

O Direito Humano à Audiência no Processo: Novo Paradigma em Tempos de Pandemia

The Human Right to a Hearing in the Process: New Paradigm in Times of Pandemic

JOÃO PAULO KULCZYNSKI FORSTER¹

UniRitter, Brasil.

GILBERTO SCHÄFER²

Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasil.

JOSÉ EDUARDO AIDIKAITIS PREVIDELLI³

UniRitter, Brasil.

CAMILA MOUSQUER BURALDE⁴

UniRitter, Brasil.

RESUMO: O estudo propõe o exame das audiências por videoconferência durante o estado declarado de pandemia pela Organização Mundial da Saúde. Para tanto, examina o próprio direito humano à audiência, que também possui feição fundamental, em seu formato que representa novo paradigma brasileiro: a forma eletrônica. Neste contexto, apresenta a estrutura normativa nacional, consubstanciada da legislação processual e nas disposições do Conselho Nacional de Justiça, voltada à prática de atos na forma eletrônica, inclusive as audiências por videoconferência. Ao fim, apresenta situações analisadas em outros países – EUA, Colômbia e Espanha –, em cotejo com decisões nacionais em que são limitadas as hipóteses de cabimento dessa modalidade de audiências em razão de outros direitos processuais, como a defesa e a prova. A videoconferência deve ser utilizada com parcimônia, de forma que seu emprego não resulte em violação de direito das partes, em especial réus em processos de natureza criminal. Foi empregado o método indutivo, a partir de pesquisa exploratória bibliográfica em doutrina e legislação, assim como da análise de pesquisas e julgamentos estrangeiros.

1 Orcid: <<http://orcid.org/0000-0002-4229-9309>>.

2 Orcid: <<http://orcid.org/0000-0002-1425-5763>>.

3 Orcid: <<http://orcid.org/0000-0002-6341-1179>>.

4 Orcid: <<http://orcid.org/0000-0001-5683-6323>>.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à audiência; videoconferência; pandemia; direito processual.

ABSTRACT: The study proposes the examination of hearings by videoconference during the pandemic declared by the World Health Organization. To this end, it examines the human right to a hearing, which also has a fundamental feature, in its format that represents a new paradigm in Brazil: the electronic form. In this context, it presents national normative structure, embodied in procedural legislation and in provisions of the National Council of Justice, focused on the practice of acts in electronic form, including hearings by videoconference. At the end, it presents situations analyzed in other countries - USA, Colombia and Spain - in comparison with national decisions in which the chances of usage of these hearings are limited due to other procedural rights, such as defense and proof. The videoconference must be used sparingly, so that it does not result in violation of the rights of the parties, especially defendants in criminal proceedings. The inductive method was used, based on exploratory bibliographic research in doctrine and legislation, as well as the analysis of foreign research and judgments.

KEYWORDS: Right to a hearing; videoconference; pandemic; procedural law.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Direito humano à audiência; 2 Audiências por videoconferência: novo paradigma brasileiro; 3 As audiências por videoconferência e o direito comparado; Considerações finais; Referências.

INTRODUÇÃO

O direito processual no Estado Democrático de Direito busca proporcionar aos jurisdicionados uma tutela adequada e efetiva. Esse movimento garante o acesso material à jurisdição, que, por sua vez, deve ser interpretado à luz dos direitos humanos e fundamentais.

Essa dupla conformação é verificada na normatização do tema em planos distintos. No plano internacional, a matéria é objeto de Pactos e Tratados de Direitos Humanos e, internamente, encontra regulação tanto pela Constituição Federal quanto por outras normas infraconstitucionais. O estudo desses instrumentos legislativos e a observância da amplitude de sua tutela reforçam a imprescindibilidade do tema para assegurar um processo que possa ser qualificado como justo.

Tomando por base essa constatação, será examinado o direito humano processual que ocupa o lugar central do presente artigo: o direito à audiência. A sua observância assegura a participação das partes na formação da decisão, garantindo a observância do direito fundamental ao contraditório e à duração razoável do processo. Da mesma forma, permite o exercício da função jurisdicional focada na busca em fornecer a tutela adequada para a resolução do conflito.

Na seara internacional, a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem assumido um papel de protagonismo na promoção e proteção dos direitos humanos, razão pela qual o estudo de seus julgados, relacionados ao tema proposto, guarda especial relevância.

Porém, garantir a realização desse direito durante este excepcional período de pandemia, decretado pela Organização Mundial da Saúde em meados de março de 2020, exige apurada análise de diversos dispositivos legais. O vigente Código de Processo Civil previamente estabeleceu sobre a prática dos atos eletrônicos, a exemplo dos arts. 205, § 2º, 334, § 7º, 385 do CPC/2015 e os arts. 185 e 222, que demandam releitura contextualizada nesta época. Ainda, devem ser considerados novos regramentos ajustados para tal fim, que de forma representativa é possível citar a Resolução nº 314 do CNJ, de 20 de abril de 2020, que autoriza expressamente a realização de qualquer ato processual de forma virtual.

O presente trabalho é estruturado em três tópicos, além desta introdução e da conclusão. O primeiro apresenta normas de direito internacional e interno, assim como julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos para caracterizar o direito à realização da audiência como um direito humano. Já, no segundo tópico, relaciona todas as normas internas existentes que estabelecem a possibilidade de realização de atos processuais eletrônicos, no caso a realização de audiências por videoconferência. No terceiro, será feita uma exposição de situações vertidas nos Estados Unidos, na Espanha e na Colômbia, com o fito de analisar o quão tormento pode ser o uso das audiências por videoconferências em confronto com o atendimento dos ditames do direito ao processo justo.

O estudo foi elaborado por meio da revisão das bibliografias nacional e estrangeira, além da análise de documentos legais e decisões judiciais. Utiliza-se, essencialmente, o método indutivo, com a finalidade de confirmar a hipótese lançada de que as audiências por videoconferências, em que pese sua possibilidade e adequação em diversos casos, podem fragilizar ou mesmo violar integralmente outros direitos processuais, como o direito à defesa.

1 DIREITO HUMANO À AUDIÊNCIA

Fruto de um longo processo histórico, o reconhecimento dos direitos humanos constitui verdadeiro marco civilizatório, que busca proteger valores, interesses e necessidades indispensáveis à pessoa humana, independe de credo, gênero ou raça.

Para Fernando Barcellos de Almeida,

direitos humanos são as ressalvas e restrições ao poder político ou as imposições a este, expressas em declarações, dispositivos legais e mecanismos privados e públicos, destinados a fazer respeitar e concretizar as condições de vida que possibilitem a todo ser humano manter e desenvolver suas qualidades peculiares de inteligência, dignidade e consciência, e permitir a satisfação de suas necessidades materiais e espirituais. (1996, p. 24)

É possível observar que muitos dos direitos humanos foram replicados em diversas Constituições nacionais como direitos fundamentais. Todavia, deve-se atentar para as suas diferenciações, já que a expressão “direitos humanos” tem sido utilizada de forma genérica para se referir a todas “declarações e mecanismos de proteção do ser humano contra os abusos do poder” (Sarlet, 2012, p. 29).

Porém, em que pese ambas sejam utilizadas para se referir aos direitos da humanidade *lato sensu*, a expressão “direitos fundamentais” está relacionada àqueles direitos humanos reconhecidos e positivados nas Constituições nacionais dos Estados, ao passo que a expressão “direitos humanos” estabelece relação com os pactos e tratados no âmbito internacional (Sarlet, 2012, p. 29).

