

FACULDADES INTEGRADAS DO BRASIL – UNIBRASIL
ESCOLA JUDICIAL DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 9ª REGIÃO
CURSO DE CAPACITAÇÃO AVANÇADA PARA O ASSESSORAMENTO NA
JURISDIÇÃO TRABALHISTA

LEONARDO ONO

A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE NO PROCESSO
ELETRÔNICO

CURITIBA

2013

LEONARDO ONO

**A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE NO PROCESSO
ELETRÔNICO**

Projeto de Pesquisa apresentado ao curso de Capacitação Avançada para o Assessoramento na Jurisdição Trabalhista da Faculdades Integradas Do Brasil – UniBrasil, como requisito à obtenção do título de Especialista.

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart

CURITIBA

2013

INTRODUÇÃO	4
1 A INFORMATIZAÇÃO E O PROCESSO ELETRÔNICO	6
1.1 MARCOS LEGISLATIVOS.....	10
1.1.1 Lei 8.245/1991	10
1.1.2 Lei 9.800/1999.....	11
1.1.3 Lei 11.419/2006.....	13
1.2 SISTEMAS PROCESSUAIS ELETRÔNICOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO.....	17
1.2.1 Sistema Integrado de Protocolização e Fluxo de Documentos Eletrônicos da Justiça do Trabalho – e-DOC.....	17
1.2.2 Sistema Único de Administração Processual da Justiça do Trabalho ...	19
1.2.3 Sistema Processo Judicial Eletrônico da Justiça do Trabalho – PJe-JT	21
2 PRINCÍPIO PROCESSUAIS E O PROCESSO ELETRÔNICO	24
2.1 DISTINÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS	24
2.2 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO PROCESSO ELETRÔNICO.....	31
2.2.1 Princípios gerais do Processo Civil.....	31
2.2.2 Princípios específicos do processo eletrônico	35
3 A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO E O PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS NO PROCESSO ELETRÔNICO	39
3.1 A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO	39
3.2 PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS	42
3.3 PRINCÍPIO DA DUPLA INSTRUMENTALIDADE OU DA SUB- INSTRUMENTALIDADE PROCESSUAL DA TECNOLOGIA.....	48
4 CONCLUSÃO	53
REFERÊNCIAS	55

INTRODUÇÃO

A presença da informática no âmbito jurídico não é recente, acompanhou a evolução desta tecnologia ao longo das décadas, deixando no passado a utilização de velhos conhecidos dos aplicadores do direito, tal como a máquina de escrever. As modificações que a informática trouxe para o processo sempre afetou a forma como eram elaboradas as peças e praticados os atos processuais, os autos, porém, permaneceram em meio físico, exigindo imensa quantidade de recursos físicos (v.g.: papel e tinta para impressão) e humanos (v.g.: movimentação e carga de autos).

O ponto fundamental do fenômeno que se denomina de virtualização de processo é exatamente este. Transformar radicalmente o meio de tramitação dos autos, passando do meio físico e para o virtual. O processo eletrônico certamente vem a garantir a economia de recursos em um mundo que demanda cada vez mais o desenvolvimento sustentável das atividades públicas. Por outro lado, também busca dar maior efetividade aos direitos constitucionais, tais como o do acesso à Justiça e o da razoável duração do processo (art. 5º, XXXI e LXXVIII da Constituição Federal).

A virtualização do processo é um movimento recente e tem como marco legislativo a Lei 11.419/2006, de 19 de dezembro de 2006, que autorizou o “uso de meio eletrônico na tramitação de processos judiciais” (art. 1º). Não obstante, a utilização do meio eletrônico de tramitação do processo é anterior à autorização legal, por meio da introdução de diversos sistemas, tais como PROJUDI, e-STF, e-STJ, e-DOC e e-Proc. Atualmente o Conselho Nacional de Justiça – CNJ e o Conselho Superior da Justiça do Trabalho - CSJT encamparam a ideia de virtualização do processo e têm promovido a implantação do Processo Judicial Eletrônico – PJe em âmbito nacional.

A alteração do meio físico é um movimento inevitável, diante da crescente evolução da informática e a popularização da Internet como meio de acesso às informações. Ainda assim, deve-se ter grande cautela em um momento inicial de transformação dos autos físicos em digitais, pois certamente existirão alguns

enclaves neste percurso. Em momentos como este será exigido um esforço maior dos aplicadores de direitos na interpretação e aplicação dos diplomas legislativos e, em sua ausência, dos princípios gerais do processo, em especial o da instrumentalidade.

