

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

DEPARTAMENTO DE DIREITO PROCESSUAL

NAIARA MARIA SANDES FERREIRA

Nº USP 10339789

**ENTRE A EFETIVAÇÃO DO CONTRADITÓRIO E O ACESSO À JUSTIÇA
DIGITAL:**

uma análise do posicionamento do Tribunal de Justiça de São Paulo sobre as limitações
de participação dos litigantes durante a pandemia de COVID-19

Orientadora: Professora Doutora Susana Henriques da Costa

SÃO PAULO

2021

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PROCESSUAL

Entre a efetivação do contraditório e o acesso à justiça digital:
uma análise do posicionamento do Tribunal de Justiça de São Paulo sobre as limitações de
participação dos litigantes durante a pandemia de COVID-19

Tese de Láurea apresentada ao Departamento de
Direito Processual da Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo como requisito parcial
para a obtenção do título de Bacharela em Direito.
Orientadora: Professora Doutora Susana
Henriques da Costa.

NAIARA MARIA SANDES FERREIRA
Nº USP 10339789

SÃO PAULO
2021

FERREIRA, Naiara Maria Sandes. **Entre a efetivação do contraditório e o acesso à justiça digital:** uma análise do posicionamento do Tribunal de Justiça de São Paulo sobre as limitações de participação dos litigantes durante a pandemia de COVID-19. Tese de Láurea. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021.

Aprovada em:

BANCA EXAMINADORA

Professora Dra. Susana Henriques da Costa

Instituição: Universidade de São Paulo

Julgamento: _____

Professor(a) Dr(a). _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

AGRADECIMENTOS

Não há agradecimento maior que o de poder celebrar a vida neste momento. Poder celebrar a vida de familiares, amigos e colegas. A todos que perderam entes queridos, que não puderam ter a esperança de um final ou de um recomeço, deixo aqui meu sincero abraço e meu muito obrigada por estarem resistindo.

Aos meus pais, Joselita e Gilmar, acima de tudo, obrigada. Por ensinarem desde sempre o poder transformador da educação, por lutarem incansavelmente para termos as melhores oportunidades, por me criarem como uma mulher que é um ser político, e por me estimularem a não aceitar calada o que deve ser questionado. Obrigada por segurarem a minha mão, do primeiro ao último dia, por serem acolhimento nos momentos de tristeza, e certeza de celebração nos de alegria, por serem meus maiores exemplos. Não é possível traduzir em palavras o quanto amo e admiro vocês.

À Natália, irmã que amo, obrigada por tanto cuidado. Obrigada por ter vindo antes e ser meu norte, por acreditar mais em mim que eu mesma, por ser um exemplo de estudante e profissional, por me acolher sempre que preciso. Agradeço todos os dias por ter você.

À Ana Luiza, à Fernanda, à Maria Fernanda, à Luisa Dutra, à Luisa Cunha, à Sarah, à Sara, à Clara, à Lívia e ao Jonas, agradeço pelos tantos anos de amizade e pela torcida inigualável.

Agradeço à Faculdade de Direito do Largo São Francisco, que recebeu uma menina de 17 anos e lhe deu ensinamentos, memórias inesquecíveis e uma segunda família. Muito obrigada, Sanfran, por ter sido presente mesmo à distância. Saiba que sempre terá em mim uma aluna saudosa.

À Esther, à Isabella, à Flávia, ao João Vítor, à Milena, à Marcela, à Amanda Andrade e à Amanda Casoni, agradeço por tudo nos últimos cinco anos, a graduação não teria sido possível sem vocês. Desde o primeiro dia, recomeçar em São Paulo foi mais fácil porque já estavam ali. Sou imensamente grata, em especial, pelos dois últimos anos em que foram uma fortaleza em meio à distância e à toda incerteza que vivemos. Compartilhar a faculdade com

pessoas tão brilhantes e amigas é felicidade imensurável, saber que continuarão em minha vida é um grande presente.

Agradeço ao Departamento Jurídico XI de Agosto, em nome dos tantos assistidos, advogados orientadores, funcionários e membros. No DJ, comecei a aprender a ser profissional do direito e a questionar as estruturas excludentes no Judiciário, descobri o poder da assistência jurídica gratuita, descobri o acesso à justiça. Obrigada, Diretoria de 2019, pelo companheirismo durante o ano em que pudemos colaborar para a história centenária da instituição. Às amigas Valentina e Letícia, agradeço por tanto conhecimento compartilhado desde o ano de trabalho juntas e pela amizade que só cresce.

Agradeço à Enactus USP São Francisco, extensão que me acolheu no ano de caloura e a que devo tanto aprendizado. Viver projetos que olhavam além dos muros das arcadas foi essencial à minha trajetória. Agradeço também ao Núcleo de Proteção de Dados, grupo de estudos do qual tenho orgulho de fazer parte. À Anna, à Beatriz, ao Bernardo, à Carolina, ao Heitor e à Maria Beatriz, companheiros de coordenação, muito obrigada pela parceria e por tantos ensinamentos neste último ano.

À Professora Susana Henriques da Costa, agradeço por ensinar o direito crítico, em transformação, que pode ser questionável e falho, e que devemos constantemente ajudar a aprimorar. Sou grata pelas tantas disciplinas em que tive o privilégio de ser sua aluna, pela orientação neste trabalho, e por ter me contagiado com sua defesa do acesso à justiça com tanto afinco. Obrigada por ser inspiração.

Aos amigos que encontrei no E.Munhoz Advogados e no Enjoei, fica aqui meu muito obrigada pelas experiências de estágio tão enriquecedoras e que complementaram tanto meu aprendizado. Agradeço, em especial, à Ana Elisa e à Isabel pela confiança e por serem profissionais admiráveis em quem me espelho.

Terminei este trabalho e me despeço da Sanfran com duas doses de vacina, a que sou muito grata, e com esperança de dias melhores.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo realizar análise quanto à efetivação da garantia constitucional do processo em contraditório após a guinada ao ambiente virtual dos atos processuais no Brasil, em razão das limitações de circulação nos órgãos do Poder Judiciário devido à pandemia de COVID-19, bem como se tal cenário passa a constituir a necessidade de um acesso à justiça digital. Para tanto, foram observadas as conceituações de contraditório e acesso à justiça em um Estado Democrático de Direito, os dados quanto à exclusão e desigualdade digital no país, bem como o texto legal e as normativas do Conselho Nacional de Justiça (“CNJ”) e do Conselho Superior de Magistratura do Estado de São Paulo (“CSM”) para continuidade da prestação jurisdicional nos anos de 2020 e 2021. Para o estudo empírico da temática, foi analisada uma amostra de 60 acórdãos do Tribunal de Justiça de São Paulo (“TJSP”). Nesse sentido, resguardadas as limitações inerentes a esta pesquisa empírica, concluiu-se que houve prejuízo ao contraditório e violação de prerrogativas de participação que potencializaram os obstáculos a litigantes em vulnerabilidade técnico-processual e que demandam um acesso à justiça digital.

Palavras-chave: Processo digital. Participação. Princípio do contraditório. Vulnerabilidade técnico-processual. Acesso à justiça digital. Pandemia.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	Artigo
CRFB/88	Constituição Federal de 1988
CGJSP	Corregedoria Geral de Justiça do Tribunal de Justiça de São Paulo
CJF	Conselho da Justiça Federal
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
COVID-19	<i>Coronavirus Disease 2019</i>
CPC/15	Código de Processo Civil de 2015
CSM	Conselho Superior da Magistratura do Estado de São Paulo
fl./fls.	Folha/Folhas de autos dos processos
ILAC	<i>International Legal Assistance Consortium</i>
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
OMS	Organização Mundial da Saúde
PNAD	Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua
PNUD	Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento
Rel. Des.	Relator Desembargador
TJSP	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
§/§§	Parágrafo/Parágrafos

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO	11
2.	O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO.	13
2.1.	Conceitos e desenvolvimento à luz da Constituição Federal de 1988 e do Código de Processo Civil de 2015	13
2.1.1.	O devido processo legal e o contraditório como princípios constitucionais	13
2.1.2.	O contraditório dinâmico de acordo com o modelo processual cooperativo e o Código de Processo Civil de 2015	17
2.1.3.	A não colisão de princípios: garantias do contraditório e da celeridade processual ...	19
2.2.	O <i>standard</i> de efetivação da garantia do processo em contraditório.....	21
2.2.1.	Provas	21
2.2.2.	Prazos	22
2.2.3.	Decisão Motivada e não-surpresa	24
3.	O ACESSO À JUSTIÇA DIGITAL E A PANDEMIA DE COVID-19	27
3.1.	Conceito constitucional e sua evolução.....	27
3.1.1.	Panorama de acesso à justiça	27
3.1.2.	Acesso à justiça e contraditório	31
3.2.	Evolução: direito a um acesso à justiça digital.....	33
3.2.1.	Desigualdade de inclusão digital no Brasil.....	34
3.2.2.	Vulnerabilidade técnico-processual e o art. 198 do CPC/15 como garantia de acesso à justiça	36
3.2.3.	Um conceito de acesso à justiça digital	39
4.	IMPACTOS DA PANDEMIA NA MACROGESTÃO DO JUDICIÁRIO	41
4.1.	As soluções apresentadas: Resolução 314/2020 do CNJ, Provimento 2.554/2020 do CSM e Provimento 2.613/2021 do CSM	41
4.1.1.	A comprovação de impossibilidade técnica como prova diabólica	45
4.1.2.	Uma resposta permanente: Justiça 4.0 e a criação do juízo 100% digital.....	46
4.2.	Análise do direito comparado: realizações do Poder Judiciário em países da América Latina durante a pandemia e as imposições de distanciamento social	48

5.	AS IMPOSSIBILIDADES DE PARTICIPAÇÃO E O POSICIONAMENTO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO	52
5.1.	Metodologia e objetivos da pesquisa empírica	52
5.2.	Análise jurisprudencial quanto à aplicação da resolução 314/2020 do CNJ e do provimento 2.554/2020 do CSM.....	55
5.2.1.	Resultados gerais	55
5.2.2.	Análise qualitativa - as principais motivações dos litigantes	62
5.2.2.1.	Falta de infraestrutura tecnológica e conexão instável à internet.....	62
5.2.2.2.	Inabilidade técnica em razão da idade	66
5.2.2.3.	Impossibilidade de contato ou dificuldade de participação de testemunhas	68
5.2.2.4.	Impossibilidade de contato ou atuação dos advogados	69
5.2.2.5.	A violação de prerrogativas de participação em sessões de julgamento.....	72
5.2.3.	A indefinição sobre a suspensão de prazos ou o adiamento de atos processuais previstos nas normativas	74
5.2.4.	As hipóteses de admissibilidade da impossibilidade técnica para atos processuais....	78
5.3.	Os efeitos no contraditório e a necessidade de acesso à justiça digital	84
6.	CONCLUSÃO	86

Bibliografia

Anexo I - Decisões objeto de pesquisa quanto à participação dos litigantes para a realização de atos processuais no Tribunal de Justiça de São Paulo durante a pandemia de COVID-19 (2020-2021)

Anexo II – Respostas aos questionamentos levantados nos acórdãos objeto de pesquisa

1. INTRODUÇÃO

Este foi um trabalho idealizado, pesquisado e escrito durante a Pandemia de COVID-19 nos anos de 2020 e 2021. Seu tema e construção são reflexos de algumas das tantas mudanças experienciadas nos últimos quase dois anos e que tiveram impacto direto na vida em sociedade e, por consequência, no pensar e exercer o direito. O que, inicialmente, poderia se mostrar como uma janela histórica da qual não haveria hipótese de afastamento em uma pesquisa na área, hoje se traduz no período de maiores desafios já vividos na contemporaneidade.

Nesse sentido, este trabalho baseia-se na urgência e na necessidade de se entender, a partir da revisão teórica e da pesquisa empírica, o impacto da transição drástica a um sistema de processos e atos processuais virtualizados reforçado pela pandemia de COVID-19 no Brasil e, em especial, no âmbito do TJSP. Há preocupação, para além da manutenção de garantias constitucionais a todos os litigantes, com a efetivação de direitos da população brasileira que, dependente da atuação do Poder Judiciário, pode ter tido, de forma potencializada, sua participação prejudicada, bem como suas prerrogativas legais violadas, em razão das desigualdades socioeconômica e digital existentes no país.

Apesar de contar com realidades de infraestrutura tecnológica e de acesso à internet díspares de acordo com critérios como faixa etária, região, nível de escolaridade, classe social, entre outros, as medidas adotadas pelo Judiciário, encabeçadas pelo CNJ, foram únicas e replicadas nos estados brasileiros. Assim, ainda que observada a essencialidade de uso massivo da tecnologia em momento de restrições de circulação como aqueles vividos ao longo do período de pandemia, deve-se considerar tal cenário fático de virtualização de processos que se aplica de forma igualitária, mas é recebido em situação de desigualdade pelos litigantes.

Busca-se, então, por meio do entendimento do que se menciona como princípio do contraditório e garantia do acesso à justiça, entender o cenário atual e responder ao seguinte questionamento: como foram tratadas as demandas para garantir a participação de litigantes

em atos processuais virtuais, no âmbito do TJSP, durante a pandemia de COVID-19, e qual seu impacto na efetivação do contraditório e no acesso à justiça digital?

Assim, na primeira parte deste trabalho, correspondente ao capítulo 2 e 3, serão, inicialmente, apresentados os conceitos gerais e os padrões adotados pela legislação e pelo entendimento doutrinário quanto ao princípio do contraditório em que se baseia o processo civil no país no capítulo 2. Já no capítulo 3, seguiremos com a análise do acesso à justiça, partindo de seu panorama histórico e desafios de aplicação que perpassam pela própria relação com um contraditório efetivo e com as necessidades de um Estado Democrático de Direito. Levanta-se, ainda neste capítulo, o que se cunhou chamar de acesso à justiça digital e que decorre, diretamente, da evolução do acesso à justiça como ordem jurídica justa e de acordo com as transformações sociais, descritas no capítulo a partir dos dados de acesso à internet no país.

Já na segunda parte, relativa aos capítulos 4 e 5, por sua vez, serão analisadas as iniciativas de macrogestão do Judiciário durante a pandemia de COVID-19 no capítulo 4, destacando-se a estrutura normativa criada para virtualização dos atos processuais, bem como sua comparação frente às medidas adotadas em outros países da América Latina. Em seguida, no capítulo 5, será desenvolvido um estudo empírico acerca do posicionamento do TJSP quanto às demandas envolvendo limitações técnicas e práticas de participação por litigantes afetados, de alguma forma, pelo novo formato virtual ou pela pandemia de COVID-19.

Ao final, serão feitas considerações quanto aos resultados obtidos na pesquisa empírica, correlacionando-os à conceituação teórica e fática realizada anteriormente, buscando responder aos questionamentos levantados neste trabalho quanto à criação, ou não, de obstáculos de participação relacionados à virtualização de processos, podendo afetar a efetivação do contraditório dinâmico e tornando essencial um acesso à justiça digital.

2. O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

2.1. Conceitos e desenvolvimento à luz da Constituição Federal de 1988 e do Código de Processo Civil de 2015

2.1.1. O devido processo legal e o contraditório como princípios constitucionais

Em um contexto de redemocratização e da promulgação da Constituição Federal de 1988, foram positivados dispositões e direitos fundamentais no contexto da garantia de um Estado Democrático de Direito. Para tanto, foram incluídos direitos fundamentais também responsáveis pela *proteção jurídica individual sem lacunas*, considerados pilares estruturantes do Estado de Direito, traduzidos como garantias gerais processuais e procedimentais, e responsáveis pela realização do direito e pelo acesso a um procedimento justo (CANOTILHO, 2002), viabilizando o exercício dos direitos fundamentais.

Ainda, como destaca Afonso da Silva, mais que tutelar apenas o procedimento, a Constituição refere-se ao processo, buscando garantir que sejam efetivados os instrumentos adequados para que, ao final, seja fornecida prestação jurisdicional considerada justa e nos parâmetros da ordem jurídica para tal garantia constitucional individual (SILVA, 2016).

Como parte de tal proteção judiciária afixada à Constituição em forma de garantias do sistema processual, já devidamente inseridas no rol das extensas e necessárias disposições do art. 5º, foi incluído, a partir de seu entendimento como princípio¹ ainda coberto de abstração, como respaldo aos demais princípios processuais constitucionalizados, o chamado *due process of law*, traduzido como devido processo legal e descrito no texto constitucional como “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º, LIV, CRFB/88).

¹ Neste trabalho, será adotada a concepção de princípio mencionada por Canotilho, descrevendo-os, primordialmente, como normas com grau de abstração elevado, de natureza estruturante no sistema jurídico, e que dependem de determinação na aplicação de casos concretos, de acordo com a obra: CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002. IV, cap. 4.

O *due process of law* é adotado pela Carta Constitucional em seus aspectos processual e material, sem especificação que os distingam, mas é usualmente mencionado e realizado por aplicadores do direito em seu sentido estritamente processual, assemelhando-se à *procedural due process clause* estadunidense. Como definido por Nery Júnior, estão envolvidas nas garantias do princípio do devido processo legal e, especificamente, no direito processual civil, as garantias de igualdade entre as partes, do direito de ação, do respeito ao direito de defesa, e, finalmente, do contraditório (NERY JÚNIOR, 2016). O devido processo tornou-se, então, o mencionado dispositivo assegurado constitucionalmente, no art. 5º, LIV, da CRFB/88, e utilizado pragmaticamente como garantia de segurança jurídica em processos, judiciais ou administrativos, no sistema jurídico brasileiro.

Assim, como aprofundamento e especificação do devido processo, ainda na esfera dos direitos fundamentais previstos no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, seu inciso LV garante a participação dos litigantes no processo judicial ou administrativo em contraditório. Apesar de, historicamente, já existir previsão constitucional da instrução criminal contraditória² em textos constitucionais brasileiros, apenas na presente Constituição a previsão foi expressa de forma a contemplar qualquer natureza de processos, sejam administrativos, sejam judiciais, e como as demais garantias incluídas nos incisos seguintes do artigo 5º, estabelece princípios processuais constitucionalmente garantidos, entendendo-se o processo como instrumento a serviço da ordem constitucional (DINAMARCO, 2000).

O princípio do contraditório, mesmo já positivado, por ter caráter dirigente, deve ser observado de plano a partir dos fundamentos de existência no texto legal, também utilizados pelo legislador. Em seu âmbito formal-técnico, como descreve Welder Queiroz dos Santos, o contraditório tem como fundamento a usual bilateralidade da ação e da audiência, com os limites impostos pelas próprias partes. Já em seu fundamento jurídico-político, pode-se entender o contraditório como os demais princípios fundamentais do processo, sendo uma escolha política do legislador “decorrente da contraposição dialética das partes em litígio para

² O termo “contraditória” apareceu em um texto constitucional brasileiro pela primeira vez na Constituição dos Estados Unidos do Brasil, outorgada em 1937, e popularmente conhecida como “Carta Polaca”, instaurando o regime ditatorial do Estado Novo. Nos termos de seu art. 141, § 25 “A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 25 – É assegurada aos acusados plena defesa, com todos os meios e recursos essenciais a ela, desde a nota de culpa, que, assinada pela autoridade competente, com os nomes do acusador e das testemunhas, será entregue ao preso dentro em vinte e quatro horas. A instrução criminal será contraditória” (grifou-se).

o alcance de finalidades superiores de ordem objetiva, como interesse público, a verdade e a atuação da justiça substancial” (SANTOS, 2018).

Ainda que disposto como princípio de texto abstrato, sem definição concreta, o princípio da garantia do processo em contraditório é relatado pela doutrina em aspectos formais e materiais que o norteiam, e, em especial, três fundamentos (COMOGLIO, 1988):

- (i) o direito à **informação**, completa, tempestiva e que possa ser compreendida, sobre as decisões e atos processuais realizados pelo juízo e partes durante o processo;
- (ii) o direito de **defesa ativa** sobre todos as questões controvertidas, sejam de fato ou de direito; e
- (iii) o direito de **influir** a ponto de que o julgador leve em consideração as manifestações apresentadas, sendo alegações ou fatos, quando da pronúncia da decisão.

Considerando tal divisão tridimensional do contraditório em sua acepção no modelo constitucional de processo, segundo Marcelo Veiga Franco, supera-se a chamada “dimensão estática ou formal do contraditório”, em que há predominância da informação e participação apenas na relação bilateral entre partes e juízo, com mero direito de audiência, traduzido como o direito das partes de ouvirem e serem ouvidas (FRANCO, 2015).

Ainda, segundo o autor, para adequar-se ao sistema de um Estado Democrático de Direito e à dimensão dinâmica do contraditório, há uma reformulação em tal garantia, que demanda não apenas a audiência, mas uma audiência justa (contraposição entre *hearing* e *fair hearing*). Assim, busca-se afastar a responsabilidade unilateral de partes ou juízo quanto à interpretação e aplicação do direito no processo, agora constituído a partir da cooperação e participação.

Nesse sentido, deve haver participação *isonômica* que, como destaca Ada Pellegrini Grinover, deixa de ser exclusivamente a existência de um ambiente processual com paridade entre as partes, com isonomia formal, para alcançar a relação de isonomia material, em que se utilizam dos meios necessários buscando evitar que a disparidade de forças influa na decisão e êxito no processo (GRINOVER, 1985). Dessa forma, restringe-se, também, ao julgador, a

adoção de quaisquer mecanismos para minimizar a participação das partes no processo, devendo garantir a ampla possibilidade de manifestação (NERY JÚNIOR, 2016).

Além deste ponto, importante destacar o terceiro fundamento do contraditório dinâmico anteriormente levantado, o direito de influir, como prerrogativa, no desenrolar processual e na formação de decisões racionais e motivadas pelo juízo, fazendo decair as chances de uma decisão surpresa. Nesse sentido, deve-se garantir a *ressonância* da atuação e contraposição realizada pelas partes nos atos decisórios, uma vez que o juiz é figura imprescindível na garantia de um contraditório material e efetivo, que não se configure como direito formalmente garantido e posteriormente ignorado (THEODORO JÚNIOR e NUNES, 2009).

O contraditório, tal como abordado pelo legislador, então, integra o modelo constitucional de processo, caracterizando-se como garantia que compõem a tutela processual. Assim, o princípio é descrito, amplamente, da seguinte forma:

A propósito, a Constituição Federal, que assegura aos acusados de crime a mais ampla defesa (art. 5º, inc. LV), assegura também que todo processo estatal será feito em contraditório, ou seja, que ambas as partes terão necessariamente conhecimento de todas as alegações e provas produzidas pela parte adversária, com a oportunidade de discuti-las e contrariá-las. [...]

Em virtude da natureza constitucional do contraditório, deve ele ser observado não apenas formalmente, mas sobretudo pelo aspecto substancial, sendo inconstitucionais as normas que não o respeitem.” (CINTRA et. al., 2015) (grifou-se)

Entende-se que tal garantia ao contraditório, aqui aplicada em sua faceta dinâmica, é, dessa forma, concretizada por meio de duas vias: (i) no plano das partes, pela efetiva participação dos sujeitos, traduzindo-se como atuação em que os litigantes pedem, alegam e provam o que de direito, seja no pleito inicial, seja em contestação, sendo a expressão da igualdade e da legitimidade procedural; e (ii) no plano do julgador, sendo considerado dever do juiz para a plena condução do processo e permitindo a ampla e intensa participação (DINAMARCO e LOPES, 2017).

Como efeito prático ao desrespeito ao contraditório garantido constitucionalmente, sua ofensa no plano formal, legal ou infralegal é caracterizada pela inconstitucionalidade da lei ou ilegalidade do ato normativo, e, no processo, como cerceamento de defesa, podendo levar à anulação do processo ou procedimento que se discute (NERY JÚNIOR, 2016).

2.1.2. O contraditório dinâmico de acordo com o modelo processual cooperativo e o Código de Processo Civil de 2015

Os princípios processuais garantidos constitucionalmente têm também sua função adequada de acordo com o modelo processual/institucional que se utiliza em certo Estado. Nesse sentido, a doutrina passou a designar modelos-tipo, tradicionalmente classificados, ainda que não se possa concretizar a subsunção do fato ao tipo. Assim, como aponta Mirjan Damaska, um dos binômios de modelos processuais é aquele formado pela contraposição entre modelo adversarial e modelo inquisitorial (DAMASKA, 1986).

O autor define, então, o modelo adversarial como aquele em que o processo se realiza a partir de uma *competição* ou *disputa*; ou seja, partes opostas, adversárias, que buscam influir sobre a decisão de um órgão jurisdicional passivo, que pouco intervém no conflito. De forma diversa, o modelo inquisitorial define-se pela atuação mais presente e resolutiva do juízo na disputa que se apresenta. Tais tipos são atrelados, respectivamente, ao que se convencionou chamar de sistemas de *common law* e *civil law*.

No entanto, superando a discussão entre modelo adversarial e modelo inquisitorial, principalmente quanto à aproximação e ao distanciamento destes de sistemas processuais de países em regimes democráticos/liberais ou autoritários/intervencionistas, o que se parece melhor encaixar no objetivo de sistema processual de acordo com os princípios cunhados pela Constituição brasileira é o chamado modelo *cooperativo*.

Neste, para além de papéis definidos, e até mesmo antagônicos, para o órgão jurisdicional e para partes, e de inclusão do contraditório como mero requisito de validade da decisão, como mencionado, passa-se a entender a atuação em contraditório e o diálogo processual como integrantes do próprio dever de cooperação de todas as partes em prol da condução do processo (DIDIER, 2011).

Nesse sentido, ao partirmos do entendimento do contraditório por meio de um modelo cooperativo, não mais é possível afastar o órgão jurisdicional dos deveres e da necessidade de diálogo ético que já se esperava das partes. Busca-se concretizar a mencionada estrutura tridimensional do contraditório, com o direito das partes em influir nas decisões, sendo estas apresentadas de forma motivada, com vedação à decisão surpresa, ainda que o juiz permaneça

em posição de assimetria, em posição que lhe é própria e exclusiva no processo (DIDIER, 2011).

Segundo Daniel Mitidiero, conta-se, ainda, no modelo cooperativo, com a colaboração entre as partes e o juízo, que pressupõe lealdade e boa-fé recíprocas entre os atores processuais em busca da aproximação à verdade, que se espera do modelo constitucional de processo. Assim, traduz-se que “o processo cooperativo, por derradeiro, é o processo do Estado Constitucional” (MITIDIERO, 2007, p. 12).

E é sob tal estrutura de processo constitucional cooperativo, com normas processuais como a que apresenta o princípio do contraditório, com status de direito fundamental, a partir de um modelo tridimensional que apenas se realiza em efetiva colaboração das partes para com o órgão jurisdicional e vice-versa, que se funda a organização infraconstitucional do processo no Código de Processo Civil.

Nos termos do Código de Processo Civil vigente, qual seja aquele apresentado pela Lei 13.105/05: “Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”. Comentando o artigo em termos práticos, entretanto, levanta Araken de Assis que *pouco realista* esperar a cooperação plena entre as partes envolvidas no processo, mas necessária a cooperação entre juízo e partes (ASSIS, 2015).

Ainda, o CPC/15 define, em seu art. 7º que “é assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório”, e em seu art. 9º, *caput*, que “não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida”. Quanto a tais disposições do Código que remetem ao contraditório, trata-se de normas imperativas ao juiz, incluindo-o como responsável pela efetivação da *direção*, da *prova* e do *diálogo* no processo (DINAMARCO e LOPES, 2017).