Neste contexto, o direito à audiência encontra seu fundamento como direito humano, mas também como direito fundamental previsto na Constituição Federal, seja por meio dos direitos fundamentais, seja pelo princípio da prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais, ambos previstos no art. 5º. Sobre o tema, ensina Flávia Piovesan:

Esse princípio invoca a abertura da ordem jurídica interna ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos. A prevalência dos direitos humanos, como princípio a reger o Brasil no âmbito Internacional, não implica apenas o engajamento do País no processo de elaboração de normas vinculadas ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, mas sim a busca da plena integração de tais regras na ordem jurídica interna brasileira. Implica, ademais, no compromisso de adotar uma posição política contrária aos Estados em que os direitos humanos sejam gravemente desrespeitados. (2012, p. 95)

No plano internacional, Pactos e Tratados de Direitos Humanos trazem previsão de observação obrigatória da realização de audiência após a prisão, entre os quais podemos citar, inicialmente, a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948:

Art. 5º Ninguém será submetido a tortura nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes.

[...]

Art. 9º Ninguém pode ser arbitrariamente preso, detido ou exilado.

Art. 10. Toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ela seja deduzida.

Refere-se, ainda, ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966, cuja Carta de Adesão foi depositada em 1992, Decreto nº 592/1992:

Art. 7: Ninguém poderá ser submetido à tortura, nem a penas ou tratamento cruéis, desumanos ou degradantes. Será proibido sobretudo, submeter uma pessoa, sem seu livre consentimento, a experiências médias ou científicas.

[...]

Art. 9.3: Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença.

E, por fim, refere a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) de 1969, cuja Carta de Adesão foi depositada em 1992, Decreto nº 678/1992:

Art. 7.5: Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

[...]

Art. 8.1: Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qual-

quer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

No que tange ao seu espectro de proteção, os direitos humanos se apresentam como um princípio imperativo do direito internacional, inderrogável pela vontade das partes – *jus cogens* –, e sua observância transcende à jurisdição reservada dos Estados transbordando para a comunidade internacional (Trindade, 2004, p. 20).

O Direito brasileiro trata de diversas formas e momentos para a realização de audiências com previsão em diversos diplomas processuais, a saber: audiência de conciliação, audiência de instrução e julgamento, respectivamente, previstas no Código de Processo Civil, nos arts. 334 e 358, e, mais recentemente, a audiência de custódia, com previsão nos arts. 287 e 310 do Código de Processo Penal.

No processo civil, a audiência de conciliação – como meio alternativo de resolução de conflitos – está diretamente ligada ao princípio da duração razoável do processo, com previsão constitucional no art. 5º, LXXVIII, e, no plano internacional, no art. 6º, I⁵, da Convenção para Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, art. 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos, entre outros.

Por sua característica de elucidar dúvidas processuais e produzir provas necessárias ao deslinde do feito, a audiência de instrução e julgamento está diretamente ligada ao direito humano e fundamental ao contraditório, já que no Estado Democrático de Direito a participação das partes, de forma simétrica, tem o condão de propiciar decisões justas, tempestivas e efetivas (Neto, 2015, p. 42).

O fundamento para a realização da audiência de custódia tinha como base legal o disposto na Convenção Americana de Direitos Humanos, disciplinada, em âmbito nacional, pela Resolução nº 213, de 2015, do Conselho

5 Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, em um prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação de seus direitos e suas obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional em uma sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.

Nacional de Justiça. Recentemente, com a publicação da Lei nº 13.964, de 2019, foi incorporada ao Código de Processo Penal brasileiro previsão legal para a realização da audiência de custódia, estabelecendo o prazo máximo de 24 horas após a realização da prisão, para que seja promovida a audiência de custódia com a presença do acusado e de seu representante legal.

Analisando os julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos referente às violações ao art. 7.5 da Convenção Americana, pelos Países-membros, destacam-se os casos *Suarez Rosero v. Equador*⁶, *Chaparro Álvarez e Lapo v. Equador*⁷, *Bayarri v. Argentina*⁸ e *Barreto Leiva v. Venezuela*⁹. Em todos os casos, a responsabilização se deu em razão de que

-
- 6 A Comissão apresentou este caso com o fim de que a Corte decidisse se houve violação, por parte do Equador, dos arts. 5 (direito à integridade pessoal), 7 (direito à liberdade pessoal), 8 (garantias judiciais) e 25 (proteção judicial), todos eles em relação ao art. 1 (obrigação de respeitar os direitos) da Convenção, em detrimento do senhor Rafael Iván Suárez Rosero, como resultado “da prisão e detenção do Senhor Suárez em contravenção de uma lei pré-existente; da não apresentação oportuna do Senhor Suárez perante um funcionário judicial após sua detenção; as condições de detenção incomunicável do Senhor Suárez durante 36 dias; a falta de uma resposta adequada e efetiva a suas tentativas de invocar as garantias judiciais internas, bem como a não liberação do Senhor Suárez, ou a ausência da intenção de fazê-lo por parte do Estado, em um tempo razoável, bem como de assegurar que seria ouvido dentro de um tempo igualmente razoável no processamento das acusações formuladas contra ele”.
 - 7 Segundo a Comissão, no momento da detenção do senhor Chaparro, as autoridades estatais não o informaram sobre os motivos e razões dessa detenção, nem tampouco de seu direito de solicitar assistência consular do país de sua nacionalidade. A Comissão informou que o senhor Lapo foi detido, junto com outros empregados da fábrica Plumavit, durante o cumprimento do mandado de busca e apreensão nessa fábrica. A detenção do senhor Lapo supostamente não foi em flagrante ou precedida de ordem judicial escrita, e tampouco o teriam informado sobre os motivos e as razões de sua detenção. As duas supostas vítimas foram supostamente trasladadas a dependências policiais e permaneceram incomunicáveis por cinco dias. O senhor Chaparro não teria contato com assistência jurídica no momento de prestar sua declaração inicial e a defesa pública do senhor Lapo supostamente não foi adequada. Segundo a Comissão, a detenção das supostas vítimas ultrapassou o período máximo legal permitido pelo direito interno, e elas não foram levadas sem demora perante um juiz.
 - 8 A demanda da Comissão Interamericana se relaciona com a alegada detenção ilegal e arbitrária do senhor Juan Carlos Bayarri em 18 de novembro de 1991, na província de Buenos Aires, Argentina, suas supostas tortura, prisão preventiva excessiva e consequente denegação de justiça, no âmbito de um processo penal ao qual respondeu pela suposta prática de reiterados sequestros extorsivos. A Comissão salientou que “o senhor Bayarri esteve privado de liberdade por quase 13 anos com base numa confissão obtida sob tortura. Não obstante o fato de que a Câmara Nacional de Apelações Criminal e Correccional Federal da Argentina considerou provada a tortura à qual foi submetido, transcorridos quase 16 anos desde que ocorreram os fatos, o Estado argentino não ofereceu ao senhor Bayarri uma resposta judicial adequada a respeito da responsabilidade penal dos autores, nem remediou de modo algum as violações sofridas”.
 - 9 A demanda está relacionada com o processo penal por meio do qual o senhor Oscar Enrique Barreto Leiva (doravante denominado “o senhor Barreto Leiva” ou “a suposta vítima”) foi condenado a um ano e dois meses de prisão por crimes contra o patrimônio público, como consequência de sua gestão, no ano de 1989, como Diretor Geral Setorial de Administração e Serviços do Ministério da Secretaria da Presidência da República. Segundo a Comissão, no trâmite de um processo penal perante a Corte Suprema de Justiça contra o então Presidente da República, um senador e um deputado, o senhor Barreto foi intimado a declarar como testemunha e, posteriormente, foi expedido mandado de detenção contra ele. A Comissão argumentou que neste processo não se notificou de maneira prévia a suposta vítima dos crimes de que era acusado em razão do caráter secreto da etapa de inquérito. Além disso, a Comissão argumentou que o segredo da etapa de inquérito fez com que o senhor Barreto Leiva não tenha sido assistido por um defensor de sua escolha nessa etapa do processo, e não tenha interrogado as testemunhas, conhecido as provas que estavam sendo reunidas, apresentado provas em sua defesa e controvertido o acervo probatório contra ele [...].

o Estado não encaminhou o detido à presença de um juiz de forma imediata após a prisão, convertendo a detenção em um meio punitivo¹⁰.

