresentam testemunhas que apontam fatos contrapostos, isso quer dizer que o “presuntivismo” foi quebrado por um dos lados.

Também não é defensável um realismo exacerbado ou ceticismo absoluto que retire a força probatória do testemunho. Cuida-se de prova válida no processo, cuja “suficiência” pode, ou não, satisfazer a hipótese em discussão. A “suficiência” da prova quer dizer sobre o grau de corroboração, sobre o preenchimento do *standard* de prova: ou melhor, a intensidade corroborativa para que algo seja reputado como provado²⁵.

Vale dizer que tem questões que não podem ser provadas com a prova oral, assim como evidentemente tem questões que não podem ser provadas com testemunho escrito.

²³ MEDINA, José Miguel Garcia. *Código de Processo Civil Comentado*. 6ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2020, p. 30.

²⁴ Vitor de Paula Ramos, *Prova testemunhal...*, cit., p. 122 e seguintes. O autor traz um interessante argumento *a fortiori*, ao referir que “do ponto de vista da epistemologia, tanto a narração da petição inicial e da contestação quanto um testemunho fornecido por terceiros na audiência de instrução são formas de testemunho em sentido amplo. Entretanto, curiosamente, o tratamento jurídico recebido é completamente diverso: a narrativa da petição inicial, pelo mero fato de ser parcial, é tida como absolutamente inservível *por si só* para confirmações epistêmicas, fazendo-se necessário o aporte de provas, de razões positivas para que o Direito possa ‘crer’ naquelas narrativas; por outro lado, a narrativa de qualquer testemunha (em sentido estrito jurídico) é tida como confiável e suficiente para permitir inferências e obtenção de conhecimentos, salvo provas em contrário; isto é, na ausência de provas em sentido contrário, a testemunha é considerada confiável, e seu testemunho é considerado verdadeiro”. Essa diferenciação presuntivista não merece vigorar. Todas as alegações devem ser respaldadas em provas. O testemunho, isolado, não resolve todos os casos. O CPC reforça essa imposição, no art. 345, IV, ao relativizar os efeitos da revelia e ressaltar que não deve prevalecer a presunção de verdade quando “as alegações de fato formuladas pelo autor forem inverossímeis ou estiverem em contradição com a prova constante dos autos”. Inclusive a “não contestação” não tem efeito de presunção absoluta no atual sistema de processo constitucionalizado.

²⁵ O *standard* de prova vale como garantia para apreender que algo foi provado conforme uma racional exigência probatória. Ver FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba sin convicción* – estándares de prueba y debido proceso. Madrid, Marcial Pons, 2021, p. 33.

Portanto, a epistemologia informa o direito para pontuar que o depoimento da testemunha – seja qual for a modalidade – não goza de uma presunção de veracidade meramente simbólica. O importante é observar o “ato de comunicação” e o *contextualizar objetivamente* em relação aos demais elementos do processo, verificar se a hipótese que se pretende provar pode ser ratificada pela modalidade eleita, levando em conta não somente a pessoa do emissor (testemunha), mas, principalmente, o estado de coisas comunicado em cotejo às demais informações que o receptor (juiz) já dispõe.

Nesse sentido que existe uma diferença “de grau” entre testemunho oral e testemunho escrito.

Qual a racionalidade disso?

Ora, existem questões que não dependem do contraditório prévio ou concomitante – o próprio ordenamento jurídico aponta que algumas situações podem ser decididas com um contraditório diferido.

O Código de Processo Civil estabelece:

Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica:

I – à tutela provisória de urgência;

II – às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incs. II e III ;

III – à decisão prevista no art. 701 .

Se o sistema processual dispensa o contraditório, nessas hipóteses, evidente que tais casos podem ser aparelhados “prima facie” pelo testemunho escrito. Em especial, o caso da tutela de urgência, para assegurar a parte contra a “irreversibilidade reversa” do direito postulado (inteligência *a contrario sensu* do art. 300, parágrafo terceiro). Um pedido liminar pode ser ratificado pelo testemunho escrito – posteriormente, tal prova pode ser contraditada ou corroborada no decorrer da instrução.