O processo, então, que passou por fases diversas, circundando modelos adversarial e inquisitorial mencionados, desde a elevação do papel das partes e quase total anulação do julgador, contraposta pelo avanço do ativismo judicial e imponência ao papel instigador do juiz, transforma-se ao se estabelecer no Estado Democrático de Direito. Renova-se a visão do contraditório, dinâmico, com colaboração, fruto de um plano processual cooperativo, e busca-

se estabelecer relação do juiz para com as partes com base no diálogo, seja em momento preparatório do processo, seja quando do confrontamento das controvérsias, “permitindo a participação na estrutura procedural” (THEODORO JÚNIOR, 2009, p. 182).

Assim, pode-se entender que o processo em contraditório dinâmico é aquele que se estabelece para ser dirigido, de forma compartilhada e com divisão igualitária, pelas partes e pelo juiz em cooperação, atingindo-se o *policentrismo processual* e o diálogo constante na condução de atos processuais e na formação do escopo decisório (FRANCO, 2012).

2.1.3. A não colisão de princípios: garantias do contraditório e da celeridade processual

A partir da Emenda Constitucional 45 de 2004, foi incluído no rol de princípios que integram o modelo constitucional de processo, com status de direito fundamental como os demais, o art. 5º, LXXVIII, da CRFB, onde se lê: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Da mesma forma, a garantia foi disciplinada pela norma processual infraconstitucional, presente expressamente no CPC/15, em seu art. 4º, como: “as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”.

A existência de tal garantia de duração razoável do processo existe, assim, por diversos motivos, dos quais dois serão aqui destacados. Inicialmente, a decisão baseada em um modelo adversarial, que conta com a efetiva participação dos litigantes, é dependente da memória que estes retêm dos fatos controvertidos. Com o prolongamento da instrução processual, mais distante da verdade fática encontra-se a verdade dos autos e menos confiança é depositada na decisão. Ainda, vê-se o impacto externo da morosidade, uma vez que casos judicializados sem resolução e que tem influência direta na vida das pessoas envolvidas impedem a superação do conflito e prosseguimento da rotina destas (SANTOS, 2014).

Segundo Nery Júnior, para se aferir, no entanto, qual é tal duração razoável do processo abstratamente positivada, é necessário voltar a atenção ao caso concreto. Nesse sentido, são elencados critérios objetivos como: (i) natureza e complexidade do processo que se trata; (ii) comportamento das partes e advogados; (iii) atuação das autoridades, judiciais ou

administrativas, competentes; e (iv) respeito aos prazos legais que garantam contraditório e ampla defesa (NERY JÚNIOR, 2016).

Assim, como única forma de concretizar a duração razoável do processo com observância do modelo constitucional, tal prazo razoável deverá estar de acordo com o caso concreto e em respeito a todos os demais princípios constitucionais instituídos para reger o direito processual. Considera-se, então, que a celeridade almejada deve ser compatibilizada com o *grau de cognição* satisfatório para que a decisão seja proferida de forma justa (DINAMARCO e LOPES, 2017).

Ainda, importante destacar que os princípios da duração razoável do processo e do contraditório não apenas devem ser ponderados ao se objetivar a celeridade, como também são codependentes quando observada a importância do contraditório como garantia de aproveitamento e eficiência do processo. Tal eficiência, então, pode ser traduzida pela inclusão de, no mínimo, uma etapa cognitiva realizada de forma completa, com contraditório pleno, e que permita o debate quanto aos pontos controvertidos do caso concreto, sendo este dos chamados litígios estratégicos ou de massa (THEODORO JÚNIOR e NUNES, 2009).

No mais, de forma diversa ao comumente apresentado, a atual morosidade do Sistema de Justiça brasileiro, não solucionado com as garantias de celeridade positivadas na CRFB/88 e no CPC/15, não encontra sua maior barreira nos processos de conhecimento com sua estrutura baseada no contraditório. No contexto recente, são os processos ou as fases de execução, tanto na Justiça Federal, quanto nas Justiças Estaduais, que apresentam a maior média³ de duração do acervo de processos brasileiro (CNJ, 2020).

Dessa forma, como destaca Humberto Theodoro Júnior, a garantia ao contraditório não é obstáculo à garantia da duração razoável do processo, que, em hipótese, poderia diminuir a celeridade e aumentar custos processuais. Em realidade, a ausência do exercício do contraditório, ou sua realização meramente formal quanto às controvérsias da ação leva à consequência da proposição de excessivos recursos (a exemplo de Embargos de Declaração, em muitos casos repetitivos e sem aplicação útil), o que não colabora com a garantia de uma

³ De acordo com o relatório Justiça em Números de disponibilização mais recente pelo Conselho Nacional de Justiça, os processos de execução na Justiça Federal considerados pendentes estão em 7 anos e 8 meses de média de duração, enquanto nas Justiças Estaduais estão em 6 anos e 9 meses de duração.

razoável duração do processo, mas em que não se pode culpar o procedimento em contraditório efetivo (THEODORO JÚNIOR, 2016).

2.2. O *standard* de efetivação da garantia do processo em contraditório

Baseando-se, então, na experiência do que se espera de um contraditório dinâmico, não apenas formal e fundado na bilateralidade da audiência, bem como em sua estruturação a partir de um modelo processual cooperativo, como levantado acima, são apresentados, neste tópico, possíveis parâmetros a serem adotados para verificação de efetivação do contraditório durante as fases processuais a partir da abordagem realizada por Ada Pellegrini Grinover.

2.2.1. Provas

Quando mencionadas as garantias de conhecimento, participação e influência envolvidas no direito do processo em contraditório, destaca-se, primordialmente, a atividade probatória como ato central da instrução processual, já que “estritamente ligada à alegação e à indicação dos fatos, visa ela a possibilitar a demonstração da verdade, revestindo-se, portanto, de fundamental importância para o conteúdo do provimento jurisdicional” (GRINOVER, 1990, p. 19). Assim, passa-se tal garantia a ser referida autonomamente como “direito à prova” no processo.

Nesse sentido, a partir do fundamento probatório incluído no princípio do contraditório, garante-se às partes que possam pleitear a produção de provas em juízo. Tal garantia é concretizada pela paridade de oportunidades na apresentação das provas e nos pedidos de produção, a ser operacionalizada pelo juízo no momento de deferimento e indeferimento, bem como na possibilidade de participar e se pronunciar quanto aos resultados da instrução probatória pelas partes (MOREIRA, 1984).

Ainda, considerando tal participação no momento em que se indica e no momento em que a prova é formada, mesmo a produção de provas determinada de ofício pelo juízo deve contar com tais garantias (OLIVEIRA, 1998).

Em relação a provas documentais e periciais, Ada Pellegrini Grinover destaca ainda que é *intransponível* a necessidade de que quaisquer documentos ou perícia, quando incluídos nos autos, sejam seguidos da ciência às partes para exercício do contraditório (GRINOVER, 1990). Tal garantia apenas poderá ser parcialmente derrogada quando se tratar de um necessário contraditório deferido em razão da valoração antecipada. Nesse sentido, é apreciada a existência dos tradicionais requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, que exigem a antecipação da valoração probatória, mas que não afastam por completo o contraditório, uma vez que este é apenas postergado no caminho processual⁴.

Assim, sempre que necessárias⁵ para o desenrolar da controvérsia levada a juízo, as partes terão o direito à produção das provas em contraditório assegurado no sistema processual brasileiro, conforme artigos 369 a 380 do CPC/15. Dessa forma, o direito à prova apresenta-se como parâmetro fundante e essencial para que se verifique a efetivação de um contraditório dinâmico, sendo estrutura para a motivação da sentença que será abordada adiante.

2.2.2. Prazos

Para a efetiva participação no direito à prova, bem como nos demais momentos e atos processuais, considerando que cada ato durante o processo deve ser previamente fixado cronologicamente e realizado em momento *oportuno* (TUCCI, 1997), necessário destacar outra garantia que complementa o panorama de efetivação do contraditório: a previsão legal dos prazos processuais.

⁴ Não será aqui aprofundada a discussão quanto aos processos e procedimentos que se desenvolvem integralmente com base em provas pré-constituídas e sem a fase de instrução processual. Considerando a análise generalista das causas e da aplicação do direito à prova, segue-se o entendimento de que “o destino da maioria das causas depende essencialmente da convicção do órgão judicial acerca dos fatos de que se originou o litígio. São raros, com efeito, os casos em que o julgamento da lide repousa de modo exclusivo na solução de puras questões de direito.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. A garantia do contraditório na atividade de instrução, *in* Temas de direito processual, Terceira Série. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 65)

⁵ Comportamento diverso é vedado pelo CPC/15: “Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo:

[...]

III - não produzir provas e não praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou à defesa do direito”

Assim, um contraditório dinâmico deve garantir, a partir da lei processual, condições para as partes conhecerem e utilizarem, de forma integral, o tempo previsto para sua atuação, “além de garantir-lhe a congruência concreta dos prazos a que se subordina a realização dos atos judiciais” (TROCKER apud GRINOVER, 1990, p.37).

Como consequência da garantia relacionada aos prazos processuais, entende-se, de forma correta, que a norma legal de definição dos prazos deve ser interpretada de forma a concretizar sua integridade. Assim, aplicando-se o período inteiro de manifestação, o prazo legal, se estabelecido de forma adequada, deve garantir que os litigantes tenham a efetiva possibilidade de tutela jurisdicional (GRINOVER, 1990).

Nesse sentido, no sistema jurídico brasileiro, o CPC/15⁶ estabeleceu prazos processuais para os diversos momentos da lide, garantindo, para as lacunas legais, a ponderação e determinação, pelo juiz, considerando a complexidade fática, do prazo cabível às partes para tal ato. Ainda, como período padrão, caso não haja manifestação pelo juiz, foi definido o prazo de cinco dias. Não bastassem tais definições, um dos avanços do dispositivo legal processual é o da contagem dos prazos processuais em dias úteis.

Tal direito à comunicação de atos processuais e à manifestação tempestiva é entendido, então, como estrutura fundamental, condição de legalidade e exatidão, ao exercício do contraditório para que todas os litigantes tenham participação efetiva no diálogo processual (COMOGLIO *et al*, 2011). E aqui importante destacar que tal estrutura fundamental é envolta também de questionamentos: o prazo legal está adequado à efetiva possibilidade de participação? Antes disso, e até para que tal ponto seja levantado, é possível verificar se a parte foi, de fato, posta *em condições de utilizar integralmente* (GRINOVER, 1990) o prazo processual já previsto em lei?

⁶ “Art. 218. Os atos processuais serão realizados nos prazos prescritos em lei.

§ 1º Quando a lei for omissa, o juiz determinará os prazos em consideração à complexidade do ato.

§ 2º Quando a lei ou o juiz não determinar prazo, as intimações somente obrigarão a comparecimento após decorridas 48 (quarenta e oito) horas.

§ 3º Inexistindo preceito legal ou prazo determinado pelo juiz, será de 5 (cinco) dias o prazo para a prática de ato processual a cargo da parte.

§ 4º Será considerado tempestivo o ato praticado antes do termo inicial do prazo.

Art. 219. Na contagem de prazo em dias, estabelecido por lei ou pelo juiz, computar-se-ão somente os dias úteis. Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se somente aos prazos processuais.”

Ainda que a resposta para tais verificações sejam alinhadas à perspectiva fática do caso, de acordo com as condições das partes e a complexidade da causa, fica clara a relação entre a definição de prazos processuais e o prolongamento do processo no tempo, considerando a já mencionada (e que não se sustenta) discussão de suposto conflito entre contraditório e celeridade. No entanto, cabe destacar que apesar de garantia, o tempo previsto para os atos processuais objetificam os chamados ônus processuais das partes. Entre o dever e o direito à manifestação, quando há o decurso integral do prazo sem a devida atuação da parte, esta torna-se intempestiva e ocorre o fenômeno da preclusão, consubstanciado na perda do direito de impugnar, reagir ou se manifestar no processo (SANTOS, 2018).

Tal fenômeno da preclusão relaciona-se, então, com a necessidade de “evitar o arbítrio na condução do processo, assegurando ordem, segurança e celeridade ao instrumento” (BEDAQUE, 2010, p. 129). Ao final, desrespeitados os prazos legais, perde-se a chance, para o litigante interessado, em exercer sua parcela de influência na decisão judicial garantida pelo contraditório dinâmico.

2.2.3. Decisão Motivada e não-surpresa

Por fim, quanto ao último fundamento de estrutura do contraditório dinâmico aqui abordado, é levantada a garantia de que o processo contará com decisão motivada, uma vez que “[...] o contraditório pode constituir, e em geral constitui, precioso instrumento de melhor acesso à verdade dos fatos” (MOREIRA, 1984, p. 77). Como superada a condição estática do contraditório garantido às partes no processo, e já previsto o mencionado direito de influir nas decisões, produzindo as provas necessárias e se manifestando, nos prazos processuais previstos, o momento de prolação da decisão e seu conteúdo são também parâmetros para se verificar a garantia do contraditório.

Juntadas e manifestadas ao longo do caminho processual, todas as provas lícitas e as alegações tempestivas das partes deverão ser conteúdo de análise atenta pelo juízo competente, sob risco de violação do contraditório. Tal prática compõe garantia ao sistema constitucional de processo, consistindo na aplicação do método do livre convencimento ou da persuasão

racional do juiz, e que apenas se efetiva com a avaliação de tudo que foi produzido pelas partes nos autos do processo (GRINOVER, 1990).

Assim, prevê a CRFB/88 em seu art. 93, IX: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e **fundamentadas todas as decisões**, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação” (grifou-se).

Ainda, concretizando o contraditório dinâmico, com as garantias do já mencionado direito à prova, e apresentando expressamente a vedação à decisão surpresa e o livre convencimento motivado⁷, o CPC/15 segue a orientação constitucional, garantindo que o devido processo, em momento de decisão, possa “conferir transparência ao exercício do poder pelo juiz, para conhecimento pelas partes e possível controle pelos órgãos superiores da Magistratura e pela própria opinião pública” (DINAMARCO e LOPES; 2017, p. 72).

Assim, com o contraditório dinâmico e comparticipativo, tal transparência decisória é incluída também como direito de as partes serem efetivamente respondidas, pelo julgador, em momento de decisão, que deve contar com o exame atento do conteúdo do processo, quando mencionado o princípio da motivação (FRANCO, 2015). Em relação à vedação à decisão surpresa, o contraditório apresenta, também, a garantia de fiscalização da atividade jurisdicional, evitando que decisões-surpresa sejam proferidas, sendo estas as decisões baseadas na mera opinião do juiz ou em conteúdo (manifestações ou provas) que não passaram por procedimento em contraditório no processo (FRANCO, 2012).

Dessa forma, é possível entender a estrutura de um processo em contraditório dinâmico que culmina, inicialmente, em uma sentença garantidora dos princípios do devido processo, da

⁷ Dentre outras, o CPC/15 reproduz as seguintes regras:

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício

Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocatória, sentença ou acórdão, que: IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

ação, da defesa e do contraditório a partir do livre convencimento e da decisão motivada. Ainda que com finalidade dúplice, tanto para assegurar às partes um procedimento íntegro e o direito ao recurso, quanto para garantir à sociedade o controle da Justiça e de seus agentes, é valorizada, primordialmente, a dimensão e o papel político destinado à decisão (GRINOVER, 1990).

3. O ACESSO À JUSTIÇA DIGITAL E A PANDEMIA DE COVID-19

3.1. Conceito constitucional e sua evolução

3.1.1. Panorama de acesso à justiça

Iniciado no pós-Segunda Guerra Mundial e finalizado na década de 1970, o chamado Projeto Florença⁸ encabeçado por Mauro Cappelletti consistiu nos estudos empíricos acadêmicos e, posteriormente, nos relatórios publicados que inauguraram o cunhado “Movimento de Acesso à Justiça” na Europa e no mundo. No Brasil, país que não foi campo de coleta de dados para o Projeto, o Movimento chegou sendo diretamente mencionado como “Acesso à Justiça” e viu seus primeiros desdobramentos apenas no final da década de 1980, quando o relatório final do Projeto foi oficialmente traduzido.

Para Cappelletti e Garth, então, apesar da difícil conceituação do que prosseguiram a chamar de acesso à justiça, duas são suas finalidades para um sistema jurídico que serve de meio para as pessoas reivindicarem direitos e os resolverem sob tutela estatal: (i) ser um sistema igualmente acessível a todos; e (ii) produzir resultados justos para o indivíduo e para a sociedade (CAPPELLETTI e GARTH, 1988). Nesse sentido, são observadas as diversas formas e condições de acesso, sem perder de vista que apenas a efetividade deste garantirá a justiça social.

Para Marc Galanter, que também se debruça sobre as perspectivas que envolvem o termo-princípio, a expressão “acesso à justiça” não mais se limita ao acesso às instituições jurídicas governamentais. De forma contrária, o conceito é amplificado para abranger também a capacidade de se acessar a justiça nas diversas instituições, que podem ou não ser governamentais e/ou judiciais (GALANTER, 1974). E sob tal perspectiva, os estudos empíricos relacionados ao acesso à justiça serão aqueles que objetivam entender experiências

⁸ O Projeto Florença, capitaneado por Cappelletti, desenvolveu-se no Centro de Estudos de Direito Processual Comparado de Florença, e foi, à época, financiado pela Fundação Ford, pelo Conselho Italiano de Pesquisa (“CNR”) e pelo Ministério da Educação Italiano, envolvendo mais de 100 pesquisadores e 27 países estudados.

das pessoas relacionadas a *eventos, organizações e instituições* ligadas ou que promovam justiça (SANDEFUR, 2008).

No contexto da pesquisa empírica realizada no Projeto Florença, Cappelletti e Garth apresentaram a perspectiva de superação do acesso à justiça como um direito natural liberal e de prestação negativa, antes entendido estritamente como direito ao acesso à proteção judicial que consistia na garantia formal de propor ou contestar certa ação (CAPPELLETTI e GARTH, 1988). De forma diversa, cunhou-se que o acesso à justiça efetivo, com igualdade a todos e resultados socialmente justos, seria a viabilização do acesso a uma ordem jurídica justa (WATANABE, 1988).

Para tanto, Cappelletti e Garth identificaram obstáculos existentes que impiedam o acesso efetivo à justiça e a tal ordem jurídica justa, tendo denominado a necessária transposição de tais obstáculos nas chamadas, à época, três ondas renovatórias de acesso à justiça. Apesar de serem observadas individualmente quando de sua análise didática, cabe destacar o que os próprios autores levantaram: há um fator de complicaçāo na própria forma de atacar as barreiras do acesso à justiça - o inter-relacionamento das questões e a possibilidade de que, para se evoluir em algumas demandas, receba-se, em consequência, o agravamento de outras (CAPPELLETTI e GARTH, 1988).

No entanto, para a primeira abordagem, serão levantados os principais aspectos relacionados às três ondas de Cappelletti de forma segmentada, cada qual voltada ao combate de uma ou mais das principais barreiras ao acesso⁹ apresentadas pelos autores.

Quanto à primeira onda, esta é definida pela necessidade de garantia de assistência judiciária à população, relacionando-se, objetivamente, à impossibilidade técnica e prática de acesso à justiça da população economicamente hipossuficiente dos países ocidentais. Considerando o alto custo envolvido em processos judiciais, se uma parte não pode pagar para instaurar ou suportar o litígio (devido a custas processuais, assistência judiciária, honorários sucumbenciais, etc.), enfrenta-se a demanda de fornecer, pelo Estado ou em modelos

⁹ As barreiras são assim mencionadas uma vez que se parte da perspectiva do litigante que sofre desvantagens a partir dos quesitos estratégicos levantados por Cappelletti e Garth. As mesmas possibilidades relacionadas a recursos financeiros, aptidão para entender o direito e propor a ação, a atuação como litigante habitual ou eventual e as questões próprias das demandas de direitos difusos poderiam ser consideradas vantagens para as partes que dessas possibilidades se beneficiem.

combinados entre público e privado, o auxílio necessário que seja capaz de colocar as partes em posições ao menos similares.

Para além do obstáculo financeiro, entretanto, tal sistema de assistência judiciária deve ser responsável por permitir a compreensão das demandas como jurídicas pela população, bem como apoiar interesses difusos e de classe. Ainda, apesar da necessidade de apoio externo caracterizado pelas assistências, estas, sozinhas, não seriam capazes de refletir o auxílio necessário, demandando número excessivo de advogados e recursos. De forma diversa, reformas nas estruturas do sistema judiciário de demandas para, em especial, pequenas causas são também apresentadas como relevantes (CAPPELLETTI e GARTH, 1988).

Ainda, necessário considerar que a chamada lacuna do acesso à justiça (*justice gap*), atinge todos os tipos de pessoas, com todos os níveis de renda existentes. Para se adotar estratégias que pretendam superá-la, no entanto, o formato de assistência judiciária a ser adotado precisaria ser oportuno, bem direcionado e confiável pela população, além de estar de acordo com as demandas específicas de cada grupo social (SANDEFUR, 2015).

Já a segunda onda objetivou, de forma mais específica, apresentar possíveis sugestões a garantir o acesso à justiça a partir do problema de representação de interesses coletivos em sentido amplo, com a emergente necessidade de superar a concepção tradicional de processo como conflito bilateral. Para os autores, o obstáculo da representação adequada e da atuação com os direitos coletivos estaria não apenas em encontrar quem de fato pudesse dar voz ao grupo afetado, como também unir os necessários conhecimentos técnicos comumente indispensáveis às causas, com a definição de um formato de ação possível a tais demandas (CAPPELLETTI e GARTH, 1988).

A terceira onda, por fim, para além das demandas de representação de populações hipossuficientes e das coletividades e seus “novos” direitos, deu novo enfoque às demandas para garantir acesso à justiça, objetivando ampliar as formas de processamento e a própria prevenção das disputas judiciais, com o estímulo à adoção de meios adequados à resolução de disputas e o reconhecimento das repercussões individuais e coletivas intensificadas por litígios judiciais (CAPPELLETTI e GARTH, 1988).

Apesar de avanços diversos para cada onda, a busca de se (re)pensar o acesso à justiça de forma ampla, constantemente mutável, foi abordada por Boaventura de Sousa Santos ao comentar sobre a necessária revolução democrática da justiça e, consequentemente, do que se entende por acesso à justiça:

Admitindo que seja possível, uma revolução democrática da justiça será certamente uma tarefa extremamente requintada. Faz sentido que se tome como ponto de partida uma nova concepção do acesso ao direito e à justiça. Na concepção convencional busca-se o acesso a algo que já existe e não muda em consequência do acesso. Ao contrário, na concepção que proponho, o acesso irá mudar a justiça a que se tem acesso. Há aqui um sistema de transformação recíproca, jurídico-política, que é preciso analisar. (SANTOS, 2014) (grifou-se)

Para alcançar tal revolução democrática, com a transformação jurídico-política que afeta diretamente o acesso à justiça e por ele é afetada, o autor propõe, dentre outras medidas essenciais, a ocorrência de profundas reformas processuais; de novos mecanismos e novos protagonismos no acesso ao direito e à justiça; e a existência de uma nova organização e gestão do Judiciário.

Observando o desenvolvimento do acesso à justiça na perspectiva do sistema brasileiro, no entanto, apesar de existirem garantias, estas ainda estão distantes de contemplar de forma ampla e total o escopo das ondas de Cappelletti e Garth e, de forma mais evidente, de se aproximar dos principais requisitos, tal como uma nova gestão do Judiciário, para alcançar uma revolução democrática da justiça como levantado por Boaventura de Sousa Santos.

A CRFB/88 positivou, como garantia fundamental, em seu art. 5º, XXXV, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Da mesma forma, tal garantia também foi expressa no CPC/15 em seu art. 3º, que adotou a preferência pela solução consensual em seus §§ 1º a 3º. Nesse sentido, está presente a garantia de acesso individual amplo ao Judiciário e aos meios adequados de solução de conflitos, e se afirma ser necessário entender o acesso à justiça como princípio constitucional que poderá sofrer limitação infraconstitucional, mas que deve ser preservado, o quanto possível, em sua ampla extensão (COSTA e EBERHARDT, 2020).

Em relação às demandas de assistência judiciária, em nossa Constituição, esta foi expandida aos termos de assistência jurídica e prevista no art. 5º, LXXIV, como “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”

a partir da Emenda Constitucional 80/2014, bem como a previsão como competência concorrente entre União, estados e distrito federal para a instituição de assistência jurídica e Defensoria pública, nos termos do art. 24, XII.

Dessa forma, ainda que não seja inteiramente contemplado o acesso à justiça como a mencionada *ordem jurídica justa*, os dispositivos constitucionais e infraconstitucionais existentes, como os acima levantados exemplificativamente, tentam abarcar as principais barreiras existentes para o acesso à justiça, quanto para a mitigação dos próprios litígios. No entanto, como conceito em evolução e barreiras interdisciplinares que também se alteram, ainda são necessários questionamentos quanto às formas necessárias de se equalizar o acesso e garantir justiça distributiva.

3.1.2. Acesso à justiça e contraditório

Considerando, em especial, as barreiras de acesso à justiça vinculadas à própria atuação das partes como litigantes individuais durante o processo¹⁰, são extensas as diferenças de participação possíveis a depender de condições financeiras, complexidade do caso e conhecimento técnico entre as partes envolvidas. Para abordá-las, apesar das buscas por alternativas ao Judiciário, é necessário destacar que diversos conflitos usuais ainda serão resolvidos na seara dos tribunais regulares (CAPPELLETTI e GARTH, 1988), cabendo aqui a análise das condições de atuação das partes com o avanço das reformas no próprio Judiciário.

Nesse sentido, como ensina Marc Galanter, que se debruçou sobre as diferenças e o impacto processual entre aqueles que atuam como litigantes eventuais, *one-shotters*, e os grandes litigantes habituais, os *repeat players*, podemos aqui destacar três diferenças primordiais: o acesso a representantes especialistas, técnicos, para auxílio antes da proposição e durante os litígios; a possibilidade de sustentar as barreiras de custo e lentidão do Judiciário; e a atuação com regras favoráveis podendo, novamente, sustentar as barreiras do devido processo (GALANTER, 1974).

¹⁰ Neste trabalho, como serão exploradas questões atuais ligadas à capacidade técnica de participação em litígios judiciais, será dada ênfase aos obstáculos relacionados à primeira onda de acesso à justiça, bem como nas diferenças experienciadas por litigantes habituais e repetitivos.

Partindo já da terceira etapa em que a disputa usualmente se apresenta, a partir das transformações concebidas por Felstiner, Abel e Sarat (1981, p. 635), para além do reconhecimento do dano (*naming*) e da autoria (*blaming*), encontra-se a demanda para que o dano seja reparado (*claiming*). No entanto, desconhecimento técnico, existência de intimidação ou de barreiras financeiras podem inibir certos litigantes de seguirem com a reclamação ou demanda, ou até mesmo de recorrer a auxílio jurídico, bem como a falta de recursos para poder permanecer no litígio pode prejudicar o uso eficaz dos tribunais (GALANTER, 2010). Tais barreiras podem impedir, diretamente, a plena manifestação e a influência no processo, em especial em sua decisão, considerando a disparidade de condições entre as partes.

