
A COMPREENSÃO DO CONTRADITÓRIO NO CENÁRIO DA COVID-19: DESAFIOS E POSSIBILIDADES

UNDERSTANDING THE CONTRADITORY IN THE COVID-19 SCENARIO: CHALLENGES AND POSSIBILITIES

JEFERSON ANTONIO FERNANDES BACELAR

Doutor em Direito pela Universidade Estácio de Sá – UNESA. Mestre em Direito pela Universidade da Amazônia – UNAMA. Professor Titular do Programa de Mestrado em Direitos Fundamentais da UNAMA. Diretor de Ensino e Pesquisa da Escola Judicial do Pará. ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-1156-3442>.

MARCELO BEZERRA RIBEIRO

Pós-Doutor em Direito pela PUC/RS. Doutor em Direito e Mestre pela UNESA. Professor do Programa de Mestrado em Direitos Fundamentais da UNAMA. Coordenador da Pós-Graduação em Processo Civil Contemporâneo do Ser Educacional. Professor de Graduação em Processo Civil na UNAMA. Advogado. ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-1112-0211>

RAIMUNDO CHAVES NETO

Docente da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa - FDUL. Professor Assistente da Universidade Europeia (Lisboa). Doutorando na FDUL. Especialista em Direitos Humanos e História do Direito pela Universidade de Coimbra. Especialista em História do Direito pela FDUL. Mestre em Direito Romano pela Universidade de Coimbra. ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-3192-4033>



RESUMO

Objetivos: o estudo propõe uma análise fenomenológica do contraditório durante o cenário declarado de pandemia, para identificar desafios e possibilidades para sua efetivação. Para tanto, propõe a atualização da hermenêutica jurídica, como condição de possibilidade para construirmos respostas constitucionalmente adequadas e compatíveis com o Direitos e Garantias Fundamentais, no ambiente virtual, pela prática dos atos processuais.

Metodologia: a metodologia utilizada é dedutiva, pela técnica da pesquisa bibliográfica.

Resultados: o artigo defende a possibilidade respostas corretas no Direito, com delimitações semânticas do princípio do contraditório, constitucionalmente adequadas para efetivar a influência e a não surpresa, no ambiente virtual, hoje potencializado pela pandemia da Covid-19.

Contribuições: o estudo aborda a influência da leitura constitucional do contraditório, que por meio da hermenêutica filosófica e da virada ontológico linguística, compatibiliza as diretrizes processuais para orientar a prática dos atos processuais eletrônicos.

Palavras-chave: Processo Civil; Hermenêutica; Contraditório; Atos processuais.

ABSTRACT

Objective: *The study proposes a phenomenological analysis of the contradictory during the declared pandemic scenario, to identify challenges and possibilities for its effectiveness. To this end, it proposes the updating of legal hermeneutics, as a condition for the possibility of constructing constitutionally adequate and compatible responses to Fundamental Rights and Guarantees, in the virtual environment, through the practice of procedural acts*

Methodology: *The deductive methodology is used, upon the technique of bibliographic research.*

Results: *The article defends the possibility of correct answers in law, with semantic delimitations of the contradictory principle, constitutionally adequate to effect influence and not surprise, in the virtual environment, today enhanced by the Covid-19 pandemic.*

Contributions: *The study addresses the influence of the constitutional reading of the contradictory, which through philosophical hermeneutics and the linguistic ontological*



turn, makes procedural guidelines compatible to guide the practice of electronic procedural acts.

Keywords: *Civil Procedure; Hermeneutics; Contradictory; Procedural acts.*

1 INTRODUÇÃO

Há uma incompatibilidade flagrante entre a matriz hermenêutica positivista com a qual ainda nos dispomos a compreender, interpretar e aplicar o Direito Processual e os desafios que a retomada da faticidade e a complexidade da democracia contemporânea apresentam para todo o ordenamento jurídico brasileiro. Para demonstrar isto, estabelecemos duas premissas. A primeira: há uma relação entre Estado e Ordenamento Jurídico. A segunda: há uma relação entre o referencial teórico com o qual desenvolvemos a hermenêutica jurídica e a aplicação das normas fundamentais que hoje orientam a prática dos atos processuais no ambiente virtual.

Com foco na primeira relação, entre Estado e Ordenamento Jurídico, podemos afirmar que o Estado de Direito e sua lógica procedimental cartesiana, pautada pela racionalidade, se distanciou da identidade do homem ao estabelecer padrões desindexados da facticidade. (DESCARTES, 2006, p. 29). Tudo isso se fez por um discurso eloquente que, na época, serviu para empregar no Direito os mesmos padrões de outras ciências e conferiu num segundo momento, autonomia ao Direito Processual, pela identificação de um objeto de estudo, pelos padrões científicos da época. (BULOW, 2005) Essa mesma racionalidade, quando atrelada ao ideal de isonomia formal, colaborou para a afirmação de um processo civil burocrático e despreocupado com a identidade da demanda, o que podemos constatar pela própria exposição de motivos do CPC de 1973:

Assim entendido, o processo civil é um instrumento jurídico eminentemente técnico, preordenado a assegurar a observância da lei; por isso há de ter tantos atos quantos sejam necessários para alcançar a sua finalidade. Diversamente de outros ramos da ciência jurídica, que traduzem a índole do povo através de longa tradição, o processo civil deve ser dotado



exclusivamente de meios racionais, tendentes a obter a atuação do direito. (BUZAID, 1973).