O art. 311, II e III, indica a tutela de evidência liminarmente deferida. Nessas espécies, a evidência qualificada é conjugada com a “urgência”, apreendida pela intensidade sedimentada pela consistência de decisões judiciais, bem assim quando a funcionalidade do contrato de depósito denota a necessidade do provimento imediato. Em ambas as hipóteses, o testemunho escrito pode reforçar a demanda.

O procedimento monitorio consiste em uma espécie de tutela da evidência, cuja monitorização encerra uma espécie de *solve et repete* dialogal. Ocorre que o sistema já prevê que “a prova escrita pode consistir em prova oral documentada, produzida antecipadamente nos termos do art. 381” (art. 700, § 1º, CPC)²⁶.

Vale dizer que a eventual redução do testemunho a um documento escrito deve atender ao procedimento da produção “autônoma” de prova, na espécie da ação

²⁶ COLLUCCI, Ricardo. Primeiras impressões sobre o tratamento dado à “ação monitoria” no Novo Código de Processo Civil. In ALVIM, Thereza Arruda *et al* (coord.). *O Novo Código de Processo Civil brasileiro* (estudos dirigidos: sistematização e procedimentos), Rio de Janeiro, Forense, 2015, p. 669.

monitória. A despeito dessa regra geral, *existem situações extremas em que o procedimento autônomo de produção de prova pode ser dispensado*, ou melhor, o contraditório que ele encerra pode ser postergado: por exemplo, em caso de autotutela judicializada, art. 249, parágrafo único, do Código Civil – “em caso de urgência, pode o credor, independentemente de autorização judicial, executar ou mandar executar o fato, sendo depois ressarcido”.

Em realidade, trata-se de uma situação de urgência manuseada em ação monitória, mas que remete à tutela de urgência. Logo, é possível a aplicação sistematizada e combinada da tutela de urgência e do procedimento monitório, o que significa que o art. 9º e seus incs. I e III podem ensejar a admissão do testemunho oral em procedimento monitório – *eventualmente, dispensando a obtenção autônoma de prova do art. 381 do CPC* (exceção ao art. 700, parágrafo primeiro, CPC).

5 O QUE REALMENTE IMPORTA?

Os argumentos ficam irrefutáveis quando, para completar o quadro implicado pelo art. 9º do CPC, analisa-se a liminar em ação de força nova para a reintegração de posse.

O Código de Processo Civil prevê, eventualmente, audiência de justificação prévia para comprovar a posse e deferir a liminar:

Art. 562. Estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá, sem ouvir o réu, a expedição do mandado liminar de manutenção ou de reintegração, caso contrário, determinará que o autor justifique previamente o alegado, citando-se o réu para comparecer à audiência que for designada.

É mais um caso de tutela de evidência, portanto, dispensa a urgência para o deferimento. Embora o demandado possa reinquirir as testemunhas apresentadas em justificação, não existe um contraditório “pleno”, tendo em vista que somente as testemunhas arroladas pelo autor comparecem em audiência²⁷. Ora, esse procedimento se aproxima muito do testemunho escrito, já que o advogado da parte autora escolhe as testemunhas que vão depor e, ainda, *mantém contato prévio com elas*.