O que se pretende com o presente trabalho é investigar a aplicação deste relevante princípio processual em futuras discussões que envolvam novas hipóteses originadas do emprego a virtualização do processo. A regulamentação da utilização os meios eletrônicos nos processos judiciais por meio da Lei 11.419/2006 ainda é insuficiente e a análise do princípio da instrumentalidade torna-se relevante para o deslinde de controvérsias que venham a nascer com a implantação do processo eletrônico em todo o âmbito do Poder Judiciário.

Para os objetivos propostos para este trabalho, examinar-se-á, inicialmente, a evolução da utilização da tecnologia e dos meios eletrônicos pelo Poder Judiciário e a implementação do processo eletrônico pelos Tribunais. Será feita, também, uma breve análise da regulamentação da matéria no ordenamento jurídico pátrio, assim como dos sistemas processuais desenvolvidos, em especial no âmbito da Justiça do Trabalho.

Em um segundo momento, o objeto do estudo consistirá na conceituação dos princípios como normas jurídicas, através da diferenciação desse instituto em relação às regras, com base, principalmente, na doutrina de Ronald Dworkin e Robert Alexy. Nesse aspecto, serão analisados os princípios gerais do processo, bem como os princípios específicos do processo eletrônico, fornecendo uma breve conceituação dos institutos e sua aplicação no processo eletrônico.

No terceiro capítulo do trabalho, examinar-se-á a instrumentalidade do processo como proposto pelo professor Cândido Rangel Dinamarco, assim como o princípio processual da instrumentalidade das formas. Por último, será analisado a instrumentalidade do processo e a sua repercussão no processo eletrônico, tendo como alicerce doutrinário o princípio da dupla instrumentalidade das formas, proposto pelo professor Sebastião Tavares Oliveira.

1 A INFORMATIZAÇÃO E O PROCESSO ELETRÔNICO

De acordo com o Dicionário Aurélio, a informática é o ramo científico que objetiva o “tratamento da informação através do uso de equipamentos e procedimentos da área de processamento de dados”.

O uso da informática pelos operadores de direito como meio de tratamento da informação não é nova, tampouco um fenômeno exclusivo do século 21. Com a popularização dos computadores portáteis na década de 90, houve uma exponencial adoção destes instrumentos eletrônicos que conferiam maior acessibilidade e rapidez na elaboração de peças processuais, tanto por parte do advogado como do próprio Magistrado. O computador, nas palavras de Luiz Eduardo Gunther e Noeli Gonçalves da Silva Gunther, não passava de uma “máquina de escrever sofisticada, que tinha duas grandes vantagens: as correções antes da impressão e a ausência do terrível barulho existente das máquinas de escrever”.¹

Em um primeiro momento, o uso do computador para elaboração de peças processuais gerou certo receio na comunidade jurídica, pois não se poderia, a princípio, aferir a autenticidade e integridade do documento simplesmente impresso e assinado ao final. A título exemplificativo, cite-se as discussões sobre a validade da sentença impressa por computador, como se pode observar a partir da seguinte ementa do Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

DESPEJO - SENTENÇA IMPRESSA POR COMPUTADOR - MEIO ADEQUADO - RECURSO IMPROVIDO: - NÃO É NULA A SENTENÇA QUE PREENCHE OS REQUISITOS LEGAIS E É LANÇADA AOS AUTOS POR IMPRESSÃO FEITA POR COMPUTADOR, COM SUAS FOLHAS RUBRICADAS E A ASSINATURA APOSTA AO FINAL. (Acórdão n.56917, APC2598691, Relator: DEOCLECIANO QUEIROGA, Revisor: NATANAEL CAETANO, 2ª Turma Cível, Publicado no DJU SECAO 2: 27/02/1992. Pág.: 1)

¹ GUNTHER, Luiz Eduardo e GUNTHER, Noeli Gonçalves da Silva. O processo eletrônico e os direitos fundamentais. Ver. TRT – 9ª Região. Curitiba: Ano 35, n. 65. Jul/Dez 2010.

