

A GRAVAÇÃO DA AUDIÊNCIA: MÉTODO DE DOCUMENTAÇÃO E PROVA

Kleber de Souza Waki

Cleber Martins Sales

1. OS MEIOS DE DOCUMENTAÇÃO DOS ATOS PROCESSUAIS E A GRAVAÇÃO FACULTADA ÀS PARTES, NO ESTATUTO PROCESSUAL COMUM DE 1973.

O Código de Processo Civil de 1973 tratava, na redação original do seu art. 417, da forma de documentação da prova oral (depoimento pessoal - v. art. 344, CPC/1973; e testemunhal), disciplinando que as declarações colhidas deveriam ser datilografadas, observando-se a língua portuguesa (art. 156, CPC/1973) e, em seguida, o termo assinado pelo juiz, pela testemunha depoente e pelas partes.

Contudo, ainda que houvesse o comando para a documentação datilográfica, o referido código admitia outras formas de registros dessas provas orais. Mesmo sendo vedada a utilização de abreviaturas (art. 169, parágrafo único, CPC/1973), o art. 170

do estatuto processual admitia o uso da taquigrafia em qualquer juízo ou tribunal e, mais tarde, com a Reforma Processual de 1994 (Lei n.º 8.952, de 13.12.1994), passou a aceitar, também, o uso da estenotipia ou outro método idôneo de documentação, sem especificar quais.

No processo do trabalho, por sua vez, havia apenas a previsão do uso da escrita à tinta, datilografia ou carimbos para lavratura dos atos e termos processuais, que poderiam ser resumidos a notas (CLT, arts. 771 e 773). Como as regras processuais comuns, neste particular, não eram e não são incompatíveis com o modelo processual trabalhista e sendo omissa CLT, as ditas normas de documentação dos atos processuais sempre foram plenamente aplicáveis por empréstimo nos processos da Justiça Especializada.

Mesmo que o Estatuto processual comum de 1973 não tivesse sido explícito

.....
Kleber de Souza Waki

Juiz do Trabalho (TRT 18). Especialista em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho (UFG). Professor convidado do Instituto Goiano de Direito do Trabalho (IGT), ENAMAT e Escolas Judiciais de Tribunais Regionais do Trabalho. Diretor de Comunicação e Informática da Associação dos Magistrados do Trabalho da 18.ª Região (AMATRA 18).

Cleber Martins Sales

Juiz do Trabalho (TRT 18). Ex-Procurador do Estado de Goiás. Professor. Especialista em Economia do Trabalho e Sindicalismo (Extensão UNICAMP). Ex-Presidente da Associação dos Magistrados do Trabalho da 18.ª Região (AMATRA 18).

acerca de quais meios seriam reputados como idôneos, o próprio art. 417, alterado na reforma processual de 1994, nos deu pistas para sua compreensão, já que facultou às partes a possibilidade de *gravar* os depoimentos orais colhidos na audiência. Ora, sendo possível às partes - e sendo autorizado pela lei processual - o recurso a outros meios legítimos de documentação dos atos, também os órgãos judiciais poderiam se valer de tais instrumentos como gravação por meio de áudio (fita cassete) ou de vídeo (fita de *Video Home System - VHS*).

Acrescente-se que a Lei n.º 9.245, de 26.12.1995, introduziu no rito Sumário previsto no antigo CPC, a possibilidade da documentação dos atos probatórios realizados em audiência também por "*taquigrafia, estenotipia ou outro método hábil de documentação, fazendo-se a respectiva transcrição se a determinar o juiz*" e, foi além: nas comarcas ou varas em que não houvesse possibilidade de adoção desses recursos (taquigrafia, estenotipia ou outro método de documentação), os depoimentos colhidos poderiam ser resumidos, deles extraindo-se apenas o essencial. A possibilidade de se documentar apenas a suma das declarações já era permitida no processo do trabalho desde a edição do Decreto-lei n.º 8.737, de 19.1.1946, nos processos de exclusiva alçada das Juntas de Conciliação e Julgamento (v. art. 851, § 1º, CLT; v., de igual sorte, o art. 2º, § 3º, da Lei nº 5.584/70) e, por força da Lei n.º 9.957/2000, foi também adotado no rito sumaríssimo trabalhista (v. art. 852-F, CLT).

