

Nunes, Faria e Pedron: Hiperoralidade em tempos de Covid-19

A temática da hiperoralidade (oralidade por hiperlink) é uma das mais relevantes para os profissionais do



Com a declaração pública de pandemia em relação ao novo

coronavírus pela OMS, bem como com a Declaração de Emergência em Saúde Pública de Importância Internacional da OMS, foi estabelecido pela Res. 313/CNJ, em 19 de março, o regime de *Plantão Extraordinário* [1], no âmbito do Judiciário, para *uniformizar o funcionamento dos serviços judiciários e garantir o acesso à Justiça* neste período, no intento de prevenir contágio.

Dada a manutenção da emergência pública e a necessidade de prorrogação do plantão, em 20 de abril foi publicada a Res. 314/CNJ [2], que, entre outras medidas, dispõe sobre regulamentação da realização de sessões virtuais nos tribunais, turmas recursais e órgãos colegiados.

No artigo 6º, a Res. 314 determina que os tribunais disciplinarão o trabalho remoto de magistrados, servidores e colaboradores, buscando soluções de *forma colaborativa com os demais órgãos do sistema de Justiça* para realização de atos processuais virtualmente, inclusive audiências e sessões de julgamento, sendo assegurada aos advogados a realização de sustentações orais.

O CNJ estabeleceu diretrizes gerais, deixando implementação a cargo de cada tribunal, até mesmo no que tange à ferramenta para prática de atos virtuais, visto que, em que pese aconselhar a plataforma *Cisco Webex*, permitiu a utilização de ferramenta equivalente, disponibilizando os arquivos no andamento processual para acesso.

Muitas são as notícias de audiências realizadas por meio digital, sejam de conciliação [3], sejam de instrução e julgamento [4]. Contudo, em que pese os "animadores" números que estão sendo divulgados, uma questão se ressalta: inexistente padronização de procedimentos.

O TJ-MG editou a Portaria Conjunta nº 963/PR/2020 [5], que, sem a indicada observância da colaboração e oitiva dos demais *players* do sistema processual, regulamentou a prática de atos virtuais.

Entre as previsões, encontra-se o questionado Anexo III, que disciplina que a sustentação oral será realizada por vídeo ou áudio gravado, sendo enviado para o e-mail do cartório até 48 horas antes do julgamento. Ou seja, ignora-se a importância da influência e participação do advogado no julgamento, bem como violam-se garantias da efetiva influência, em especial eventuais matérias de ordem pública suscitadas pelos julgadores no ato, ou possíveis decisões de ofício, que devem ser precedidas da oitiva das partes [6].

Em tal cenário, faz-se urgente lembrar que a implementação das diretrizes de prática dos atos virtuais não pode resultar em violação ao Modelo Constitucional de Processo, em viés *comp participativo* [7], sendo indispensável a consensualidade e o diálogo entre *players* do processo para estabelecer diretrizes que assegurem a manutenção da realização dos atos processuais, sem violação de direitos processuais do jurisdicionado.

Sobre as audiências virtuais, incontáveis são os problemas a serem superados para que a finalidade essencial dos atos seja respeitada (artigo 188 do CPC), a começar pela possibilidade de participação das partes.

Chama-se atenção para a previsão dos artigos 22, §2º, e 23 da Lei 9.099/95, incluídos pela Lei 13.994/2020, autorizando a realização de audiências de conciliação telepresenciais, fixando que, se o réu *não comparecer* ou *recusar-se a participar* da tentativa de conciliação não presencial, será proferida sentença. Aqui, uma pergunta se mostra essencial: seria adequada a aplicação da revelia ao réu em razão do mero não comparecimento na audiência por videoconferência, *ainda mais quando as condições para tal participação podem não depender de sua vontade?*

Conforme dados divulgados pelo IBGE em 2020 [8], 45,9 milhões de brasileiros ainda *não* tinham acesso à internet em 2018 (uma em cada quatro pessoas) [9]. Em áreas rurais, o índice sem acesso é maior que nas áreas urbanas, 53,5% [10]. Ponto interessante é que o IBGE destacou ser grande a diferença de renda entre os domicílios onde havia conexão e aqueles sem acesso [11].

Ora, se os juizados têm por finalidade constitucional cuidar de causas de menor complexidade e valor, como ignorar o fato de que a parte pode não comparecer por ausência de acesso à internet ou problemas de conexão? Seria essa a garantia de acesso à justiça que a Res. 313 do CNJ tentou buscar ao implementar a audiência virtual?