Já sob influência do Constitucionalismo Contemporâneo, o Estado Democrático de Direito e sua proposta de isonomia substancial, ao tempo em que viabiliza a retomada do discurso com a faticidade, assume um caráter programático que considera a condição do homem em toda a sua multiplicidade e investe em novas técnicas legislativas para, ao lado das regras, flexibilizar aplicações herméticas, cartesianas e desindexadas do Direito (CANOTILHO, 1984, p. 116).

Sobre o tema, na seara processual, destaca-se a flexibilização procedimental, o investimento em princípios, conceitos indeterminados e cláusulas gerais, todas eles integrados na composição de um novo sistema processual cooperativo. (BAUMOHL, 2006, p. 129).

Se, por um lado, atualizamos a legislação processual pelo sistema cooperativo do CPC de 2015 com atenção às diretrizes constitucionais, de outro, expressamos esse mesmo sistema por muitos termos de baixa densidade semântica, tais como medidas adequadas, prazos razoáveis e multas proporcionais. Tudo isso, ao final, pode servir para potencializar discricionariedades assujeitadoras se, conjuntamente com a atualização legislativa, não atualizarmos também a matriz filosófica com a qual nos dispomos a compreender, interpretar e aplicar o Direito.

Evidenciando as consequências dessa incompatibilidade, sustentamos que a matriz filosófica positivista, pautada pelo esquema sujeito-objeto, compromete a leitura constitucional do sistema processual e com ele a produção democrática do Direito, na medida em que investe numa espécie de discricionariedade assujeitadora do intérprete que hoje, diante de textos entrecortados por princípios, potencializa discursos ancorados pela filosofia da consciência e pela ideia, equivocada, de que sentidos podem ser mensurados previamente, pelas percepções individuais de mundo, para legitimar as conclusões judiciais.

Em sentido contrário, defendendo, de há muito, respostas constitucionalmente corretas e institucionais, a Crítica Hermenêutica do Direito nos apresenta possibilidades de superação desse esquema sujeito-objeto pela recepção



da virada ontológico-linguística, em que sentidos passam a ser delimitados no espaço público, gradativamente, pela nossa tradição jurídica, numa relação sujeito-sujeito. (STRECK, 2009, p. 112).

Dentre os referenciais jurídico-filosóficos dessa nova matriz hermenêutica, destaca-se a obra de Ronald Dworkin, que propõe uma leitura do Direito pela integridade, coerência e estabilidade, a fim de estabelecer padrões semânticos, por meio de uma ética jurídica. Esse debate, quando restrito ao campo dos princípios, viabiliza, por exemplo, que os compreendamos como padrões de conduta condicionantes das possibilidades da interpretação, pela já consagrada metáfora do romance em cadeia, onde o resultado hermenêutico não se legitima em qualquer conclusão sendo, ao revés, delimitado pelo histórico institucional. (DWORKIN, 2007, p. 213).

Por essa via, identificamos a virada paradoxal ocorrida na quadra da filosofia, da discricionariedade positivista para um novo papel da linguagem, pela virada ontológico-linguística, com consequências práticas e atuais para uma resposta correta sobre os princípios processuais, hoje mensurados não pela consciência assujeitadora do intérprete mas sim por uma hermenêutica filosófica ancorada na fenomenologia, com o propósito claro de identificar e legitimar os padrões históricos institucionais que sirvam de moldura para delimitar as possibilidades de sentidos empregadas aos princípios, pelo Poder Judiciário.

Desenvolvendo a relação entre integridade e democracia, Streck vai sustentar que:

[...] quando Dworkin diz que o juiz deve decidir lançando mão de argumentos de princípio e não de políticas, não é porque esses princípios sejam ou estejam elaborados previamente, à disposição da “comunidade jurídica” como enunciados assertóricos ou categorias (significantes primordiais-fundantes). Na verdade, quando sustenta essa necessidade, apenas aponta para os limites que devem constar no ato de aplicação judicial (por isso, ao direito, não importa as convicções pessoais/morais do juiz acerca da política, sociedade, esportes etc. – ele deve decidir por princípios). É preciso compreender que essa “blindagem” contra discricionariedade é uma defesa candente da democracia, uma vez Dworkin está firmemente convencido – e acertadamente – de que não tem sentido, em um Estado Democrático, que os juízes tenham discricionariedade para decidir “casos difíceis. (STRECK, 2011, p. 485).