Enfim, como *método de documentação*, os Tribunais estavam autorizados a utilizar outros recursos, além do datilográfico, mas que continuariam a pertencer ao processo (registros de taquigrafia, de estenotipia,

gravações de áudio e vídeo em fitas magnéticas ou outros meios idôneos). A critério do juiz, a requerimento da parte ou na hipótese de haver recurso interposto, aquele conjunto probatório documentado pela Justiça por outros meios - e vinculado ao processo - seria necessariamente convertido para o padrão escritural datilografado (art. 417).

Vamos entender melhor este ponto.

Caso a sentença não fosse pronunciada na audiência de instrução e julgamento, a *prova oral* (depoimentos pessoais e/ou testemunhais), que fora documentada por meio de estenotipia ou taquigrafia, poderia vir a ser adiante *consultada* pelo julgador, se assim entendesse necessário (caso em que, querendo, poderia convertê-la para a forma datilográfica). Da mesma forma, pronunciada a decisão ou aberto o prazo para a apresentação de razões finais via memoriais, a consulta poderia ser necessária às partes para a elaboração das suas peças.

Sublinhe-se que não havia nenhuma previsão de exigência para que qualquer das partes, ou mesmo o juízo, tivessem que motivar as razões do pleito ou fundamentar a decisão, respectivamente, já que parece bastante óbvio o propósito da conversão da documentação da prova testemunhal de registros mais herméticos para um modelo de amplo e fácil acesso (o documento datilografado e observando o vernáculo, como exigia o art. 156 do CPC/1973). E já a partir da Reforma Processual de 1994, que alterou o art. 417 do CPC, as partes poderiam se valer de seus registros próprios de gravação.

Já com a edição da Lei n.º 11.419, de 19 de dezembro de 2006, houve a introdução de disciplina para o processo eletrônico. A partir desta lei, ficou autorizado que todos os atos processuais praticados *na presença do juiz*,

fossem documentados integralmente na forma digital, em suporte eletrônico inviolável, com registro em termo assinado eletronicamente pelo juiz, pelo escrivão ou chefe de secretaria e pelos advogados das partes. Ficou ainda ressalvado que *eventuais contradições na transcrição* deveriam ser suscitadas *no momento da realização do ato, sob pena de preclusão*, ao que caberia ao juiz decidir de plano e registrar as alegações e sua decisão no termo (v. art. 169, § 3.º, CPC/1973 com alterações introduzidas pela Lei n.º 11.419/2006).

Como se nota, a partir da adoção do processo eletrônico, o que temos é o registro documental dos atos processuais mediante adoção do suporte digital (arquivo eletrônico) e no qual as transcrições, quando objeto de impugnação, precisam ser imediatamente lançadas pelas partes e decididas pelo juiz, de tudo fazendo constar no termo porque, o arquivo destes autos, uma vez gravado, torna-se inviolável.

2. AS NOVAS TECNOLOGIAS DE DOCUMENTAÇÃO PREVISTAS NO PROCESSO COMUM. A GRAVAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015: DOCUMENTAÇÃO E PROVA.