Assim, entende-se a garantia do processo em contraditório dinâmico como forma de acesso à justiça pelos litigantes, partindo-se do pressuposto de que o acesso à justiça qualitativo apenas ocorrerá com decisões justificadas, construídas pela participação efetiva dos sujeitos em cooperação ao julgador, em um Estado Democrático de Direito (FERNANDES e PEDRON, 2008), e que o acesso à justiça pressupõe um Sistema de Justiça adequadamente organizado, em que os instrumentos processuais previstos permitem a efetivação do direito (WATANABE, 1988).

Assim, considerando o contraditório como *pedra fundamental* do processo, observa Irapuã Santana que:

É através do chamado contraditório participativo que podemos dizer se houve, de fato, acesso à justiça, por ambas as partes. **Somente se elas forem realmente ouvidas e se conseguirem influenciar na construção dos atos decisórios dos órgãos jurisdicionais é que se pode falar na verificação concreta do acesso à justiça.** (SILVA, 2021) (grifou-se)

Sob tal perspectiva, no entanto, cabe apontar que o Sistema de Justiça adequado e com garantias ao contraditório não significa um sistema com formalismos excessivos e que levanta novas barreiras de acesso. Quanto mais complexa e custosa a estrutura processual, com seus empecilhos formalistas, mais danoso o efeito e diretamente atingidos os economicamente menos favorecidos, que dependem, em sua maioria, dos serviços de assistência judiciária estatal, frustrando a garantia de acesso à justiça (BEDAQUE, 2010).

Dessa forma, o contraditório efetivo e dinâmico, como já mencionado, é o contraditório dito participativo, advindo do princípio político da participação e que conta com a possibilidade de intervenção de todos os interessados para o exercício da defesa (GRECCO, 2015), podendo-se, inclusive, levantar o ponto de que a mera aceitação, pelas partes, da resolução de um litígio não garante o acesso à justiça¹¹, tampouco de que esse foi realizado em contraditório efetivo, também dever do juiz em um sistema cooperativo como o que se estrutura no Brasil.

Nesse sentido, apenas um procedimento em contraditório dinâmico, de acordo com os parâmetros fundamentais já apresentados, em que há possibilidade de as partes influírem nas decisões, produzindo provas e se manifestando em tempo hábil e adequado, com a garantia de atos processuais amplamente publicizados e a oportunidade de cooperação, poderá permitir o pleno acesso à justiça.

3.2. Evolução: direito a um acesso à justiça digital

Como apresentou de forma crítica Kazuo Watanabe, é extremamente relevante que, ao se pensar acesso à uma ordem jurídica justa, com legítima participação, se tenha perfeito conhecimento da realidade sócio-político-econômica do País, o que permitirá a organização adequada da Justiça, dos Poderes e dos próprios instrumentos processuais que contribuirão para a resolução de conflitos e efetivação de direitos. Resume o autor, então, a perspectiva que se abordará neste trabalho: “Não se organiza uma Justiça para uma sociedade abstrata, e sim para um país de determinadas características sociais, políticas, econômicas e culturais.” (WATANABE, 1988).

¹¹ Nesse sentido, destaca-se apontamento feio em relação à adoção de novos requisitos para soluções de litígios, como os formatos de *online dispute resolutions* que, mesmo com benefícios e apresentando soluções aos demandantes, pode não caracterizar acesso à justiça: “Compreendido o acesso à justiça como instrumento do exercício de direitos e consequentemente da plena cidadania, o parâmetro para constatar se houve efetiva garantia desse princípio não pode ser a mera aceitação da solução por indivíduo que, hipoteticamente, desconhece seus direitos, não sabe como exercê-los, ou, superadas essas barreiras, não tem condições econômicas para custear a defesa dos interesses ou até mesmo aguardar o resultado final da solução do conflito” (COSTA, Susana Henriques da; EBERHARDT, João Francisco. Acesso à justiça e a obrigatoriedade da utilização dos mecanismos de *online dispute resolution*: um estudo da plataforma consumidor.gov in Direito, processo e tecnologia / coordenação Erik Navarro Wolkart ... [et al.]. - 1. ed. -- São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020)

Para se aprofundar quanto à discussão sobre o acesso à justiça em sua dinâmica atual, é indispensável, então, a observação das condições fático-processuais que o sistema de Justiça brasileiro e seus participantes enfrentam e a que realidade social são impostos, bem como se os instrumentos processuais adotados atualmente são condizentes com tal cenário.

3.2.1. Desigualdade de inclusão digital no Brasil

Considerando o cenário de já se vivenciar a chamada 4^a Revolução Industrial, segundo análise apresentada pelo Banco Mundial em 2016¹², enquanto a inovação tecnológica, a velocidade e a fusão de sistemas tem a capacidade de levar ao aumento de renda e melhora na qualidade de vida, com o *milagre da oferta* e ganhos de eficiência e produtividade, poderá, também, estar atrelada a um aumento de desigualdade, principalmente em relação a estrutura dos mercados de trabalho, sendo uma das maiores preocupações da digitalização.

Apesar da expansão no acesso à internet experienciada no Brasil nos últimos anos, em que os números mais recentes, relativos ao ano de 2019, da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (“PNAD Contínua 2019”) no tema de acesso à internet e à televisão e posse de telefone móvel celular para uso pessoal informam que 82,7% dos domicílios brasileiros têm algum tipo de acesso à internet, ainda totalizam 12,6 milhões os domicílios no país em que não há qualquer acesso ou utilização de internet¹³. O impacto da desigualdade no acesso é mais evidente, ainda, quando considerada a faixa etária acima de 60 anos, em que apenas 45% dos idosos utilizam a internet (IBGE, 2020).

A divisão é drástica também quando consideradas as residências com acesso à internet em áreas urbanas e rurais do país, sendo que nestas apenas 55,6% pôde utilizar a internet em 2019. Ainda, o meio mais popular para utilização da internet nos lares brasileiros, em 2019, foi

¹² BANCO MUNDIAL. The Fourth Industrial Revolution: what it means, how to respond. Disponível em: <<https://www.weforum.org/agenda/2016/01/the-fourth-industrial-revolution-what-it-means-and-how-to-respond>> Acesso em: 01 de setembro de 2021.

¹³ IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua 2018/2019. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101794_informativo.pdf>. Acesso em: 01 de setembro de 2021.

o telefone celular, contabilizando 99,5% dos que utilizavam a internet, seguido pelo microcomputador (45,1%), televisão (31,7%) e pelo tablet (12,0%) (IBGE, 2020).

Cabe destacar que, mesmo em grandes centros urbanos, onde se esperaria amplo acesso e boa conectividade à internet, diferentes perspectivas de digitalização devem ser consideradas. Apenas na cidade de São Paulo, em 2017, segundo pesquisa realizada pelo Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR¹⁴, enfrenta-se disparidade na infraestrutura de acesso à internet, uma vez que 3,4% dos domicílios das classes D/E e 15,2% dos domicílios da classe C informaram ter acesso à banda larga superior a 4 Mbps¹⁵, contra 46,6% das classes A/B (CGI.BR, 2017).

Da mesma forma, considerando o panorama geográfico, foi constatado que, em regra, as subprefeituras com maior índice de exclusão social eram também aquelas com maior índice de exclusão digital, refletindo na perspectiva sociodigital o já conhecido cenário de vulnerabilidade e segregação experienciado na cidade de São Paulo: “as bordas têm os piores desempenhos, situações de maior exclusão; o centro da capital contempla as melhores performances” (CGI.BR, 2017).

Tal contexto de desigualdade de acesso digital foi mantido, no Brasil, durante a pandemia de COVID-19, tendo sido escancarado, principalmente, para a utilização de serviços e produtos essenciais e que sofreram com a digitalização brusca e completa devido à impossibilidade de convívio presencial imposta pelas necessárias medidas de restrição de contato para o combate à pandemia, a exemplo da utilização de serviços públicos.

Considerando o ano de 2020, em comparação ao de 2019, aumentou o percentual de brasileiros procurando (de 28% para 42% dos domicílios) ou realizando (de 28% para 37%) serviços públicos por meio da internet. No entanto, os números ainda são desiguais quando

¹⁴ Desigualdades digitais no espaço urbano [livro eletrônico] : um estudo sobre o acesso e o uso da Internet na cidade de São Paulo/ Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR. São Paulo : Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2019. Disponível em: <https://ctic.br/media/docs/publicacoes/7/11454920191028-desigualdades_digitais_no_espaco_urbando.pdf>. Acesso em 01 de setembro de 2021.

¹⁵ Considera-se que a velocidade de 4Mbps é aquela necessária para desempenhar atividades básicas, a exemplo do envio de e-mails e navegação em páginas na Internet. No entanto, para realizar videochamadas e demais atividades que demandem conectividade com velocidade e estabilidade, é necessária conexão acima de 10Mbps. Disponível em <<https://www.uol.com.br/tilt/noticias/redacao/2020/08/21/chega-de-zoom-travando-veja-qual-internet-e-ideal-para-o-novo-normal.htm>> Acesso em 01 de setembro de 2021.

analizados pelo recorte de grupos socialmente vulneráveis tais como as classes D/E, em que apenas 15% utilizaram a internet para serviços públicos, contra 63% na classe A, e para os brasileiros com menor nível de escolaridade, em que apenas 15% de quem tem o ensino fundamental completo pôde utilizar serviços públicos por meio da internet, contra 68% entre os brasileiros que concluíram o ensino superior (CGI.BR, 2020).

Nesse sentido, é latente o crescimento contínuo no acesso e melhor conexão à internet no país, mas, da mesma forma, é drástica a desigualdade de acesso e formato de acesso à internet e a sua infraestrutura essencial quando considerados recortes como renda, região e escolaridade em uma análise sociodigital. Em um momento de vida virtual que supera as oportunidades de acesso a condições e serviços básicos presencialmente em razão das condições sanitárias, o contexto de desigualdade e exclusão deve ser primordial na construção de políticas públicas ligadas à internet e ao digital.

3.2.2. Vulnerabilidade técnico-processual e o art. 198 do CPC/15 como garantia de acesso à justiça

A partir das mudanças de cenário em relação à digitalização no Brasil e no Mundo, o sistema processual brasileiro começou a sofrer alterações em busca de eficiência e celeridade por meio da digitalização de processos e procedimentos, experienciada, principalmente, com a entrada em vigor do CPC/15.

Por meio dos artigos 193 a 199, em especial, o novo Código alterou a forma de participação nos processos, passando a contar com regulamentações para a prática de atos processuais em meio eletrônico, introduzindo-se as evoluções da chamada automatização do Judiciário, já prevista na Lei 11.419/06. O CPC/15 incumbiu, ainda, por meio de seu art. 196, ao CNJ, e aos Tribunais de Justiça de forma supletiva, a obrigação de regulamentar as práticas e a gestão processual por meio eletrônico, estimulando a compatibilidade dos sistemas, e sendo estes os responsáveis por disciplinar “a incorporação progressiva de novos avanços tecnológicos e editando, para esse fim, os atos que forem necessários, **respeitadas as normas fundamentais deste Código**” (grifou-se).

Buscando uma forma de adequar a legislação processual, foram previstas, também, expressamente, soluções de gestão judicial incluídas no artigo 198, caput e parágrafo único do CPC/15, delegando, às unidades do Poder Judiciário, a disponibilização dos instrumentos necessários para a prática de atos processuais virtuais a todos os litigantes interessados. Ainda que prevista no artigo 194 a ampla publicidade dos atos processuais realizados por meio dos sistemas eletrônicos, apenas tal previsão de disponibilização da infraestrutura tecnológica, com os equipamentos fisicamente, presente no artigo 198, garantiria que o CPC não criasse novos obstáculos explícitos à atuação efetiva das partes no processo (NERY JÚNIOR, 2018).

Assim, tal garantia apresenta-se intrinsecamente ligada à evolução da automatização a partir do uso da tecnologia no Brasil, considerando o já discutido cenário de virtualização seletiva e a latente desigualdade que leva à exclusão digital, sendo tal mecanismo previsto no art. 198 forma de garantia a possibilidade de participação (em contraditório) e a continuidade do acesso à Justiça. Nesse sentido, aponta Augusto Marcacini:

No médio prazo, com a aculturação da população em relação aos meandros da tecnologia e a cada vez mais acelerada queda de preços de equipamentos informáticos, também cada vez mais potentes, **normas como esta perderão grande parte de seu significado prático**. Superadas essas barreiras conjunturais, não há dúvidas de que a informatização processual e o acesso remoto aos autos por meio da rede mundial de computadores será algo muitíssimo benéfico, mais simples e até mesmo mais econômico, tanto para as partes, como para os advogados e a sociedade em geral. (MARCACINI, 2015) (grifou-se)

No entanto, mesmo quando superado o abismo de acesso à internet ainda experienciado hoje, não perderá totalmente sua função a garantia expressa pelo CPC/15 para a manutenção de aparato tecnológico nas sedes físicas do Sistema Judiciário. Tal infraestrutura permanece necessária também em razão das possíveis falhas em sistemas, redes de conexão, falta de fornecimento de energia elétrica, dentre outras, que são possíveis e reais quando da digitalização de certos serviços e atos (MARCACINI, 2015).

Para a garantia do cumprimento dos prazos processuais pelas partes e seus advogados, nesses casos, a existência do aparato disponível nos fóruns é primordial, evitando a constante demanda pela suspensão do processo em razão de força maior, outra garantia apresentada pelo CPC/15¹⁶, mas tão mais abstrata e genérica do que deveria para as necessidades decorrentes de casos específicos de falhas tecnológicas.

¹⁶ “Art. 313. Suspende-se o processo: (...) VI - por motivo de força maior;”

Destaca-se, então, que a adoção de tais mecanismos busca, levando em consideração o contexto de desigualdade e exclusão sociodigital do país, proteger os litigantes que apresentem vulnerabilidade em relação a essa temática, devendo ser especificada aqui como *vulnerabilidade processual*, tornando os litigantes suscetíveis a limitações técnicas, informacionais, econômicas, etc., que os impossibilita de praticar certos atos processuais (TARTUCE, 2010).

Nesse contexto, é importante, também, apresentar a realidade do próprio Sistema Judiciário brasileiro quanto à busca pela completa virtualização. Em que pesem os esforços empenhados na última década, os números apresentados pelo relatório *Justiça em Números* do CNJ em 2020¹⁷ apontam que 27% do acervo de processos nos tribunais brasileiros ainda é físico, e, em relação aos sistemas utilizados, ainda há pulverização, uma vez que mais da metade do acervo de processos tramita em 5 diferentes sistemas¹⁸, dificultando a familiarização de partes e advogados.

Da mesma forma, o estudo sobre a imagem do Judiciário brasileiro publicado em 2019¹⁹ apontou que 73% dos entrevistados, entre população e formadores de opinião, desconhecem as iniciativas da Justiça Digital, apesar de 76% terem afirmado que este novo formato auxilia no acesso à justiça. E o percentual de desconhecimento do projeto diminui de forma acentuada quando observadas as parcelas de maior instrução (56%) e maior renda (58%) da população, confirmando que a exclusão sociodigital, uma das raízes da vulnerabilidade processual, impede

¹⁷ “Levantamento realizado pelo CNJ em maio de 2020 para avaliar o impacto da pandemia COVID-19 nos Tribunais revelou que 27% do acervo ainda é físico, mas que uma parcela significativa dos tribunais já está atuando com 100% dos processos em andamento na forma eletrônica. Apenas 13 de 62 tribunais (19%) declararam possuir menos de 90% de acervo eletrônico. São eles: TJES (21% do acervo eletrônico), TJRS (23% eletrônico), TJMG (31% eletrônico), TJPA (38% eletrônico), TJSP (53% eletrônico), TJPE (62% eletrônico), TJCE (79% eletrônico), TJSC (84% eletrônico), TRF-1 (37% eletrônico), TRF-5 (86% eletrônico), TJM-SP (30% eletrônico), TJM-MG (57% eletrônico) e TRT 10 (83% eletrônico). A Justiça Eleitoral não participou da pesquisa, pela inaplicabilidade da Resoluções CNJ n°s 313/2020 e 322/2020, que estabelecem medidas de funcionamento do Poder Judiciário para prevenção ao contágio do novo Coronavírus.” (CNJ, 2020).

¹⁸ “Os dados detalhados por sistema revelaram que 20% do acervo tramita no PJe, 19% no SAJ, 9% no ProJud, 7% no E-Proc, 2% no Themis, 17% em outros sistemas eletrônicos e 27% no em autos físicos.” (CNJ, 2020)

¹⁹ ESTUDO da Imagem do Judiciário Brasileiro. AMB, FGV e IPESPE. Dez/2019, p. 36. Disponível em: <https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2020/04/ESTUDO_DA_IMAGEM_DO_JUDICIARIO_BRASILEIRO_COMPLETO.pdf>. Acesso em 15 de setembro de 2021.

que a digitalização do Judiciário seja um fenômeno de utilização e experiência equitativa entre litigantes.

Assim, quando levantada a hipótese de impossibilidade de atuação por meio de sistemas informacionais e com conexão à internet que permitiriam a prática de atos processuais virtuais e o acesso aos autos digitais, no escopo do projeto de Justiça Digital, sem que sejam modificados os prazos legais previstos e com o risco da preclusão, é possível entender que se está diante de um litigante com vulnerabilidade processual. Pode-se afirmar que esta é motivada por aspectos econômicos ou, em especial, organizacionais²⁰, ainda que momentâneos, em razão do empecilho técnico vivido (TARTUCE, 2010). Tal vulnerabilidade processual impacta, então, diretamente na possibilidade de participação e na efetividade do acesso à justiça.

3.2.3. Um conceito de acesso à justiça digital

Analisado o cenário atual brasileiro, vivendo a expansão da digitalização em uma chamada 4^a Revolução Industrial, mas ainda em enfrentamento aos obstáculos decorrentes de sua população estar suscetível à desigualdade social que atinge diretamente o acesso à infraestrutura tecnológica e de conexão à internet, bem como o impacto desse caminho de virtualização no sistema processual, entende-se por necessário uma nova análise do que se espera do acesso à justiça.

Apesar dos avanços alcançados, o acesso à justiça em seus pilares de garantia de justiça social redistributiva tem sido afastado das escolhas políticas que concernem o sistema processual no Brasil. Não apenas se deixou de lado a adoção de novas estruturas para a real facilitação do acesso aos grupos marginalizados, como se substituiu tal preocupação pela *pauta eficientista e gerencial* (GABBAY; COSTA; ASPERTI, 2019).

²⁰ “É pertinente lembrar que a motivação para a promulgação da Lei de Informatização do Processo Judicial foi viabilizar a ampliação do acesso à justiça, a racionalização e a eficiência na prestação jurisdicional colaborando para sua razoável duração. Em toda e qualquer situação limite em que o jurisdicionado possa ter negada uma dessas premissas, a interpretação deve ser mais favorável ao fornecimento de novas oportunidades de atuação a partir da remoção dos obstáculos. A isonomia também precisa ser considerada pauta obrigatória pelo magistrado, que não pode ser mais um representante estatal indiferente à realidade brasileira em que as dificuldades estruturais comprometem a atuação justamente dos mais necessitados” (TARTUCE, Fernanda. Igualdade e Vulnerabilidade no Processo Civil. São Paulo: Forense, 2010. p. 218)

Não se trata, entretanto, de uma rejeição aos avanços para a eficiência do Sistema de Justiça e para o próprio acesso à justiça ligados à evolução virtual. É imprescindível reconhecer os avanços da tecnologia aliada à criação de ferramentas essenciais para se pensar e estruturar o acesso à justiça no Brasil, a exemplo da digitalização de autos processuais e da adoção de plataformas de *online dispute resolution*, com inovações e simplificações no formato de comunicação de demandas, quebra de barreiras da língua e/ou da linguagem formal, além de otimização do sistema multiportas para a resolução adequada de demandas na nova era (COSTA; EBERHARDT, 2020).

No entanto, para que tais avanços sejam reais, não se pode, também, ocultar da análise pública necessária parte da população que não consegue usufruir da nova estrutura de forma plena, e que pode encontrar na migração para o digital barreiras que se apresentam como intransponíveis. Assim, para se estruturar uma concepção de acesso à justiça redistributiva que seja atual, esta deve ser baseada na implementação de políticas públicas que de fato preocupem-se mais com quem menos tem, seja em termos estritamente econômicos, seja considerando obstáculos técnico-informacionais.

Dessa forma, considerando as iniciativas de Justiça Digital, em especial durante os momentos de maior restrição de circulação devido à pandemia de COVID-19, excepcionais ou definitivas, sendo adotadas no Brasil, levanta-se o questionamento da necessidade de um novo olhar ao acesso à justiça. Com a vulnerabilidade processual, primordialmente em sua faceta informacional, ligada à exclusão sociodigital presente no país, tem-se a necessidade de pensar a legislação e as normas de gestão do Judiciário não apenas com o enfoque na eficiência proporcionada pelo avanço digital, mas também nos obstáculos de acesso criados e em mecanismos que proporcionem tal acesso à justiça digital.

4. IMPACTOS DA PANDEMIA NA MACROGESTÃO DO JUDICIÁRIO

4.1. As soluções apresentadas: Resolução 314/2020 do CNJ, Provimento 2.554/2020 do CSM e Provimento 2.613/2021 do CSM

Como já suscitado, a adoção de políticas públicas para digitalização do Poder Judiciário é impulsionada desde a Lei 11.419/06, sedimentada pelo CPC/15, bem como pela atuação do CNJ enquanto fomentador e sistematizador do uso de ferramentas digitais. No ano de 2020, entretanto, para além das políticas que vinham sendo adotadas para ampliar a digitalização de autos processuais e permitir a migração de alguns atos para o ambiente virtual, toda a estrutura e os usuários do Sistema Judiciário foram apresentados a um cenário extremo de virtualização.

As previsões legais adotadas, em especial, pelo CPC/15 para garantir a participação em atos processuais eletrônicos e permitir a efetivação do contraditório àqueles com vulnerabilidade processual e excluídos digitalmente não conseguiram abarcar a realidade do cenário brasileiro em meio à pandemia de COVID-19. Sem tempo hábil à discussão legislativa com a inclusão da sociedade civil no debate, coube ao CNJ o exercício de sua competência legal para adequar a atuação do Poder Judiciário.

Assim, com a declaração, pela Organização Mundial da Saúde (“OMS”), de pandemia, em 11 de março de 2020, e a decretação, pelo Poder Legislativo brasileiro, de estado de calamidade pública, em 20 de março de 2020²¹, o CNJ apresentou a Resolução 313/2020, suspendendo os prazos processuais em toda a jurisdição brasileira²², seguindo orientação já determinada em âmbito estadual pelo Provimento 2545/2020²³ do Conselho Superior de Magistratura do Estado de São Paulo (“CSM”).

No entanto, com a progressão da pandemia no mundo, e sua perspectiva de continuidade, ao menos a curto e médio prazo, no Brasil, em 24 de abril de 2020, foram

²¹ BRASIL. Decreto Legislativo no 6, de 20 de março de 2020.

²² CNJ. Resolução 313/20, de 19 de março de 2020.

²³ CSM. Provimento 2.565, de 17 de março de 2020.

estabelecidas, em nível nacional e com repercussão no Estado de São Paulo, novas orientações para retomada dos prazos processuais em processos que tramitam em meio eletrônico que estavam suspensos até aquele momento, por meio da Resolução 314/2020 do CNJ²⁴ e do Provimento 2.554/2020 do CSM²⁵ que entraram em vigor em 01 de maio de 2020.

Destacam-se, então, para análise mais aprofundada, as regras processuais apresentadas por tais normativas e seu impacto nas garantias legalmente previstas. Presente nos textos originais tanto da resolução do CNJ, quanto do provimento do CSM, com a mesma redação²⁶ (§§ 2º e 3º do artigo 3º da Resolução 314 e §§ 1º e 2º do artigo 2º do Provimento 2.554), a nova regra de obrigatoriedade de atos processuais virtuais previu as seguintes possibilidades para os litigantes em geral: (i) adiamento de atos processuais que não poderiam ser realizados virtualmente, por meio de justificativa da parte e decisão fundamentada do juízo; e (ii) suspensão de prazos de natureza de defesa que demandam a coleta de elementos probatórios junto a partes impossibilitadas para tal, por meio de informação ao juízo quanto à impossibilidade na vigência do prazo para o ato processual.

Quando questionado pela OAB-DF²⁷, o Plenário do CNJ manteve seu entendimento de que apenas em casos de “apresentação de contestação, impugnação ao cumprimento de sentença, embargos à execução, defesas preliminares de natureza cível, trabalhista e criminal, inclusive quando praticados em audiência, e outros que exijam a coleta prévia de elementos de prova” poderão ter os prazos suspensos por mera requisição judicial, sem valoração argumentativa ou probatória relacionada. Destaca-se que a Conselheira relatora, em seu voto,

²⁴ CNJ. Resolução 314/20, de 24 de abril de 2020.

²⁵ CSM. Provimento 2.554/20, de 24 de abril de 2020.

²⁶ “§1º. Os atos processuais cuja prática seja incompatível com o distanciamento social recomendado pelos órgãos de saúde e não puderem ser executados por meio eletrônico ou virtual, por absoluta impossibilidade técnica ou prática a ser apontada e devidamente justificada por qualquer dos envolvidos, deverão ser adiados, mediante decisão fundamentada do magistrado.

§2º. Os prazos processuais para apresentação de contestação, impugnação ao cumprimento de sentença, embargos à execução, defesa preliminar de natureza criminal e de outros atos que exijam a coleta prévia de elementos de prova por parte dos advogados, defensores e procuradores junto às partes e assistidos, somente serão suspensos se, durante a sua fluência, a parte informar ao juízo competente a impossibilidade da prática do ato. Nesta hipótese, o prazo será considerado suspenso na data do protocolo da petição com essa informação.”

²⁷ Julgamento proferido na 15ª Sessão extraordinária, realizada em 25 de maio de 2020, quanto ao Pedido de Providências nº 0003594-51.2020.2.00.0000 proposto pela Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Distrito Federal (OAB-DF).

afirmou que a estrutura da Resolução 314, neste entendimento, evitaria perdas quanto à prestação jurisdicional e o acesso à justiça, bem como a atuação protelatória com pedidos de suspensão de prazo de forma indiscriminada.

A relatora, Conselheira Tânia Regina Silva Reckziegel, no voto condutor do acórdão, destacou que essa sistemática evita tanto “prejuízos à prestação jurisdicional e ao acesso à justiça (afastando-se a preclusão para a prática de atos não realizados porque não era possível sua realização)”, quanto pedidos indiscriminados e meramente protelatórios de suspensão de prazos.

Nesse sentido, em artigo²⁸ publicado pela Associação dos Advogados de São Paulo (“AASP”) sobre a atuação da advocacia cível durante a pandemia, foi manifestado entendimento de que, após o mero protocolo de petição solicitando a suspensão do prazo em ato processual de defesa, este deveria ser suspenso e retomado somente se constatado, com o devido contraditório, ser requisição infundada (LEITE, Cláisse, e LEITE, Caroline, 2020).

Ainda, para além dos atos genericamente realizados no curso dos processos, o art. 3º, §3º da Resolução 314²⁹ e o art. 2º, §4º do Provimento 2.554³⁰, considerando alteração pelo Provimento 2.557, dispõem sobre a participação nas audiências telepresenciais. Apesar de levantarem como ponto de observação, pelo magistrado, as dificuldades de intimação e participação que possam afetar partes e testemunhas, não há baliza concreta de ponderação sobre a realidade fática de impossibilidade dos atores processuais que deveria ser considerada para afastar ou postergar a realização de audiências por meio virtual em plataformas determinadas pelos tribunais.