É indispensável compatibilizar tal previsão com os preceitos do artigo 199/CPC, que dispõe ser obrigação das unidades do Poder Judiciário assegurar acesso às pessoas com deficiência acessibilidade locais para prática dos atos na forma eletrônica, inclusive a transmissão eletrônica de dados, que, nos termos do artigo 1º, §2º, II, da Lei 11.419/06 é toda forma de comunicação a distância com a utilização de redes de comunicação.

Do mesmo modo, não se pode perder de vista que o artigo 198 do CPC, ao dispor sobre a prática eletrônica de atos processuais, estabelece que as unidades do Poder Judiciário deverão manter gratuitamente, à disposição dos interessados, equipamentos necessários à prática de atos processuais, sendo admitida a prática de atos por meio não eletrônico no local onde não estiverem disponibilizados os equipamentos.

Em suma, inexistindo tal estrutura para o jurisdicionado, a aplicação de quaisquer penalidades às partes pela não participação se mostra *ilegal*.

Nesse aspecto, a Portaria Conjunta 963/2020 TJ-MG acerta no §2º do artigo 4º ao instituir que as partes serão intimadas (através de seus advogados) para se manifestarem quanto à impossibilidade de participação de audiência por videoconferência. No mesmo sentido, o Anexo I (dispondo sobre as audiências de conciliação nos Jesp) fixou que as partes e/ou os procuradores serão consultados sobre interesse na realização de audiência de conciliação virtual e, em caso de impossibilidade ou desinteresse das partes e/ou procuradores em participar da audiência, o ato será realizado na forma presencial *após* o retorno das atividades normais do Poder Judiciário. O Anexo II, versando sobre o procedimento comum, estabelece que as audiências por videoconferência apenas serão realizadas *com* o consentimento de todas as partes.

Em suma, ante a indispensável manifestação de vontade de todos os envolvidos para a realização das audiências, estas somente se realizarão mediante celebração de *negócio processual*.

A celebração do ajuste se mostra ainda mais importante nas localidades onde o tribunal não disponibiliza espaço (e equipamentos) para que partes e procuradores com deficiência acessibilidade possam participar das audiências.

Já no que tange às audiências de instrução e julgamento, os problemas são maiores. Como garantir que uma parte não assista ao depoimento da outra que lhe antecede [\[12\]](#)? Como evitar que uma testemunha não ouça o depoimento da outra [\[13\]](#)? Como garantir que a testemunha é realmente a pessoa arrolada? Como garantir que depoimentos estão sendo tomados de maneira a impossibilitar a parte ou a testemunhas consulte notas já elaboradas?

Visando a evitar inúmeras invalidades processuais, bem como primando pela participação e respeito à vontade das partes, a 2ª Vara do Trabalho de Franca, no primeiro processo com prova oral colhida em audiência telepresencial, apenas designou o ato após celebração de negócio processual em audiência preliminar [\[14\]](#).

No caso, foi realizada uma audiência apenas com os advogados, que sinalizaram *positivamente* para a colheita da prova oral por meio virtual. Ficou acordado que a colheita dos depoimentos das testemunhas do reclamado fosse realizada na sede da Procuradoria jurídica do município. Estabeleceu-se, também, que o reclamante e as testemunhas receberiam orientações para o uso da Plataforma Google Meets e ficariam aguardando em outra sala virtual até serem chamados para a colheita de depoimentos. Cada testemunha foi ouvida separadamente, em sala isolada, sempre com o acompanhamento do secretário de audiências.

Como se vê, as previsões procedimentais foram adaptadas para oportunizar a adequada realização do ato. A flexibilização procedimental, resultado da negociação processual, respalda suas premissas do processualismo constitucional democrático, sendo fruto da comparticipação [15] e resultando do diálogo entre os sujeitos processuais [16].

No Direito francês, Cadet assevera que a referida técnica se harmoniza com o princípio da cooperação entre partes e julgador. Para o autor, a cooperação, juntamente ao contraditório, constituem pilares do Processo Civil francês e denotam um modelo processual que transcende as concepções típicas do *Common Law* e *Civil Law* [17].

Contudo, dado o costumeiro pensamento beligerante do jurista brasileiro, mostra-se pouco provável que, em cada caso, as partes e o juiz consigam celebrar negócios processuais de modo a viabilizar e adequar os atos para a realização das audiências telepresenciais. Nesse contexto, a OAB deve assumir um papel essencial para garantia das diretrizes constitucionais do processo: a celebração de *Protocolos Institucionais* com os tribunais [18].

Segundo Cabral, no campo administrativo a doutrina e a prática europeia utilizam a expressão "protocolos institucionais" para definir os acordos firmados entre os tribunais e os órgãos profissionais de classe [19]. Esses acordos são celebrados em nome de uma categoria ou grupo, vinculando todos os seus membros.