Demonstrada a importância da realização da audiência para atender aos fundamentos relacionados aos direitos humanos e fundamentais, no próximo capítulo será analisada a utilização da videoconferência para realização de audiências em razão da pandemia.

2 AUDIÊNCIAS POR VIDEOCONFERÊNCIA: NOVO PARADIGMA BRASILEIRO

O estado de pandemia causado pelo novo coronavírus (Covid-19), decretada em março de 2020 pela Organização Mundial de Saúde (OMS), impôs à humanidade a necessidade de adoção de uma série de condutas que evitem a realização de atos públicos ou privados com aglomeração de pessoas, especialmente em espaços fechados. Já havia ambiente normativo regulamentando algumas possibilidades da realização de audiências por videoconferência, mas não se apresentava, no Brasil, maior entusiasmo na sua aplicação, que seguia bastante restrita a situações específicas. No ano de 2010, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) publicou a Resolução nº 105 (posteriormente alterada pelas Resoluções nºs 222/2016 e 326/2020), que dispôs sobre a documentação dos depoimentos por meio do sistema audiovisual e realização de interrogatório e inquirição de testemunhas por videoconferência. A Resolução fora editada na esteira da promulgação da Lei nº 11.900/2009, que alterou o Código de Processo Penal em seus arts. 185 e 222, autorizando, respectivamente, o interrogatório do réu preso e a coleta da prova de testemunhas que residam fora da jurisdição do juiz, por videoconferência.

O contexto da pandemia levou os operadores do Direito, em primeiro momento, à total suspensão das atividades a contar de sua publicação, em 19 de março, até 30 de abril de 2020, como se viu na Resolução nº 313, de 19 de março de 2020, expedida pelo CNJ. Naquele primeiro momento, havia expectativa de retorno à normalidade no mês de maio, o que não se

10 Registre-se como fundamental o estudo e conhecimento desses julgados para compreensão de sua efetiva natureza jurídica e aplicabilidade no Brasil. Em estudo profundo sobre o tema, Siddharta Legale apontou que, até 2004, simplesmente não havia menção à jurisprudência da Corte IDH no STF e somente a partir de 2008 começou realmente a se identificar nos votos dos Ministros exame um pouco maior daqueles casos. Em sua maioria, contudo, as referências são laterais ou para indicar que aquele entendimento não se aplica ao caso sob julgamento, mas que essa conduta necessita de revisão para fortalecimento dos direitos humanos (LEGALE, Siddharta. *A Corte Interamericana de Direitos Humanos como Tribunal Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 383 e ss.).

verificou. Com o agravamento da situação por todo o mundo, particularmente no Brasil e nos Estados Unidos da América, se percebeu que a situação não teria solução próxima. Diante da necessidade da prática de atos processuais nas mais variadas esferas, civil, trabalhista e penal, constatou-se não apenas a autorização normativa para a prática de tais atos na forma eletrônica, como a existência de ferramentas tecnológicas capazes de fazer essa entrega.

O Judiciário, ao longo da última década, decidiu pela incorporação, ainda que muito lenta e gradual, de novas tecnologias. A digitalização dos processos e a criação do processo eletrônico revelou-se passo fundamental nessa extensa caminhada, ainda que seja apenas o primeiro. Não se pode mais discutir os ganhos na perspectiva da economia processual¹¹ e do tempo do processo¹², ainda mais considerando o grande número de tecnologias disruptivas que podem impactá-lo (Susskind, 2017, p. 43). O processo eletrônico é caminho sem volta e, em pouco tempo, os atos processuais eletrônicos também o serão. Então, diante de um estado de necessidade como o atual, o Judiciário será impactado de maneira mais direta pela denominada “Quarta Revolução Industrial” (Schwab, 2016). Ao invés de meramente julgar os imensos desafios trazidos pela tecnologia (carros autônomos, sistemas de pagamento, propriedade intelectual, entre outros), o sistema jurídico como um todo sofrerá os impactos da incorporação de novas tecnologias. Afinal, as companhias tecnológicas veem esse “mercado” como efetivamente maduro, com uma série de características favoráveis para o investimento, como a oferta de um modelo disruptivo em um negócio de grande porte e descentralizado e que, até poucos anos atrás, vinha sendo ignorado pelos operadores do Direito (Barton; Bibas, 2017, p. 117). Com o processo não poderia ser diferente.

Enfim, a Resolução nº 313/2020 trouxe a suspensão dos atos processuais durante período determinado (não aplicável ao Supremo Tribunal Federal por força do seu art. 1º, § 1º), que acabou por se estender. Durante esse tempo, foi criado o regime de Plantão Extraordinário, liberando todos

11 Do ponto de vista financeiro, ainda há graves problemas por conta do grande número de sistemas utilizados por cada um dos tribunais. O investimento inicial na tecnologia é elevado e sem um uso disseminado de tecnologias funcionais, confiáveis e eficientes, de preferência de forma padronizada, esses custos se manterão elevados, como se verifica na Decisão nº 008.903/2018-2 do Tribunal de Contas da União. Ainda assim, os problemas de falta de uniformidade devem ser resolvidos sem que se pense em um retrocesso ao processo físico.

12 Afinal, os impactos, como refere Schwab (2016, p. 69), são perceptíveis: “A convergência dos mundos físico, digital e biológico, oferece oportunidades significativas para que o mundo obtenha enormes ganhos em eficiência e utilização de recursos”.

os magistrados e servidores das atividades presenciais, assegurando-se o mesmo período de trabalho de forma remota sem prejuízo da manutenção dos “serviços essenciais em cada Tribunal”. O art. 4º da Resolução listou e identificou matérias cuja apreciação deveria ser realizada mesmo durante a suspensão dos prazos, em 10 incisos. O parágrafo único do art. 5º possibilitou a prática de “ato processual necessário à preservação de direitos e de natureza urgente” (CNJ, 2020). O Judiciário, que presta atividade essencial em sua natureza precípua de alcançar a proteção de direitos aos jurisdicionados que o procuram, não se resume às questões de urgência ou extrema necessidade. Ao fim e ao cabo, na visão do jurisdicionado, todo ato processual acaba por ser necessário para a preservação do direito que ele entende violado. Ainda que existam questões de maior urgência, a tutela dos direitos não pode aguardar indefinidamente que o véu da pandemia seja levantado para que haja alguma esperança de andamento processual.

A Resolução nº 314 do CNJ, de 20 de abril de 2020, apresentou importante distinção, superado o momento inicial de choque. Nos termos do art. 3º, a partir do dia 4 de maio de 2020 os prazos dos processos eletrônicos voltariam a fluir, permanecendo suspensos os dos processos físicos até 15 de junho. O art. 6º, em seu § 4º, autorizou a digitalização de processos físicos para solucionar a movimentação processual. Alguns Tribunais ofereceram aos advogados a possibilidade de colaborarem nesse esforço, a fim de acelerar o procedimento como um todo.

Merece destaque o art. 6º da mesma Resolução, que autorizou a realização de “todos os atos processuais virtualmente”, dando força ao disposto no art. 196 do CPC/2015, de que cabe ao CNJ (e supletivamente aos Tribunais) a competência de “regulamentar a prática e a comunicação oficial de atos processuais por meio eletrônico e velar pela compatibilidade dos sistemas, disciplinando a incorporação progressiva de novos avanços tecnológicos e editando, para esse fim, os atos que forem necessários, respeitadas as normas fundamentais” do Código.