A figura da “depuração” da prova, pelo suposto “isolacionismo” da testemunha “de uma parte” para com as outras, queda pela própria literalidade do Código de Processo Civil, quando, atualmente, determina-se que “cabe ao advogado da parte informar ou intimar a testemunha por ele arrolada do dia, da hora e do local da audiência designada, dispensando-se a intimação do juízo” (art. 455). Com efeito, esse

²⁷ Nesses termos: “Em caso de necessidade de justificação prévia das alegações do autor, o réu será citado para comparecer à audiência que for designada (art. 928, *caput*, segunda parte, do CPC). Na audiência de justificação, as testemunhas arroladas pelo autor serão ouvidas, facultando ao réu contraditá-las e reinquiri-las, sendo incabível a tomada de depoimentos das partes ou inquiridas testemunhas da parte ré. Não há, inclusive, exigência legal de que o réu compareça ao ato acompanhado de advogado.” (Agravo de Instrumento, n. 70034535682, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nelson José Gonzaga, Julgado em: 04-02-2010)

procedimento arrefece a simbologia e a ritualização de que a testemunha seria “intocável” e somente poderia comunicar o estado das coisas em sala de audiência. Atualmente, com a quantidade de informações que circulam pela internet e pelos *smartphones*, seria impossível manter a “crença” de que não existe *feedback* ou todo o tipo de influência sobre o depoimento de uma testemunha.

Razão pela qual o testemunho escrito é admitido e merece o *devido valor* – porém, tem um campo de vigor mais restrito, o que é decorrente do *standard* de prova a ser preenchido.

O que realmente importa?

O foco do processo é entregar a tutela do direito para as pessoas.

Nesse sentido que o direito fundamental à prova consiste em um consectário do direito fundamental à tutela jurisdicional. O raciocínio probatório se trata do meio que racionaliza o adensamento das normas para a adequação do formalismo processual e dos limites da cognição para o propósito de aproveitar as provas sem ocasionar danos marginais à contraparte.

Nesse sentido, o espaço de utilização do testemunho escrito é diagnosticado: ele se presta a aparelhar a tutela provisória, em seus desdobramentos liminares, assim como pode amparar as corroborações periféricas a outras provas processuais. Pelo motivo que tais hipóteses estão comprometidos com um *standard* de prova rebaixado, uma mera preponderância de provas, grau de corroboração (*warrant*) que pode ser preenchido sem o contraditório, ora pelo testemunho escrito.

Sobre o *standard* de prova em tutela liminar²⁸:

No tocante à tutela provisória, ainda, a legislação utiliza terminologias diferentes, mas substancialmente equivalentes. No caso do mandado de segurança, o art. 7º, III, da Lei 12.016 do ano de 2009, determina “que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida”. Por fundamento relevante, entende-se o pleito aparelhado em documentos que explicitem os efeitos indevidos que um ato administrativo está causando ao patrimônio jurídico do impetrante. Ou seja, o risco da perpetuação dos efeitos indesejados deve ser mais nefasto que o risco da suspensão desses efeitos. Uma mera preponderância avaliativa.

O mesmo raciocínio que ocorre na tutela da evidência (art. 311 do CPC). “O legislador procurou caracterizar a evidência do direito postulado em juízo capaz de justificar a prestação da ‘tutela provisória’ a partir das quatro situações arroladas no art. 311, CPC. O denominador comum capaz de amalgamá-las é a noção de defesa inconsistente. A tutela pode ser antecipada porque a defesa articulada pelo réu é inconsistente ou provavelmente o será. A tutela da evidência é fundada em cognição sumária e sua decisão não é suscetível de coisa julgada”²⁹. O comentário reflete a metodologia corroborativa, inclusive, sustentando a “virtualidade” da defesa que pode falsear

²⁸ Cássio Benvenuto de Castro, *Standards de prova...*, cit., p. 254-5.

²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *O novo processo civil*. 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016, p. 405

*a hipótese inicial*³⁰ – o magistrado deve visualizar o confronto entre argumentos suscetíveis, calculando que a defesa é inconsistente perante a pretensão da tutela do direito. Logo, possível generalizar que as tutelas provisórias reclamam um SP de mínima corroboração virtualmente preponderante, mas que pode ser alavancado quando presente o risco de irreversibilidade da medida postulada, ou na medida em que o demandado apresente defesa consistente.