O novo Código de Processo Civil avançou bem menos do que se poderia esperar, quando tratou do processo eletrônico. Não há, por exemplo, uma disciplina pensada para a adoção de sistemas eletrônicos que sejam construídos e atuem, minimamente, de forma indissociável com os princípios constitucionais do processo, o que seria, no dizer do professor S. Tavares Pereira, a adoção do princípio da

dupla instrumentalidade no processo eletrônico (ou da sub-instrumentalidade processual da tecnologia):

“As possibilidades criadas pelos avanços da tecnologia da informação devem tocar o processo judicial. Ninguém contesta essa afirmação e este trabalho não se posta como uma oposição a essa evidente constatação. Mas as duas realidades, o instrumento de atuação da jurisdição – o processo – e a tecnologia, não podem ser amalgamadas sem o devido cuidado, ao embalo apenas da consideração dos sedutores instrumentos tecnológicos, como já tem ocorrido tantas vezes. É preciso não esquecer das milenares conquistas do Direito, processuais e materiais, pelas quais, finalmente, os indivíduos puderam sentir certa segurança na convivência com seus pares e, notadamente, com o monstro estatal tão bem representado pelo Leviatã de Hobbes.

Tais cuidados precisam ganhar expressão firme e clara. Propõe-se, nesse sentido, como um meta-princípio norteador de todo o almejado movimento de absorção tecnológica – que o legislador chama impropriamente de ‘informatização do processo judicial’ -, o que se denomina de princípio da dupla instrumentalidade da tecnologia no processo eletrônico:

A tecnologia é instrumento a serviço do instrumento – o processo - e, portanto, sua incorporação deve ser feita resguardando-se os princípios do instrumento e os objetivos a serviço dos quais está posto o instrumento.

Como se explica a seguir, esse princípio explicita duas balizas de obrigatoria observância no avanço para o processo eletrônico. A inobservância de qualquer delas torna inválida e antijurídica a incorporação feita da tecnologia. Somente a avaliação correta de todos os aspectos envolvidos, processuais e materiais,

com a consideração prudencial das consequências, ainda que às vezes pareçam remotas, e sua modalização adequada, levarão a uma mescla jurídico-tecnológica que aqui e agora atende aos objetivos do Direito.

Tratando-se da validade ou não da incorporação tecnológica ao processo, recorre-se, porque oportuno, à teoria geral do processo e, dentro desta, à teoria das nulidades, para propor esse balizamento principiológico”.

O professor S. Tavares Pereira chegou a sugerir, em seus estudos, diversas diretrizes que poderiam ter sido (ou, quiçá, ainda o sejam, futuramente) acolhidas pelo legislador, para que a construção do processo *digital* migrasse para um processo genuinamente *virtual*, o que significa dizer, um sistema *inteligente* e capaz de auxiliar, efetivamente, o trabalho de entrega da prestação jurisdicional.

Não obstante, o novo estatuto processual comum manteve os avanços da Lei nº 11.419/06 e trouxe novidades em relação às tecnologias mais modernas, especialmente ao introduzir uma seção denominada “Da Prática Eletrônica de Atos Processuais” (Seção II - Arts. 193 a 199, Capítulo I - Da Forma dos Atos Processuais, Título I - Da Forma, do Tempo e do Lugar dos Atos Processuais, Livro IV - Dos Atos Processuais), dispondo sobre a produção, comunicação, armazenamento e validade dos atos processuais digitais (no todo ou em parte), na forma da lei. Dentro desta ótica, ainda temos:

- a possibilidade de distribuição eletrônica dos processos (art. 285) e recursos (art. 930);
- a previsão de produção, comunicações, assinaturas e publicação de atos processuais

por meio eletrônico (arts. 105, § 1.º; 106, § 2.º; 170; 171; 183, § 1.º; 205, §§ 2.º e 3.º; 213; 228, § 2.º; 232; 235, §§ 1.º e 2.º; 246, V e seu § 1.º; 236, § 3.º; 254; 263/266; 270, 272 e 275; 340; 460; 465, § 2.º, III; 477, § 4.º; 513, § 2.º, III; 535; 854, §§ 6.º e 7.º; 876, § 1.º, III; 887, § 2.º; 915, § 4.º; 943; 979; 1.007, § 3.º; 1.017, § 5.º; 1.019, III; 1.029, § 1.º; 1.038, III, § 1.º; 1.043, § 4.º; e 1.053);