Na realidade, o CPC/2015, além da redação de abertura que permite a prática de atos processuais eletrônicos, prevê expressamente alguns deles. Autoriza a assinatura eletrônica de atos processuais por juízes (art. 205, § 2º), a comunicação de atos processuais, como citação (art. 246, V), cartas (art. 263) e intimações (art. 270), a distribuição (art. 285), a realização da audiência de conciliação e mediação (art. 334, § 7º) e até mesmo a coleta de depoimento pessoal da parte que reside em comarca, seção ou subseção judiciária diversa daquela em que tramita o processo (art. 385, § 3º) ou,

ainda, a oitiva de testemunha que resida fora da comarca (art. 453, § 1º). A legislação não esgota o tema, nem poderia fazê-lo, sob pena de engessamento dos procedimentos.

A produção da prova documental de forma eletrônica, assegurando-se todos os procedimentos a ela inerentes, não carrega em si maior perplexidade. Outros meios de prova trazem maiores desafios, especialmente quando se examina a prova produzida em audiência, que poderá consistir na oitiva do perito (ou até da realização da perícia técnica simplificada do art. 464 do CPC/2015), das partes ou de testemunhas. Não se deseja estabelecer, aqui, um raciocínio de exceção para um momento excepcional, mas que se pensem as formas eletrônicas para depois da pandemia. Afinal, a Covid-19 impôs a todos os seres humanos indistintamente a necessidade de adotar diferentes formas de distanciamento ou de isolamento. Para compensar tal exigência e, ainda, atender às necessidades oriundas do trabalho, as ferramentas tecnológicas de comunicação ganharam enorme espaço, superando a resistência existente ao seu emprego em tempos de normalidade. Depois de inseridas na rotina e observados os ganhos de eficiência, observa-se que, mesmo depois de superada a pandemia, acredita-se que seguirão sendo adotadas em grande escala¹³.

A Portaria nº 61/2020 do CNJ, no entanto, disponibiliza plataforma emergencial de videoconferência para a realização de julgamentos e audiências durante todo o período da pandemia causada pela Covid-19 (art. 5º). Não há clareza, neste momento, se, superada a pandemia, a plataforma será vedada, afinal, a disposição normativa, em seu art. 1º, parágrafo único, informa que “o uso da plataforma é facultativo aos tribunais e não exclui a utilização de outras ferramentas computacionais que impliquem o alcance do mesmo objetivo”. Ou seja, a plataforma é opcional, sendo permitido o emprego de outras tecnologias, superado o estado de pandemia. Uma situação possivelmente mais delicada envolve o Tribunal do Júri e a sua realização virtual, colhendo-se, de parte da OAB, sua contrariedade, afirmando que “não há sentido em desdobrar o plenário do Júri em parte presencial, parte

13 Examinando o impacto específico nas relações de trabalho, a revista *The Economist* apontou que, em setembro, cerca de 84% dos trabalhadores franceses haviam retornado aos seus postos de trabalho, mas menos de 40% dos ingleses regressaram. Há ainda o exemplo alemão, no qual 74% dos trabalhadores voltaram aos postos, mas menos da metade vai ao trabalho nos 5 dias da semana. É possível afirmar que haverá algum tipo de impacto da adoção dessas medidas no Judiciário, mas ainda é difícil precisar sua extensão (*The Economist. Is the office finished?*, 12 set. 2020. Disponível em: <<https://www.economist.com/leaders/2020/09/12/is-the-office-finished>>. Acesso em: 16 out. 2020).

virtual. Tribunal do Júri, até a sobrevinda de lei em sentido contrário, deve ser sempre presencial” (OAB, 2020). A especificidade do tema atrai maior polêmica e, portanto, dificuldade, mas não deve afastar a possibilidade do julgamento virtual nos demais processos, de qualquer natureza que sejam. O elemento fundamental a ser sopesado será a possibilidade de nulidade e a consequente inproveitabilidade do ato, ante a lesão a direito fundamental processual da parte. Isso, contudo, pode ser evitado.

A possível ofensa ao contraditório, em sua acepção mais ampla, oferece mais um alerta do que uma certeza de violação. As ferramentas a serem utilizadas (WhatsApp, Webex, Skype, Zoom, etc.) parecem aptas a entregar excelente comunicação entre todos os participantes de uma reunião virtual¹⁴. Cabe ao julgador, a partir de alguma situação peculiar do caso, verificar lesão ao contraditório ou ao direito à prova das partes, determinando a suspensão do ato e a sua prática de forma presencial nesses casos. Lembre-se que o próprio acesso à justiça pode igualmente ser uma barreira superável. Se nem todos os jurisdicionados possuem condições de acesso aos meios tecnológicos (seja pelo *hardware*, *software* ou até mesmo pela qualidade de conexão de Internet), aqueles que possuem não deviam ser privados da sua utilização. O acesso à justiça, refere Susskind, significa também entregar aos jurisdicionados mecanismos mais rápidos, baratos e menos conflituosos de resolução de litígios (2019, p. 70). Isso também se relaciona ao que o ODR (*on-line dispute resolution*) tem a oferecer ao ADR (*alternative dispute resolution*), considerando, portanto, a ideia de justiça multiportas, termo cunhado na década de 70 por Frank Sander (Sander; Crespo, 2008), e o seu constante desenvolvimento.

A questão, como registra Richard Susskind (2019, p. 144), não é saber se julgamentos *on-line* são possíveis, mas sim se há um limite para sua adoção, preocupado com as garantias processuais aplicáveis. A garantia de ser ouvido, prevista na Convenção Americana de Direitos Humanos, em seu

14 Quanto ao quesito segurança, há problemas já identificados, muitos dos quais vêm sendo enfrentados pelas empresas que fornecem os programas. No caso do Zoom, atualizações foram implementadas a fim de sanar as falhas e melhorar o serviço prestado (O'FLAHERTY, Kate. Zoom Security: 100 New Features Later, Can You Trust Zoom? *Forbes*, edição eletrônica de 2 jul. 2020. Disponível em: <<https://www.forbes.com/sites/kateoflahertyuk/2020/07/02/zoom-security-100-new-features-later-can-you-trust-zoom-yet/#187b82bc336e>>. Acesso em: 16 out. 2020). De outro lado, há muito a ser trabalhado no quesito educação dos usuários, como se vê na prática do denominado “*zoombombing*”. Essa atividade consiste na invasão de uma videoconferência por *hackers* ou até mesmo leigos que acabaram recebendo indevidamente as chaves de acesso. Isso aconteceu em agosto de 2020 recente, quando uma sessão de julgamento do Tribunal Regional do Trabalho da 20ª Região foi invadida e perturbada, inviabilizando o prosseguimento do ato. Mais informações em <<https://www.migalhas.com.br/quentes/332183/hacker-invade-sessao-do-trt-20-e-coloca-funk-e-gemidao>>.

art. 8.1, compreende não apenas o direito de ser ouvido em “audiência”, “mas desdobra-se em várias exigências” (Fonsêca, 2018, p. 39). Pode-se afirmar que equivale ao direito ao contraditório, que deve ser, em regra, prévio à decisão a ser proferida, judicial ou de qualquer outra natureza e do qual se exige exame completo (Piovesan; Fachin; Mazzuoli, 2019, p. 109). Caracteriza-se enquanto obrigação estatal de assegurar às partes o direito de manifestação que possa influenciar na decisão administrativa ou judicial (Sarlet; Marinoni; Mitidiero, 2012, p. 648). Faz-se necessário compreender o quanto o uso de tecnologias pode vir a comprometer o direito ao contraditório, entendido como direito de influência. Vale dizer, de nada adianta assegurar às partes o direito “de ser ouvido” se o julgador não leva em consideração, não examina o que a parte tem a dizer.