A consequência prática dessa recepção filosófica, que supera ideais assujeitadores do intérprete e os substitui por uma construção dialógica dos sentidos jurídicos, permite antever uma série de delimitações semânticas sobre as normas fundamentais que hoje orientam o sistema processual civil brasileiro e que buscam estreitar os laços entre a legislação processual e as determinações constitucionais, com destaque para a retomada do diálogo entre o direito e a faticidade, contempladas em diversos artigos do código de Processo Civil de 2015.

De fato, a nova legislação processual busca se correlacionar com a identidade da demanda e para tanto, evoca para a atuação judicial e para a interpretação das normas processuais, toda a complexidade da vida. Sobre essa perspectiva, por exemplo, procedimentos outrora fixados por padrões cartesianos como prazos e medidas executivas, estabelecidas para a satisfação concreta do direito, hoje são apresentadas por princípios como a razoabilidade, para fixação do prazo; a proporcionalidade, para apuração do valor da multa diária pelo descumprimento e ainda; da adequação, para legitimar uma possível medida executiva atípica que assegure o cumprimento da decisão judicial.

Todo esse arcabouço normativo: prazos razoáveis, multas proporcionais e medidas adequadas, ao final, se afirma pela necessária contextualização fática do caso que ao ser apreciado, previamente conduz a o intérprete numa espécie de moldura semântica, já delimitada pela tradição jurídica. Dito de maneira mais simples: não se pode dizer qualquer coisa sobre os princípios processuais, pois nem toda resposta é correta no Direito.

Firmada a premissa de incompatibilidade da hermenêutica jurídica de cariz positivista com a produção democrática do Direito, e estabelecida uma proposta de atualização pela recepção da matriz ontológico linguística, passamos a analisar seus efeitos práticos na compreensão do contraditório para, em momento posterior, identificarmos os desafios colocados para sua efetivação no ambiente virtual, em tempos de pandemia.



2 UMA PROPOSTA DE LEITURA CONSTITUCIONAL DO CONTRADITÓRIO

Para a maioria da doutrina brasileira, o contraditório, enquanto norma fundamental do sistema processual, traduziu a ideia de ciência bilateral com possibilidade de manifestação. (MOREIRA, 1985, p. 146-147).

Nessa perspectiva, todo aquele que participasse do processo deveria ser intimado de seus atos e termos, tendo assegurada, sobre eles, a possibilidade de manifestação, com ressalvas pontuais, a exemplo das tutelas de urgência e evidência. Essa percepção do contraditório, em termos práticos, assegurou aos envolvidos o direito de deduzir seus argumentos em juízo, de falar sobre os atos processuais e mesmo, de assegurar, em alguma medida, a ciência da dinâmica envolvida na relação processual.

Essa delimitação semântica afeta sensivelmente a dinâmica da relação processual, já que o processo, majoritariamente se afirma como relação jurídica de direito público, animada pelo contraditório. Um conceito tradicional que em alguma medida relaciona o valor da democracia formal com o exercício de um dos poderes da república: o Poder Judiciário, que no exercício da jurisdição, por meio de uma relação jurídica, o processo, observa, inexoravelmente, a ciência dos termos e a possibilidade de manifestação.

Sem prejuízo desse conceito, devemos observar que o advento do modelo cooperativo de processo, pelo código de processo civil de 2015, estabelece um novo horizonte hermenêutico, quer seja pelo desenvolvimento atualizado da legislação, que aqui se apresenta como primeira codificação processual pós constituição de 1988, quer seja pela complexidade que a democracia contemporânea hoje demanda do ordenamento jurídico, para viabilizar o cumprimento da isonomia material, do diálogo com a identidade da demanda e com a efetividade dos Direitos Fundamentais. É dizer: numa sociedade mais complexa, com textos entrecortados por princípios e termos com baixa densidade semântica, é natural que tenhamos múltiplas possibilidades de interpretação, com resultados nem sempre adequados à constituição. Note-se, sobre o tema: o emprego de medidas adequadas para



assegurar o cumprimento da decisão judicial, pelo art. 139, IV, CPC; ou a situação de urgência que num caso concreto pode autorizar o emprego do agravo de instrumento, pela teoria da taxatividade mitigada.

É certo que para retomar o diálogo com a faticidade, reforçamos o emprego de princípios, tais como a adequação, a proporcionalidade, a razoabilidade, e isso, ao que se busca evidenciar, reflete diretamente no contraditório, uma vez que a mera possibilidade de manifestação hoje não empresta, por si, legitimidade à decisão judicial. Não se pode imaginar, por exemplo, que uma sentença, para julgar determinado pedido improcedente, possa se legitimar apenas pelo emprego do vocábulo, sem assumir o ônus argumentativo de delimitá-lo perante as circunstâncias do caso, já que essa prática, hoje, não responde aos reclames constitucionais do que compreendemos por fundamentação. Ao contrário, será necessário delimitar os princípios perante as circunstâncias fáticas, observando os limites hermenêuticos estabelecidos no espaço público, para prestar ao jurisdicionado, uma resposta institucional.