- a adoção de regras específicas para contagem de prazo processual (arts. 224, §§ 1.º a 3.º; 229, § 2.º; 231, V);
- a possibilidade de impugnação imediata, pela parte interessada, de eventual contradição na transcrição de *ato processual eletrônico, praticado na presença do juiz*, sob pena de preclusão (art. 209, §§ 1.º e 2.º), devendo a questão incidental ser decidida de plano, registrando-se em termo as alegações da parte e a decisão correspondente (a exemplo do que já ocorria no CPC/1973 - art. 169, § 3.º);
- no campo das sessões e das provas: a possibilidade da realização da audiência de conciliação ou mediação por meio eletrônico, nos termos da lei (art. 334, § 7.º); a previsão de gravação integral da audiência de instrução e julgamento (áudio e vídeo) em meio digital ou analógico (art. 367, §§ 5.º e 6.º); a possibilidade de sustentação oral (art. 937, § 4.º) e tomada de depoimento pessoal (art. 385, § 3.º) ou testemunhal (art. 453 e seus parágrafos) - inclusive acareação (art. 461, § 2.º) - por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real; a integração da ata notarial como prova específica (arts. 384 e 193, parágrafo único) e com clara

- previsão de serventia para demonstração de dados representados por imagens ou sons gravados em arquivos eletrônicos; e a disciplina do documento eletrônico (art. 411, II; 422, §§ 1.º e 3.º; 438, § 2.º; 439/441);
- a inclusão do *endereço eletrônico* como requisito da petição inicial (art. 319, II) e na lavratura das primeiras declarações do inventariante (art. 620, II), além de ser utilizado para as comunicações judiciais (dispositivos já referidos acima)
 - na execução, por meio de sistema eletrônico, admite-se a realização (art. 854) e documentação da penhora (art. 837); a alienação por leilão (arts. 879, 880, §3.º, 882, 887); o pagamento da arrematação (art. 892); a transferência do crédito ao exequente (art. 906);
 - manutenção de banco eletrônico para guarda dos dados atualizados e publicidade das resoluções de questões de direitos submetidas ao Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), Recursos Repetitivos e Repercussão Geral em Recurso Extraordinário (art. 979, §§ 1.º a 3.º).

Dentro deste prisma, que esboça os parâmetros da integração da tecnologia com as regras processuais comuns, e voltando ao ponto que nos interessa neste estudo, vimos que o ordenamento jurídico adotou, agora, a possibilidade da gravação integral da audiência que é, ressalvadas as hipóteses de autos encerrados em segredo de justiça (arts. 11, parágrafo único; 107, I; 152, V), marcadamente pública, como o são, naturalmente, os atos processuais em geral (art. 189).

De lembrar que este é um recurso assegurado ao Poder Público e um direito que

assiste *a parte*. Não é pelo fato de a audiência ser *pública* que se pode extrair que os atos processuais sejam livremente passíveis de gravação por pessoas estranhas ao processo (salvo se houver expressa autorização do juiz que preside a audiência e com a concordância dos demais presentes, haja vista que tanto o registro fotográfico, quanto o de imagens em movimento, dizem respeito ao *direito de imagem* de outrem).

De outro lado, desde que realizada, pelo órgão judicial, a gravação da audiência, restou assegurado às partes interessadas e, evidentemente, aos seus advogados, o rápido e integral acesso à este acervo público (art. 367, § 5.º).

Estas características, por si só, e a atenção aos aspectos da *documentação* dos atos processuais, deveria culminar na conclusão da absoluta desnecessidade da *gravação* da audiência (no todo ou em parte) de forma particular. Afinal, se tanto a parte quanto o seu advogado, gozam de total e rápido acesso ao conteúdo desta gravação junto aos servidores (computadores) do Tribunal, que já gravou o ato processual, para que serviria a gravação feita de modo particular?