Mais ainda: deve ser considerada a limitação do processo enquanto ferramenta humana, seja físico ou eletrônico. A audiência presencial não é perfeita, nunca foi e jamais será – o mesmo se diga em relação à virtual. O que se deve conceber é um ambiente no qual essas garantias procedimentais – direito humano/fundamental ao contraditório, à prova, à ampla defesa – sejam respeitados em sua maior extensão possível. Se há algum questionamento, esse deve ser sopesado dentro do ambiente de ganhos possíveis com a prática do ato eletrônico, à luz da duração razoável do processo.

Pois, se há limitações a serem consideradas na produção da prova em primeiro grau, mormente no que diz respeito ao depoimento pessoal das partes ou à oitiva de testemunhas, devem ser sublinhados aspectos positivos. O material probatório deve ser valorado em sua integralidade, sem recortes parciais pelo julgador – e sempre de forma racional¹⁵. O tirocínio do julgador deve se dar de forma racional, a fim de que esteja sujeito a controle

15 A opção pelo termo racional se justifica em contraposição à noção de subjetividade oriunda de uma liberdade irrestrita do magistrado, como no sistema valorativo da íntima convicção. A respeito dessa expressão, bem entende Michele Taruffo que “a racionalidade da decisão não pressupõe o convencimento acerca da existência de uma razão unívoca e imutável, de verdade absoluta ou de ordem metafísica. Pode-se, ao invés disso, discutir validamente a racionalidade e o controle a propósito das decisões judiciais desde a premissa relativística sobre a polissemia e indeterminação do termo ‘racionalidade’, também naquelas suas possíveis aplicações em contexto jurídico, tendo em vista a natureza inevitavelmente cultural, teórica e contextual do problema e das perspectivas das quais isso pode ser analisado” (TARUFFO, Michele. Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 32, n. 143, p. 66, jan. 2007). Ainda sobre o tema: “A racionalização, portanto, deve se dar sob a ótica de ‘tornar compreensível’ a decisão tomada. É a exposição lógica e sequencial do enfrentamento, pelo juiz, da demanda perante ele proposta; levando ele em consideração a decomposição necessária de sua obrigação de fundamentar em motivos e fundamentos, não se furtando a expor a completude de seu pensamento, o que não se opõe, necessariamente, à questão do realismo, mas estabelece com mais clareza os limites a serem respeitados para a decisão judicial” (FORSTER, João Paulo K. Subjetividade da decisão judicial na perspectiva do realismo jurídico norte-americano. *Processo e jurisdição I* [recurso eletrônico *on-line*], Organização Conpedi/Uninove, Coordenadores: Celso Hiroshi Iochama, Jânia Maria Lopes Saldanha, Flávia Leite. Florianópolis: Funjab, 2013. p. 535).

efetivo, pelas partes, pela sociedade e pelas instâncias superiores (Morales, 2011, p. 256). Essa atividade não se apresenta apenas com o encerramento da atividade cognitiva em primeira instância. Com a natural possibilidade da apresentação de recurso, em particular o de apelação, remete-se ao segundo grau toda a matéria passível de integrar a apelação (*tantum devolutum quantum appellatum*). Destaca-se que todas as características do sistema de avaliação da prova se carregam para o segundo grau – mas com peculiaridades.

O princípio da imediação é uma delas. No entanto, o CPC/2015 não lhe deu a mesma importância que a legislação revogada. Sabe-se, contudo, que, apesar do abandono “formal” do mencionado princípio, é crença arraigada, até mesmo na jurisprudência¹⁶, de que o julgador de primeiro grau detém posição privilegiada por ter contato direto com os meios de prova, ainda existente de forma mais clara em outros ordenamentos (Lluch, 2014, p. 201). A tecnologia disponível favoreceria o aludido princípio, bem como a concentração dos atos processuais, dispensando-se a realização dessas oitivas por meio de carta precatória. Nessa quadra, há de se considerar que uma preferência pela prova oral presencial “não deslegitima a colheita ‘virtual’, que sucede àquela em substituição a métodos que seriam mais gravosos, sob a óptica do contraditório, e complexos” (Monteiro Neto, 2020, p. 433). Bem registra o autor que, em muitas audiências realizadas por carta precatória, o advogado sequer compareceria, diante dos elevados custos envolvidos.

Pensando na apelação, deve-se considerar que, no Direito brasileiro, toda matéria impugnada pode ser rediscutida no segundo grau de jurisdição. O acesso à prova, portanto, é um elemento a ser considerado e, em razão da tecnologia, também facilitado. Essas novas formas de documentação dos meios de prova, graças a aparatos tecnológicos nem tão inovadores assim, conferem novo fôlego à valoração da prova em segundo grau – contanto que haja efetivo *exame*. Revela-se preferível que o julgador de segundo grau tenha a liberdade de revalorar a prova do que simplesmente profira motivação *per relationem* – que revela a verdadeira ausência de juízo crítico acerca do recurso interposto.

16 Nesse sentido, ementa parcial: “Princípio da imediatidade do juízo sentenciante, que presidiu a instrução e esteve em contato direto com as partes, melhor conhecendo a realidade de sua jurisdição. Apelante que não se desincumbiu do ônus de fazer prova do direito alegado. Sentença mantida. Apelação desprovida” (TJRS, Apelação Cível nº 70079322038, 9ª Câmara Cível, Rel. Carlos Eduardo Richinitti, J. 18.12.2018).

Some-se a esses esforços recente acórdão do CNJ (Processo nº 000449-30.2020.2.00.0000), que tem por objetivo a aprovação de uma nova recomendação ou resolução determinando aos Tribunais que regulamentem a forma de atendimento virtual aos advogados, procuradores, defensores públicos, membros do Ministério Público e da Polícia Judiciária bem como das partes no exercício de seu *jus postulandi*. O CNJ reconhece, portanto, que nessa situação excepcional, mas possivelmente ainda depois dela, os magistrados poderão realizar atendimento virtual, por meio das mesmas ferramentas utilizadas para realização de audiências, das pessoas indicadas, sem a necessidade da audiência propriamente dita.

3 AS AUDIÊNCIAS POR VIDEOCONFERÊNCIA E O DIREITO COMPARADO

A realização de audiências na modalidade videoconferência, como observado anteriormente no presente estudo, encontra amparo na legislação infraconstitucional nacional, bem como nos atos administrativos do Poder Judiciário expedidos em maior profusão nos últimos meses em razão da pandemia de Covid-19. Todavia, essa modalidade de realização das solenidades, ainda que atendendo a direitos humanos processuais, como a duração razoável do processo, não está isenta de críticas, em especial pela possibilidade concreta de violação de outros direitos processuais de igual natureza, como é o caso do direito de defesa ou do direito à prova.

Nesse sentido, como noticia João Ozorio de Melo (2020), o Projeto de Supervisão da Tecnologia de Vigilância (*Surveillance Technology Oversight Project*) divulgou recentemente resultado de pesquisa, dando conta de que os advogados estadunidenses afirmam que as audiências realizadas por videoconferência acarretam prejuízos ao direito de defesa. Segundo a pesquisa, aponta-se prejuízo à confidencialidade da comunicação entre acusado e seu advogado, assim como à imediatividade dos juízes que, em alguns casos, “parecem distantes e apáticos”, ao que se agregam as dificuldades de manuseio de aparelhos tecnológicos e de conexão à Internet (Melo, 2020).