²⁸ Disponível em: <<https://www.aasp.org.br/em-pauta/advocacia-civel-em-tempos-de-covid>>. Acesso em 25.09.2021

²⁹ “§3º As audiências em primeiro grau de jurisdição por meio de videoconferência devem considerar as dificuldades de intimação de partes e testemunhas, realizando-se esses atos somente quando for possível a participação, vedada a atribuição de responsabilidade aos advogados e procuradores em providenciarem o comparecimento de partes e testemunhas a qualquer localidade fora de prédios oficiais do Poder Judiciário para participação em atos virtuais.” (g.n.)

³⁰ “§4º. Poderão ser realizadas audiências por videoconferência, observada, nesse caso, a possibilidade de intimação e de participação das partes e testemunhas no ato, por meio do link de acesso da gravação junto ao Microsoft OneDrive, a ser disponibilizado pelo juízo, observadas as demais disposições dos Comunicados CG nº 284/2020 e nº 323/2020.” (g.n.)

No mais, em momento inicial, não foram previstas, a nível nacional e no Estado de São Paulo, quaisquer garantias de infraestrutura a serem concedidas pelo Judiciário a partes, testemunhas e advogados, em violação à regra geral encontrada no art. 198, CPC/15, já abordado neste trabalho.

Sobre os atos processuais virtuais, em especial as audiências, a Corregedoria Geral de Justiça do Tribunal de Justiça de São Paulo (“CGJSP”) emitiu comunicado com orientações gerais, incluindo pronunciamento sobre a forma como os magistrados deveriam lidar com as previsíveis falhas de conexão durante tais atos processuais. Nesse sentido, de acordo com o item 15 do Comunicado CGJSP nº 284³¹, com primeira versão em 17.04.2020:

Nos casos de falha de transmissão de dados entre as estações de trabalho serão preservados os atos até então praticados e registrados em gravação, cabendo ao magistrado avaliar as condições para a continuidade do ato, possível pelo mesmo link, ou sua redesignação. No caso de falha na conexão que impeça a continuidade da audiência, uma vez iniciada a gravação ela será salva automaticamente pelo sistema até o momento da queda da conexão. Importante que o magistrado ou servidor designado disponha do contato telefônico das partes para informar sobre eventual continuidade ou resignação da audiência. No caso de mais de um vídeo gravado para a mesma audiência deverá ser renomeado como 'parte 1', 'parte 2', e assim sucessivamente;

Já no cenário nacional, apenas em 10 outubro de 2020, após quase 6 meses de vigência da Resolução 314, e cumprindo a determinação do julgamento do Ato Normativo nº 0008090-26.2020.2.00.0000 ocorrido na 319^a Sessão Ordinária do CNJ, foi determinada a necessidade de disponibilização de salas para depoimentos em audiências por sistema de videoconferência³². Nesse sentido, buscou-se manter a possibilidade de opção pelo formato digital, já adotado como regra geral durante as restrições de circulação física em razão da pandemia de COVID-19, mas protegendo garantias de participação dos litigantes.

³¹ CORREGEDORIA GERAL DA JUSTIÇA. Comunicado 284/20, de 17 de abril de 2020.

³² Art. 3º As audiências telepresenciais serão determinadas pelo juízo, a requerimento das partes, se conveniente e viável, ou, de ofício, nos casos de: I – urgência; II – substituição ou designação de magistrado com sede funcional diversa; III – mutirão ou projeto específico; IV – conciliação ou mediação; e V – indisponibilidade temporária do foro, calamidade pública ou força maior. Parágrafo único. A oposição à realização de audiência telepresencial deve ser fundamentada, submetendo-se ao controle judicial.

Dessa forma, apesar de garantirem soluções majoritariamente benéficas para a continuidade da prestação jurisdicional durante a pandemia no Brasil, tendo o Judiciário proferido mais de 40,5 milhões de sentenças e acórdãos, e 59,5 milhões de decisões judiciais (CNJ, 2021), são encontradas lacunas importantes nas normativas apresentadas. A valoração da eficiência da experiência de virtualização quase total do Judiciário, em que pese a incompletude existente, leva a um cenário de consequências na macrogestão da Justiça no período, situação fática que torna tangente a possibilidade de impacto negativo na aplicação do contraditório dinâmico, com participação efetiva e influência decisória, para as partes, principalmente aquelas que se encontram em situação de vulnerabilidade técnico-processual.

Questiona-se, então, como se deu a aplicação prática, pelos magistrados, das regras excepcionais estabelecidas, quando expostos a manifestações das partes e advogados em relação à dificuldades na atuação virtual ou necessidades de dilação de prazos processuais, considerando que a perspectiva de impossibilidade de aplicação das ferramentas virtuais em certos atos processuais foi reconhecida pelo próprio CNJ³³, sem levar a alterações efetivas para garantia de participação e de acesso à justiça virtual.

4.1.1. A comprovação de impossibilidade técnica como prova diabólica

Em relação à normatização realizada pelo CNJ e pela Justiça Estadual de São Paulo para a continuidade dos serviços do Judiciário e para a volta da fluência de prazos processuais durante a pandemia de COVID-19, em especial quanto às normas instituídas pela Resolução 314 e replicadas pelo Provimento 2.554, já comentadas, merece destaque a *absoluta impossibilidade técnica* a ser alegada e comprovada quando da inviável participação plena das partes.

³³ “Mas há situações em que as audiências não podem ser realizadas por meio virtual em atenção, por exemplo, à situação financeira da parte, considerando-se a desigualdade de renda e de acesso aos recursos de informática por grande parcela da população atendida pelo Poder Judiciário. Houve ainda restrições de atendimento presencial em decorrência dos referidos protocolos sanitários. O Poder Judiciário, em atendimento à sensibilidade do momento e às restrições de funcionamento e de transporte público, também deve ser acessível às partes, testemunhas e demais sujeitos processuais, que não podem ter seu direito de acesso à Justiça tolhidos em decorrência de sua condição pessoal e financeira.” (Conselho Nacional de Justiça. Justiça em números 2021 / Conselho Nacional de Justiça. – Brasília: CNJ, 2021)

Ainda que expressão sem conceito legal ou construção doutrinária conhecida, a absoluta impossibilidade técnica foi aplicada de forma a delegar seu entendimento aos litigantes e patronos, incumbindo às partes o ônus de justificação de sua própria vulnerabilidade técnica, com ônus probatório inviável àqueles que já não conseguem atuar no formato virtual e explicitam tal dificuldade para ver satisfeita a garantia de participação plena.

Nesse sentido, é possível entender tal exigência como a instituição de verdadeira prova diabólica, uma vez que comprovar a veracidade da alegação de que se está em situação de impossibilidade técnica de atuação em ambiente virtual demandaria a própria atuação, consistindo em situação de exacerbada dificuldade à parte, não alcançando meios para tal demonstração (LOURENÇO, 2015). No mais, como a alegação e necessidade de comprovação se faz perante determinação do juízo e pode acometer qualquer das partes, inclusive ambas, não é possível considerar a aplicação da teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova.

Assim, além de uma alteração no formato de participação processual, tal normativa trouxe ônus probatório que pode ser impossível aos litigantes com vulnerabilidade processual informacional, em especial àqueles em situação de exclusão sociodigital, sem garantir as prerrogativas de infraestrutura existentes no CPC/15.

4.1.2. Uma resposta permanente: Justiça 4.0 e a criação do juízo 100% digital

Considerando, primordialmente, o que se passou a entender como uma evolução de eficiência do Judiciário após a migração para o formato integralmente digital durante a pandemia, o CNJ buscou incorporar algumas das alterações normativas excepcionais na estrutura permanente de macrogestão do Judiciário brasileiro. Compondo um dos pilares da nova gestão do Conselho³⁴ que assumiu já em 2020 durante a pandemia, pauta-se o Programa Justiça 4.0, em parceria com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento

³⁴ Sob a gestão do Min. Luiz Fux, adotou-se no CNJ o lema de um Judiciário “eficiente, inovador e transparente” com base em 5 eixos de gestão, dentre os quais se destaca o da “Justiça 4.0 e promoção do acesso à justiça digital”, que, apesar dos esforços positivos com projetos que envolvem a centralização de sistemas tecnológicos utilizados e ampliação de meios adequados de solução de conflitos em ferramentas virtuais (ODRs), deixa de mencionar os obstáculos à participação e a exclusão digital que ainda ocorre no país. (CNJ. 5 Eixos da Justiça. Projetos da Gestão do Ministro Luiz Fux, 2020. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/09/5-Eixos-da-Justi%C3%A7a-%C3%A7a-Ministro-Luiz-Fux-22.09.2020.pdf>>. Acesso em 26.09.2021.

(“PNUD”) e o Conselho da Justiça Federal (“CJF”), buscando a garantia de celeridade processual e acesso à justiça por meio da modernização tecnológica do Judiciário.

Sob tal contexto, por meio da Resolução CNJ 345³⁵, em outubro de 2020, foi instituído o chamado “Juízo 100% digital”, projeto de virtualização completa de processos, como ocorreram durante o período de distanciamento social, mas de forma permanente para viabilizar celeridade e eficiência, com faculdade de adoção pela parte demandante e possibilidade de negação, pela parte demandada, até o momento da contestação³⁶. Em caso de intenção de retratação quanto à escolha pelo Juízo 100% digital, as partes poderão apresentar solicitar alteração apenas uma vez até o momento da sentença³⁷.

A normativa apresenta, ainda, a regra de que os tribunais deverão estar equipados e fornecer a infraestrutura de informática e telecomunicação necessárias ao funcionamento das unidades jurisdicionais que integrem o Juízo 100% digital, sem, no entanto, explicitar se tal infraestrutura estará amplamente disponível a partes, testemunhas e advogados³⁸. Em relação à garantia prevista pelo art. 198 do CPC/15, a previsão no projeto que mais se aproxima de permitir o apoio técnico para a atuação no novo formato de processo é aquela relacionada às audiências por videoconferência³⁹.

Já em novembro de 2020, foi instituída a Resolução CNJ 354⁴⁰, em razão da necessidade de regulamentação do cumprimento digital de atos processuais e ordens judiciais, em especial as audiências por videoconferência e telepresenciais. Nestas, determinou-se que seriam mantidas as práticas formais em relação a audiências presenciais, ainda que não

³⁵ CNJ. Resolução 345/2020, de 09 de outubro de 2020.

³⁶ “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.”

³⁷ “Art. 3º. § 2º Adotado o “Juízo 100% Digital”, as partes poderão retratar-se dessa escolha, por uma única vez, até a prolação da sentença, preservados todos os atos processuais já praticados.”

³⁸ “Art. 4º Os tribunais fornecerão a infraestrutura de informática e telecomunicação necessárias ao funcionamento das unidades jurisdicionais incluídas no “Juízo 100% Digital” e regulamentarão os critérios de utilização desses equipamentos e instalações.”

³⁹ “Art. 5º As audiências e sessões no “Juízo 100% Digital” ocorrerão exclusivamente por videoconferência. Parágrafo único. As partes poderão requerer ao juízo a participação na audiência por videoconferência em sala disponibilizada pelo Poder Judiciário.”

⁴⁰ CNJ. Resolução 354, de 19 de novembro de 2020.

abordadas em extensão, além de se prever, em seu art. 7º, IV, que “a critério do juiz e em decisão fundamentada, poderão ser repetidos os atos processuais dos quais as partes, as testemunhas ou os advogados não tenham conseguido participar em virtude de obstáculos de natureza técnica, desde que devidamente justificados”.

Apesar de conter necessária previsão para a possibilidade de repetição de atos processuais em que as partes não tenham atuado em contraditório dinâmico pleno em razão de impedimentos de caráter técnico, passíveis de acontecer com quaisquer litigantes, e, em especial, os que se encontram em situação de vulnerabilidade processual, a regra é problemática ao delegar integralmente ao arbítrio do magistrado tal decisão.

Importante destacar, ainda, que apesar das frequentes menções à garantia constitucional de duração razoável do processo e à necessidade de uma prestação jurisdicional eficiente pelo Judiciário no Brasil, tanto as resoluções editadas pelo CNJ, quanto à comunicação institucional do órgão para promover o programa de digitalização deixaram de mencionar a garantia do contraditório. Apresentadas brevemente no Relatório Justiça em Números publicado em 2021, as dificuldades técnico-informacionais enfrentadas por litigantes vulneráveis continuaram à margem das políticas públicas que se apresentam como garantia de acesso à justiça.

4.2. Análise do direito comparado: realizações do Poder Judiciário em países da América Latina durante a pandemia e as imposições de distanciamento social

Observadas as políticas públicas adotadas como estratégias de macrogestão do Judiciário durante a pandemia de COVID-19 no Brasil, é possível destacar a rápida adaptação de estruturas internas do Judiciário ao modelo virtual, tal como proposto pelas resoluções apresentadas anteriormente, além da adoção do sistema remoto de trabalho por magistrados e servidores, já em abril de 2020. No entanto, o cenário é preocupante quando percebidas a ausência de reforço às prerrogativas de contraditório e acesso à justiça na nova estrutura, sendo necessário observar como e quais soluções foram adotadas por países vizinhos na América Latina no mesmo período, identificando possíveis peculiaridades das soluções brasileiras.

Em relatório apresentado, em dezembro de 2020, pelo International Legal Assistance Consortium (“ILAC”) denominado “Justice in the Time of COVID-19 - Challenges to the

Judiciary in Latin America & the Caribbean”, um total de 13 países, incluindo o Brasil⁴¹, foram analisados quanto a suas práticas, principalmente quanto à manutenção de garantias do devido processo legal e julgamento justo a partir do uso de ferramentas para virtualização de procedimentos, bem como se as existências de lacunas ao acesso digital ameaçaram também o acesso à justiça em alguns países, ou se algumas regiões foram capazes de realizar tal migração de formato rapidamente sem maiores intempéries.

Observando resultados do relatório, em todos os treze países estudados, foram adotadas medidas análogas à decretação de estado de emergência, com implicações de restrições diretas ou indiretas que levaram a consequências no funcionamento dos Sistemas Judiciários, em especial entre os meses de março e julho de 2020, onde foi observada queda na atividade judicial nos países (ILAC, 2020).

Já para a continuidade da prestação jurisdicional durante a pandemia, enquanto em países como Costa Rica, Guatemala, Colômbia e República Dominicana, ferramentas tecnológicas foram implementadas pontualmente ou não puderam ser implementadas, nas jurisdições de países como Argentina, Chile e México, em alguns estados, como na maioria dos estados do Brasil, já havia algum tipo de mecanismo de justiça digital em utilização antes da decretação de pandemia, e, em seguida, estes foram expandidos para garantir acesso ao Judiciário com maior eficiência. Nestes países que já passaram pela transição ao digital, a adoção em larga escala dos mecanismos de justiça digital possibilitou a utilização de sistemas eletrônicos para o peticionamento de demandas, envio de notificações, assinaturas eletrônicas, arquivos eletrônicos, dentre outros atos (ILAC, 2020).

Considerando a realização de audiências remotas, por videoconferência ou em formatos análogos, na maioria das jurisdições analisadas, a decisão final quanto ao formato ficou sobre a discricionariedade dos magistrados. Ainda que as partes pudessem opinar sobre a conveniência, ou não, de uma audiência virtual, a análise final foi delegada à decisão do juiz. Dentre os países que tentaram minimizar as consequências de tal decisão unilateral, no Chile, os juízes realizaram audiências virtuais informais com as partes para discutir a possibilidade

⁴¹ No estudo aqui observado, foram entrevistados representantes de Argentina, Bahamas, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, República Dominicana, Guatemala, Haiti, Jamaica, México, Panamá e Trinidad e Tobago.

de realização de audiência oficial em formato virtual, aplicando uma espécie de teste principalmente para audiências com a apresentação de provas pelas partes (ILAC, 2020).

De acordo com a pesquisa, a expansão e aceleração no uso de ferramentas de justiça digital durante a pandemia elevaram os índices de eficiência e celeridade do Judiciário nos países da América Latina, bem como reduziram custos processuais. No entanto, também foram mencionados pelos entrevistados desvantagens como a não familiaridade dos litigantes com as ferramentas, as dificuldades em audiências virtuais, principalmente quanto à leitura de linguagem corporal e oitiva de testemunhas e peritos, a instabilidade de conexão à internet enfrentada pelas partes, com falta de infraestrutura tecnológica ou desconhecimento destas, aumentando a desigualdade mencionada como *digital gap*, dentre outros.

Pela análise realizada, ainda, os dados apontaram que grupos marginalizados, tais como pessoas sem documentos de identificação e acesso à internet de qualidade, foram aqueles que enfrentaram maiores obstáculos para ver suas demandas legais resolvidas durante a pandemia de COVID-19. Não apenas em relação ao acesso ao Judiciário, tais grupos também foram afastados do acesso a benefícios assistenciais de proteção social em razão da pandemia, a serviços de saúde, e até mesmo das medidas contra desapropriação e apropriação de terras em vários países da América Latina.

Como recomendações principais advindas da análise conduzida no relatório, duas se destacam no contexto de acesso à justiça digital e garantia ao contraditório observado por este trabalho: (i) a necessidade contínua de expandir e melhorar as ferramentas de justiça digital e minimizar a chamada “lacuna digital”, para que o devido processo e os direitos de um julgamento justo sejam satisfeitos e o acesso à justiça seja garantido em todas as esferas; e (ii) a importância de se estabelecer diretrizes claras sobre segurança cibernética, conduzindo processos e procedimentos em âmbito virtual com segurança e a garantia de livre acesso da população a audiências públicas. Tais recomendações, ainda, apontam que as práticas devem ser aplicadas nos termos das leis garantidoras de direitos humanos e do estado de direito, garantindo direitos individuais, independência do Judiciário e legitimidade dos procedimentos judiciais (ILAC, 2020).

Nota-se, então, que o cenário brasileiro não foi composto por iniciativas isoladas para a continuidade da prestação jurisdicional, mas fez parte de uma tendência regional de expansão

da virtualização focada em eficiência durante a pandemia de COVID-19. No entanto, as dificuldades enfrentadas, principalmente quando observada a desigualdade de acesso à infraestrutura digital e à internet, para garantia de direitos de participação de acordo com o devido processo e promovendo acesso à justiça à população, são mantidas pelas iniciativas experienciadas na América Latina, cabendo agora analisar sua aplicação prática no Judiciário brasileiro e as consequências aos litigantes.

5. AS IMPOSSIBILIDADES DE PARTICIPAÇÃO E O POSICIONAMENTO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

5.1. Metodologia e objetivos da pesquisa empírica

A partir da revisão teórica sobre o princípio do contraditório realizada, a construção de uma análise sobre o contexto fático atual e a necessidade de garantia do acesso à justiça digital, apresentadas nos capítulos 2, 3 e 4 acima, pretendeu-se analisar, neste trabalho, a efetividade de tais garantias frente aos desdobramentos de um episódio específico no ordenamento jurídico brasileiro, qual seja a pandemia de COVID-19, em especial as implicações a partir dos atos de macrogestão do Judiciário adotados para continuidade da prestação jurisdicional. Para tanto, foi utilizado o método de pesquisa documental, com levantamento de dados e análise de jurisprudência⁴², que permite a investigação e entendimento do direito aplicado à realidade com recorte de determinado período ou fenômeno e as adequadas inferências.

Com um cenário sócio-político extremo, demandando respostas rápidas e eficientes não apenas no combate à pandemia, como também na organização das estruturas públicas e privadas para a realidade que se impôs, mostrou-se necessário observar também a postura do Judiciário. Nesse sentido, buscou-se demonstrar como o entendimento da jurisprudência do TJSP quanto a impossibilidades de participação dos litigantes e demandas de prerrogativas processuais impactou e continua impactando na efetivação do direito ao contraditório e no respectivo acesso à justiça digital.

Para se atingir o objetivo principal desta análise empírica, foi adotado o formato de *top-down research*, em que se observa como a existência de uma estrutura legal ou normativa pode permitir, ou dificultar, a forma com que diferentes grupos da população possam atingir seus objetivos e buscar seus interesses, a partir da ótica da desigualdade existente (SANDEFUR, 2008). Dentre os formatos possíveis de análise, esta foi identificada como a de maior adequação, uma vez que estruturas normativas processuais foram criadas ou amplamente

⁴² No presente trabalho, serão utilizados como sinônimos os termos “mapeamento” e “levantamento” de dados, processos ou julgados, para caracterizar a fase inicial de busca e categorização dos julgados, e o termo “análise” como a fase de verificação qualitativa dos julgados já selecionados.

expandidas durante o período de análise, sendo necessário observar seu impacto na efetivação do acesso à justiça.

Como a pergunta principal endereçada no trabalho enfrentou aspecto fático do período e pretendeu tal análise do direito aplicado, necessário seu desdobramento por pesquisa processual de jurisprudência, uma vez que se trata de investigação orientada por metodologia especialmente construída para endereçar perguntas que possam ser respondidas por meio de análise de julgados judiciais (BONACORSI *et al*, 2019) e que tenham eficácia ao tratar como objeto a aplicação de norma jurídica direta ou indiretamente judicializada (SILVA, 2017).

Com o sistema de precedentes judiciais que passou a ser utilizado no País, mesmo a nível estadual, importante destacar a utilidade da análise de julgados e seu impacto nas decisões posteriores proferidas em 1^a instância pelos magistrados que venham a aplicar a mesma norma discutida, nos termos do próprio art. 927 do CPC⁴³. Identificada a importância dos julgados para a formação do entendimento e para a determinação de eficácia da norma, pelo Poder Judiciário, sua análise qualitativa é o método que se mostra mais eficiente para o objetivo do presente trabalho.

Neste caso, então, busca-se apurar se o TJSP considerou e/ou incorporou elementos constitutivos do direito ao contraditório dinâmico à *ratio decidendi* em casos envolvendo demandas de suspensão, adiamento ou cancelamento de atos e prazos processuais motivados por impossibilidade, dificuldade ou aparente prejuízo na participação virtual dos litigantes nos processos, bem como em outras demandas de possíveis violações a prerrogativas de participação durante a pandemia, com base nas estruturas estabelecidas, primordialmente, pela Resolução 314/2020 do CNJ e pelo Provimento 2.554/2020 do CSM do TJSP, com reconhecimento de aparente vulnerabilidade técnico-processual do litigante ou não.

Para o mapeamento dos julgados durante a pesquisa exploratória e seleção do universo de pesquisa deste trabalho (Anexos I e II), foi utilizada a ferramenta de consulta de

⁴³ Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.”

jurisprudência completa do portal eletrônico oficial do TJSP (Portal e-SAJ)⁴⁴. Nesta, os termos selecionados para a busca foram “impossibilidade técnica”, “pandemia”, “suspensão de prazo”, “covid”, e “audiência virtual”, sendo excluídos dos resultados os julgados com a temática criminal, e não mapeados para compor o universo exploratório os que se distinguiam do objeto pretendido com os termos, tais como os que abordavam a atuação de oficiais de justiça durante o período de restrições de circulação. Ao final do levantamento, o universo de pesquisa foi estruturado com uma amostra de 60 julgados proferidos pelo TJSP entre maio de 2020 e setembro de 2021.

Cabe destacar que esta análise empírica, no entanto, não garante a perfectibilidade da ferramenta de pesquisa de jurisprudência do TJSP, podendo não terem sido consideradas para a seleção da amostra as decisões não publicadas ou não vinculadas ao sistema. Ainda, os julgados selecionados não se apresentam como representação completa e/ou exata da aplicação jurisprudencial de normativas e práticas adotadas durante a pandemia no Brasil e no estado de São Paulo, restringindo-se a análise por amostragem.

Aplicado o filtro inicial da pertinência temática e temporal, os julgados foram identificados e analisados por:

1. qual o tipo de recurso ou ação a que respondiam os julgados;
2. qual a demanda mais relevante;
3. qual o resultado do julgamento da ação ou recurso;
4. qual a temática processual mais relevante abordada;
5. se o recorrente era requerente ou requerido na ação principal⁴⁵;
6. se o recorrente era beneficiário da justiça gratuita;
7. se o recorrente alegou impossibilidade técnica, impossibilidade prática, força maior, cerceamento de defesa e/ou prejuízo ao contraditório;
8. se o desembargador ou a turma julgadora entenderam pela ausência ou presença de alegação consistente ou prova suficiente quanto à impossibilidade/dificuldade/prejuízo para a participação; e

⁴⁴ Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/>>

⁴⁵ Em caso de ações de competência originária do Tribunal, foi adotada, para a posição de recorrente, a simetria das relações processuais na resposta.

9. se os princípios do contraditório e/ou da celeridade processual foram expressamente mencionados pelo desembargador ou turma julgadora.

Após submetidas as referidas questões à análise nos 60 acórdãos selecionados, foi elaborada conclusão, por meio das inferências advindas da pesquisa empírica, para confirmar ou rejeitar a hipótese de supressão da garantia de processo em contraditório efetivo, bem como a criação de obstáculos ao acesso à justiça digital, pelo atual entendimento jurisprudencial quanto à regulação de normas processuais submetidas à casuística excepcional da pandemia de COVID-19 e às novas estruturas de Justiça virtual. Mais que a avaliação do mérito decisório, buscou-se entender os métodos adotados e requisitos avaliados pelos magistrados para a aplicação ou denegação de tais recém-criados artifícios processuais.

5.2. Análise jurisprudencial quanto à aplicação da resolução 314/2020 do CNJ e do provimento 2.554/2020 do CSM

5.2.1. Resultados gerais

Com a análise dos julgados, foi possível traçar, inicialmente, as formas pelas quais os litigantes levaram à 2^a instância do Poder Judiciário Estadual de São Paulo demandas relacionadas à participação e à aplicação das normativas criadas durante a pandemia de COVID-19. Constatou-se que, dentre os 60 julgados que compõem o universo da pesquisa, mais da metade, 39 julgados, advém de decisões em recursos de Agravo de Instrumento, enquanto 7 julgaram o tema em sede de Apelação, 6 em Agravo Interno, 5 em Embargos de Declaração e 3 em Mandados de Segurança de natureza cível.

Cabe destacar que a prevalência por recursos de agravo de instrumento se deu em razão da adoção da Teoria da Taxatividade Mitigada pelos julgadores, a partir da reprodução do entendimento firmado no julgamento em recurso repetitivo sob o tema nº 988⁴⁶, do Superior Tribunal de Justiça. Assim, apesar de não constarem no rol do art. 1015 do CPC/15 para a

⁴⁶ “O rol do art. 1015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação”

possibilidade de interposição de agravo de instrumento, as demandas relacionadas a impossibilidades de participação nos atos virtuais e de cumprimento de prazos nos processos contavam com urgência para resolução, com riscos de prejudicialidade caso fosse necessário aguardar o momento processual do recurso da apelação.