O CPC, contudo, manteve a previsão explícita desta possibilidade de documentação privada de ato processual público, pela parte interessada e sem qualquer necessidade de autorização judicial (art. 367, § 5.º). A medida pode ser encarada como uma alternativa mais confortável para que a parte e/ou seu advogado estudem o ato processual gravado, para elaboração de seus próximos atos processuais, mas também pode ser vista como possibilidade de constituição de *prova* em relação a eventuais incidentes ocorridos durante a realização desse

ato processual.

A questão que se coloca, agora, é a seguinte: se o mesmo conteúdo integra o acervo processual público, não bastaria à parte ou seu advogado apontar o incidente em sua peça de insurgência (quer em medida correicional, requerendo a adoção de prova emprestada, como autoriza o art. 372, CPC; quer na propositura de pedidos de reconsideração ou recursos)?

A resposta, claro, é positiva, não havendo nenhuma necessidade - a não ser, como dito, para o conforto pessoal, do registro particular de audiência que já foi gravada pelo Poder Público. Mas, respondendo esta mesma pergunta com outra questão, indaga-se: e se a audiência não foi gravada pelo Poder Público?

Como se pode notar, a permissão do registro de som e imagem da audiência também se dá na hipótese em que ela não é gravada pelo Poder Judiciário e, nesta situação, o documento analógico ou eletrônico, que permaneça na posse da parte ou de seu advogado, pode vir a servir como *prova* de suas alegações em relação aos incidentes havidos naquele momento da sessão.

É importante sublinhar que, sendo do interesse da parte apresentar a demonstração dos incidentes ocorridos em audiência, mister se faz observar o que dispõe o art. 209, §§ 1.º e 2º, *desde que se trate de eventuais contradições na transcrição de atos processuais praticados na presença do juiz*, cujo registro final se dê por meio de arquivo eletrônico inviolável. Nesta hipótese, cabe à parte a impugnação imediata ao juiz, que decidirá de plano, tudo fazendo constar (alegação e decisão) no mesmo termo onde se apontaram as incongruências, sob pena de preclusão. Acrescente-se que,

mesmo os atos eivados de nulidade, acabam se tornando imutáveis em razão da preclusão, que só não será admitida se houver *prova* de que houve legítimo impedimento ao registro de sua insurgência (arts. 276 a 278 e seu parágrafo único). Caso contrário, não se admitirá a rediscussão da matéria, a exemplo do que ocorre na coisa julgada (art. 507).

Em suma, a gravação da audiência realizada pela parte, pode funcionar como elemento de *prova* daquilo que, na sessão, expressamente foi impugnado (contradições na transcrição). Na hipótese de ter sido obstado o registro da insurgência, a documentação em mídia eletrônica também poderá funcionar como *prova* que afaste a preclusão do ato processual supostamente eivado de nulidade.

Uma vez apresentada como *prova* a ser anexada ao *recurso*, sua admissão se revela cabível por interpretação extensiva do art. 435 do CPC e, no processo trabalhista, também com apoio na Súmula 08 do TST. Vale, por fim, anotar que em se tratando de questão preliminar do recurso, que pugne pela nulidade da sentença, está o relator autorizado a produção de prova (art. 938, § 3.º), podendo vir a admitir a juntada da mídia, com a gravação da audiência, caso a anexação tenha sido obstada pelo juízo *a quo*.

Sintetizando, não cabe a apresentação da gravação da audiência, pela parte, para reabrir a discussão de matéria preclusa. Também não cabe a adoção de mídia contendo a gravação da audiência como *prova* a ser anexada aos autos, se a parte realizou apenas documentação particular, não havendo nenhum registro de incidência em audiência. Em poucas palavras, a parte não pode querer substituir a documentação (transcrição) realizada pelo órgão judicial pela documentação de caráter

privado (gravação, sem transcrição mediada pelo julgador).