Na Espanha, em razão da paralização do Poder Judiciário imposta pela Covid-19, foi proposto um plano de “*reactivación de la Justicia*” pelo Poder Executivo, que, entre outras medidas, contempla “*la celebración de juicios telemáticos, por videoconferencia y a distancia*” (Parera, 2020). Todavia, em sentido contrário, o Tribunal Supremo Espanhol já decidiu, quando da Resolución nº 678/2005, pela nulidade de julgamento realizado com

a participação dos réus por sistema de videoconferência, em razão da violação de seus direitos fundamentais.

A questão versava sobre o julgamento de diversos réus presos pelos crimes de assassinato, um consumado e outro em tentativa, detenção ilegal, lesão, ataque, roubo e tentativa de violação da sentença, relacionados a atos praticados quando promovido motim na Penitenciária de *Foncadent* em 12 de novembro de 1990, como relatado nos antecedentes primeiro a décimo primeiro da decisão em análise (Espanha, 2005). A decisão recorrida absolveu alguns dos réus de alguns delitos¹⁷, condenando os réus Francisco, Alfonso, Rafael, Bernardo, Javier, Luis Alberto, Jose Antonio, Blas, Mauricio, Luis Miguel, Ángel Jesús e Luis a diversas penas privativas de liberdade e de reparação de danos, pela prática – devidamente individualizada – dos crimes imputados, tudo conforme décimo segundo antecedente do julgamento pela Corte.

Interpostos diversos recursos, a Corte Suprema espanhola observou, no primeiro item dos *Fundamentos de derecho*, que em diversos deles havia “*denuncias de quebrantamiento de derechos fundamentales, relacionados con el hecho de que la celebración del Juicio oral se produjera hallándose ausentes de la Sala de Audiencia los acusados, que intervinieron en dicho acto del Juicio a través de videoconferencia*” (Espanha, 2005). Foi constatada a realização de julgamento no qual “*los acusados no se hallaban físicamente presentes en la Sala de Audiencia en la que éste se celebraba, sino, tan sólo, a través de una comunicación electrónica, de transmisión del sonido y la imagen, desde el Centro Penitenciario en el que se encontraban internados*”, tudo justificado na alta periculosidade dos réus, bem como na afirmação de que “*no se vulneraron los derechos fundamentales de los juzgados, con expresa alusión a los de tutela judicial efectiva y defensa, así como a los principios de legalidad, celebración en audiencia pública, contradicción e inmediatez*”, conforme o segundo fundamento de derecho da Corte Suprema.

17 Nesse sentido, o décimo segundo precedente da decisão (Espanha, 2005) transcreve a sentença no sentido de que, “[...] *debemos absolver y ABSOLVEMOS de todos los delitos por los que han sido acusados a Luis Enrique, Marco Antonio, Humberto, Jesús Carlos, Jose Ramón, Gabino y Felipe, así mismo se ABSUELVE a Rafael, de los delitos de Quebrantamiento de condena y Atentado; a Bernardo, de los delitos de Asesinato y Asesinato Frustrado; a Jose Antonio de los delitos de Quebrantamiento de Condena, Detención Ilegal y Atentado; a Blas, de los delitos de Detención Ilegal, Quebrantamiento de Condena, Atentado, Asesinato y Asesinato Frustrado; y de la falta de Hurto; a Mauricio, de los delitos de Detención Ilegal, Quebrantamiento de Condena, Atentado y Asesinato Frustrado; a Luis Miguel, de los delitos de Quebrantamiento de Condena, Atentado, Asesinato; a Ángel Jesús, de los delitos de Quebrantamiento de Condena y Asesinato Frustrado; y a Luis, de los delitos de Detención Ilegal, Quebrantamiento de Condena y Atentado*”.

No julgamento, foi reconhecida a possibilidade da oitiva de réus, testemunhas ou peritos por meio de videoconferência, na forma do art. 731 bis da Ley de Enjuiciamiento Criminal¹⁸, quando recomendado por questões de segurança e ordem pública, ou na hipótese na qual o comparecimento daquele que deva prestar depoimento seja oneroso ou prejudicial, bem como na oitiva de menores. Todavia, a Corte apresentou expressa diferenciação da situação concreta daquela que fora objeto da legislação invocada, na seguinte forma:

Pero, evidentemente, no puede ignorarse que la proyección de los principios básicos del procedimiento es, en esta materia, diferente según que nos hallemos ante la declaración distante de un testigo o la práctica del informe de un perito, que tan sólo requieren garantizar la exactitud y fiabilidad de la información recibida por el Juzgador, así como el sometimiento de su generación a la contradicción de las partes, que cuando estamos ante la participación de los propios acusados, especialmente en el momento cumbre del Juicio oral, a los que ha de permitírseles intervenir activamente en el ejercicio de su propio derecho de Defensa. (Espanha, 2005)

Aqui, há atenção ao direito à defesa, “condição *sine qua nom* ao processo justo, mostrando-se inseparável de qualquer ideia de administração organizada da Justiça” (Kim; Benassi, 2018, p. 157), que é exercido pelo acusado com a sua participação no julgamento de forma ativa. Segundo a Corte, “[...] *adquiere gran relevancia tanto su presencia física en él, como también la posibilidad constante de comunicación directa con su Letrado que, de otro modo, podría ver seriamente limitadas sus funciones de asesoramiento y asistencia*” (Espanha, 2005).

Sob este panorama, foi reconhecida a nulidade da condenação dos doze réus, com determinação de novo julgamento, por órgão de composição diversa do inicial.

No Brasil, é importante observar que o Conselho Nacional de Justiça apreciou o Ato Normativo nº 0004117-63.2020.2.00.0000, com a finalidade de ser editada Resolução daquele órgão versando sobre “regulamentação e o balizamento de critérios para a realização de audiências e outros

18 “El Tribunal, de oficio o a instancia de parte, por razones de utilidad, seguridad o de orden público, así como en aquellos supuestos en que la comparecencia de quien haya de intervenir en cualquier tipo de procedimiento penal como imputado, testigo, perito, o en otra condición resulte gravosa o perjudicial, y, especialmente, cuando se trate de un menor, podrá acordar que su actuación se realice a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3 del art. 229 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.”

atos processuais por videoconferência” nos processos de natureza criminal durante a pandemia da Covid-19. A decisão administrativa apresenta pertinência ao presente tópico ao estabelecer exceção ao sistema das audiências de custódia, considerando a existência de evidente prejuízo ao direito de defesa (CNJ, 2020).

Esse posicionamento decorreu da constatação de que as audiências de custódia têm por fundamento o disposto no art. 9.3 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos¹⁹ e no art. 7.5 do Pacto de São José da Costa Rica²⁰, que asseguram expressamente o direito de condução à presença da autoridade judicial. Sob tal aspecto, foi considerado que a videoconferência divergia frontalmente da razão de ser realizada a audiência, já afirmada na Resolução nº 213/2015 do CNJ²¹, inclusive como sua obstaculização em procedimentos pretéritos analisados pelo Conselho Nacional de Justiça²², assim como em julgamento do Superior Tribunal de Justiça²³.

Na Colômbia, o Presidente da República editou o Decreto nº 491, de 28 de março de 2020, com a finalidade adotar “*medidas de urgencia para garantizar la atención y la prestación de los servicios por parte de las autoridades públicas y los particulares que cumplan funciones públicas*”, que foi objeto de análise de sua constitucionalidade. A *Corte Constitucional de Colombia*, ao proferir a *Sentencia C-242/20*, entre outras medidas, declarou

19 “Art. 9º [...] 3. Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença.”

20 “Art. 7º [...] 5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.”

21 “CONSIDERANDO que a condução imediata da pessoa presa à autoridade judicial é o meio mais eficaz para prevenir e reprimir a prática de tortura no momento da prisão, assegurando, portanto, o direito à integridade física e psicológica das pessoas submetidas à custódia estatal, previsto no art. 5.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos e no art. 2.1 da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes; [...]”