Nessa realidade pós-moderna e complexa, em que o Direito volta a dialogar com a identidade da demanda e o ordenamento é construído por diversas técnicas legislativas, a linguagem assume um papel determinante, e princípios passam a ser densificados por uma hermenêutica reflexiva que viabiliza respostas corretas pelo histórico institucional, previamente consagrado no espaço público. Dito de maneira mais simples: torna-se inexorável ampliar nossa percepção acerca do contraditório para com isso legitimar as conclusões judiciais.

Se a percepção do contraditório pelo binômio da ciência dos termos e da possibilidade de manifestação já se mostra insuficiente, devemos promover uma primeira releitura, a fim de contextualizar o resultado hermenêutico, pelas referências históricas dos Direitos Fundamentais. Sobre o tema, o sistema processual, cooperativo, já nos permite afirmar o contraditório por um novo binômio: influência e não surpresa. (STRECK, CUNHA e NUNES; 2016, p. 52).

Essa proposta de leitura constitucional do contraditório, explique-se, traduz a influência não apenas pelo direito de falar e deduzir argumentos perante o



judiciário, mas também o direito de ter esses mesmos argumentos considerados, quando da entrega da decisão judicial.

Ampliamos o espectro da manifestação para assegurar uma correta possibilidade de a parte influenciar o resultado. Isso não significa que tudo o que fora deduzido implica anuência do julgador, mas que devem ser analisados e eventualmente refutados, para fundamentar resultados em sentido contrário. Eis a razão do art. 489, §1º, IV do CPC estabelecer que será nula qualquer decisão judicial que: não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador.

Sobre a segunda vertente do contraditório: a não surpresa, devemos esclarecer que essa vedação tem estreita correlação com a proposta de isonomia material, já que a faticidade, aqui, serve de referência para que a identidade da demanda não seja ignorada pela fundamentação da decisão judicial. Nesse sentido vale destacar a possibilidade de inversão do ônus da prova, prevista pelo art. 373, parágrafo único do CPC, que estabelece:

Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

Não basta, por tanto, inverter o ônus da prova sem antes comunicar as partes dessa inversão, disponibilizando a elas prazo para que possam se desincumbir do ônus e fundamentar a decisão pelas circunstâncias do caso concreto, tratando desigualmente os desiguais. Nesse mesmo sentido, o citado art. 489, §1º, em seu inciso III, afirma ser nula a decisão, por ausência de fundamentação, que invocar motivos capazes de justificar qualquer outra decisão. A pertinência para com o caso julgado, portanto, torna-se uma condição de possibilidade para legitimar o resultado. (CÂMARA, 2017, p. 21-22).



Entendemos que essa compreensão do contraditório é constitucionalmente adequada e também deve orientar a prática dos atos processuais eletrônicos, cuja prática fora potencializada pela pandemia da covid-19, a fim de que não tenhamos uma jurisdição de menor categoria, ou com garantias flexibilizadas, pelo ambiente virtual. Do contrário, esse mesmo ambiente virtual servirá para fragilizar o próprio texto constitucional e os Direitos Fundamentais.

3 FATOS E ATOS PROCESSUAIS

Há inúmeras maneiras de classificarmos os fatos jurídicos, desde as concepções tradicionais até as leituras mais atuais. Considerando o escopo desse artigo, faremos um recorte para tratar apenas dos fatos jurídicos processuais, a partir dos quais podemos identificar um conceito de atos processual.

Considerando o suporte fático, podemos classificar os fatos processuais como fatos humanos e não humanos, lícitos ou ilícitos e ainda, voluntários e não voluntários. Sem desconsiderar outras propostas acadêmicas, adotaremos o conceito de fato jurídico processual como o fato jurídico que em no suporte fático de uma norma jurídica haja referência a algum procedimento, atual ou futuro. (DIDIER, 2019, p. 440). Partindo-se dessa concepção de fato processual, podemos concluir pela possibilidade de termos fatos processuais sempre atrelados a um procedimento, ainda que este seja futuro, tal como a eleição de foro, previamente estabelecida em cláusula contratual.

O ato processual, por essa via doutrinária, é todo ato humano volitivo, apto a produzir efeitos jurídicos em determinado procedimento, que aqui se apresenta como aspecto externo do processo, seja ele, o processo, atual ou futuro. Tratamos, portanto, do ato processual em sentido estrito, em cuja vontade é elemento de sua composição. Como exemplos de atos processuais podemos citar o reconhecimento da procedência do pedido, a renúncia ao direito sobre o qual se baseia a ação e ainda, a transação.



Inserido nesse mesmo rol dos atos processuais, encontram-se as decisões judiciais, sejam elas individuais ou colegiadas, em primeira, única ou última instância. Sobre o tema, o CPC de 2015 informa que por pronunciamentos judiciais temos: o despacho, a decisão interlocutória e a sentença. Já em órgãos colegiados, a mesma legislação estabelece como pronunciamentos: a decisão monocrática, adotada pelo presidente, pelo vice presidente ou pelo relator e ainda, a decisão colegiada, nomeada de acórdão.