Ponto interessante é que, se o acordo individual só vincula as pessoas que dele participam, o protocolo institucional "*gera deliberações normativas que poderão estender-se a todas as pessoas pertencentes a determinada categoria profissional, mesmo que não tenham participado da assembleia que tomou a decisão*" [20]. Em suma, a figura do protocolo institucional "*assume aspecto de normatividade*" [21] e, com isso, vincula a todos os partícipes da dinâmica processual.

Com efeito, em havendo *referibilidade ao processo*, estaremos diante de um negócio processual, pouco importando se o tribunal o celebra na condição de Estado-juíz ou Estado-administração. O ponto essencial está no estabelecimento de regras de procedimento [22].

Entre as diretrizes básicas (sem prejuízo de outras a serem adotadas), acreditamos ser essencial estabelecer que: 1) As audiências somente podem ocorrer mediante concordância das partes, antecipando atos processuais possíveis de serem realizados caso não haja audiência; 2) Em caso de problemas de conexão, o ato deve ser suspenso; 3) O Judiciário deverá disponibilizar locais para partes e testemunhas participarem das audiências (respeitando as medidas de segurança); 4) Em havendo depoimento de ambas as partes, uma delas (que não pertença ao grupo de risco) deverá comparecer em juízo para prestar depoimento, de modo a assegurar que a primeira não ouça o depoimento da outra; 5) O rol de testemunhas deve estar acompanhado de documento oficial com foto; 6) As testemunhas que não pertencerem ao grupo de risco comparecerão em juízo para serem inquiridas em salas separadas; 7) As partes e testemunhas que estão no grupo de risco serão ouvidas em suas residências, diligenciando para que não haja influência ou interferência de terceiros, podendo o juiz solicitar a exibição do ambiente para verificação; 8) Antes do depoimento, a testemunha exibirá o documento oficial com foto; 9) Os depoimentos deverão ser gravados, bem como toda a audiência de instrução e julgamento; 10) As sustentações orais por hiperoralidade, síncronas ou assíncronas, devem ser vistas pelos julgadores obrigatoriamente, programando o sistema informático para que só se permita o lançamento dos votos após a oitiva integral das exposições; 11) Disponibilização de mecanismos e horários para que as partes possam despachar em tempo real por videoconferência tutelas provisórias e memoriais com magistrados de qualquer grau; e 12) Havendo disposição diversa em negócio processual, este deve prevalecer.

Nosso objetivo aqui, longe de esgotar o tema, é fomentar um debate e reflexão necessária e urgente, convidando a todos, principalmente, as instituições, notadamente Judiciário e OAB, a estabelecerem um diálogo visando ao estabelecimento de protocolo, que pode partir das sugestões que acima trouxemos. Sabemos que a atividade jurisdicional não pode parte em momento de crise sanitária, mas não se justifica a violação de princípios processuais fundamentais.

[1] Artigo 1º da Res. 313 do CNJ: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3249>

[2] <https://bityli.com/Yqiqt>

[3] www.encurtador.com.br/qKLZ2

[4] www.encurtador.com.br/fzGR6

[5] www.encurtador.com.br/aeAJK

[6] <https://bityli.com/kGbsm>

[7] NUNES, Dierle. *Processo jurisdicional democrático*. 2008.

[8] <https://bityli.com/3Xw1R>

[9] <https://bityli.com/2E8q4>

[10] <https://bityli.com/2E8q4>

[11] <https://bityli.com/3Xw1R>

[12] Artigo 385, § 2º CPC.

[13] Artigo 456. CPC.

[14] <https://bityli.com/xinCR>

[15] NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio. *Teoria Geral do processo*. 2020.

[16] FARIA, Guilherme Lage. *Negócios Processuais no Modelo Constitucional de Processo*. 2019.

[17] CADIET, Loïc. Los acuerdos procesales em derecho francés: situación actual de la contractualización de processo y la justicia en Francia. Disponível em: <www.civilprocedurereview.com>.

[18] Analisado a celebração de Protocolos Institucionais para utilização de mecanismos de inteligência artificial nos processos judiciais: FARIA, Guilherme Henrique Lage; PEDRON, Flávio. Inteligência artificial, diretrizes éticas de utilização e negociação processual: Um diálogo essencial para o direito brasileiro. In: NUNES, Dierle *et al* (Coord.). *Inteligência Artificial e Direito Processual*. 2020.

[19] CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções Processuais*. 2016. p. 84.

[20] Cit.. p. 84.

[21] PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. v I. 2013, p. 62.

[22] CABRAL. Cit. p. 85. Neste sentido encontra-se o Enunciado nº. 255 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, o qual dispõe que “É admissível a celebração de convenção processual coletiva”.

Date Created

16/06/2020