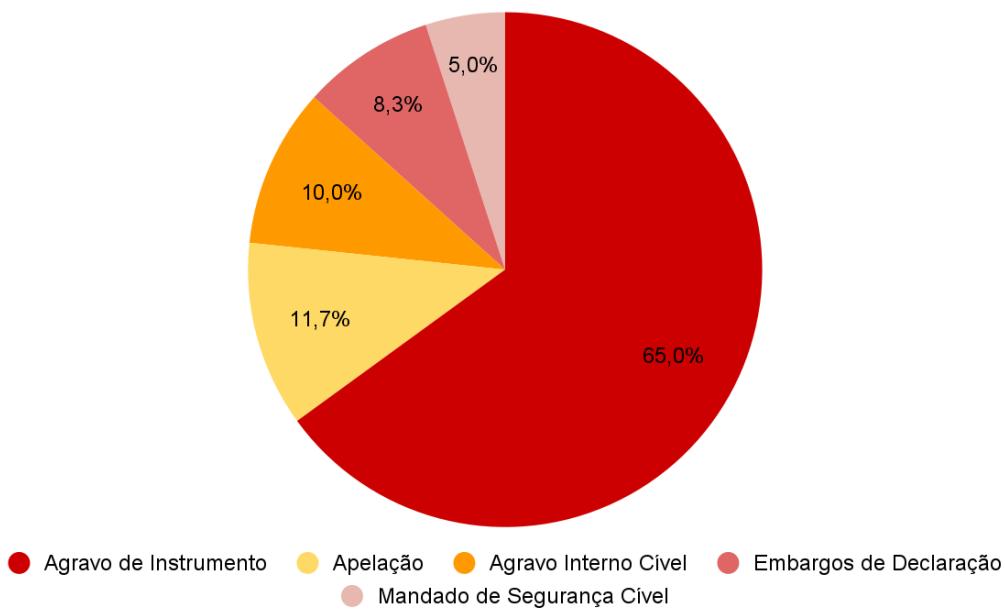
Ainda, observa-se que, mesmo em menor quantidade quando frente aos demais julgados analisados neste trabalho, em 3 casos foram impetrados mandados de segurança contra a decisão em 1^a instância que denegou garantias às partes. Em dois⁴⁷ dos casos os julgadores limitaram-se, quanto à forma, a não mencionar ou não considerar a taxatividade mitigada para recursos que tinham como tema processual, especificamente, o pedido de cancelamento ou redesignação de audiências virtuais. Em um, no entanto, decidiu-se pela inadequação da via eleita, uma vez que não haveria direito líquido e certo violado pelo magistrado de 1^a instância, e “não havendo nenhuma presunção de que a audiência telepresencial ocasione prejuízos à parte”⁴⁸. No caso, suscitou-se que o tema deveria ser arguido em preliminar de apelação.

Assim, é apresentado abaixo o panorama geral das ações e recursos julgados pelos 60 acórdãos selecionados:

⁴⁷ Mandado de Segurança nºs 2054177-45.2021.8.26.0000 e 2068558-58.2021.8.26.0000.

⁴⁸ TJSP; Mandado de Segurança Cível 2227095-89.2020.8.26.0000; Relator (a): Antonio Celso Faria; Órgão Julgador: 8^a Câmara de Direito Público; Foro de Campo Limpo Paulista - 1^a Vara; Data do Julgamento: 29/12/2020; Data de Registro: 03/02/2021

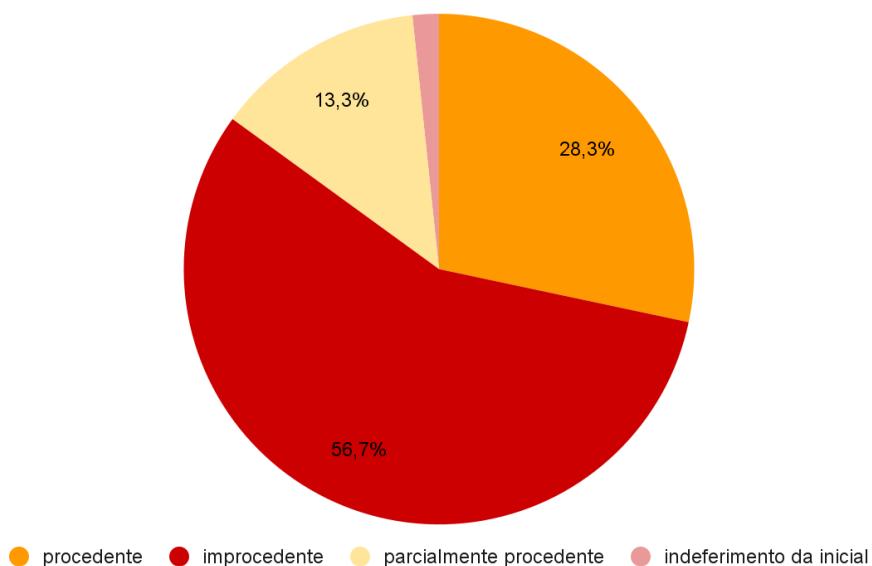
Gráfico 1 - Tipo de Ação ou Recurso utilizada para questionamento



Fonte: Dados coletados do portal eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo até setembro de 2021; elaboração própria.

De tais 60 recursos e ações selecionados, 34 foram julgados improcedentes, 17 foram procedentes e 8 foram parcialmente procedentes. Ainda, quanto ao mandado de segurança em que se decidiu pela inadequação da via eleita, este teve sua inicial indeferida. Tem-se, então, a seguinte proporção quanto aos resultados dos processos em que houve demanda ao tribunal relacionada à participação durante a pandemia:

Gráfico 2 - Resultados dos julgados analisados

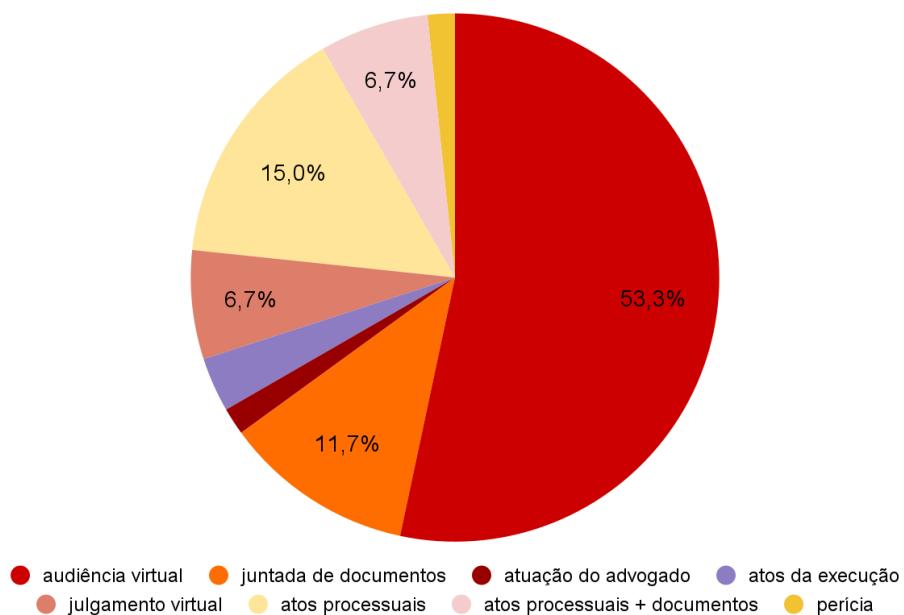


Fonte: Dados coletados do portal eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo até setembro de 2021; elaboração própria.

Quanto às temáticas processuais envolvidas nas razões recursais apresentadas pelos demandantes, observa-se que houve prevalência do questionamento sobre a designação de audiências virtuais, realizadas em formato de videoconferência, uma vez que 53% das demandas analisadas versavam sobre o assunto. Destacam-se, também, as demandas relacionadas ao cumprimento dos demais atos processuais e à dificuldade de participação relacionada à produção de provas documentais, neste mencionada como “juntada de documentos” pelas partes durante a pandemia e em razão da virtualização dos procedimentos.

No mais, mesmo representando apenas 4 dos 60 casos analisados, serão observadas de forma detalhada, no item 5.2.2.5. deste trabalho, as demandas relacionadas à prática de julgamentos em sessões telepresenciais organizadas pelo TJSP, em especial quanto à garantia das prerrogativas de partes e advogados para apresentar oposição ao julgamento virtual e para exercer a sustentação oral frente à turma julgadora.

Gráfico 3 - Principais temáticas processuais questionadas nos Recursos/Ações



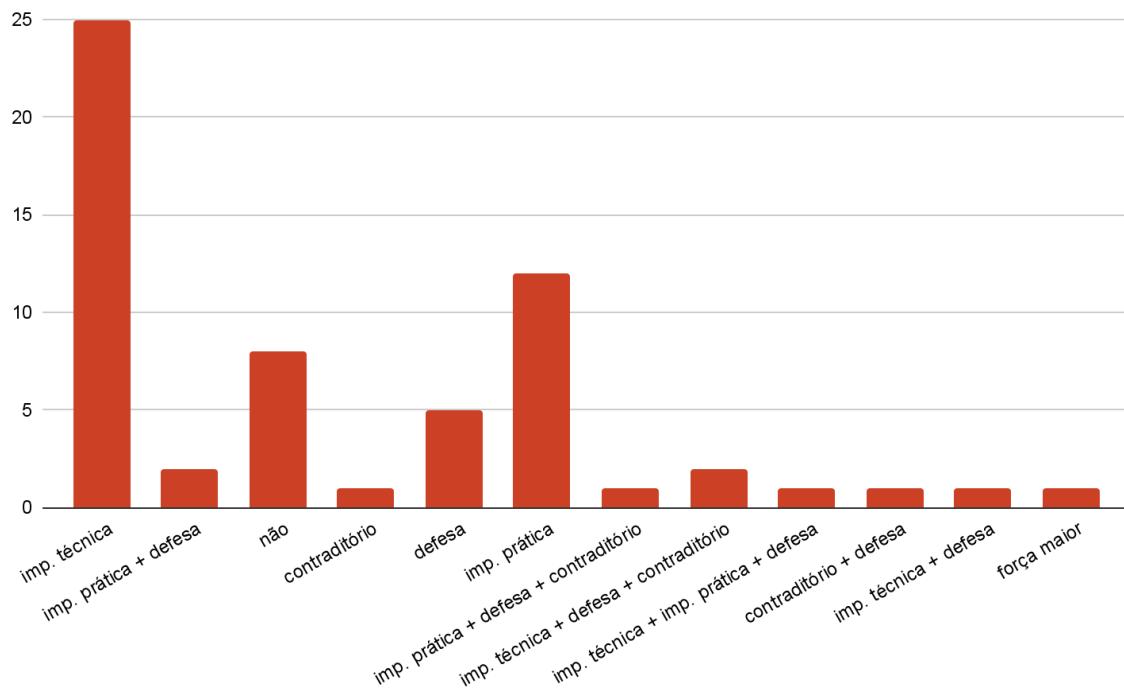
Fonte: Dados coletados do portal eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo até setembro de 2021; elaboração própria.

Considerando, também, o perfil dos demandantes nos casos analisados, tem-se que 62% dos litigantes atuavam como as partes requeridas nas ações originais em 1^a instância, buscando o Tribunal para garantia de atos processuais e prazos processuais ligados à participação para exercício da defesa. Ainda, foi possível extrair a informação de que 15% das partes demandantes são beneficiárias da justiça gratuita, enquanto 3% discutiam o pedido de gratuidade de justiça no próprio recurso analisado.

Já sobre as alegações que sustentaram as demandas das partes nos casos, verificou-se que estas foram concentradas em: (i) impossibilidade técnica, em relação à infraestrutura de conexão à internet e habilidade de utilização dos meios virtuais; (ii) impossibilidade prática, quanto às restrições, em sua maioria, causadas pelo cenário de riscos da pandemia de COVID-19 que impediam a livre circulação; (iii) motivos de força maior de forma genérica envolvendo eventos relacionados à pandemia; (iv) cerceamento de defesa, quando as alterações no formato de participação afetaram diretamente os meios de defesa; e (v) prejuízo ao contraditório, se as dificuldades enfrentadas influíram no recebimento de informações, na atuação para defesa ativa ou na influência decisória.

Destaca-se que a alegação de impossibilidade técnica foi predominante, sendo incluída em 29 dos casos, seguida por 16 casos em que se menciona a impossibilidade prática, 13 casos com a menção a cerceamento de defesa e 5 com expressa consideração de prejuízo ao contraditório:

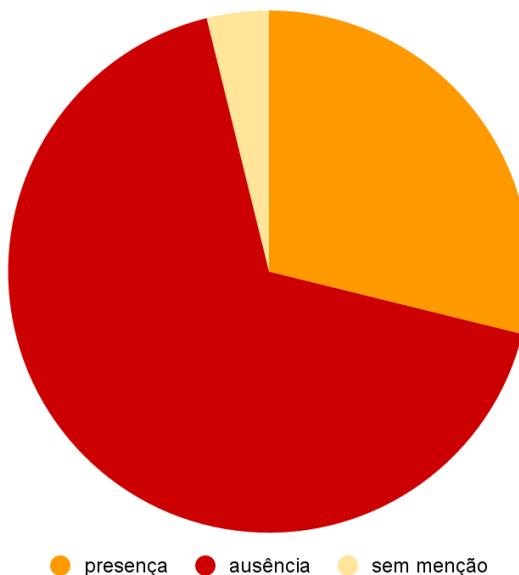
Gráfico 4 - Principais alegações das partes relacionadas à participação



Fonte: Dados coletados do portal eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo até setembro de 2021; elaboração própria.

Dos 52 julgados da amostra em que as alegações das partes recorrentes puderam ser mapeadas pelos temas acima listados, em 35 deles (67%), o desembargador ou a turma julgadora consideraram não estar presente alegação ou prova consistente quanto aos fatos que geraram as dificuldades ou impossibilidades narradas, considerando que estavam presentes em apenas 15 casos e não sendo mencionada a presença ou ausência de alegação ou prova em 2 casos:

Gráfico 5 - Entendimento dos acórdãos quanto à presença de alegações consistentes e provas



Fonte: Dados coletados do portal eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo até setembro de 2021; elaboração própria.

Nesse sentido, vê-se, inicialmente, que foi seguida a normativa presente no §2º do art. 3º da Resolução 314/2020 do CNJ quanto à necessidade de comprovação da absoluta impossibilidade técnica ou prática para exercício dos atos processuais. Sobre esta exigência, serão observadas as decisões abaixo listadas em momento de análise qualitativa.

Em relação à menção expressa dos julgadores aos princípios constitucionais na razão de decidir dos casos analisados, foi possível identificar que o princípio da duração razoável do processo/celeridade processual foi abordado em mais de 27% dos julgados, enquanto o princípio do contraditório esteve em apenas 4% dos acórdãos selecionados para análise neste trabalho. Em apenas um único julgado, os princípios foram mencionados em conjunto, sendo realizado o balizamento de tais garantias constitucionais do processo.

Assim, são inicialmente traçadas as seguintes constatações a partir dos dados levantados: (i) dentre os casos que questionaram a participação em processos durante a pandemia no TJSP, a maioria se utilizou do recurso de agravo de instrumento (65%); (ii) a maioria (57%) dos casos foi julgada improcedente; e (iii) dos 44 casos em que se alegou a impossibilidade técnica e/ou prática para a efetiva participação em atos ou cumprimento de

prazos processuais, em sua maioria (63%) houve julgamento afirmando a ausência de alegação consistente ou prova quanto à tal impossibilidade.

5.2.2. Análise qualitativa - as principais motivações dos litigantes

Considerando as alegações de impossibilidade técnica e/ou prática, bem como o cerceamento de defesa e o prejuízo ao contraditório, este trabalho passa a analisar a narrativa presente nos julgados que compõem a amostra, selecionando aqueles que se destacam quanto à motivação que gerou o impulso processual de recorrer às decisões de 1^a instância, bem como os que se destacam pela resposta jurisdicional ao analisar tais motivações, em especial a partir das normas apresentadas pela Resolução 314/2020 do CNJ e Provimento 2.554/2020 do CSM.

5.2.2.1. Falta de infraestrutura tecnológica e conexão instável à internet

Quando observada a realidade fática das condições de inclusão tecnológica da população brasileira, como feito acima neste trabalho, e considerados os dados de que 12,6 milhões de brasileiros não têm qualquer acesso à internet, ou a informação de que mais da metade da população que conta com acesso à internet a utiliza apenas por meio de aparelhos celulares (IBGE, 2020), não é de se estranhar a alegação principal aduzida pelas partes.

Em termos de possibilidade de participação efetiva nos atos processuais, a falta de infraestrutura tecnológica e a existência de conexão instável à internet foi narrativa relevante nos julgados integrantes da amostra. No entanto, tal compreensão da aplicação social das normas e da nova realidade de Justiça virtual contou com resultados práticos distantes quando em análise dos julgados selecionados neste trabalho.

No acórdão nº 2068558-58.2021.8.26.0000, decisão em mandado de segurança em que houve denegação da ordem, apesar da consideração de que não se verificou violação a direito líquido e certo, o Rel. Des. também realiza análise material do caso. Além de apontar ser inviável a realização de audiência de forma presencial durante a pandemia, é mencionada a falta de elemento probatório que pudesse lastrear a alegação de inviabilidade técnica. Neste

caso, demanda-se a necessidade de inclusão de prova obtida com operadora de telefonia para confirmar a falta de conexão:

Ainda que o Magistrado não tenha se reportado à impossibilidade de realização de atos presenciais, trata-se de fato de conhecimento público, descritos nos próprios atos normativos do CNJ e deste Tribunal, em razão da gravidade da situação provocada pela conhecida pandemia da COVID 19, atos esses que têm como objetivo único a segurança dos cidadãos.

Ainda que tudo isso não bastasse, as impetrantes não trouxeram nenhum elemento que pudesse demonstrar minimamente a alegada inviabilidade técnica para a realização do ato, prova que poderiam obter facilmente junto à operadora de telefonia.⁴⁹ (grifou-se)

Ainda sobre dificuldade de conexão à internet, no acórdão nº 2199154-67.2020.8.26.0000 é apontada a ausência de *indício mínimo* sobre a conexão instável que prejudicaria a audiência virtual designada, cabendo ao magistrado de 1ª instância decidir sobre a situação fática durante a própria audiência em caso de conexão instável pela parte:

Ora, na espécie não houve nem mínimo indício da alegada instabilidade de conexão de internet, situação alegada para justificar o cancelamento da designação da audiência.

Aliás, cabe lembrar que, segundo as normas regulamentares, caso no momento da audiência ocorra qualquer intermitência de sinal cabe ao Magistrado avaliar a situação e, se necessário, suspender o ato.⁵⁰

Para além do entendimento de que a ausência de provas ou indícios suficientes levaria à manutenção dos atos processuais virtuais, em três acórdãos diversos houve o entendimento de que as partes com impossibilidade técnica de participação em sua residência poderiam (i) se deslocar ao escritório do patrono da causa; (ii) se deslocar a uma *lan house*, definida como “estabelecimento comercial em que é possível, mediante uma taxa equivalente ao tempo de uso, ter acesso a computadores e, na maioria das vezes, à internet [...]”⁵¹; ou, ainda, (iii) requisitar o auxílio da OAB para obter suporte tecnológico.

⁴⁹ TJSP; Mandado de Segurança Cível 2068558-58.2021.8.26.0000; Relator (a): Marino Neto; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional II - Santo Amaro - 11ª Vara Cível; Data do Julgamento: 07/05/2021; Data de Registro: 07/05/2021

⁵⁰ TJSP; Agravo de Instrumento 2199154-67.2020.8.26.0000; Relator (a): Arantes Theodoro; Órgão Julgador: 36ª Câmara de Direito Privado; Foro de Jundiaí - 2ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 14/09/2020; Data de Registro: 14/09/2020

⁵¹ Definição do dicionário Michaelis, disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/busca?id=la0Wd>>. Acesso em 21.10.2021.

Em relação à sugestão de que a parte se encaminhasse ao escritório do advogado para suprir a falta de infraestrutura necessária para participação em audiência virtual, arcando com custos de deslocamento e imputando, ao profissional, a responsabilidade de adquirir e manter tais meios tecnológicos para si e para o cliente, têm-se tal argumento no acórdão nº 2227095-89.2020.8.26.0000. Importante destacar que, neste caso, foi também levantada a hipótese de que o deslocamento ao escritório do advogado apresentaria os mesmos custos e riscos, em relação à pandemia, quanto o comparecimento a uma audiência presencial no respectivo fórum da comarca, sem qualquer menção à obrigação do Poder Judiciário em prover tal estrutura, nos termos do art. 198 do CPC/15:

Em determinado trecho da petição, o advogado alega que: “Da mesma forma, não pode o juízo imputar-lhe o ônus do deslocamento ao escritório do seu advogado, que fica em outra comarca, visto que o impetrante não tem a mínima condição de arcar com os custos e gastos da viagem, sendo que tal conduta andaria na contramão de qualquer medida sanitária para o combate da COVID-19”.

Ao contrário do alegado, a realização de audiência telepresencial visa exatamente proteger as partes, servidores, advogados, juízes, promotores e todos os envolvidos no atos judiciais, não se podendo, em razão de ilações pouco razoáveis, insistir em audiência presencial, cuja ocorrência é incerta, uma vez que ainda estamos em pleno período de pandemia e de isolamento social. O deslocamento da parte ao escritório do causídico não representa maior dificuldade do que o deslocamento para o Fórum da Comarca, não se justificando também que a parte contrária permaneca sendo processada indefinidamente, em razão de critério que não encontra nenhum respaldo diante do princípio da razoabilidade.

[...]

Sendo evidentes as mudanças rápidas que vem ocorrendo em todas as relações sociais, notadamente as relações de trabalho, em razão da pandemia, mostra-se injustificável a prévia reprovação da audiência por videoconferência, sem que haja motivo concreto para a sua não realização. Esse retrocesso não pode ser referendado pelo Poder Judiciário e nem os fundamentos apresentados representam consonância com o bom senso e com a realidade.⁵²

No mesmo sentido, no acórdão nº 2151496-47.2020.8.26.0000/5000, não apenas se sugeriu a realização da audiência virtual a partir do deslocamento para o escritório da advogada constituída, como houve afirmação categórica de que as partes recorrentes poderiam comparecer ao escritório ou à casa de familiares sem risco de contaminação, o que não aconteceria no fórum que, de forma oposta, agravaría os riscos à saúde de partes e testemunhas.

Afirmou-se, ainda, que “o fato de o agravante e a testemunha não terem equipamentos para participar das audiências virtuais, portanto, não indica impossibilidade absoluta de sua

⁵² TJSP; Mandado de Segurança Cível 2227095-89.2020.8.26.0000; Relator (a): Antonio Celso Faria; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Público; Foro de Campo Limpo Paulista - 1ª Vara; Data do Julgamento: 29/12/2020; Data de Registro: 03/02/2021

realização”, uma vez que poderiam participar por meio de aplicativo para celular da plataforma utilizada pelo TJSP para realização de audiência virtual, ou mesmo se encaminhar a um estabelecimento descrito como *lan house*, já reaberto de acordo com o plano municipal de controle à pandemia de COVID-19, sem qualquer menção ao custo de tal serviço. Importante destacar, neste caso, que a parte recorrente contava com benefício da justiça gratuita, não contava com endereço eletrônico (*e-mail*) ou infraestrutura de computadores. Tais condições fáticas, no entanto, não foram consideradas para a decisão pelo Rel. Des.

No mais, o mesmo caso considerou, como baliza à negativa de se aguardar a possibilidade de realização de audiência no formato presencial, a importância de não se deixar o processo parado, o que afetaria eficiência e efetividade da Justiça, em alusão ao princípio da duração razoável do processo, solução para *redução das angústias que o processo traz às partes*, sem menção às prerrogativas constitucionais do processo em contraditório, como se lê:

Verifica-se, assim, que não há impossibilidade absoluta de realização da audiência, podendo ser realizada no escritório com a adoção de medidas sanitárias adequadas para evitar a possibilidade de contaminação dos participantes.

Os participantes que não tiverem endereço eletrônico deverão obtê-lo, havendo disponibilização gratuita em diversos provedores.

Observa-se, ainda, que, em agosto de 2020, as atividades presenciais serão retomadas gradualmente. A realização de audiências, ainda assim, deve ser, preferencialmente, feita por videoconferência, observando-se que o comparecimento das partes, advogados e testemunhas ao Fórum agravaría os riscos às suas saúdes do que a realização no escritório da advogada.

Ademais, não foi imposto o comparecimento das partes ao escritório das advogadas. Isso foi mencionado para indicar que não há impossibilidade absoluta de realização da audiência.

Se a audiência ocorrer no Fórum, o agravante, as testemunhas e os demais que comparecerem também estarão próximos. Podem eles, também, comparecer no escritório, com atendimento isolado, sem riscos de contaminação, ou em casa de amigos ou familiares.

A participação na audiência pode ser feita, também, por celular, instalando-se o aplicativo Microsoft Teams.

Finalmente, cumpre observar que, atualmente, os comércios podem exercer suas atividades, respeitadas exigências sanitárias, podendo o agravante comparecer a estabelecimentos como lan house (<http://www.araraquara.sp.gov.br/boletim/12236.23mar20RECONHECECALAMIDADEPBLICAPandemiaCOVID19VERSOCONSOLIDADA15.06.Pdf>).

O fato de o agravante e a testemunha não terem equipamentos para participar das audiências virtuais, portanto, não indica impossibilidade absoluta de sua realização.

Não há ofensa ao agravante e nem às advogadas.

As medidas restritivas causadas pelo coronavírus (COVID-19) trazem prejuízos e implicam colaboração de todos, não olvidando este Relator e este E. Tribunal da gravidade da situação.

De outra banda, a realização de audiências virtuais visa a não deixar o processo parado, garantindo a eficiência e efetividade da Justiça, com redução, pela menor demora, das angústias que o processo traz às partes.”⁵³ (grifou-se)

Por fim, nas razões de decidir apresentadas no acórdão nº 2231618-47.2020.8.26.0000, foram reproduzidas as máximas adotadas no julgamento em mandado de segurança criminal nº 2019570-40.2020.8.26.0000, proferido pelo órgão especial do TJSP. Neste caso, optou-se por demandar à parte que recorresse ao órgão de representação profissional dos advogados, a OAB, para a solicitação de auxílio quanto à infraestrutura tecnológica necessária à participação no caso:

Nesse ponto, o Tribunal de Justiça de São Paulo editou o Comunicado CG 264/2020 implementando a realização de conferências eletrônicas, e já decidiu através do Órgão Especial (mandado de segurança criminal no 2019570-40.2020.8.26.0000, Relator Evaristo dos Santos) que o julgamento por videoconferência foi a forma encontrada pelo tribunal para “*dar andamento aos processos nesse momento singular em que o mundo se encontra, amparado, inclusive, no princípio da eficiência*”, tendo o relator destacado que a ausência de suporte digital para participar da sessão “**não se presta para afastar essa forma de julgamento, isto porque, poderia o impetrante recorrer a OAB para obter o auxílio necessário para tanto**”, razão pela qual não se poderia falar em cerceamento de defesa.⁵⁴ (grifou-se)

5.2.2.2. Inabilidade técnica em razão da idade

Como forma de garantir destaque a um cenário fático específico e que se mostrou recorrente nos julgados selecionados para a amostra deste trabalho, trata-se, neste item, da impossibilidade arguida pelas partes por motivos de inabilidade técnica em razão da idade dos recorrentes. Novamente, a temática suscitada aparece sem surpresas, uma vez que os números de idosos que utilizam a internet no país é menor que o de pessoas adultas mais jovens, apenas 45% da população quando considerada a faixa etária acima de 60 anos, enfatizando a discrepância de possibilidades de participação para litigantes idosos quando da virtualização de processos e procedimentos.