22 A decisão cita a análise da Reclamação para Garantia das Decisões nº 0008866-60.2019.2.00.0000 e do Procedimento de Controle Administrativo nº 0000930-47.2020.2.00.0000.

23 O caso mencionado foi o Conflito de Competência nº 168.522/PR, no qual foi expressamente apontado que “[...] uma das finalidades precípuas da audiência de custódia é aferir se houve respeito aos direitos e garantias constitucionais da pessoa presa. Assim, demanda-se que seja realizada pelo Juízo com jurisdição na localidade em que ocorreu o encarceramento. É essa autoridade judicial que, naquela unidade de exercício do poder jurisdicional, tem competência para tomar medidas para resguardar a integridade do preso, bem assim de fazer cessar agressões aos seus direitos fundamentais, e também determinar a apuração das responsabilidades, caso haja relato de que houve prática de torturas e maus tratos. Nesse contexto, foge à *ratio essendi* do instituto, a sua realização por meio de videoconferência”.

“la inexequibilidad del art. 12 del Decreto nº 491 de 2020”²⁴ (Colômbia, 2020).

Nessa situação, o afastamento da possibilidade de realização de sessões pelos órgãos colegiados do Poder Público não ocorreu – ao contrário do caso espanhol, antes analisado –, por ofensa a direito fundamental de natureza processual. A declaração de inconstitucionalidade ocorreu sob o fundamento de que *“no superaba el juicio de necesidad jurídica que exige de toda medida decretada en desarrollo de un estado de excepción, como también contraría abiertamente, el principio de autonomía de las ramas y órganos del Poder Público”* (Colômbia, 2020).

Da breve exposição de situações vertidas em outros países – Estados Unidos, Espanha e Colômbia – é possível vislumbrar quão tormentosa é a análise da adequação das audiências por videoconferências para o atendimento dos ditames do direito ao processo justo. Nos casos apresentados – escolhidos em razão da peculiaridade de cada um – há, respectivamente, crítica de operadores (EUA), reconhecimento de nulidade do julgamento (Espanha) ou inconstitucionalidade formal do ato normativo (Colômbia) quando da utilização de videoconferências em substituição aos julgamentos presenciais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A excepcional situação decorrente do estado de pandemia declarado pela Organização Mundial da Saúde – para além de todos os impactos sanitários, sociais e econômicos – também gera consequências na atividade jurisdicional. Como em diversas outras atividades, cada vez mais o Poder Judiciário tem empregado os mecanismos de tecnologia disponíveis

24 Dispositivo assim redigido: *“Art. 12. Reuniones no presenciales en los órganos colegiados de las ramas del Poder Público. Sin perjuicio de las disposiciones contenidas en las normas vigentes, los órganos, corporaciones, salas, juntas o consejos colegiados, de todas las ramas del Poder Público y en todos los órdenes territoriales, podrán realizar sesiones no presenciales cuando por cualquier medio sus miembros puedan deliberar y decidir por comunicación simultánea o sucesiva. En este último caso, la sucesión de comunicaciones deberá ocurrir de manera inmediata de acuerdo con el medio empleado. Las convocatorias deberán realizarse de conformidad con los respectivos reglamentos y garantizar el acceso a la información y documentación requeridas para la deliberación. Las decisiones deberán adoptarse conforme a las reglas de decisión previstas en los respectivos reglamentos, de todo lo cual deberá quedar constancia en las actas correspondientes a dichas sesiones, cuya custodia estará a cargo de sus secretarios. Excepto los asuntos y deliberaciones sujetas a reserva, como las de los órganos colegiados de la rama judicial, las sesiones no presenciales deberán ser públicas, para lo cual se deberá utilizar únicamente los medios o canales habilitados para el efecto en el reglamento. Lo dispuesto en el presente artículo tendrá vigencia hasta tanto permanezca vigente la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social”*.

em profusão no mundo moderno para não permanecer inerte, como demandam os direitos humanos processuais de acesso à justiça e duração razoável do processo durante o período em que o distanciamento físico é medida exigida.

Em um contexto como o atual, cada vez mais tem-se utilizado das disposições já previstas no Código de Processo Civil de 2015 e na Lei nº 11.419/2006, por exemplo, para a prática de diversos atos processuais eletrônicos. O Conselho Nacional de Justiça e, de forma subsidiária, as demais Cortes nacionais passaram a regulamentar a prática de um número cada vez maior de atos na modalidade eletrônica, como é o caso das audiências por videoconferência. Aliás, a questão adotou tamanha importância que movimentou até mesmo o Congresso Nacional, com a inclusão do § 2º no art. 22 da Lei nº 9.099/1995, de forma a ser possível a realização da audiência de conciliação nos Juizados Especiais de forma não presencial.

Todavia, a utilização da tecnologia na prática dos atos processuais não está isenta de críticas ou autorizada a aplicação irrestrita. Por mais excepcional que seja a situação atual, toda atuação judicial deve atentar para o respeito aos direitos humanos processuais que integram o processo justo. E as audiências por videoconferência, foco do presente estudo, apresentam diversas situações nas quais tendem restringir direitos – e mesmo a violá-los –, ao invés de resguardá-los. A audiência de custódia pode ser exemplo, pois um dos seus escopos é verificar se houve tortura ou maus-tratos, sendo, por isso, quase inescapável a sua realização de forma presencial e, por essa razão, o Conselho Nacional de Justiça vedou a sua realização por videoconferência.

Da mesma forma, como é possível verificar da pesquisa realizada nos Estados Unidos, essa modalidade de audiência apresenta prejuízo à comunicação confidencial entre acusados e seus advogados, em detrimento ao direito de defesa. A Corte Suprema espanhola, já em 2005, reconheceu nulidade de decisão proferida em julgamento no qual os réus não compareceram presencialmente, como lhes é assegurado. Registre-se, ainda, a possibilidade de violação à incomunicabilidade das testemunhas ouvidas por videoconferência ou mesmo sua orientação no curso da oitiva judicial, tudo em prejuízo ao direito à prova.

Neste contexto estudado, a conclusão é no sentido da possibilidade de utilização dos meios eletrônicos para a prática de atos processuais, como

a realização de audiências de videoconferência, de forma a permitir a tutela dos direitos neste momento em que é imperiosa a manutenção de distanciamento físico. Todavia, compete ao órgão julgador atentar zelosamente para que essas práticas não acarretem violação do direito humano ao processo justo em quaisquer de seus direitos integradores, adotando o máximo cuidado na escolha pela realização de videoconferências nos processos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernando Barcellos de. *Teoria geral dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1996.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2019.

BARTON, Benjamin H.; BIBAS, Stephanos. *Rebooting Justice*. New York: Encounter Books, 2017.

BRASIL. Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988. Brasília/DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 24 jun. 2020.

_____. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Promulga a Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 19 de dezembro de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 26 jul. 2020.

_____. Decreto nº 678, de 8 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 26 jul. 2020.

_____. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>. Acesso em: 30 jul. 2020.

COLÔMBIA. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia nº C-242/20. Comunicado nº 29. Bogotá, v. 1, n. 29, p. 1-16, 9 jul. 2020. Disponível em: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/Comunicado%20No.%2029%20del%209%20de%20julio%20de%202020.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Ato Normativo nº 0004117-63.2020.2.00.0000. Brasília, 14 de julho de 2020. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/pjecnj/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/listView.seam?ca=a0a678cbdfebbc9aa064e663cd91185399009654a1964999#>>. Acesso em: 29 jul. 2020.

_____. Resolução nº 313, de 19 de março de 2020. Estabelece, no âmbito do Poder Judiciário, regime de Plantão Extraordinário, para uniformizar o funcionamento dos serviços judiciários, com o objetivo de prevenir o contágio pelo novo coronavírus – Covid-19, e garantir o acesso à justiça neste período emergencial. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/files/original221425202003195e73eec10a3a2.pdf>>. Acesso em: 28 jun. 2020.