A *documentação* do ato processual, convém repetir, é ordinariamente atribuição do Poder Público e, especialmente, do juiz que, através de sua mediação na transcrição, está no exercício da jurisdição e do princípio da oralidade, atribuições que não se reservam aos particulares.

Uma vez que, em processo eletrônico, tenha havido a regular transcrição dos atos processuais, sem registro de incidências, não pode a parte apresentar recurso no qual faça anexar a gravação da audiência, que foi colhida para seu acervo particular, com o escopo de entregar, para a instância recursal, a tarefa de analisar se a convicção do julgador extraída do ato processual documentado na forma transcrita, está ou não harmônica com a provável convicção que se poderia extrair em razão do ato processual registrado, de forma privada, na mídia analógica ou eletrônica apresentada pelo recorrente.

De se observar, ademais, que a coexistência da possibilidade em contrário, isto é, ata de audiência e gravação privada do ato, implicaria em maiores riscos do que benefícios para a boa ordem processual, pois abriria margem para infundáveis divergências subjetivas quanto às transcrições presididas pelo magistrado, afastando-se do próprio princípio cooperativo previsto no art. 6º do CPC. A este respeito, aliás, calha citar enunciado científico extraído do FNPT - Fórum Nacional de Processo do Trabalho, ocorrido em março de 2016 em Curitiba, como abaixo transcrito:

“51) CLT, ART. 769 E 847; NCPC, ART. 367, §§ 5º E 6º. DIREITO DA PARTE DE GRAVAR INTEGRALMENTE A AUDIÊNCIA EM IMAGEM E

EM ÁUDIO, EM MEIO DIGITAL OU ANALÓGICO. As partes têm direito de gravar integralmente em áudio (digital ou analógico) os atos ocorridos em audiência, assegurado o rápido acesso à parte contrária e aos órgãos julgadores, desde que haja prévia comunicação à autoridade judicial, pois os §§ 5º e 6º do art. 367 são compatíveis com o processo do trabalho, em razão dos princípios da boa-fé, da cooperação, da eficiência e do contraditório”.

Não se está, com a conclusão do FNPT, a impor à parte a obtenção de autorização para a gravação, mas simplesmente dando a necessária densidade ao princípio da cooperação (art. 6º) e à paridade de armas (art. 7º), de sorte que, se um dos sujeitos do processo quiser optar pela faculdade de gravar o ato - não só pela dimensão da documentação (que é o propósito natural da disciplina legal), mas também para eventual utilização como elemento de prova, é recomendável que se anuncie tal propósito, desencadeando, quiçá, a possibilidade preventiva de a parte contrária adotar postura semelhante ou de exercer, desde já, o seu contraditório em relação aquela produção documentária.

Desse modo, *desde que* tenha havido a necessária insurgência acerca de eventuais contradições na transcrição do ato processual realizado na presença do juiz e que foi registrado em arquivo eletrônico, a gravação da audiência poderá vir a ser adotada como prova útil para demonstração das alegações da parte interessada, assegurando-se o respeito ao contraditório (e o respeito à cooperação judiciária), que, como visto, igualmente poderá ser exercido pela parte adversa, caso queira.

De realçar que o uso da gravação da audiência, como prova, está diretamente

relacionada à *validade* do ato processual registrado e não, necessariamente, como substituta geral do ato impugnado. Quer dizer que, a rigor, a gravação da audiência deve servir para demonstrar ou não a nulidade do ato processual no todo ou em parte. É claro que a instância recursal, estando com a prova oral integralmente documentada na mesma mídia, reputando nulo o ato processual transcrito pelo juízo *a quo* e não verificando prejuízo às partes, poderá avançar e dar solução de mérito (art. 4.º c/c art. 1.013, § 3.º). Contudo, a depender dos incidentes ocorridos em audiência, o ato processual poderá vir a ser anulado (anulando-se, por conseguinte, a sentença que daí decorreu) para ser repetido, nos termos da lei e em clara atenção à mediação do juiz e ao princípio da oralidade, produzindo-se, a partir daí, nova decisão.