Toda essa dinâmica dos atos processuais, consubstanciada pelo procedimento, viabiliza o exercício da função jurisdicional e empresta um mínimo de racionalidade para a ciência processual. (CARNEIRO, 2011, p. 94).

Há, entretanto, que se identificar a matriz filosófica com a qual compreendemos essa relação de ato e procedimento, sob pena de reproduzirmos referências já não compatíveis com o atual sistema processual.

Pelo Código de processo Civil de 1973, construímos procedimentos indexados, cartesianos e previsíveis, sem com isso perceber que a complexidade das relações humanas se renova constantemente, desafiando sempre e inexoravelmente as previsões legislativas. Nessa quadra da História, constatamos que o rigor lógico do procedimento, muitas vezes, produziu respostas técnicas e ao mesmo tempo distantes do ideal de justiça. Tudo isso embasou discursos da ordem de que um bom juiz não poderia ser um juiz boca da lei, devendo esse ser substituído por um juiz dos princípios, com liberdade para subjugar o Direito a um juízo moral, individual, que mesmo quando pautado por boas intenções, ao final, reproduzia uma noção de justiça nem sempre compatível com a constituição.

Na literatura forense não faltam exemplos de decisões judiciais e jurisprudências contra a lei, sendo pertinente, aqui, mencionarmos os julgados do STJ sobre a penhorabilidade do salário ou sobre requisitos para o pré-questionamento fixo dos embargos declaratórios ou mesmo, na acadêmica, a teoria da instrumentalidade das formas. (BEDAQUE, 2006, p. 51).

Com quase 50 anos de desenvolvimento social e uma nova ordem processual, hoje, não é possível se sustentar o mesmo discurso para relegar a um



segundo plano as determinações legislativas, já que pela carta de 1988, Direito e Moral têm a mesma morada constitucional. Por essa razão, decisões judiciais não se legitimam por correções morais individuais, ao argumento de que a regra prevista no CPC de 2015 se mostra injusta ou que o procedimento tem apenas a finalidade de viabilizar o exercício da jurisdição. Dito de maneira mais simples: a teoria da instrumentalidade não prevalece no cenário atual, em que as escolhas morais foram devidamente implementadas nos textos jurídicos, pela assembleia nacional constituinte. Não se deve, por exemplo, flexibilizar Direitos Fundamentais como o direito a uma decisão fundamentada, sob o pretexto de que o tempo empreendido para a análise de todos os argumentos deduzidos pelas partes, seguido com literalidade, causaria retardo na prestação jurisdicional e um certo prejuízo para um ideal de justiça que, advirta-se, muitas vezes é individual e existe apenas pela experiência do julgador.

A constatação de que Direito e Moral hoje são cooriginários traz consequências imediatas para a prática dos atos processuais em tempos de pandemia, pois é mesmo na crise que devemos reforçar as lições constitucionais e testar as respostas institucionais, sob pena de violarmos, no pior momento, as garantias processuais fundamentais. Aplicam-se, portanto, aos atos processuais, quer pelo ambiente físico, quer pelo ambiente virtual, tudo o que aqui se afirmou acerca do contraditório e da produção democrática do Direito. Não há razão ou escusa legal para que decisões judiciais, enquanto atos processuais, deixem de observar a nova matriz hermenêutica ou que outros atos, como a inquirição de testemunha por plataforma de comunicação ou sustentações orais em sessões virtuais, desconsiderem a exigência conjugada pelo binômio: influência e não surpresa. É dizer: em qualquer fase processual e em qualquer ambiente, impõe-se toda a nossa tradição, a fim de orientar a dinâmica da relação jurisdicional, por meio de seus atos processuais. (ALVARO DE OLIVEIRA, 2006).



4 A INFLUÊNCIA DA COVID-19 NA PRÁTICA DOS ATOS PROCESSUAIS ELETRÔNICOS

A prática dos atos processuais reflete sempre a cultura da época (MITIDIERO, 2009, p. 27). Por essa razão, a pandemia da covid-19 e a consequente interrupção da dinâmica social por atividades presenciais, com a consequente ampliação dos ambientes virtuais, alterou sensivelmente a forma como atuamos nas relações processuais, possivelmente, de modo irreversível.