_____. Resolução nº 314, de 20 de abril de 2020. Prorroga, no âmbito do Poder Judiciário, em parte, o regime instituído pela Resolução nº 313, de 19 de março de 2020, modifica as regras de suspensão de prazos processuais e dá outras providências. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/files/original071045202004285ea7d6f57c82e.pdf>>. Acesso em: 28 jun. 2020.

_____. Portaria nº 61, de 31 de março de 2020. Institui a plataforma emergencial de videoconferência para realização de audiências e sessões de julgamento nos órgãos do Poder Judiciário, no período de isolamento social, decorrente da pandemia Covid-19. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/files/original221645202004015e8512cda293a.pdf>>. Acesso em: 28 jun. 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Suárez Rosero v. Equador. Sentença de 12 de novembro de 1997. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/36b15a58a41a220027b36a1b165182f6.pdf>>. Acesso em: 30 jul. 2020.

_____. Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez v. Equador. Sentença de 21 de novembro de 2007. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/594b477644fd82c796a49c0e0d49d240.pdf>>. Acesso em: 30 jul. 2020.

_____. Caso Bayarri v. Argentina. Sentença de 30 de outubro de 2008. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_187_por.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2020.

_____. Caso Barreto Leiva v. Venezuela. Sentença de 17 de novembro de 2009. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/5523cf3ae7f45bc966b18b150e1378d8.pdf>>. Acesso em: 30 jul. 2020.

FORSTER, João Paulo K. Subjetividade da decisão judicial na perspectiva do realismo jurídico norte-americano. *Processo e jurisdição I* [Recurso eletrônico *on-line*], Organização Conpedi/Uninove, Coordenadores: Celso Hiroshi Icochama, Jânia Maria Lopes Saldanha, Flávia Leite. Florianópolis: Funjab, 2013.

ESPANHA. Ley de Enjuiciamiento Criminal, Real Decreto de 14 de septiembre de 1882. Madri. Disponível em: <https://legislacion.vlex.es/vid/ley-enjuiciamiento-criminal-real-septiembre-170233#section_88>. Acesso em: 20 jul. 2020.

_____. Tribunal Supremo. Resolución nº 678. Relator: Ponente Jose Manuel Maza Martin. Madri, 16 de maio de 2005. Madri. Disponível em: <<https://supremo.vlex.es/vid/videoconferencias-causas-justificables-18041031>>. Acesso em: 20 jul. 2020.

FONSÊCA, Vitor. *Processo civil e direitos humanos*. São Paulo: RT, 2018.

GHEDINI NETO, Armando. A audiência de conciliação no novo Código de Processo Civil. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, UERJ, v. 16, p. 29-57, 2015.

KIM, Richard Pae; BENASSI, Maria Cristina Kunze dos Santos. O direito fundamental ao “processo justo” e seu conteúdo jurídico. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 279, p. 139-172, maio 2018.

LEGALE, Siddharta. *A Corte Interamericana de Direitos Humanos como Tribunal Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

LLUCH, Xavier Abel. *La Valoración de la Prueba em em Proceso Civil*. Madrid: La Ley, 2014.

MELO, João Ozorio de. Julgamento por videoconferência prejudica a defesa, diz estudo. *Revista Consultor Jurídico – Conjur*, 27 jul. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jul-27/julgamento-videoconferencia-prejudica-defesa-estudo>>. Acesso em: 28 jul. 2020.

MONTEIRO NETO, João Pereira. Imediação virtual e produção da prova oral por videoconferência. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos et al. (Org.). *Direito processo e tecnologia*. São Paulo: RT, 2020.

MORALES, Rodrigo Rivera. *La prueba: Un análisis racional y práctico*. Madrid: Marcial Pons, 2011.

O’FLAHERTY, Kate. Zoom Security: 100 New Features Later, Can You Trust Zoom? *Forbes*, edição eletrônica de 2 jul. 2020. Disponível em: <<https://www.forbes.com/sites/kateoflahertyuk/2020/07/02/zoom-security-100-new-features-later-can-you-trust-zoom-yet/#187b82bc336e>>. Acesso em: 16 out. 2020.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Manifestação do Conselheiro Federal Alexandre Ogusuku de 21 de junho de 2020. Disponível em: <https://observatorionacional.cnj.jus.br/observatorionacional/images/observatorio/coronavirus/clipping/Corona_16072020.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2020.

PARERA, Beatriz. El Supremo tumbó los juicios telemáticos que se celebrarán ahora frente al Covid. *El Confidencial*, Madrid, 12 maio 2020. Disponível em: <https://www.elconfidencial.com/espana/2020-05-12/supremo-tumbo-juicios-telematicos-covid_2589715/>. Acesso em: 20 jul. 2020.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____; FACHIN, Melina Girardi; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SANDER, Frank; CRESPO, Mariana Hernandez. A Dialogue Between Professors Frank Sander and Mariana Hernandez Crespo: Exploring the Evolution of the Multi-Door Courthouse. *University of St. Thomas Law Journal*, v. 5, n. 3, p. 665-674, primavera/2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: RT, 2012.

SCHWAB, Klaus. *A Quarta Revolução Industrial*. São Paulo: Edipro, 2016.

SUSSKIND, Richard. *Tomorrow's Lawyers*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2017.

_____. *Online Courts and the Future of Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2019.

TARUFFO, Michele. Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 32, n. 143, p. 66, jan. 2007.

THE ECONOMIST. Is the office finished?, 12 set. 2020. Disponível em: <<https://www.economist.com/leaders/2020/09/12/is-the-office-finished>>. Acesso em: 16 out. 2020.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Memorial por um novo *Jus Gentium*, o Direito Internacional da Humanidade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte: UFMG, n. 45, p. 17-36, jul./dez. 2004.

Sobre os autores e a autora:

João Paulo Kulczynski Forster | *E-mail*: jpforster@gmail.com

Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS (2015). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS (2011). Pós-Graduado em Direito Empresarial, com ênfase em Direito Tributário pela Fundação Getúlio Vargas – FGV/RS (2006). Professor do Programa em Pós-Graduação *Stricto Sensu* (Mestrado) em Direitos Humanos do UniRitter. Professor convidado de cursos de Pós-Graduação *Lato Sensu*. Professor de Graduação em Direito nas disciplinas de Direito Civil e Direito Processual Civil do UniRitter. Sócio-Advogado de Forster Advogados Associados.

Gilberto Schäfer | *E-mail*: gilbertoschafer@hotmail.com

Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS (2009). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS (2001). Professor convidado cursos de Pós-Graduação *Lato Sensu*. Palestrante da Escola Superior da Magistratura – Ajuris e da Escola Nacional de Formação de Magistrados. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

José Eduardo Aidikaitis Previdelli | *E-mail:* edprevidelli@gmail.com

Mestre em Direitos Humanos pelo Centro Universitário Ritter dos Reis – UniRitter (2018). Pós-Graduado em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário Ritter dos Reis – UniRitter (2016). Pós-Graduado em Formação Pedagógica de Professores pelas Faculdades QI (2015). Professor convidado de cursos de Pós-Graduação *Lato Sensu*. Assessor de Desembargador no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Camila Mousquer Buralde | *E-mail:* camila.mousquer@gmail.com

Mestra em Direitos Humanos pela UniRitter. Pós-Graduada em Direito Imobiliário pela UniRitter e Processo Civil pelo IDC. Professora convidada de cursos de Pós-Graduação *Lato Sensu*. Advogada.

Data de submissão: 31 de julho de 2020.

Data de aceite: 9 de novembro de 2020.