Por fim, convém anotar que nas audiências reservadas para a conciliação e mediação, há que ser observado o princípio da confidencialidade. Considerando que, nessas tratativas, é vedada a divulgação de *atos ou elementos* (art. 166, §§ 1.º e 2.º, CPC) que se deram a conhecer durante as negociações, resta evidente que não se admitiria o registro por meio de gravação dessas sessões para utilização, adiante, como material de prova acerca do objeto do litígio, mesmo dentro das hipóteses de exceção ao dever de confidencialidade (arts. 30 e 31 da Lei 13.140/2015). A propósito, mesmo que o art. 42, parágrafo único da Lei de Mediação tenha disposto que as regras ali dispostas não se aplicam ao processo do trabalho, não há como impedir que elas se integrem ao ordenamento processual comum e acabem por alcançar o processo laboral através da técnica do Diálogo das Fontes.

Trago, a respeito deste tema, a doutrina de Nelson Nery Jr. e de Rosa Maria Andrade Nery¹:

“§ 1.º: 6.º. **Confidencialidade.** Por certo, as discussões travadas ao longo da negociações entre as partes deverão remanesecer confidenciais. Não se pode divulgar ou utilizar de forma diversa as informações trocadas. Permitir o contrário seria autorizar que a negociação fosse entabulada com o propósito de ‘investigar’ a parte contrária. Na mediação, o dever de confidencialidade, por disposição legal, alcança, expressamente, não só o mediador, mas também as partes, seus prepostos e advogados, assessores técnicos e outras pessoas que tenham participado do procedimento. As informações abrangidas por esse dever são: (i) declarações, opiniões, sugestões, promessas ou propostas formuladas por uma parte à outra na busca de entendimento para o conflito; (ii) reconhecimento de fato por qualquer das partes no curso do procedimento de mediação; (iii) manifestação de aceitação de proposta de acordo apresentada pelo mediador; (iv) documento preparado unicamente para os fins do procedimento de mediação (L. 13140/15 30). (...)”

§ 2.º. **Sigilo.** Como decorrência do dever de confidencialidade, o conciliador e o mediador não podem divulgar ou depor acerca dos fatos envolvidos nas tratativas. A violação desse dever acarreta o crime do CP 154 (caso se trate de conciliador/mediador particular escolhido pelas partes) ou do CP 325 (caso se trate de conciliador/mediador indicado pelo tribunal,

1 NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade; Código de Processo Civil Comentado, 16.ª edição, editora RT, 2016, S. Paulo, p. 167.

seja ele particular ou parte integrante de seus cadastros)”.

Como se pode notar, o estatuto processual comum, em seu arts. 367, § 6.º e 460, autorizou a gravação da *audiência de instrução e julgamento* (Capítulo XI, Título I, Livro I), mas não a *audiência de conciliação ou de mediação* (prevista no Capítulo V, do mesmo Título e Livro), sendo forçoso concluir que, para este ato, não há autorização para sua gravação, quer para documentação, quer para atender finalidade probatória.

3. CONCLUSÕES

O Código de Processo Civil de 1973 já tratava da forma de documentação da prova colhida oralmente, consoante o seu Art. 417, admitindo outras formas para os respectivos registros, além da datilografia (digitação), na linha do que já se aplicava também, subsidiariamente, ao processo do trabalho.

Mesmo utilizando outros recursos, além do datilográfico, estes registros continuam a pertencer ao processo (registros de taquigrafia, de estenotipia, gravações de áudio e vídeo em fitas magnéticas ou outros meios idôneos), com possibilidade de conversão para o padrão escritural datilografado (art. 417).

Com a edição da Lei n.º 11.419/06, que disciplinou inicialmente o processo eletrônico, restou autorizado que todos os atos processuais praticados *na presença do juiz*, fossem documentados integralmente na forma digital, em suporte eletrônico inviolável, implementando-se o registro documental dos atos processuais mediante adoção do suporte digital (arquivo eletrônico) e no qual as transcrições, quando objeto de impugnação,

precisam ser imediatamente lançadas pelas partes e decididas pelo juiz.