⁵³ TJSP; Agravo Interno Cível 2151496-47.2020.8.26.0000; Relator (a): Morais Pucci; Órgão Julgador: 35^a Câmara de Direito Privado; Foro de Araraquara - 4^a Vara Cível; Data do Julgamento: 31/08/2020; Data de Registro: 31/08/2020

⁵⁴ TJSP; Agravo de Instrumento 2231618-47.2020.8.26.0000; Relator (a): Andrade Neto; Órgão Julgador: 30^a Câmara de Direito Privado; Foro Regional XV - Butantã - 1^a Vara Cível; Data do Julgamento: 21/10/2020; Data de Registro: 21/10/2020

Assim, no acórdão nº 1113244-90.2014.8.26.0100, apesar de presente a alegação de que não somente a parte, mas também sua advogada, são pessoas idosas e sem habilidade técnica para participação nos atos processuais eletrônicos, tal cenário fático não foi visto como suficiente para o adiamento do ato, sendo requisitada a comprovação de tal impossibilidade arguida. Aponta-se, neste caso, que o recorrente era também beneficiário da justiça gratuita.

Na hipótese, contudo, como visto alhures, embora o agravante e sua patrona comprovem que possuem mais de 60 (sessenta) anos de idade, fazendo parte, portanto, do grupo de risco da doença COVID-19, não comprovam que os atos processuais não podem ser executados por meio eletrônico ou virtual, por absoluta impossibilidade técnica.

Com efeito, tratando-se de processo eletrônico, o protocolo das petições e manifestações das partes é realizado também eletronicamente, não se exigindo a prática pessoal do ato, o que, portanto, não colocaria o agravante e sua patrona em risco.⁵⁵

Neste caso, no entanto, foram opostos embargos de declaração frente ao julgado acima. Novamente, alegou-se a impossibilidade técnica da parte e sua advogada para atuação no processo, demandando, assim, a suspensão de prazo processual, uma vez que ambos não possuíam computadores em suas residências. Em nova decisão, foi mantido o entendimento de que a falta de comprovação prevalece às alegações apresentadas pelas partes quanto à impossibilidade:

Sustenta o embargante, após síntese da petição inicial, da sentença proferida em 1a instância, do v. acórdão proferido em face do recurso de apelação interposto e do v. acórdão proferido em face do recurso de agravo interno, ambos em 2a instância, a existência de contradições neste último decisum. Alega que restou comprovado nos autos a impossibilidade técnica de dar andamento ao feito, em razão da pandemia coronavírus.

Aponta que não possui computador em sua residência, assim como a sua patrona. Aduz que restou comprovada a necessidade de ser deferida a suspensão do prazo processual. Requer o acolhimento dos embargos, com efeitos infringentes, sanando-se o vício apontado (fls. 01/19).

[...]

Os trechos transcritos não deixam margem à dúvida no tocante à inexistência de qualquer contradição no v. acórdão, uma vez que, de forma clara e coesa, restou demonstrado que o embargante **não comprovou que os atos processuais não podem ser executados por meio eletrônico ou virtual.**⁵⁶ (grifou-se)

⁵⁵ TJSP; Agravo Regimental Cível 1113244-90.2014.8.26.0100; Relator (a): Salles Vieira; Órgão Julgador: 24^a Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 2^a Vara Cível; Data do Julgamento: 12/03/2014; Data de Registro: 30/09/2020

⁵⁶ TJSP; Embargos de Declaração Cível 1113244-90.2014.8.26.0100; Relator (a): Salles Vieira; Órgão Julgador: 24^a Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 2^a Vara Cível; Data do Julgamento: 29/01/2021; Data de Registro: 29/01/2021

5.2.2.3. Impossibilidade de contato ou dificuldade de participação de testemunhas

No entanto, não apenas as impossibilidades técnicas e práticas diretamente relacionadas às partes foram suscitadas nos casos analisados. Com a migração total dos atos processuais para a versão virtual, terceiros também envolvidos nos processos e nos atos de defesa, como as testemunhas, foram instados a contar com estrutura e conexão suficientes para poderem prestar parte nos processos. Assim, neste caso, surgiram cenários em que partes e advogados precisaram assumir tais ônus práticos para garantir participação das testemunhas essenciais à comprovação de suas alegações nos casos.

Nesse sentido, nos termos do acórdão nº 2188759-16.2020.8.26.0000, foi decidido que a alegação, pela parte, de que as testemunhas enfrentavam dificuldades técnicas, sem infraestrutura tecnológica e acesso à internet para participação em oitiva, seria hipótese de sobrestamento da realização de audiência virtual apenas se houvesse a comprovação de tais alegações nos autos. Do contrário, como se afirmou no caso em tela, não havia prova e deveria ser privilegiada a celeridade processual, com resposta de que não há violação a garantias do devido processo legal.

Ainda, ressalta-se a menção feita quanto à *atitude colaborativa das partes*, que deveriam entender a excepcionalidade do momento de pandemia em que não seria possível realizar a audiência de forma presencial ou adiar tal ato. No entanto, deixa-se de mencionar que, em um contexto de processo cooperativo, como aquele que se opera em um Estado Constitucional, a lealdade e boa-fé são recíprocas, também cabendo tais deveres ao juízo em sua atuação no processo (MITIDIERO, 2007), como abordado no capítulo 2 deste trabalho.

Conclui-se, portanto, que a regra é a realização de atos processuais na forma virtual, sendo, excepcionalmente, realizados presencialmente, ou, então, adiados na hipótese de absoluta impossibilidade técnica ou prática.

Na hipótese, contudo, não se revela possível o pretendido adiamento da prática do ato, ou, ainda, a sua realização excepcional de forma presencial. Deveras, não restaram preenchidas as hipóteses que justificariam tais medidas.

De fato, as hipóteses aventadas pela ré, que poderiam obstar a realização da audiência virtual, isto é, o fato das testemunhas serem pessoas humildes, sem acesso ao Teams, não passam de meras alegações, sem comprovação concreta.

Destaca-se que a adoção da audiência de instrução por meio virtual possibilita a concretização dos **princípios da celeridade e economia processual, sem que haja violação às garantias processuais do devido processo legal e da ampla defesa.**

Desta feita, mediante atitude colaborativa das partes, ante a situação excepcional enfrentada com a pandemia, não há que se falar em realização de audiência presencial, ou, então, seu adiamento.⁵⁷ (grifou-se)

Dificulta-se a atuação das testemunhas, também, em casos que mesmo após a discordância da parte, mencionando a impossibilidade técnica existente, há designação de audiência virtual. No caso do acórdão nº 1001291-47.2018.8.26.0338, apesar da exposição da falta de infraestrutura tecnológica das testemunhas arroladas para a oitiva, a audiência foi designada em formato virtual e ocorreu sem participação da parte ou das testemunhas, restando preclusa a oitiva. Ao final, afirma-se que a impossibilidade técnica só poderá ser considerada ante a apresentação de provas:

As partes novamente manifestaram-se contrárias à realização da audiência por videoconferência, tendo o autor justificado a recusa por conta do atual cenário causado pelo Novo Coronavírus e também pela falta de estrutura digital das testemunhas arroladas, estas que eram primordiais para o deslinde do caso, requerendo a suspensão do feito até que a prática judiciária retornasse à normalidade, com a realização de audiências presenciais. Contudo, informou o e-mail de sua patrona para o caso de ser mantida a videoconferência (fl. 119).

À fl. 120, a serventia certificou o envio do link de acesso para a audiência por videoconferência aos e-mails informados pelas partes.

A audiência foi realizada sem a presença do autor, de sua patrona e de suas testemunhas e com a presença da ré, sua preposta, sua patrona e suas testemunhas, oportunidade em que a magistrada tornou preclusas as oitivas das testemunhas do autor. As partes foram intimadas do teor da audiência através do DJe, que foi disponibilizado em 09.06.2020 (fl. 124). Em 11.06.2020 foi proferida a sentença.

[...]

A alegada falta de intimação não prospera, pois as patronas das partes foram intimadas via DJe da designação da audiência, oportunidade em que ficou claro que haveria preclusão da oitiva das testemunhas ante o não comparecimento, salvo se restasse comprovada a impossibilidade técnica ou prática para a participação por meio virtual (fl. 115). Assim, irrelevante as partes discordarem da realização da videoconferência sem a efetiva comprovação de impossibilidade técnica de participação, o que, destaca-se, não restou comprovado pelo autor.⁵⁸ (grifou-se)

5.2.2.4. Impossibilidade de contato ou atuação dos advogados

Não apenas na participação direta nos atos processuais houve prejuízo às partes durante a pandemia de COVID-19 e com o novo formato de atuação nos processos. Passa-se a

⁵⁷ TJSP; Agravo de Instrumento 2188759-16.2020.8.26.0000; Relator (a): Salles Vieira; Órgão Julgador: 24^a Câmara de Direito Privado; Foro de Piracicaba - 2^a Vara Cível; Data do Julgamento: 31/03/2021; Data de Registro: 31/03/2021

⁵⁸ TJSP; Apelação Cível 1001291-47.2018.8.26.0338; Relator (a): Jayme Queiroz Lopes; Órgão Julgador: 36^a Câmara de Direito Privado; Foro de Mairiporã - 2^a Vara; Data do Julgamento: 29/09/2020; Data de Registro: 29/09/2020

apresentar, neste item, situações de falta de contato entre litigantes e seus advogados, por impossibilidades técnicas ou práticas, e de introdução de obstáculos à própria prática da advocacia com a virtualização dos atos processuais. Importante destacar, quanto a tal tópico, que as motivações recursais voltadas à relação entre partes e advogados pode ser dividida entre (i) impossibilidades no suporte do advogado à parte; ou (ii) em impossibilidades vivenciadas pelos próprios advogados que impediam a plena defesa, como se verá.

Quanto aos casos relacionados ao primeiro grupo de motivos, tem-se a hipótese do acórdão nº 2072144-06.2021.8.26.0000, em que se alega prejuízo à defesa da parte por não poder ser instruída por seu advogado durante a realização de audiência virtual, levando a prejuízo ao contraditório e à ampla defesa. Neste caso, como não apontada impossibilidade nos termos do art. 3º, §2º, da Resolução 314/2020 do CNJ, houve decisão pela manutenção da audiência virtual e determinação de que, em caso de materialização de violação a direitos da parte durante o ato, caberia ao magistrado de 1ª instância sua resolução:

O agravado alega, em hipótese, prejuízo à defesa de seus interesses, pois não estará no mesmo ambiente de seu advogado que, assim, não poderá adequadamente defendê-lo. Afirma, ainda, prejuízo ao contraditório e à ampla defesa, de modo que a audiência telepresencial somente poderia ser utilizada em casos excepcionais.

Ao contrário do que afirma o agravado, as orientações deste E. Tribunal e também do C. Conselho Nacional de Justiça impuseram, em decorrência das recomendações sanitárias decorrentes da COVID-19, a realização dos atos processuais por meios eletrônicos. Esta é a regra atual, que se impõe e que deve ser acatada por todos os órgãos jurisdicionais. Apenas excepcionalmente se admite a realização de atos presenciais, o que é seria o caso.

Não há no momento qualquer violação aos direitos do agravado e, caso estes se materializem, a questão poderá ser adequadamente dirimida pelo MM. Juiz da causa, o que não obsta a imediata designação da audiência telepresencial necessária à instrução do processo.

A decisão pela suspensão do processo por prazo indeterminado acarreta prejuízos à celeridade e efetividade processuais, o que não pode ser admitido, como bem considerou a agravante. Daí a razão pela qual se acolhe o presente recurso para que o processo tenha regular seguimento com a designação de audiência telepresencial, como aventou o MM. Juiz da causa.⁵⁹ (grifou-se)

Já quanto ao segundo aspecto abordado, destacam-se casos em que advogados foram afastados de seus locais de trabalho em razão do fechamento de escritórios, considerados como atividades não essenciais durante a pandemia, havendo migração para a atuação nos domicílios dos patronos, podendo ocasionar impossibilidades técnicas para participação. Nesse sentido,

⁵⁹ TJSP; Agravo de Instrumento 2131862-31.2021.8.26.0000; Relator (a): Alexandre Marcondes; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Comarca de Batatais - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 08/07/2021; Data de Registro: 08/07/2021

entretanto, da mesma forma que para partes e testemunhas, houve entendimento de que seria necessária a apresentação de comprovação de tal impossibilidade, como se lê em trecho do acórdão nº 2131862-31.2021.8.26.0000:

Cuida-se de agravo interno interposto [...] contra a respeitável decisão monocrática proferida que denegou pedido de suspensão do prazo com a **alegação de falta de estrutura para o desempenho da atividade profissional em sua residência localizada em zona rural.**

[...]

Insurge-se o agravante contra decisão que indeferiu o pedido de suspensão de prazo com a alegação de falta de estrutura para o desempenho da atividade profissional em sua residência localizada em zona rural conforme declaração de fls. 124/125.

Não se desconhece os motivos e os fatos alegados pelo agravante com relação a “impossibilidade técnica” que sustentou para o exercício da advocacia, destacando que seu escritório encontrava-se “fechado e lacrado devido ao decreto estadual de São Paulo e municipal de Campinas”, tudo em função da pandemia provocada pelo novo coronavírus (fl. 125).

Malgrado o ocorrido, a rigor, cabia ao agravante provar o fato constitutivo do direito violado, o que não conseguiu.

No caso, a parte agravante limitou-se a reproduzir a regra preconizada pelo CNJ, silenciando, pois, quanto à indicação de prova necessária para tanto.⁶⁰ (grifou-se)

No mesmo sentido, no acórdão nº 2015579-22.2021.8.26.0000, após alegação do advogado de que teria que adentrar ao escritório, fechado em razão da pandemia, para conseguir os meios de realizar a audiência virtual e garantir suporte ao cliente, houve decisão afirmando não estar claro de que forma a audiência em formato virtual poderia prejudicar a atuação do advogado. Para os julgadores, no caso, não haveria necessidade de deslocamento dos patronos ao escritório, uma vez que poderiam participar por meio de computador ou celular em suas residências.

Não se ignora que a região de Ribeirão Preto foi rebaixada para a “fase vermelha” do Plano São Paulo, após atingir elevado percentual na taxa de ocupação dos leitos de UTI destinados à COVID-19.

Também se reconhece que, nesta fase mais restritiva, somente as atividades essenciais estão autorizadas a funcionar, o que inviabiliza a abertura dos escritórios de advocacia.

Contudo, é exatamente em razão das limitações impostas pela pandemia causada pelo COVID-19 que a realização de audiência por meio virtual foi prevista na Resolução nº 314/2020 do Conselho Nacional de Justiça, no Comunicado CGJ nº 284/20 e no Provimento CSM nº 2.554/20.

O Provimento CSM nº 2.557/20, editado em 12 de maio de 2020, por sua vez, ao considerar que a atividade jurisdicional é essencial e deve ser prestada de forma ininterrupta, não mais condicionou o prévio consentimento das partes para a realização de audiência por videoconferência.

⁶⁰ TJSP; Agravo Interno Cível 2182169-23.2020.8.26.0000; Relator (a): Adilson de Araujo; Órgão Julgador: 31ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional de Vila Mimosa - 3ª Vara; Data do Julgamento: 05/07/2021; Data de Registro: 05/07/2021

Nessa toada, não obstante as alegações do recorrente, não se observa em que medida a realização da audiência poderia lhe causar algum prejuízo, posto que, exatamente por ser realizada por videoconferência, não é necessário o deslocamento dos advogados até seus respectivos escritórios, porquanto o acesso à ferramenta Microsoft Teams se dá por meio de qualquer computador ou smartphone.⁶¹ (grifou-se)

5.2.2.5. A violação de prerrogativas de participação em sessões de julgamento

Ainda sobre a atuação dos advogados, levanta-se que uma das motivações fáticas narradas nos acórdãos em análise trata, diretamente, da temática das sessões de julgamento virtual e da possibilidade de sustentação oral pelos advogados das partes que tenham manifestado oposição ao julgamento virtual. A garantia, prevista no art. 937, caput, do CPC/15, está interligada ao princípio do contraditório dinâmico, permitindo ao litigante que busque a influência decisória também em grau recursal.

Em relação a tal temática, o CNJ manifestou-se, por meio da Consulta nº 0002337-88.2020.2.00.0000, afirmando que as sessões de julgamento continuariam acontecendo, agora em formato telepresencial. Da mesma forma, foi assegurada tal prerrogativa a partes e seus advogados desde que haja: “a) objeção de quaisquer das partes ou do Ministério Público; b) pedido de preferência, apresentado tempestivamente por procurador ou defensor que pretenda realizar sustentação oral; e c) encaminhamento do feito, por iniciativa de algum dos julgadores, para debate em sessão presencial”⁶². Nesse sentido, a própria Resolução 314/2020 do CNJ prevê tal garantia de continuidade das sessões de julgamento dos tribunais e turmas recursais⁶³,

⁶¹ TJSP; Agravo de Instrumento 2015579-22.2021.8.26.0000; Relator (a): Daniela Cilento Morsello; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de Ribeirão Preto - Vara da Infância e Juventude e do Idoso; Data do Julgamento: 26/04/2021; Data de Registro: 29/04/2021

⁶² CNJ - CONS - Consulta - 0002337-88.2020.2.00.0000 - Rel. IVANA FARINA NAVARRETE PENA - 7^a Sessão Virtual Extraordinária - julgado em 01/04/2020

⁶³ Art. 5º As sessões virtuais de julgamento nos tribunais e turmas recursais do sistema de juizados especiais poderão ser realizadas tanto em processos físicos, como em processos eletrônicos, e não ficam restritas às matérias relacionadas no art. 4º da Resolução CNJ no 313/2020, cujo rol não é exaustivo, observado no mais o decidido pelo Plenário do Conselho Nacional de Justiça na Consulta no 0002337-88.2020.2.00.0000.

Parágrafo único. **Caso as sessões se realizem por meio de videoconferência, em substituição às sessões presenciais, fica assegurado aos advogados das partes a realização de sustentações orais, a serem requeridas com antecedência mínima de 24 (vinte e quatro) horas (CPC, art. 937, §4º).** (grifou-se)

bem como das sustentações orais pelos advogados, incorporando os termos da resposta à Consulta acima mencionada ao texto da normativa.

No entanto, resultado diverso foi encontrado quando da análise das decisões proferidas pelo TJSP no escopo deste trabalho. Nesse contexto, o acórdão nº 1000818-46.2016.8.26.0495 decide em desacordo à normativa da Resolução 314, negando o pedido da parte para a realização de sessão de julgamento telepresencial e sustentação oral no caso. Novamente, há o entendimento de que a retirada de uma prerrogativa legal de participação no processo não afeta sua validade, podendo ser relativizada autonomamente pelo Rel. Des. em prol de uma valorização do princípio da celeridade processual.

Ab initio, anoto ser de meu conhecimento que a parte apelante manifestou prévia oposição ao julgamento virtual (fls. 1.127; 1.130; 1.133). Ocorre que, em decorrência do estado de calamidade pública decretado em razão da Pandemia do Coronavírus (COVID-19), entendo que o direito da parte de apresentar sustentação oral deve ser agora relativizado.

Isto porque, para o julgamento do recurso, as razões de fato e de direito a serem consideradas são aquelas que constam expressamente elencadas na peça recursal e nas suas contrarrazões, de modo que a sustentação oral em nada poderia alterar, de forma autônoma, a solução a ser dada ao caso concreto.

Como cediço, o princípio pas de nullité sans grief alberga a ideia de que, sem prejuízo, não há nulidade. Ora, se a sustentação oral, por si só, não tem o condão de alterar o julgado, pautado exclusivamente nas razões recursais, não há que se cogitar em posterior nulidade do julgamento virtual. Ademais, enquanto a ausência de sustentação oral não demonstra efetivo prejuízo, totalmente diferente é a demora na entrega da prestação jurisdicional. Anote-se que a nova sistemática processual civil, concretizada pela Lei Federal no 13.105/2015, em seu pórtico, prioriza a necessidade de se conferir ao jurisdicionado a integral satisfação do mérito, em tempo razoável e célere [...]⁶⁴ (grifou-se)

Da mesma forma, no caso do acórdão nº 1007677-94.2018.8.26.0564/50000, não apenas foi negado o direito da parte em se opor à estrutura de julgamento virtual, solicitando que a decisão fosse proferida em sessão de julgamento pela turma com a possibilidade de sustentação oral, de direito, como também se atribuiu o ônus probatório quanto a demonstração de prejuízo em participação à própria parte prejudicada.

Destaca-se que, neste caso, o recurso distribuído em 22.09.2020, com o julgamento virtual iniciado em 23.09.2020 e finalizado com publicação do acórdão em 25.09.2020, mesma data em que publicada a possibilidade de oposição ao julgamento virtual. Ainda que a parte

⁶⁴ TJSP; Apelação Cível 1000818-46.2016.8.26.0495; Relator (a): Rodolfo Pellizari; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Foro de Registro - 3ª Vara; Data do Julgamento: 13/10/2020; Data de Registro: 13/10/2020

buscasse a oposição ao julgamento virtual, como o tentou fazer, seria sobreposta pela decisão em momento inadequado e em violação à prerrogativa legal de participação e ao contraditório, supostamente justificada pela necessidade de celeridade processual, em caso que corre desde abril de 2018.

Primeiramente, pontua-se que se deve garantir a entrega da jurisdição com a devida celeridade, sob pena de ofensa à garantia constitucional da “razoável duração do processo” (artigo 5o, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, e artigo 4o do Código de Processo Civil).

Certamente, este Relator se dedica com o intuito de conferir a maior celeridade possível aos processos que lhe são distribuídos. **Uma vez julgado o mérito do recurso dentro do menor prazo possível, não pode a ora embargante alegar nulidade do julgado com base em irregularidade que não lhe trouxe qualquer prejuízo.** Registre-se que a forma em que realizado o julgamento não modifica o entendimento exarado pelos componentes da Turma Julgadora.

Ressalte-se que não se vislumbra fundamento algum a justificar a oposição do julgamento virtual da forma como feita, principalmente considerando a situação excepcional pelo qual passa não só este Tribunal, mas todo o planeta, por conta da crise pandêmica que atravessamos.

Assim sendo, a oposição apresentada mostra-se despropositada, até mesmo porque a parte não foi capaz de indicar qualquer prejuízo que o julgamento na modalidade virtual possa lhe ter trazido. Em outras palavras, não houve demonstração alguma de que o julgamento pela forma virtual trouxe qualquer prejuízo, mesmo que em potencial, às partes. **Salienta-se que o devido contraditório foi respeitado, tendo a parte a oportunidade de apresentar suas razões em juízo, como assim o fez no decorrer de todo o trâmite processual, estando o acórdão plenamente fundamentado em suas razões.**⁶⁵ (grifou-se)

5.2.3. A indefinição sobre a suspensão de prazos ou o adiamento de atos processuais previstos nas normativas

Passadas as principais motivações aduzidas pelas partes, aborda-se, ainda, que a apresentação de cenários fáticos com impossibilidade técnica e prática da atuação de testemunhas e litigantes enfrentou empecilhos também em razão da categorização das situações, pelo Judiciário, nas hipóteses presentes nos §§2º e 3º do art. 3º da Resolução 324 do CNJ.

Na decisão do Agravo Interno nº 2187627-21.2020.8.26.0000, com trechos abaixo transcritos, é possível identificar que, apesar de presente a alegação de que parte e testemunha são pessoas idosas e sem acesso à sistema de e-mails para envio tempestivo de documentos

⁶⁵ TJSP; Embargos de Declaração Cível 1007677-94.2018.8.26.0564; Relator (a): Vito Guglielmi; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Foro de São Bernardo do Campo - 8ª Vara Cível; Data do Julgamento: 13/10/2020; Data de Registro: 13/10/2020

necessários à composição da contestação, o entendimento do E. Relator foi de que não seria possível a concessão de prazo suplementar:

Reitera seu argumento de que é pessoa idosa, atualmente com 77 anos, assim como o engenheiro que realizou a obra (81 anos), portanto pertences ao grupo de risco, estando ambos isolados em suas casas por causa da pandemia do novo coronavírus, não tendo condições de fornecer os documentos necessários para a formação da contestação. Entende ser indispensável a suspensão do prosseguimento da ação sob pena de lhe causar grave dano de difícil ou incerta reparação. Invoca o art. 3º, §2º, do Provimento 314, que prevê a possibilidade de adiamento, mediante decisão fundamentada do juízo, de atos que não puderem ser praticados por absoluta impossibilidade prática ou técnica apontada pelos envolvidos. Aduz que a decisão cerceou seu direito à ampla defesa e ao contraditório, impossibilitou o acesso ao duplo grau de jurisdição e prejudicou o devido processo legal.

[...]

Em 10/07/2020, a ré ingressou nos autos e apresentou contestação, na qual postulou prazo de trinta dias para o aditamento da presente contestação e que seja deferido a juntada posterior de documentos (fls. 173/176).

[...]

No entanto, a pretensão da ré agravante igualmente não comportava acolhida. A Resolução 314 do CNJ, de 20 de abril de 2020, estabeleceu a retomada dos prazos processuais dos processos judiciais que tramitam em meio eletrônico e assim dispõe: Art. 3º Os processos judiciais e administrativos em todos os graus de jurisdição, exceto aqueles em trâmite no Supremo Tribunal Federal e no âmbito da Justiça Eleitoral, que tramitem em meio eletrônico, terão os prazos processuais retomados, sem qualquer tipo de escalonamento, a partir do dia 4 de maio de 2020, sendo vedada a designação de atos presenciais.

§1º Os prazos processuais já iniciados serão retomados no estado em que se encontravam no momento da suspensão, sendo restituídos por tempo igual ao que faltava para sua complementação (CPC, art. 221).

§2º Os atos processuais que eventualmente não puderem ser praticados pelo meio eletrônico ou virtual, por absoluta impossibilidade técnica ou prática a ser apontada por qualquer dos envolvidos no ato, devidamente justificada nos autos, deverão ser adiados e certificados pela serventia, após decisão fundamentada do magistrado.

§3º Os prazos processuais para apresentação de contestação, impugnação ao cumprimento de sentença, embargos à execução, defesas preliminares de natureza cível, trabalhista e criminal, inclusive quando praticados em audiência, e outros que exijam a coleta prévia de elementos de prova por parte dos advogados, defensores e procuradores juntamente às partes e assistidos, somente serão suspensos, se, durante a sua fluência, a parte informar ao juízo competente a impossibilidade de prática do ato, o prazo será considerado suspenso na data do protocolo da petição com essa informação.

Portanto, a hipótese dos autos está regulada no §3º supra transrito, não sendo o caso do invocado §2º. Porém, tendo sido a contestação protocolada no derradeiro dia do prazo para apresentação de defesa, não é mais possível sua suspensão, pois não haveria mais dias para serem computados quando da retomada da contagem.

Nesse contexto, ainda que em princípio a ré tivesse a oportunidade de postular essa benesse, se tivesse formulado o pedido em tempo hábil, o que, conforme explanado, não ocorreu.