A última alusão à aceitação do testemunho escrito que aparelha tutela “prima facie” pode ser avistada no expediente pré-processual do inquérito policial. Com efeito, o sujeito é capturado e os depoimento dos policiais e demais pessoas são reduzidos a termo, perante o delegado e, geralmente, com a presença do advogado da defesa. Não ocorre o contraditório judicial, mas tais elementos valem como documentação suficiente para fundamentar a prisão e desencadear a ação penal – nota-se que limitação funcional do inquérito, que não se presta para a condenação criminal, porém, ele produz efeitos conforme o *standard* de prova que abarca: uma preponderância inicial de provas a favor da imputação. Analogia que não se distancia do testemunho por escrito na tutela prefacial.

As corroborações periféricas³¹ são as provas de “fechamento” de um conjunto de evidências que aparelham uma hipótese. Susan Haack³² pontua que elas indicam “how *comprehensive* the evidence is (analogue: how much of the crosswoerd has been completed)”, porque faz menção ao conjunto probatório como um “mosaico” ou “palavras cruzadas”, onde cada lacuna deve corroborar a outra. O espaço de valoração do testemunho escrito é sobre o “grau de inclusão”, ou seja, a *prova de superfície* que visa a conferir adicional vigor às provas já elencadas.

³⁰ A liminar em ação possessória de força nova (art. 562 do CPC), a inibição da constrição em embargos de terceiro (art. 674) e o mandado de cumprimento em ação monitoria (art. 701), dentre outras espécies em legislação esparsa, consistem em *modalidades de tutela da evidência* em que não é preciso demonstrar urgência. Logo, uma preponderância inicial e mínima de prova permite ao juiz a tomada de decisão para tutelar a posição jurídica do autor – mas que pode ser posteriormente falseada com a apresentação de uma defesa consistente. Reiterando que o testemunho escrito, em ação monitoria, somente é admitido em situação de urgência, conforme comentado acima (haja vista a previsão expressa do art. 700, parágrafo primeiro, CPC).

³¹ As corroborações periféricas *não são as provas de base, não consistem nas provas de suporte da questão* – em se tratando de situação em que não existe urgência. Nieva Fenoll refere que são provas circunstanciais do fato que se busca expressar, por intermédio dos depoimentos que reforçam a ideia já acertada positivamente na demanda. Além disso, o autor também comenta sobre “detalhes oportunistas a favor das partes”, que podem ser entendidos como fatores secundários que ajudam na posição das partes. Por exemplo, o testemunho escrito sobre a “personalidade” ou sobre o “comportamento social” do acusado, no cálculo da pena (art. 59 do Código Penal) em sentença criminal, espécie em que não existem óbices para que seja feito por escrito. Justamente, pelo caráter secundário dessas alusões em termos de narrativas processuais-probatórias. Nieva Fenoll, *La valoración...*, cit., p. 227-229.

³² HAACK, Susan. Epistemology and the law of evidence: problems and project. In HAACK, Susan. *Evidence matters – science, proof, and truth in the law*. New York, Cambridge University Press, 2014, p. 14.

CONCLUSÃO

O sistema processual atual defende a resolução multiportas dos conflitos, o incremento da mediação e da arbitragem, com a deformalização do processo e a desestatalização de alguns procedimentos. No terreno probatório, cada vez mais é falado na desjudicialização da prova (ou processo cem por cento digital).

O testemunho escrito é realidade que deve ser aceita e valorada no processo, nos limites do *vigor* operativo e substancial que o raciocínio probatório veicula.

Pode ser efetuado por ata notarial, por declaração com firma da testemunha reconhecida ou até com declaração de autenticidade efetuada pelo advogado³³, enfim, o que *interessa é a justificativa de racional produção e processamento da cadeia de custódia do ato de comunicação que tenha sido prestado pela pessoa que testemunhou o estado de coisas relevante para a demanda*. Principalmente em tempos em que as instituições estão mais vagarosas e com as pessoas precisando urgentemente de um provimento tempestivo, como em época de pandemia, situações extremas reclamam medidas urgentes.