O novo CPC, embora tenha avançado bem menos do que se poderia esperar, não cuidando, por exemplo, de sistemas propriamente eletrônicos, com vista a um processo virtualizado e instrumental (na lição do professor S. Tavares Pereira, op. cit.), acabou por manter os avanços da Lei nº 11.419/06 e trazer novidades em relação às tecnologias mais modernas, especialmente ao introduzir uma seção denominada “Da Prática Eletrônica de Atos Processuais”, dispondo sobre a produção, comunicação, armazenamento e validade dos atos processuais digitais (no todo ou em parte), na forma da lei.

O fato é que novo ordenamento processual adotou a possibilidade da gravação integral da audiência de instrução e julgamento, seja pelo Poder Público (Judiciário), seja pela própria parte, lembrando que isto não autoriza a que qualquer pessoa possa gravar o ato, por razões óbvias relacionadas ao próprio direito de imagem. Não há, no entanto, autorização para a gravação das audiências de conciliação ou de mediação, até porque as negociações entabuladas pelas partes estão protegidas pelo princípio da confidencialidade.

Realizada a gravação pelo órgão judicial, assegura-se às partes interessadas e, evidentemente, aos seus advogados, o rápido e integral acesso à este acervo público (art. 367, § 5.º).

Se a audiência não foi gravada pelo Poder Público, o documento analógico ou eletrônico, que permaneça na posse da parte ou de seu advogado, pode vir a servir como *prova* de suas alegações em relação aos incidentes havidos naquele momento da sessão, observado o

critério preclusivo do Art. 209, §§ 1.º e 2º, do CPC. Na hipótese de ter sido obstado o registro da insurgência, a documentação em mídia eletrônica também poderá funcionar como *prova* que afaste a preclusão do ato processual supostamente eivado de nulidade.

Uma vez apresentada como *prova* a ser anexada ao *recurso*, sua admissão se revela cabível por interpretação extensiva do art. 435 do CPC e, no processo trabalhista, também com apoio na Súmula 08 do TST.

Não cabe, assim, a apresentação da gravação da audiência, pela parte, para reabrir a discussão de matéria preclusa. Também não cabe a adoção de mídia contendo a gravação da audiência como *prova* a ser anexada aos autos, se a parte realizou apenas *documentação* particular, não havendo nenhum registro de incidência em audiência.

Conclui-se, também, que para que se confira a necessária densidade ao princípio da cooperação (Art. 6º) e à paridade de armas (Art. 7º), recomenda-se que a parte comunique durante a audiência que irá gravar o ato, desencadeando a possibilidade preventiva de a parte contrária também adotar postura semelhante, lembrando que ao juiz o Código continua conferindo o poder de polícia processual (Art. 139, I, III e VII, especialmente).

Desse modo, e à guisa de conclusão, o uso da gravação da audiência, como prova, está diretamente relacionada à *validade* do ato processual registrado e não, necessariamente, como substituta geral do ato impugnado.

BIBLIOGRAFIA

NERY JR., Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de, *Código de Processo Civil comentado*, 16.ª

edição, S. Paulo, Editora Revista dos Tribunais/ Thomson Reuters, 2016, 2976 p.

PEREIRA, S. Tavares, “O Processo Eletrônico e o Princípio da Dupla Instrumentalidade”, Florianópolis/SC. Disponível em: <<http://duplainstrumentalidade.blogspot.com.br/p/artigos.html>>. Acesso em 11.10.2016.

WAKI, Kleber de Souza, DIREITO E PROCESSO DO TRABALHO NA ATUALIDADE - Estudos temáticos em homenagem aos 20 anos da AMATRA 18, editora LTr, 2012, artigo “As provas e o processo eletrônico”, págs. 236-270.