Assim sendo, resta confirmado o indeferimento do pedido de prazo suplementar, conferindo oportunidade para aditar a contestação e apresentar documentos, ainda que por outro fundamento.⁶⁶ (grifou-se)

⁶⁶ TJSP; Agravo Regimental Cível 2187627-21.2020.8.26.0000; Relator (a): Vianna Cotrim; Órgão Julgador: 26ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional III - Jabaquara - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 03/11/2020; Data de Registro: 03/11/2020

Neste ponto, cabe retomar as duas hipóteses do art. 3º da Resolução 314 e suas aparentes abrangências e aplicações. De acordo com o §2º do referido artigo, para o *adiamento* de qualquer ato processual por *absoluta impossibilidade técnica ou prática*, seria necessária a justificativa para tanto e a análise em decisão fundamentada do magistrado. Já considerando a hipótese do §3º, disponível, em suma, aos atos processuais de defesa, tal como a contestação, bastaria o peticionamento com pedido de suspensão do prazo de tal ato, em razão de impossibilidade, para a suspensão do prazo, sem a necessidade de análise qualitativa sobre a alegação/prova em um primeiro momento.

Assim, a hipótese para o adiamento de atos processuais gerais é de maior restrição à mera alegação, e para a suspensão dos atos de defesa, de aceitação da alegação da parte sem valoração pelo juízo. No entanto, quando analisado o caso concreto, é possível observar que não houve aplicação subsidiária entre o cenário mais restritivo e o de possível presunção de veracidade presentes na normativa. De forma contrária, por não contar com prazo a ser suspenso em um ato processual de defesa, a parte, idosa e sem acesso à internet, com alegação plausível, justificada para o adiamento do ato, não contou com a fungibilidade entre as hipóteses previstas no art. 3º e uma possível adoção do adiamento do ato processual após análise do juiz nos termos do §2º.

Ainda, o art. 3º, §2º da Resolução 314, replicado no Provimento 2.554 do CSM, também deixa de estabelecer parâmetros para a consideração do período de suspensão dos atos processuais de defesa após a petição informando impossibilidade do cumprimento do prazo pela parte interessada. Nesse sentido, são observados casos como o do acórdão nº 2145354-27.2020.8.26.0000, também envolvendo litigantes idosos, em que a suspensão do prazo da contestação ocorreu em 06.05.2020. Com o acórdão, em 24.09.2020, houve entendimento da Rel. Des. de que o período de suspensão já havia sido suficiente e que o prazo poderia voltar a correr a partir da intimação do acórdão.

Os agravantes fundamentaram o pedido na necessidade de coletar provas para instruir sua defesa e no fato de que dois corréus seriam do grupo de risco para contaminação pelo coronavírus, tendo pleiteado a suspensão durante a fluência do prazo, como permite a norma.

Nesta oportunidade considera-se justificado o pleito formulado pelos agravantes, observando-se que a norma em questão não determina a comprovação das alegações, bastando a informação nos autos sobre a impossibilidade da prática do ato. Esta Relatoria conclui que a questão deve ser analisada casuisticamente diante da

excepcionalidade ocasionada pela pandemia em diversos setores da sociedade e diante das circunstâncias do próprio caso concreto.

Por outro lado, se revela incabível que a suspensão do prazo fique atrelada ao encerramento da pandemia por se tratar de evento incerto, sob pena de retardar injustificadamente o andamento processual.

[...]

Nesse cenário, considera-se que o lapso temporal decorrido até o presente momento, diante da concessão de efeito suspensivo ao recurso, se revela suficiente e adequado para que os agravantes tenham colhido os elementos necessários para apresentar a contestação, restando oportuno o estabelecimento de um marco para a contagem do prazo então suspenso.⁶⁷ (grifou-se)

Em caso diverso, o acórdão nº 2169146-10.2020.8.26.0000, no entanto, para também balizar atos de defesa e razoável duração do processo frente à lacuna normativa, estabeleceu prazo suplementar de 15 dias para que a parte providenciasse documentos faltantes e essenciais à oposição de embargos à execução:

Embora tenha razão o juízo “a quo”, o direito de ampla defesa deve ser priorizado. A verdade formal não prescinde do esgotamento da busca da verdade real. Se for possível produzir a verdade real nos autos, isso deve ser oportunizado.

E, apesar de o contador estar trabalhando remotamente, não se pode negar a dificuldade de se entrar em contato com profissionais que, antes da pandemia, atendiam pessoalmente. Ainda que o serviço prestado possa ser realizado de forma remota, muitos prestadores de serviço não têm mantido um canal de acesso, até por não estarem preparados para o cenário de pandemia (COVID-19). Por exemplo, há aqueles que trabalham em casa, de modo que não têm acesso ao telefone comercial que era utilizado anteriormente.

Decerto, a parte precisa buscar esse contato o quanto antes.

Porém, diante da informação acerca dessa dificuldade, apenas para garantia da ampla defesa, confere-se quinze dias para apresentação dos embargos.⁶⁸ (grifou-se)

Já no acórdão nº 2110323-43.2020.8.26.0000, também versando sobre decisão que determinou a apresentação de documentos nos autos do processo, a análise em 2^a Instância suspendeu os efeitos da decisão original pelo período a que viesse se estender a pandemia de COVID-19 com as restrições para acesso aos documentos, decisão benéfica à parte requerida, uma sociedade de advogados:

Entretanto, não se pode olvidar que o eventual impedimento para apresentação dos referidos documentos é circunstancial, como alertado pelas próprias partes nestes autos, sendo prudente, por ora, a determinação para que **a presente decisão irradie**

⁶⁷ TJSP; Agravo de Instrumento 2145354-27.2020.8.26.0000; Relator (a): Marcia Dalla Déa Barone; Órgão Julgador: 4^a PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 24/09/2020; Data de Registro: 24/09/2020

⁶⁸ TJSP; Agravo de Instrumento 2169146-10.2020.8.26.0000; Relator (a): Melo Colombi; Órgão Julgador: 14^a Câmara de Direito Privado; Foro de Campinas - 5^a. Vara Cível; Data do Julgamento: 19/08/2020; Data de Registro: 19/08/2020

sua eficácia para data posterior ao término das medidas de isolamento social decorrente da pandemia pelo COVID-19, com o pleno restabelecimento das atividades nos órgãos públicos, especialmente na Polícia Federal, responsável, segundo afirmativa da agravante, pela apreensão dos documentos ora requeridos.⁶⁹ (grifou-se)

Confirma-se, assim, uma aparente ausência de parametrização e adequação das suspensões e/ou concessões de prazos suplementares por impossibilidade técnica/prática advinda da falta de infraestrutura tecnológica ou das restrições de circulação em razão da pandemia de COVID-19.

5.2.4. As hipóteses de admissibilidade da impossibilidade técnica para atos processuais

Observado o cenário geral da amostra de casos analisada, as respostas do TJSP frente às narrativas de impossibilidades técnicas e práticas, cerceamento de defesa e prejuízo ao contraditório, bem como as lacunas existentes nas normativas utilizadas como base legal da atuação dos magistrados durante a pandemia de COVID-19, busca-se, também, encontrar quais alegações ou provas foram validadas pela jurisprudência do Tribunal como capazes de suspender atos processuais.

Como primeiro julgado a ser exposto neste item, destaca-se o acórdão de nº 2242519-74.2020.8.26.0000 que conta com resultado favorável à recorrente, beneficiária da justiça gratuita, e que alegou prejuízo de participação própria e de suas testemunhas. Pela ausência de meios técnicos e necessidade de provê-los também as testemunhas arroladas, a parte argumentou que a Resolução 314/2020 do CNJ prevê que as audiências virtuais devem considerar dificuldades técnicas e somente poderiam ocorrer quando possível a participação, nos termos do art. 6º, §3º.

Necessário destacar que se trata do único caso, dentre os 60 acórdãos analisados, em que houve menção expressa ao art. 198, do CPC/15, abordando como dever do Judiciário prover a infraestrutura necessária para participação dos litigantes em atos processuais virtuais,

⁶⁹ TJSP; Agravo de Instrumento 2110323-43.2020.8.26.0000; Relator (a): Adilson de Araujo; Órgão Julgador: 31ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 34ª Vara Cível; Data do Julgamento: 21/07/2020; Data de Registro: 21/07/2020

sem a presunção de que estes ou seus advogados deveriam arcar com tal responsabilidade para garantir a participação no processo. Sem deixar de reconhecer a importância das ferramentas adotadas e da própria realização de audiências virtuais para garantia de prestação jurisdicional efetiva e célere, em especial durante a pandemia, é feita a necessária ressalva da realidade fática dos jurisdicionados quanto ao acesso desigual à internet no Brasil.

Em verdade, a despeito de o sistema do processo eletrônico ter sido implementado de forma eficaz e próspera em boa parte do Poder Judiciário paulista, ainda passa longe de representar a “realidade” de todo o Poder Judiciário.

E, com o intuito de ampliar as benesses advindas do processo eletrônico, a mesma legislação processual impõe (e não apenas faculta) ao próprio Poder Judiciário a obrigação (e não faculdade) de “manter gratuitamente, à disposição dos interessados, equipamentos necessários à prática de atos processuais e à consulta e ao acesso ao sistema e documentos dele constantes.”. Ainda, consciente da realidade estrutural da sociedade, ressalva que “Será admitida a prática de atos por meio não eletrônico no local onde não estiverem disponibilizados os equipamentos previstos no caput” (art. 198, do CPC/2015).

Na mesma linha, é a inteligência da LF no 11.419/2006, que dispôs sobre a informatização do processo judicial, cujo art. 10, §3º, carreia ao Judiciário a obrigação de “manter equipamentos de digitalização e de acesso à rede mundial de computadores à disposição dos interessados para distribuição de peças processuais”. Deste modo, diferentemente da compreensão do Juízo deprecado, não há realidade que se imponha sobre a Lei, isto é, inexiste obrigatoriedade normativa para a utilização do sistema de audiência virtual em detrimento do método presencial; mais, se adotada a forma eletrônica para a prática do ato processual, por deliberada convenção dos sujeitos do processo, incumbe ao Judiciário, e não à parte ou seu advogado, disponibilizar os meios necessários a tanto.

[...]

Ainda assim, retomando as premissas que dão base a esta decisão judicial, cada caso concreto deve ser analisado individualmente, sendo ajustado ao panorama normativo de acordo com suas especificidades. Se, por um lado, o sistema de audiência virtual adotado pelo TJSP tem-se revelado eficaz e seguro, sem apresentar, até o momento, qualquer falha grave que pudesse colocar em questão suas vantagens; por outro, há que se considerar que nem sempre os sujeitos envolvidos na relação processual disponibilizarão de meios adequados para utilização dessa nova ferramenta processual.

[...]

Ao se afirmar que “a atual tecnologia permite a alteração de rotinas e a pandemia que assola o planeta impõe a mudança de hábitos e costumes” (e-fls. 37/38), con quanto exato, implica considerar que as deliberações judiciais são todas dirigidas aos jurisdicionados, ou seja, o priorizar os instrumentos é desejável, mas o fim não pode ser em si mesmo.

Se a Constituição impele a observância do devido processo legal, do qual é corolário a ampla possibilidade de produção de provas, restringir a possibilidade de a parte influir na convicção do magistrado com o contraponto da “eficiência” implica ser contraditório, salvo se esta fosse consequência afirmativa do direito fundamental.

Não se está a negar a relevância e a importância das audiências virtuais que, de fato, “vieram para ficar”, na medida em que, ordinariamente, facilitam o procedimento de acesso à justiça, tornam mais célere a prestação jurisdicional e protegem bens e pessoas contra riscos evitáveis.

No entanto, é preciso registrar que o processo foi imaginado e positivado em nome do interesse público.

[...]

Ou seja, deve-se atentar para a realidade dos sujeitos do processo. Idealizar que todo e qualquer cidadão possui as ferramentas necessárias para participar de

audiência via plataforma Microsoft Teams é ignorar que 25% das pessoas no Brasil não possuem acesso à Internet e que, para aquelas que possuem, nem sempre o acesso é factível e estável, já que pressuporia a eficiência dos prestadores de serviço no setor de telecomunicações, situação sabidamente inexistente.

Transferir ao causídico ou às partes o encargo de modificar essa situação estrutural, para além de reforçar o sistema de exclusão, isola o processo judicial em uma ilha ocupada somente por aqueles que possuem condição financeira para custeá-lo, indo de encontro ao cariz eminentemente público do serviço prestado pelo Poder Judiciário, cujo acesso deve[ria] ser universal (art. 5º, inciso XXXV, da CF/88).⁷⁰ (grifou-se)

O contexto fático foi também observado, e considerado como alegação suficiente, no acórdão nº 2054177-45.2021.8.26.0000. Neste, sendo mencionada pelo recorrente sua condição de pessoa idosa, com entraves técnicos para atuação em audiência virtual sem algum auxílio externo, que estaria inviabilizado no momento em razão das restrições de contato e circulação devido à pandemia, foi compreendido o cenário enfrentado e suspensa a designação de audiência virtual, uma vez que em violação a direito líquido e certo.

De fato, além dos entraves técnicos citados, contando 76 anos, **sendo perfeitamente compreensível que não tenha acesso ou sequer saiba manusear o aplicativo “Microsoft Teams”, encontrando-se em isolamento social, não poderia se dirigir ao escritório de sua Advogada para tanto, impossibilitando que terceiros a auxiliem**, como bem visto pela douta Procuradoria Geral de Justiça.⁷¹ (grifou-se)

No mesmo sentido, de acordo com o acórdão nº 2178468-54.2020.8.26.0000, a alegação de impossibilidade técnica para oitiva da testemunha, pessoa idosa e sem acesso à internet, foi considerada suficiente para se determinar a suspensão da audiência virtual designada. Ainda, mencionou-se como incabível a imposição do ônus e do risco ao patrono da parte interessada no auxílio à testemunha sem acesso:

Assim, ante as peculiaridades do caso concreto, notadamente tendo em vista a pandemia de COVID-19, além da condição de idoso da testemunha e necessidade de priorização da sua saúde, **não se mostra razoável a realização da audiência por videoconferência, tendo em vista a alegada impossibilidade técnica por ausência de acesso à internet, não sendo cabível impor ao patrono da parte, neste momento excepcional, a promoção do quanto necessário para concretizar sua oitiva.**

Logo, mostra-se razoável a suspensão temporária da audiência virtual para oitiva da testemunha do réu, sem prejuízo de nova designação em momento oportuno, após a

⁷⁰ TJSP; Agravo de Instrumento 2242519-74.2020.8.26.0000; Relator (a): Paulo Barcellos Gatti; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Público; Setor de Cartas Precatórias Cíveis - Cap - Setor Unificado de Cartas Precatórias Cíveis; Data do Julgamento: 30/11/2020; Data de Registro: 30/11/2020

⁷¹ TJSP; Mandado de Segurança Cível 2054177-45.2021.8.26.0000; Relator (a): José Joaquim dos Santos; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional VII - Itaquera - 1ª Vara da Família e Sucessões; Data do Julgamento: 03/05/2021; Data de Registro: 03/05/2021

oitiva do autor e da sua testemunha, quando poderá ser realizada por videoconferência, com o auxílio do patrono da parte interessada, desde que observada a priorização da saúde da testemunha, considerando a situação na Comarca de sua residência.⁷² (grifou-se)

No entanto, houve entendimento diverso, sendo considerada que a alegação de impossibilidade técnica para a participação em audiência virtual, transmitindo ao juízo realidade de inacessibilidade a ferramentas como computadores e smartphones é situação que, por ela mesma, se sobressai à demanda por provas de tal condição. Nesse sentido, para o Des. Relator, exigir comprovação seria imputar ônus negativo à parte recorrente. Tem-se no voto, então, a compreensão de imposição de prova diabólica caso seja requisitada comprovação nos termos das normativas do CNJ e do CSM:

Os requeridos, no entanto, manifestaram-se dentro do prazo de 48 horas concedido pelo magistrado alegando a impossibilidade técnica deles e de suas testemunhas de participação na audiência por videoconferência, pugnando pela designação de audiência presencial ou, subsidiariamente, fosse disponibilizada sala no interior do fórum para oitiva das testemunhas, perante autoridade pública (fls. 3.222/3.225, origem).

O i. Magistrado de piso manteve a designação da audiência virtual, ‘considerando que, com todo o respeito, não têm as partes a faculdade de desrespeitar as decisões do órgão jurisdicional, sem prejuízo do fato de que as justificativas são genéricas, reporto-me à decisão de fls. 3.212/3.213. Aguarde-se a audiência. Int’.

[...]

No caso em exame, os agravantes expressamente discordaram previamente e de forma justificada da realização da audiência pelo meio eletrônico, diante da impossibilidade técnica da parte requerida e das testemunhas de participarem do ato neste formato, porque são pessoas de parcos recursos financeiros e não dispõem da tecnologia (smartphones ou computador com câmera, microfone e acesso à internet), tampouco dos conhecimentos técnicos necessários.

Com a devida vênia ao entendimento do i. Magistrado de piso, exigir que a parte, além de manifestar-se previamente, comprove a ausência de meios para viabilizar a audiência por videoconferência **seria carrear-lhe o ônus de produzir prova negativa e de excessiva dificuldade.**

Assim, observando que a audiência virtual é um procedimento excepcional adotado em um contexto de emergência e para o qual nem todos estão preparados tecnologicamente para viabilizá-la, sendo vedado, outrossim, carrear aos advogados a responsabilidade pela participação das partes e testemunhas no ato virtual, forçoso convir que o adiamento da audiência de instrução, debates e julgamento até que seja seguro a realização do ato de forma presencial é medida que se impõe.⁷³ (grifou-se)

⁷² TJSP; Agravo de Instrumento 2178468-54.2020.8.26.0000; Relator (a): Walter Exner; Órgão Julgador: 36ª Câmara de Direito Privado; Foro de Araraquara - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 23/10/2020; Data de Registro: 23/10/2020

⁷³ TJSP; Agravo de Instrumento 2168639-15.2021.8.26.0000; Relator (a): Theodoreto Camargo; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Privado; Foro de Guarulhos - 7ª Vara Cível; Data do Julgamento: 23/09/2021; Data de Registro: 23/09/2021

Além dos casos em que a alegação convincente e razoável, com explicação do cenário de impossibilidade, foi considerada suficiente para a aplicação de suspensão de ato processual, houve casos em que tal decisão foi lastreada por requisitos adicionais. No acórdão nº 2207669-91.2020.8.26.0000, nesse sentido, o entendimento de que não ocorreria prejuízo no adiamento de atos processuais apoiou-se no contexto de que se tratava de direito disponível e de que as partes concordaram no adiamento, uma vez que ambas alegaram dificuldades técnicas para participação.

No mais, a regra do art. 6º, §3º, da Resolução 314/2020 do CNJ, assim como o Provimento CSM No 2.557/2020 não condicionam a realização das audiências por videoconferência ao prévio consentimento das partes, cabendo a estas apontar as impossibilidades técnicas ou práticas que, eventualmente, impeçam a realização dos atos processuais por meio eletrônico ou virtual durante o período do Sistema Remoto de Trabalho.

E, na hipótese, ambas as partes se insurgiram contra a realização da audiência por meio virtual, sob o fundamento de não possuírem equipamentos adequados. A ré afirmou, ainda, que é idosa e que correria riscos ao dirigir-se ao escritório de seu patrono para acompanhar a audiência.

Ressalte-se que o caso dos autos versa sobre direito disponível (reintegração de posse de propriedade privada e indenização por danos morais) e que não se vislumbra risco de perecimento do direito ou urgência a justificar a impossibilidade de adiamento da audiência.

No mais, houve concordância de ambas as partes para o adiamento, sendo apontadas as dificuldades técnicas enfrentadas por ambas para a participação na audiência virtual.

Diante de tais considerações, não há qualquer impedimento para que a audiência seja redesignada para momento futuro, ressalvada a possibilidade de alteração do entendimento aqui firmado em razão de posteriores alterações fáticas nas condições das partes, bem como nas condições sanitárias e de sistema de trabalho deste E. TJSP, o que fica observado⁷⁴ (grifou-se)

Tratamento similar foi dado ao acórdão nº 2272256-25.2020.8.26.0000, em que se utilizou como motivo para decisão favorável ao pleito da recorrente, a redesignação da audiência, ser a discussão sobre direito disponível, ser a recorrente a autora no processo de origem e ter a parte contrária expressamente concordado com o pedido. Assim, nestes casos, entende-se por uma aproximação da situação a um negócio jurídico processual e o entendimento, pelo Rel. Des., de que este seria possível tendo em vista as particularidades que permitem transação entre as partes.

E, na hipótese, a parte autora - que em princípio é a principal interessada no regular andamento do feito, requereu a redesignação da audiência que seria realizada

⁷⁴ TJSP; Agravo de Instrumento 2207669-91.2020.8.26.0000; Relator (a): Renato Rangel Desinano; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Privado; Foro de Mogi das Cruzes - 5ª Vara Cível; Data do Julgamento: 15/01/2021; Data de Registro: 15/01/2021

virtualmente, sob o fundamento de que uma das testemunhas, pessoa idosa, não possuía os conhecimentos técnicos necessários para participar do ato.

Outrossim, a ré manifestou expressamente que não tinha qualquer oposição ao pleito da requerente.

Ressalte-se que o caso dos autos versa sobre direito disponível (reintegração de posse de propriedade privada) e que não se vislumbra risco de perecimento do direito ou urgência a justificar a impossibilidade de adiamento da audiência (mormente considerando que o pedido foi formulado pela própria autora).⁷⁵ (grifou-se)

No entanto, foi encontrado, também, casos em que o entendimento favorável à suspensão/adiamento dos atos presenciais pautou-se pela existência de provas consideradas suficientes para comprovar a absoluta impossibilidade técnica ou prática. Nesse sentido, vê-se o acórdão nº 2157842-14.2020.8.26.0000, em que houve inclusão, pela Defensoria Pública, de declaração de próprio punho de parte e testemunhas como forma de buscar a comprovação da impossibilidade técnica. No caso, sendo pessoas idosas, e com inabilidade tecnológica, e sem acesso à infraestrutura de internet e equipamentos necessária, tais informações foram narradas em petição e confirmadas pela declaração, uma vez que prova capaz de explicitar certeza em tais condições poderia se mostrar impossível.

Nesse diapasão, embora a realização de audiência virtual seja faculdade do magistrado, **o ato somente poderá ser realizado se possível a intimação e a participação das partes e testemunhas, sendo desonerados advogados e procuradores da obrigação de providenciar o comparecimento destas.**

A Defensoria informa a impossibilidade técnica e de ordem pessoal de acompanhamento da audiência pela autora e acrescenta que tal dificuldade também se verifica com relação às testemunhas arroladas.

Em acréscimo trouxe as declarações, de próprio punho, da autora e suas testemunhas, informando que possuem limitação ao acesso à internet e não utilizam aplicativos de celular, exceto o WhatsApp (fls. 110/113), De rigor, portanto, o cancelamento do ato virtual.⁷⁶ (grifou-se)

Também como estrutura probatória vista como suficiente para o adiamento de ato processual virtual, no caso do acórdão nº 2020220-53.2021.8.26.0000, houve decisão baseada na comprovação, pelas partes em condição de vulnerabilidade técnico-processual, por meio de foto dos aparelhos celulares que dispunham. Trata-se, aqui, de demonstração da realidade fática de ausência total de infraestrutura tecnológica, que aparenta garantir sustentação à decisão

⁷⁵ TJSP; Agravo de Instrumento 2272256-25.2020.8.26.0000; Relator (a): Renato Rangel Desinano; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Privado; Foro de Guarulhos - 8ª Vara Cível; Data do Julgamento: 01/02/2021; Data de Registro: 01/02/2021

⁷⁶ TJSP; Agravo de Instrumento 2157842-14.2020.8.26.0000; Relator (a): Francisco Carlos Inouye Shintate; Órgão Julgador: 29ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional VII - Itaquera - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 28/09/2020; Data de Registro: 28/09/2020

judicial, mas, em contrapartida, expõem às partes à situação vexatória em tentativa de comprovação da desigualdade sociodigital e da impossibilidade de participação que enfrentam:

Portanto, a audiência de instrução, neste período de pandemia de COVID-19, deve ser realizada por videoconferência, para preservação da saúde de todos os envolvidos. De outro lado, somente não será realizada caso se mostre absolutamente impossível de ser realizada (ocasião em que deverá ser aguardada a retomada dos trabalhos presenciais), o que parece ser o caso dos autos.

Afinal, relevantes os argumentos aduzidos pelos agravantes, no sentido de que são humildes e que não possuem os meios tecnológicos necessários para a participação da audiência virtual. Pois, como aduzido os agravantes não possuem meios ou conhecimentos tecnológicos para realizarem a audiência virtualmente, **o que resta demonstrado pela fotografia de fl. 05, na qual eles expõem seus celulares que, por serem antigos, não possibilitam a realização de chamada virtual.**

[...]

Importante observar que o maior interesse no rápido julgamento da demanda é dos próprios agravantes, que são os autores, inexistindo prejuízo caso a audiência seja postergada. **E, por mais que o Juízo a quo deseje realizar a audiência virtual, as condições objetivas dos requerentes não os permitem ter acesso a meios digitais sem ajuda de terceiros**, não sendo possível exigir que eles se exponham a riscos, com o desnecessário deslocamento ao escritório de advocacia de seu patrono.⁷⁷ (grifou-se)

5.3. Os efeitos no contraditório e a necessidade de acesso à justiça digital

A partir dos acórdãos consultados, bem como dos dados e análises qualitativas levantadas nesta pesquisa, passa-se ao exame dos resultados obtidos e anteriormente apresentados. Para tanto, serão objeto desta compilação, no escopo das normativas apresentadas pela Resolução 314 e pelo Provimento 2.554 e em sua aplicação nos acórdãos selecionados, as duas temáticas inicialmente abordadas e que se complementam quando da verificação de um sistema constitucional de processo: a efetivação do contraditório e do acesso à justiça.

Sobre a garantia ao contraditório dinâmico, que possibilite informação plena, direito de defesa e influência decisória às partes, em um movimento de cooperação e responsabilidade descentralizada pela audiência justa, foi possível identificar, ainda que em sua maioria não expressamente abordado tal princípio nos textos decisórios, a inclusão de novos obstáculos à efetivação do contraditório. Os óbices enfrentados, que se expressam pelas temáticas

⁷⁷ TJSP; Agravo de Instrumento 2020220-53.2021.8.26.0000; Relator (a): Angela Lopes; Órgão Julgador: 27^a Câmara de Direito Privado; Foro de Araraquara - 4^a. Vara Cível; Data do Julgamento: 05/04/2021; Data de Registro: 05/04/2021

processuais de maior recorrência na amostra, quais sejam as dificuldades de participação em audiências virtuais, de cumprimento de atos processuais e de disponibilização de documentos em juízo, estão diretamente relacionados aos *standards* de um contraditório dinâmico, como levantado por Ada Pellegrini e neste trabalho exposto em relação à produção de provas, aos prazos processuais e à decisão motivada e não surpresa.

Para além de obstáculos ao contraditório dinâmico, enfrentou-se posicionamentos em que é levantada a aparente colisão entre a garantia de mecanismos de participação ampla e efetiva das partes e o desenrolar célere dos processos. Como já aventado, não há que se falar em duração razoável que viole prerrogativas legais de participação e que prejudiquem o processo em contraditório, uma vez que são princípios codependentes e diretamente vinculados à análise causal. Em hipótese de afastamento de garantia de participação em contraditório dinâmico justificada pela necessidade de celeridade processual, enfrenta-se, como se viu nos casos apresentados, a inclusão de etapas recursais que poderiam ser desnecessárias e apenas prolongam os custos e o próprio processo.