Atos instrutórios outrora realizados quase que exclusivamente de forma presencial e hoje regulamentados pela Resolução nº 317 de 30 de abril de 2020, são realizados por meio de uma plataforma de videoconferência e as sustentações orais, agora são frequentemente gravadas e encaminhadas para apresentação assíncrona perante o julgador. Sobre o tema, eis a redação do seu artigo primeiro da resolução, que versa sobre as perícias em processos judiciais:

Art. 1º As perícias em processos judiciais que versem sobre benefícios previdenciários por incapacidade ou assistenciais serão realizadas por meio eletrônico, sem contato físico entre perito e periciando, enquanto perdurarem os efeitos da crise ocasionada pela pandemia do novo Corona vírus. § 1º A perícia no formato estabelecido no caput deverá ser requerida ou consentida pelo periciando, a este cabendo: I – informar endereço eletrônico e/ou número de celular a serem utilizados na realização da perícia; II – juntar aos autos os documentos necessários, inclusive médicos, a exemplo de laudos, relatórios e exames médicos, fundamentais para subsidiar o laudo pericial médico ou social. (CNJ nº 125/2020, p. 2-4).

Nesse cenário, ao que se busca evidenciar, a velocidade e estabilidade da conexão com a rede mundial de computadores torna-se uma condição de possibilidade para a prática de muitos atos processuais, expondo com isso uma série de vulnerabilidades processuais (TARTTUCE, 2011).

A regulamentação de toda dinâmica procedimental no ambiente virtual foi iniciada pela Lei 11. 419/2006, com a instituição do processo eletrônico. Gradativamente, os Tribunais foram desenvolvendo seus sistemas, tais como o PJ-e, e-SAC e eproc. Posteriormente, tivemos a regulação da prática eletrônica de atos processuais, entre os arts. 193 e 199 do pelo Código de Processo Civil de 2015 e



mais recentemente, uma série de resoluções do Conselho Nacional de Justiça que anteciparam a já anunciada mudança substancial na dinâmica da relação processual.

Sobre o emprego das plataformas, merece destaque a resolução 345 do Conselho Nacional de Justiça, que dispõe sobre o juízo 100% digital e emprega outras providências. Eis a redação de seus primeiros artigos:

Art. 1º Autorizar a adoção, pelos tribunais, das medidas necessárias à implementação do “Juízo 100% Digital” no Poder Judiciário. Parágrafo único. No âmbito do “Juízo 100% Digital”, todos os atos processuais serão exclusivamente praticados por meio eletrônico e remoto por intermédio da rede mundial de computadores. Art. 2º As unidades jurisdicionais de que tratam este ato normativo não terão a sua competência alterada em razão da adoção do “Juízo 100% Digital”. Parágrafo único. No ato do ajuizamento do feito, a parte e seu advogado deverão fornecer endereço eletrônico e linha telefônica móvel celular, sendo admitida a citação, a notificação e a intimação por qualquer meio eletrônico, nos termos dos arts. 193 e 246, V, do Código de Processo Civil. Art. 3º A escolha pelo “Juízo 100% Digital” é facultativa e será exercida pela parte demandante no momento da distribuição da ação, podendo a parte demandada opor-se a essa opção até o momento da contestação. (DJe/CNJ nº 331/2020, p. 2-3.).

Todas essas atualizações reduziram significativamente a presença do processo físico, como ainda o conhecemos. Algumas etapas foram suprimidas, como a autuação de autos ou a prática de atos de comunicação, como a citação, que hodiernamente é promovida com muito mais celeridade pelos endereços eletrônicos (e-mail) ou aplicativos de mensagens.

Sobre os atos de comunicação processual, entendemos que houve um notório ganho de tempo e eficiência, viabilizando um desenvolvimento mais célere da tramitação processual. Sobre o tema, vale registrar a resolução nº 372, de 12 de fevereiro de 2021, que trata do Balcão Virtual; e a resolução nº 350, de 27 de outubro de 2020, acerca da cooperação judiciária nacional.

Considerando a resolução do Balcão Virtual, com exceção do Supremo Tribunal Federal, os Tribunais deverão disponibilizar em seu sítio eletrônico, uma ferramenta de transmissão de voz e imagem que viabilize o atendimento remoto de cada unidade judiciária, durante o horário de expediente forense. O servidor



designado deverá prestar atendimento primeiro aos advogados e às partes, sendo possível a convocação de outros servidores para ou realizar um agendamento.

Nota-se que esse atendimento virtual, ao tempo em que empresta segurança aos envolvidos, sejam eles servidores, advogados, partes ou interessados, também evoca para o contraditório a faticidade muitas vezes perversa de exclusão digital, da má qualidade do serviço de banda larga e do custo para que o particular possa providenciar as condições necessárias para a prática do ato processual.

A cooperação judiciária nacional, por sua vez, consiste em mecanismo desburocratizado para a cooperação entre juízos, com a finalidade permitir o cumprimento dos atos judiciais de forma mais ágil e eficiente. Essa cooperação pode ser realizada entre órgãos jurisdicionais diferentes, sendo aplicada, principalmente, pelo emprego de atos processuais eletrônicos, numa comunicação direta que permita o auxílio, a concentração de atos, a produção de prova única relativa a fato comum, a reunião ou apensamento de processos, a prestação ou troca de informações relevantes, como a situação patrimonial do executado e mesmo sobre qualquer outro ato processual.