Por exemplo, o testemunho escrito viabiliza o deferimento de tutelas provisórias para alcançar pensões por morte – cujos proventos já foram diminuídos com a reforma previdenciária³⁴ –; o testemunho escrito se alavanca como pilar de uma “irreversibilidade reversa”, que justifica epistêmica e pragmaticamente as decisões; e, de resto, o testemunho escrito pode ser “recuperado” ou contestado em contraditório eventual em juízo. Tudo para salvaguardar a tutela tempestiva e efetiva dos direitos.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Paulo Osternack. *Provas – atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2017.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*. 2ª tiragem, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2019.
- CASTRO, Cássio Benvenuti de. *Prescrição e decadência (sistematização de critérios na perspectiva da tutela dos direitos)*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2018.
- CASTRO, Cássio Benvenuti de. *Standards de prova – na perspectiva da tutela do direito*. Londrina, Editora Thoth, 2021.
- CHASE, Oscar G. *Direito, cultura e ritual – sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada*. Trad. Sergio Arenhart; Gustavo Osna, São Paulo, Marcial Pons, 2014, em especial.
- COLLUCCI, Ricardo. Primeiras impressões sobre o tratamento dado à “ação monitoria” no Novo Código de Processo Civil. In ALVIM, Thereza Arruda *et al* (coord.). *O Novo Código de Processo Civil brasileiro (estudos dirigidos: sistematização e procedimentos)*, Rio de Janeiro, Forense, 2015.
- FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid, Marcial Pons, 2007.
- FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba sin convicción – estándares de prueba y debido proceso*. Madrid, Marcial Pons, 2021.

³³ O art. 425 do CPC estabelece que fazem a mesma prova que os originais: IV – as cópias reprográficas de peças do próprio processo judicial declaradas autênticas pelo advogado, sob sua responsabilidade pessoal, se não lhes for impugnada a autenticidade;

³⁴ Art. 26, parágrafo segundo, da EC 103-2019.

- HAACK, Susan. Epistemology and the law of evidence: problems and project. In HAACK, Susan. *Evidence matters – science, proof, and truth in the law*. New York, Cambridge University Press, 2014.
- HEIDEGGER, Martin. *Serenidade*. Trad. Maria Madalena Andrade e Olga Santos. Lisboa, Instituto Piaget, 1959.
- LANES, Júlio Cesar Goulart; POZATTI, Fabrício Costa. O juiz como único destinatário da prova (?). In ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.); DOTTI, Rogéria (org.). *O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos* (estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni), São Paulo, Revista dos Tribunais, 2017.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *O novo processo civil*. 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016.
- MEDINA, José Miguel Garcia. *Código de Processo Civil Comentado*. 6ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2020.
- NIEVA FENOLL, Jordi. *La valoración de la prueba*. Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 109.
- PEIXOTO, Ravi. *Standards probatórios no direito processual brasileiro*. Salvador, JusPodivm, 2021.
- RAMOS, Vitor de Paula. *Prova testemunhal* (do subjetivismo ao objetivismo, do isolamento científico ao diálogo com a psicologia e a epistemologia). 2ª ed. Salvador, JusPodivm, 2012.
- TARUFFO, Michelle. *A prova*. Trad. João Gabriel Couto, São Paulo, Marcial Pons, 2014.
- TARUFFO, Michele. Il diritto alla prova nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, Cedam, v. XXXIX.
- TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade* (o juiz e a reconstrução dos fatos). Trad. Vitor de Paula Ramos, São Paulo, Marcial Pons, 2012.
- THAMAY, Rennan; TAMER, Maurício. *Provas no direito digital – conceito da prova digital, procedimentos e provas digitais em espécie*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2020.
- VIOLANTE, Sarah Furtado; SANTOS, José Eduardo Lourenço dos. *Compliance*, investigação criminal e a observância dos direitos fundamentais. *Revista Jurídica Unigran*, v. 21, n. 41, jan-jun 2019,