Ainda, quando observadas as narrativas fáticas apresentadas pelos litigantes nos acordãos da amostra, a maioria é voltada ao enfrentamento de impossibilidades técnicas para a participação nos processos. Apesar de preverem tal cenário, as normativas editadas pelo CNJ e pelo CSM, em São Paulo, não explicitam quais o conceito ou os requisitos para consideração de absoluta impossibilidade técnica ou prática, o que se tornou uma lacuna na norma com interpretações diversas pelos aplicadores.

Ao final, pode-se observar que, apesar da inexistência de entendimento consolidado sobre a matéria, houve decisões positivas à parte em aparente vulnerabilidade técnico-processual nos casos que (i) contaram com concordância das partes para adiamento ou mudança de formato nos atos processuais; (ii) estavam vinculadas a direito disponível; (iii) apresentaram alegações convincentes sobre a inabilidade técnica ou a falta de infraestrutura de computadores e internet estável; e/ou, de forma mais relevante, (iv) continham provas suficientes de tal realidade que se impunha, apesar de estas serem de difícil ou impossível comprovação.

6. CONCLUSÃO

Realizada a revisão teórica e a análise empírica propostas, volta-se ao questionamento inicialmente apresentado para a compilação de resultados possível. Ao final, como foram tratadas as demandas para garantir a participação de litigantes em atos processuais virtuais, no âmbito do TJSP, durante a pandemia de COVID-19, e qual seu impacto na efetivação do contraditório e no acesso à justiça digital?

Apesar de não ter sido possível conceituar, a partir de uma esperada convergência de entendimentos, no TJSP, o que se cunhou como *absoluta impossibilidade técnica ou prática* de participação, texto presente nas normativas estudadas, é possível apontar a utilização de tal hipótese para lastrear a maioria dos pedidos de reanálise, pelo tribunal, das decisões em 1^a instância que versaram sobre o tema da dificuldade de participação em processos durante a pandemia de COVID-19 e denegaram o acesso ao adiamento ou suspensão de prazos.

Em relação à importância da análise probatória, pelo magistrado, para a concessão das garantias de adiamento ou suspensão de atos e prazos processuais, restou-se sabido que esta foi utilizada como requisito de maior relevância para a não concessão de tais prerrogativas, uma vez que presente em mais da metade dos acórdãos analisados. Considerando a exposição vexatória de condições de falta de infraestrutura tecnológica e falta de acesso à internet, ou mesmo a completa incapacidade de se comprovar a inabilidade técnica para manuseio de ferramentas virtuais, por exemplo, entende-se que o requisito de comprovação de absoluta impossibilidade pode ser caracterizado como prova impossível e diabólica.

Conclui-se, pelo exposto, que não houve parâmetro único de identificação para alegações ou para o pedido de comprovação das impossibilidades de participação serem entendidos como suficientes, restando necessária a atuação de partes, testemunhas e advogados na apresentação do cenário desigual experienciado, ou, se impossível, na participação precária, sem a infraestrutura essencial à atuação cooperativa, em igualdade de meios, durante o processo.

No mais, é possível afirmar que, nos limites dos termos das normativas e dos acórdãos presentes no estudo empírico realizado, não houve preocupação em cumprimento do texto legal do CPC/15 quanto ao disposto no art. 198. Com apenas uma menção dentre os julgados selecionados, o dever de disponibilização do aparato tecnológico necessário à consulta ou à realização de atos processuais virtuais, de forma gratuita, pelas unidades do Poder Judiciário, deixou de ser compatibilizado com a normativa recente do CNJ e não foi objeto de ponderação relevante pelos magistrados.

Assim, em análise qualitativa, após realizadas as conceituações, entende-se que houve prejuízo ao exercício do contraditório quando (i) solicitada prova diabólica para confirmação de impossibilidade técnica de partes ou testemunhas; (ii) delegada ao advogado das partes a prestação de infraestrutura para prática de atos processuais virtuais, ou a busca por auxílio externo para tanto; e (iii) impedida a realização de sustentações orais, durante sessões telepresenciais de julgamento, em contrariedade à lei e às normativas adotadas. Ainda, vê-se que tal prejuízo não é minimizado pela justificativa de se estar cumprindo com a celeridade processual e buscando a duração razoável do processo, também uma garantia constitucional, uma vez que não há oposição entre os princípios e estes são complementares.

No mesmo sentido, com a existência de prejuízos à tomada de informações, à defesa ativa e à possibilidade de influência decisória durante o processo, requisitos essenciais ao contraditório dinâmico que compõem o devido processo em um Estado Democrático de Direito, não há que se falar, também, em um pleno acesso à justiça. De forma contrária, quando estabelecida necessidade de infraestrutura própria pela parte, afasta-se de um Sistema de Justiça adequadamente organizado, com decisões justificadas, construídas pela participação efetiva dos sujeitos em cooperação com o julgador. Afasta-se, então, do acesso à justiça, agora, digital.

Como prática recomendada em análise comparada dos formatos utilizados para continuidade da prestação jurisdicional na América Latina, também se mostrou necessário, de acordo com a aplicação brasileira, que sejam aprimoradas as ferramentas de justiça digital adotadas, em especial caso continuem a ser utilizadas de forma ampla, como propõe o CNJ nos projetos de Justiça 100% virtual. Assim, torna-se essencial diminuir a “lacuna digital” existente, garantindo um devido processo e o acesso à justiça em todas as esferas.

Apesar do escopo limitado, temporal, regional e quantitativamente, da presente pesquisa, pautada na análise das consequências de cenários específicos e normas vigentes apenas durante a pandemia de COVID-19, ela foi capaz de demonstrar muitas das dificuldades de participação enfrentadas, em especial, por litigantes com vulnerabilidade técnico-processual.

Como destaque final, necessário ressaltar: em um cenário fático de se estar vivendo uma revolução industrial baseada na internet e nas novas tecnologias, não há porque defender o afastamento do Poder Judiciário de tais avanços. Em realidade, estes são bem vindos e necessários quando trouxerem ganhos em efetividade e garantia de direitos com aplicação isonômica.

De forma oposta, o que se buscou demonstrar, ao longo deste trabalho, resguardadas suas limitações metodológicas e a experiência vivenciada durante o período de pandemia, não foram as oportunidades alcançadas com a inovação, mas as latentes desigualdades em acesso à internet e tecnologias vividas pela população brasileira. Esta, frente às políticas públicas de virtualização que impactam diretamente o Judiciário, podem ver descaracterizadas garantias constitucionais como a do processo em contraditório dinâmico efetivo, enfrentar novos obstáculos ao acesso à justiça e demandar, do próprio Poder Judiciário, a atuação para a busca de um acesso à justiça digital.

BIBLIOGRAFIA

ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro, volume I: parte geral: fundamentos e distribuição de conflitos.** 1a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual.** 3^a ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil.** D.O.U. 17.03.2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, promulgada em 05.10.1988.

BONACORSI, Juliana de Palma; FEFERBAUM, Marina; PINHEIRO, Victor Marcel. **Meu trabalho precisa de jurisprudência? Como posso utilizá-la?** In Rafael Mafei Rabelo Queiroz: **Monografia jurídica: passo a passo.** São Paulo: Editora Método, 2015.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 274

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça.** Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. Relatório geral, *in Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Proceedings*, Milano, Giuffre, 1973.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo.** 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

COMOGLIO, Luigi Paolo. **Contraddittorio (principio del).** Enciclopedia giuridica. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1988.

COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michelle. **Lezioni sul processo civile: Il processo ordinário di cognizione**. 5. ed. Milano: Il Mulino, 2011, v. I.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Justiça em Números 2020: ano-base 2019**. Brasília: CNJ, 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Resolução 313/20**, de 19 de março de 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Resolução 314/20**, de 24 de abril de 2020.

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA (CSM). **Provimento 2.554/20**, de 24 de abril de 2020.

COSTA, Susana Henriques da; EBERHARDT, João Francisco. **Acesso à justiça e a obrigatoriedade da utilização dos mecanismos de online dispute resolution: um estudo da plataforma consumidor.gov** in Direito, processo e tecnologia/ coordenação Erik Navarro Wolkart . [et al.]. - 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

DAMAŠKA, Mirjan R. **The faces of justice and State Authority**. New Haven: Yale University Press, 1986.

DIDIER JR, Freddie. **Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo** in Revista de Processo - Ano 36, vol. 198. Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do novo processo civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

FELSTINER, William; ABEL, Richard; SARAT, Austin. **The emergence and transformation of disputes: naming, blaming, claiming**. Law & Society Review, v. 15, n. 3/4, 1980-1981.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Barbosa Quinaud. **O poder judiciário em crise e(m) crise. Reflexões de teoria da constituição e teoria geral do processo sobre o acesso à justiça e as recentes reformas do poder judiciário a luz de: Ronald Dworkin, Klaus Gunther e Jurgen Habermas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FRANCO, Marcelo Veiga. **Dimensão dinâmica do contraditório, fundamentação decisória e conotação ética do processo justo: breve reflexão sobre o art. 489, § 1.º, IV, do novo CPC.** Revista de Processo, vol. 247. São Paulo, 2015.

FRANCO, Marcelo Veiga. **A evolução do contraditório: a superação da teoria do processo como relação jurídica e a insuficiência da teoria do processo como procedimento simétrico contraditório.** Revista Do Programa De Pós-Graduação Em Direito da Univ. Fed. Da Bahia, 22(24). Salvador, 2012.

GALANTER, Marc. **Why the Haves Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change.** Law and Society Review, 1974.

GALANTER, Marc. **Access to justice in a world of expanding social capability.** Fordham Urban Law Journal, 29 v. 37, 2010.

GALVÃO, Jéssica. **Acesso à justiça e a recomprensão da gestão do sistema de justiça após a pandemia.** Coronavírus: direitos dos cidadãos e acesso à justiça; coordenado por Fernanda Tartuce, Luciano Souto Dias. Indaiatuba, SP: Foco, 2020.

GRECCO, Leonardo. **Contraditório efetivo.** Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume 15. Periódico Semestral da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo constitucional em marcha: contraditório e ampla defesa em cem julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo.** São Paulo: Max Limonad, 1985.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O conteúdo da Garantia do Contraditório** in Novas tendências do direito processual de acordo com a constituição de 1988. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento, **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua 2018/2019**. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101794_informativo.pdf>. Acesso em: 01.09.2021.

INTERNATIONAL LEGAL ASSISTANCE CONSORTIUM (ILAC). **Justice in the Time of COVID-19 - Challenges to the Judiciary in Latin America & the Caribbean**, dezembro de 2020. Disponível em: <http://ilacnet.org/wp-content/uploads/2020/12/ILAC_COVID19_ENGLISH_FINAL_WEB.pdf>. Acesso em 20.07.2021.

LEITE, Clarisse Frechiani Lara; Leite, Caroline Narvaez. **Advocacia cível em tempos de Covid-19**. AASP, 2020. Disponível em: <<https://www.aasp.org.br/em-pauta/advocacia-civel-em-tempos-de-covid/>>. Acesso em 01.09.2021.

LOURENÇO, Haroldo. **Teoria dinâmica do ônus da prova no novo CPC**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. In: Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini, Bruno Dantas. **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MITIDIERO, Daniel. **Bases para a Construção de um Processo Civil Cooperativo: O Direito Processual Civil no Marco Teórico do Formalismo Valorativo**. 2007. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.ufrgs.br/da.php?nr=000642773&loc=2008&l=fff90792c6702178>>. Acesso em 21.08.2021.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual: terceira série**. São Paulo: Saraiva, 1984.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. =

NÚCLEO DE INFORMAÇÃO E COORDENAÇÃO DO PONTO BR (NIC.BR). **Desigualdades digitais no espaço urbano: um estudo sobre o acesso e o uso da Internet na cidade de São Paulo**. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2019. Disponível em: <https://ctic.br/media/docs/publicacoes/7/11454920191028desigualdades_digitais_no_espaco_urbano.pdf>. Acesso em 01.09.2021.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **“Garantia do Contraditório”. Garantias Constitucionais do Processo Civil**. São Paulo: RT, 1998, p. 16. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/70385/39893>> Acesso em 01.09.2021.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Declaração conjunta sobre o acesso à justiça no contexto da pandemia de COVID-19**, 27 de janeiro de 2021. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/jsForm/?File=/pt/cidh/prensa/notas/2021/015.asp>>. Acesso em 20.07.2021.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OECD). **Access to justice and the COVID-19 pandemic: Compendium of Country Practices**, de 25 de setembro de 2020. Disponível em: <<https://www.oecd.org/governance/global-roundtables-access-to-justice/access-to-justice-compendium-of-country-practices.pdf>>. Acesso em 20.07.2021.

SANDEFUR, Rebecca L. **Access to Civil Justice and Race, Class, and Gender Inequality**. Annu. Rev. Sociol., 2008.

_____. **Bridging the Gap: Rethinking Outreach for Greater Access to Justice**. UALR Law Review. 721, 2015.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da Justiça**. 14 ed. São Paulo: Almedina, 2014.

SANTOS, Welder Queiroz dos. **Princípio do contraditório e vedação de decisão surpresa**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SILVA, Irapuã Santana do Nascimento. Acesso à justiça: uma análise multidisciplinar. Rio de Janeiro: JusPodivm, 2021.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 39. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016.

SILVA, Paulo Eduardo Alves da. **Gerenciamento de processos judiciais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Pesquisas em processos judiciais** in MACHADO, Maíra Rocha. **Pesquisar empiricamente o direito**. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017.

TARTUCE, Fernanda. **Igualdade e Vulnerabilidade no Processo Civil**. São Paulo: Forense, 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. **PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO: tendências de mudança da sua aplicação**. Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, 28: 177-206, jan./jun. 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum** – vol. I. 58. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à justiça e sociedade moderna**. In: Participação e processo. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1988. p. 128/135.

Anexo 1 – Acórdãos objeto de pesquisa quanto à participação dos litigantes para a realização de atos processuais no Tribunal de Justiça de São Paulo durante a pandemia de COVID-19 (2020-2021)⁷⁸

Nº	data de julgamento	Nº do processo	Ação/Recurso	Pedido	Resultado
1	23/09/2021	2168639-15.2021.8.26.0000	Agravo de Instrumento	adiamento da audiência virtual designada	procedente
2	18/08/2021	1019388-28.2020.8.26.0564	Apelação	nulidade de decisão por defesa	improcedente
3	15/07/2021	2296415-32.2020.8.26.0000	Agravo de Instrumento	preclusão de direito de entrega de documentos	improcedente
4	08/07/2021	2254077-43.2020.8.26.0000	Agravo de Instrumento	isenção de multa de ITCMD por não apresentação de documentos	procedente
5	08/07/2021	2131862-31.2021.8.26.0000	Agravo de Instrumento	designação de audiência virtual	procedente
6	05/07/2021	2182169-23.2020.8.26.0000/50000	Agravo Interno Cível	suspensão de prazo	improcedente
7	15/06/2021	1005875-90.2020.8.26.0564	Apelação	nulidade de decisão por defesa	improcedente
8	15/06/2021	2100071-44.2021.8.26.0000	Agravo de Instrumento	suspensão da execução	improcedente
9	07/06/2021	2089707-13.2021.8.26.0000	Agravo de Instrumento	designação de audiência virtual	procedente
10	28/05/2021	2087943-89.2021.8.26.0000	Agravo de Instrumento	redesignação de audiência virtual	procedente
11	11/05/2021	2070571-30.2021.8.26.0000/50000	Embargos de Declaração	nulidade de decisão por defesa	improcedente
12	07/05/2021	2068558-58.2021.8.26.0000	Mandado de Segurança Cível	ordem de segurança para cancelamento da designação de audiência virtual	improcedente
13	03/05/2021	2054177-45.2021.8.26.0000	Mandado de Segurança Cível	ordem de segurança para cancelamento da designação de audiência virtual	procedente
14	29/04/2021	2015579-22.2021.8.26.0000	Agravo de Instrumento	cancelamento da designação de audiência virtual	improcedente
15	26/04/2021	2012860-67.2021.8.26.0000	Agravo Interno Cível	suspensão de prazo	improcedente
16	22/04/2021	2266028-34.2020.8.26.0000	Agravo de Instrumento	designação de audiência virtual apesar de discordância da Agravada	parcialmente procedente
17	07/04/2021	2072144-06.2021.8.26.0000	Agravo de Instrumento	cancelamento da designação de audiência virtual	improcedente
18	06/04/2021	2029824-38.2021.8.26.0000	Agravo de Instrumento	cancelamento da designação de audiência virtual e	improcedente

⁷⁸ Fonte: elaboração própria com base em dados disponíveis na ferramenta de pesquisa de jurisprudência completa do TJSP <<https://esaj.tjsp.jus.br/esaj/portal.do?servico=740000>> .

				disponibilização de sala para audiência presencial ou mista	
19	05/04/2021	2020220-53.2021.8.26.0000	Agravado de Instrumento	adiamento da audiência virtual designada	procedente
20	31/03/2021	2191766-16.2020.8.26.0000	Agravado de Instrumento	devolução de prazo	parcialmente procedente
21	31/03/2021	2188759-16.2020.8.26.0000	Agravado de Instrumento	cancelamento da designação de audiência virtual	improcedente
22	21/03/2021	2017329-59.2021.8.26.0000	Agravado de Instrumento	cancelamento da designação de audiência virtual	parcialmente procedente
23	10/03/2021	2027805-59.2021.8.26.0000	Agravado de Instrumento	devolução de prazo	improcedente
24	24/02/2021	2291086-39.2020.8.26.0000	Agravado de Instrumento	cancelamento de audiência presencial e designação de audiência virtual	procedente
25	17/02/2021	2207049-79.2020.8.26.0000	Agravado de Instrumento	cancelamento de audiência presencial e designação de audiência virtual	procedente
26	01/02/2021	2272256-25.2020.8.26.0000	Agravado de Instrumento	cancelamento da designação de audiência virtual	procedente
27	29/01/2021	1113244-90.2014.8.26.0100	Embargos de Declaração	reforma de acórdão que indeferiu suspensão de prazo	improcedente
28	15/01/2021	2207669-91.2020.8.26.0000	Agravado de Instrumento	redesignação de audiência virtual	procedente
29	29/12/2020	2227095-89.2020.8.26.0000	Mandado de Segurança Cível	ordem de segurança para cancelamento da designação de audiência virtual	indeferimento da inicial
30	15/12/2020	2243116-43.2020.8.26.0000	Agravado de Instrumento	suspensão de prazo	improcedente
31	14/12/2020	2250004-28.2020.8.26.0000	Agravado de Instrumento	suspensão de prazo	parcialmente procedente
32	09/12/2020	2168121-59.2020.8.26.0000	Agravado de Instrumento	suspensão de prazo	parcialmente procedente
33	30/11/2020	1011031-87.2019.8.26.0566	Apelação	reforma de decisão por defesa	improcedente
34	30/11/2020	1022496-62.2017.8.26.0114	Apelação	reforma de decisão por defesa	improcedente
35	30/11/2020	2242519-74.2020.8.26.0000	Agravado de Instrumento	cancelamento da designação de audiência virtual e suspensão do processo	procedente
36	13/11/2020	2163943-67.2020.8.26.0000	Agravado de Instrumento	devolução de prazo	improcedente
37	05/11/2020	2230713-42.2020.8.26.0000	Agravado de Instrumento	cancelamento da designação de audiência virtual	improcedente
38	03/11/2020	2187627-21.2020.8.26.0000	Agravado Interno Cível	prazo suplementar	improcedente
39	23/10/2020	2178468-54.2020.8.26.0000	Agravado de Instrumento	cancelamento da designação de audiência virtual e suspensão do processo	parcialmente procedente
40	21/10/2020	2231618-47.2020.8.26.0000	Agravado de Instrumento	cancelamento da designação de audiência virtual	improcedente
41	13/10/2020	1000818-46.2016.8.26.0495	Apelação	nulidade da decisão por defesa	improcedente

42	13/10/2020	1007677-94.2018.8.26.0564/50000	Embargos de Declaração	reforma da decisão por defesa	improcedente
43	30/09/2020	1113244-90.2014.8.26.0100	Agravo Interno Cível	suspensão de prazos e do processo	improcedente
44	29/09/2020	1001291-47.2018.8.26.0338	Apelação	nulidade de sentença	improcedente
45	28/09/2020	2157842-14.2020.8.26.0000	Agravo de Instrumento	cancelamento de designação de audiência virtual	procedente
46	24/09/2020	2145354-27.2020.8.26.0000	Agravo de Instrumento	suspensão de prazo	parcialmente procedente
47	14/09/2020	2199154-67.2020.8.26.0000	Agravo de Instrumento	cancelamento de designação de audiência virtual	improcedente
48	10/09/2020	2184480-84.2020.8.26.0000	Agravo de Instrumento	cancelamento de designação de audiência virtual	improcedente
49	31/08/2020	2151496-47.2020.8.26.0000	Agravo Interno Cível	cancelamento de designação de audiência virtual	improcedente
50	31/08/2020	1071453-71.2019.8.26.0002	Apelação	suspensão do processo	improcedente
51	19/08/2020	2169146-10.2020.8.26.0000	Agravo de Instrumento	suspensão de prazo	procedente
52	18/08/2020	2184433-13.2020.8.26.0000	Agravo de Instrumento	cancelamento de designação de audiência virtual	improcedente
53	05/08/2020	2116726-28.2020.8.26.0000	Agravo de Instrumento	suspensão do processo	improcedente
54	24/07/2020	1042933-98.2019.8.26.0100	Agravo Interno Cível	suspensão de obrigação de apresentar documentos	improcedente
55	21/07/2020	2110323-43.2020.8.26.0000	Agravo de Instrumento	suspensão de prazo e de obrigação de apresentar documentos	parcialmente procedente
56	07/07/2020	2126884-45.2020.8.26.0000	Agravo de Instrumento	suspensão de prazo	procedente
57	03/07/2020	2116155-57.2020.8.26.0000	Agravo de Instrumento	suspensão da realização de prova pericial	improcedente
58	30/06/2020	1043317-98.2018.8.26.0002	Embargos de Declaração	anulação de acórdão com julgamento virtual em que houve oposição ao julgamento virtual	procedente
59	02/06/2020	2106078-86.2020.8.26.0000	Agravo de Instrumento	suspensão de prazo	procedente
60	05/05/2020	1054863-19.2019.8.26.0002/50001	Embargos de Declaração	suspensão do processo	improcedente

Anexo 1I – Respostas aos questionamentos levantados nos acórdãos objeto de pesquisa⁷⁹

Nº	tema	parte recorrente (requerente ou requerido)	justiça gratuita	alegação: imp. técnica, prática, força maior, defesa/contraditório	ausência/presença de alegação consistente ou prova	contraditório ou celeridade processual mencionados pelo magistrado
1	audiência virtual	requerido	não	imp. técnica	presença	sem menção
2	audiência virtual	requerente	não	imp. prática + defesa	ausência	sem menção
3	juntada de documentos	requerente	não	não	não	sem menção
4	juntada de documentos	requerente	não	não	não	sem menção
5	audiência virtual	requerente	não	contraditório	ausência	celeridade
6	atuação do advogado	executante	não	imp. técnica	ausência	sem menção
7	audiência virtual	requerido	não	defesa	ausência	sem menção
8	atos da execução	executante	não	imp. prática	ausência	sem menção
9	audiência virtual	requerente	não	não	ausência	celeridade
10	audiência virtual	requerente	não	imp. técnica	presença	sem menção
11	julgamento virtual	requerente	não	não	ausência	celeridade
12	audiência virtual	requerente		imp. técnica	ausência	sem menção
13	audiência virtual	requerente	não	imp. técnica	presença	sem menção
14	audiência virtual	requerida	não	imp. prática	ausência	sem menção
15	atos processuais	requerida	não	imp. técnica	ausência	sem menção
16	audiência virtual	requerida	não	imp. técnica	ausência	celeridade
17	audiência virtual	requerente	não	não	ausência	celeridade
18	audiência virtual	requerente	não	imp. técnica	presença	contraditório
19	audiência virtual	requerente	não	imp. técnica	presença	sem menção

⁷⁹ Fonte: elaboração própria com base em dados disponíveis na ferramenta de pesquisa de jurisprudência completa do TJSP <<https://esaj.tjsp.jus.br/esaj/portal.do?servico=740000>> .

20	atos da execução	requerida	não	imp. prática	ausência	sem menção
21	audiência virtual	requerida	não	imp. técnica	ausência	celeridade
22	audiência virtual	requerida	não	imp. técnica	ausência	celeridade
23	atos processuais	requerida	não	imp. prática	ausência	sem menção
24	audiência virtual	requerente (interesse em virtual é do recorrido)	não	imp. técnica	ausência	celeridade
25	audiência virtual	requerente (interesse em virtual é do recorrido)	não	imp. técnica	ausência	sem menção
26	audiência virtual	requerente	não	imp. técnica	presença	sem menção
27	atos processuais	requerida	sim	imp. técnica	ausência	sem menção
28	audiência virtual	requerida	sim	imp. técnica	presença	sem menção
29	audiência virtual	requerente	pedido	imp. técnica	ausência	celeridade
30	juntada de documentos	requerente	não	imp. prática + defesa + contraditório	ausência	celeridade
31	atos processuais	requerida	não	imp. técnica	ausência	sem menção
32	juntada de documentos	requerente	pedido	imp. técnica	presença	sem menção
33	audiência virtual	requerida	sim	defesa	ausência	sem menção
34	audiência virtual	requerida	não	imp. técnica + defesa + contraditório	ausência	sem menção
35	audiência virtual	requerente	sim	imp. técnica + defesa + contraditório	presença	contraditório
36	atos processuais	requerente	sim	imp. prática	ausência	sem menção
37	audiência virtual	requerida	não	não	ausência	sem menção
38	atos processuais + documentos	requerida	não	imp. técnica + imp. prática + defesa	não	sem menção
39	audiência virtual	requerida	não	imp. técnica	presença	sem menção
40	audiência virtual	requerida	não	imp. técnica	ausência	sem menção
41	julgamento virtual	requerido	não	defesa	ausência	celeridade
42	julgamento virtual	requerente	não	defesa	ausência	celeridade + contraditório

43	atos processuais	requerido	sim	imp. técnica	ausência	sem menção
44	audiência virtual	requerente	não	imp. técnica	ausência	sem menção
45	audiência virtual	requerente	sim	imp. técnica	presença	sem menção
46	atos processuais	requerido	não	imp. prática	presença	sem menção
47	audiência virtual	requerido	não	imp. técnica	ausência	sem menção
48	audiência virtual	requerido	não	contraditório + defesa	ausência	celeridade
49	audiência virtual	requerido	sim	imp. técnica + defesa	ausência	celeridade
50	atos processuais	requerido	não	imp. prática	ausência	sem menção
51	juntada de documentos	requerido	não	imp. prática + defesa	presença	celeridade
52	audiência virtual	requerido	não	não	ausência	celeridade
53	atos processuais	requerido	não	força maior	ausência	sem menção
54	juntada de documentos	requerido	não	imp. prática	ausência	sem menção
55	juntada de documentos	requerido	não	imp. prática	presença	sem menção
56	atos processuais + documentos	requerido	não	imp. prática	ausência	sem menção
57	perícia	requerido	não	não	não	celeridade
58	julgamento virtual	requerido	não	defesa	não	sem menção
59	atos processuais + documentos	requerido	sim	imp. prática	presença	sem menção
60	atos processuais + documentos	requerido	não	imp. prática	ausência	sem menção