Na relação Estado – Jurisdicionado ou na relação Estado – Estado, prima-se pelos meios digitais e pelas plataformas virtuais. Não é diferente na relação travada entre particulares, que desde o Código de Processo Civil e posteriormente pela Lei nº 13.140 de 26 de junho de 2015, que trata da mediação entre particulares como meio adequado de resolução de controvérsias, admite e incentiva o emprego de comunicações feitas pela internet, para viabilizar a transação, se com isso as partes estiverem de acordo.

Em qualquer delas, portanto, devemos assegurar o exercício de um contraditório efetivo, que aqui, demanda releituras para absorver desse novo horizonte fático provocado pela pandemia e pelo uso exponencial do ambiente virtual, as peculiaridades que possam comprometer a capacidade de influência das partes no resultado e as circunstâncias em que a decisão, nesse mesmo ambiente virtual, possa surpreender as partes envolvidas. É dizer: há novos desafios nessa realidade pandêmica que precisam ser superados para legitimar atos instrutórios e



decisórios, pelo crivo do contraditório, pois aqui temos o emprego do ambiente virtual ao tempo em que uma contingência global afeta sensivelmente a capacidade das partes de praticar certos atos processuais.

Essa necessária releitura do contraditório pela ótica da faticidade e da vulnerabilidade processual já fora detectada por diversos setores da sociedade civil organizada e mesmo pela Ordem dos Advogados do Brasil. Note-se sobre o tema, que o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal teve sua redação atualizada para sinalizar que:

Art. 5º-A Nas hipóteses de cabimento de sustentação oral previstas no regimento interno do Tribunal, fica facultado à Procuradoria-Geral da República, à Advocacia-Geral da União, à Defensoria Pública da União, aos advogados e demais habilitados nos autos encaminhar as respectivas sustentações por meio eletrônico após a publicação da pauta e até 48 horas antes de iniciado o julgamento em ambiente virtual. (incluído pela Resolução nº 699, de 19 de março de 2020, publicada no DJe nº 67, Edição Extra, em 20 de março de 2020) nº § 1º O advogado e o procurador que desejarem realizar sustentação oral em processos submetidos a julgamento em ambiente eletrônico deverão enviar formulário preenchido e assinado digitalmente, juntamente com o respectivo arquivo de sustentação oral. § 2º O link para preenchimento do formulário e envio do arquivo eletrônico estará disponível na página principal do site do STF. (STF nº 699, 2020, p.2).

Trata-se, portanto, de ler o contraditório em toda a sua complexidade para identificar e promover os ajustes necessários à preservação do que institucionalmente se afirmou pelo Direito Fundamental a um Devido Processo Legal que aqui, relacionado a uma norma fundamental, deve conjugar pelo ambiente virtual, quando da prática dos atos processuais, a mesma garantia de influência e não surpresa já consagrada no texto para os já não tão tradicionais ambientes físicos, do período pré-pandemia.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A legislação processual vem sofrendo diversas alterações, diretamente por meio da legislação estrito sensu ou por meio de resoluções, portarias e regimentos



internos. Tudo isso afeta a dinâmica dos atos processuais e desloca, para o ambiente virtual, a tensão sempre presente entre a previsão legal, o resultado hermenêutico e a faticidade.

É exatamente por meio dessa faticidade que as peculiaridades do processo eletrônico e vulnerabilidades processuais aparecem e devem ser consideradas como fatores persuasivos para provocar uma leitura atualizada do contraditório, que nesse ambiente pós moderno, virtual e por vezes ainda distante de muitos jurisdicionados, apresenta novos desafios para a influência das partes e para a entrega de uma decisão que não as surpreenda. Devemos, portanto, identificar possíveis enquadramentos semânticos, compatíveis com essa nova realidade, considerando como horizonte hermenêutico, o histórico institucional forjado pelos Direitos Fundamentais.

Nessa proposta de leitura do atual sistema processual, a delimitação da influência não se desconecta da dinâmica empregada pelas novas ferramentas digitais, mas com elas dialoga para viabilizar respostas corretas. Note-se, por exemplo, que num ambiente de sustentação oral onde gravações são enviadas e assistidas de forma assíncrona, não basta assegurar a visualização do julgador, sendo necessário, ainda que em momento posterior, estabelecer uma possibilidade de interlocução para sanar eventuais dúvidas decorrentes da exposição, se estas forem sinalizadas.

No mesmo sentido, o silêncio de um ministro da Suprema Corte não pode implicar anuência com o relator, em julgamento realizado por sessão virtual, mas apenas a ausência, por sí, constatada no julgamento. A mesma contextualização provocada pela faticidade nos mostra que a mera inquirição de testemunhas por ambiente virtual não empresta segurança para aquele que presta as informações, já que ao lado, da câmera, frequentemente recairão ameaças físicas e psicológicas, fora da vista judicial, sendo mais seguro estabelecer, talvez na sede do próprio juízo ou em unidades descentralizadas e integradas ao tribunal, salas adequadas para que lá, por videoconferência, a testemunha compareça para praticar o ato processual. Advirta-se, ainda, pela oportunidade, que a cooperação judiciária



nacional não apenas admite, mas incentiva a prática de atos conjuntos e o aproveitamento de provas sobre fato comum, o que pode justificar o empenho pela criação de estruturas adequadas para a prática de atos processuais pelo ambiente virtual.

Sobre a vertente da decisão não surpresa, entendemos que aqui é necessária atualização da hermenêutica jurídica, de cariz positivista, pela hermenêutica filosófica ancorada na linguagem, onde sentidos produzidos democraticamente no espaço público, afastam do intérprete uma possível liberdade assujeitadora para mensurar sozinho, sem submeter suas convicções de mundo ao diálogo processual, princípios, cláusulas gerais e conceitos indeterminados que ao final, são evocados para fundamentar as decisões judiciais. Do contrário, o novo se perde pela leitura antiga e incompatível de um ideal solipsista que já não dialoga com a diversidade da democracia substancial.

Em qualquer dos ambientes, ao que podemos concluir, a prática dos atos processuais eletrônicos demanda leituras constitucionais. Isto nos impõe limites e também nos oferece possibilidades semânticas. Nem todas as possibilidades são legítimas e para construirmos uma resposta correta sobre o que devemos considerar pelo contraditório no ambiente virtual, devemos, inexoravelmente, enfrentar a identidade da demanda. É por essa via que o contexto da pandemia revela as vulnerabilidades processuais, a falta de indexação de um mesmo rito para a dinâmica do ambiente virtual e ainda, as necessárias atualizações para a afirmação do Devido Processo Legal, nesse admirável mundo novo.

REFERÊNCIAS

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O Formalismo-valorativo no confronto com o Formalismo excessivo. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, n. 26, 2006. Disponível em: <https://www.seer.ufrgs.br/revfacdir/article/download/74203/41899>. Acesso em 3 mar. 2021.

BAUMOHL, Débora Inês Kram. **A nova execução civil: a desestruturação do processo de execução**. São Paulo: Atlas, 2006.



BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. **Revista de Processo**, n 37, p. 146-147, jan./mar. 1985.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do Processo e Técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006.

BULOW, Oscar Von. **Teoria das Exceções e dos Pressupostos Processuais**. Campinas / São Paulo: LZN, 2005.

CARNEIRO, Walber. **Por uma hermenêutica hetero-reflexiva**. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2011.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema del diritto processuale civile**. Padova, 1936.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo Processo Civil Brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CANOTILHO, J J. Gomes e MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Coimbra: Coimbra Editora, 1984.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº. 317, de 30 de abril de 2020**. Dispõe sobre a realização de perícias em meios eletrônicos ou virtuais em ações em que se discutem benefícios previdenciários por incapacidade ou assistenciais, enquanto durarem os efeitos da crise ocasionadas pela pandemia do novo Coronavírus, e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original161656202005085eb585f8b31d5.pdf> . Acesso em: 3 mar. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº. 345, de 9 de outubro de 2020**. Dispõe sobre o “Juízo 100% Digital” e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original175500202010145f873b7482503.pdf>. Acesso em: 3 mar. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº. 350, de 27 de outubro de 2020**. Estabelece diretrizes e procedimentos sobre a cooperação judiciária nacional entre os órgãos do Poder Judiciário e outras instituições e entidades, e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original182611202011035fa1a0c3a36f6.pdf>. Acesso em: 3 mar. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº. 372, de 12 de fevereiro de 2021**. Regulamenta a criação de plataforma de videoconferência denominada “Balcão Virtual.” Disponível em



<https://atos.cnj.jus.br/files/original15412620210219602fdc26a38d2.pdf>. Acesso em: 3 mar. 2021.

DESCARTES, Rene. **Discurso sobre o Método**. Trad. Paulo M. de Oliveira. 2 ed. São Paulo. Edipro. 2006.

DIDIER JR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. JusPodivm, 21. ed., 2019.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. (Trad. de Jefferson Ruiz Camargo). 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Batista machado. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1999.

STRECK, Lênio. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

STRECK., Lênio. **Verdade e Consenso**. 4. ed. São Paulo: Saraiva.

STRECK, Lênio Luiz. CUNHA, Leonardo Carneiro da. NUNES, Dierle. (orgs.), FREIRE, Alexandre (Coord. executivo). **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Resolução nº. 669, de 19 de março de 2020**. Altera a resolução nº 642, de 14 de julho de 2019 e dá outras providências. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Resolucao669.pdf>. Acesso em: 3 mar. 2021.

TARTUCE SILVA, Fernanda. **Vulnerabilidade como critério legítimo de desequilíbrio no Processo Civil**. São Paulo, 2011. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-16082012-143743/publico/Versao_integral_Fernanda_Tartuce_Silva_Tese_USP.pdf . Acesso em: 3 mar. 2021.