Os problemas e dúvidas acerca da utilização do computador para as tarefas antes realizadas de forma manual ou por meio da máquina de escrever foram claramente superados. Atualmente, o computador tornou-se elemento fundamental para os operadores de direito, a acompanhar a desenvolvimento da sociedade globalizada, que, hoje, gira em torno da informática e da internet. As seguintes analogias feitas pelos escritores americanos Faith Popcorn e Adam Hanft, mencionadas por Gunther e Gunther refletem com exatidão a importância da tecnologia – e do computador – para a sociedade do século XXI:

[...] assim como é impossível falar sobre a natureza da existência humana sem falar sobre o cérebro, e assim como era antes inconcebível – e ainda é, para muitos – pensar no universo sem considerar Deus, é também impossível discutir a estrutura da vida do século XXI sem voltar, de novo e inevitavelmente, à tecnologia.²

Alexandre Atheniense, por sua vez, divide a evolução da informática no processo judicial em três fases, o que ele denomina como “um movimento evolutivo das cadeias físicas (analógicas) de valor para as cadeias virtuais (digitais) de valor”. O professor explica que “a primeira fase da virtualização do processo é o início do uso de dispositivos (ferramentas) eletrônicos pelos juízes e serventuários, buscando melhor produtividade dentro de suas atividades”.³

Em um segundo momento, o doutrinador afirma que é necessário o desenvolvimento de sistemas de controle do andamento processual, por meio de investimentos pelo Tribunal na infraestrutura de informática (máquinas, rede e *software*).⁴

Exemplo importante da segunda etapa descrita pelo professor foi a assinatura do I Pacto Republicano no ano de 2004. Um esforço conjunto dos três poderes em busca de “um judiciário mais rápido e republicano”. Entre os diversos compromissos

² GUNTHER, Luiz Eduardo e GUNTHER, Noeli Gonçalves da Silva. O processo eletrônico e os direitos fundamentais. Ver. TRT – 9ª Região. Curitiba: Ano 35, n. 65. Jul/Dez 2010 *apud* POPCORN, Faith; HANFT, Adam. O dicionário do futuro: as tendências e expressões que definirão nosso comportamento. Tradução de Maurette Brandt. Rio de Janeiro: Campus, 2002. p. 369.

³ ATHENIENSE, Alexandre. Comentários à lei 11.419/06 e as práticas processuais por meio eletrônicos nos Tribunais Brasileiros. Curitiba: Juruá, 2010, p. 26

⁴ *Idem, ibidem*, p. 26.

firmados entre o Executivo, Legislativo e Judiciário, destaca-se o de número oito, que diz respeito especificamente sobre a informatização:

8. Informatização

Uma vez mais a Justiça Eleitoral pôde realizar eleições seguras e rápidas, em decorrência da exitosa experiência das urnas eletrônicas. Trata-se de projeto que só foi adiante por força da ação articulada dos três Poderes do Estado. **Este bem-sucedido modelo deve ser estendido para que outras experiências – como os processos eletrônicos ("virtuais") na Justiça Federal – sejam aprofundadas.**

Serão apresentadas, pelo Judiciário, metas de expansão de tais iniciativas, para que as fontes de financiamento sejam viabilizadas pelos três Poderes. Serão incentivados os convênios de cooperação, para que informações entre órgãos públicos sejam repassadas por meios eletrônicos, a exemplo do que já acontece entre o Judiciário e o Banco Central do Brasil. As ações nessa direção se desenvolverão prioritariamente no campo da segurança pública e da Justiça criminal.

Finalmente, será examinada a possibilidade de os terminais de auto-atendimento dos bancos públicos prestarem alguns serviços de interesse do Judiciário, mormente informações aos cidadãos.

No plano legislativo, serão incluídos na agenda parlamentar os projetos de lei que visam regular e incentivar os procedimentos eletrônicos no âmbito judicial, a exemplo do PLC no 71/2002 (com os aperfeiçoamentos que se fizerem necessários). (grifo nosso)

Esse compromisso foi reforçado no II Pacto Republicano, assinado em 13 de abril de 2009, em que se estabeleceram os objetivos de garantir o acesso universal à Justiça e de aprimorar a prestação jurisdicional através da efetividade do princípio constitucional da razoável duração do processo. Os Poderes se comprometeram “melhorar a qualidade dos serviços prestados à sociedade, possibilitando maior acesso e agilidade, mediante a **informatização e desenvolvimento de programas de qualificação dos agentes e servidores do Sistema de Justiça**” (grifo nosso).

A virtualização do processo judicial é a etapa mais avançada da informatização do Poder Judiciário, em que se pretende transformar radicalmente a dinâmica processual, substituindo-se o meio físico (papel) pelo virtual com o escopo de efetivar ao garantia constitucional da razoável duração do processo. Atheniense resume com precisão a modificação que o processo eletrônico traz para a tramitação dos autos e a prática de atos processuais, com as seguintes palavras:

Assim, com o advento do processo eletrônico, os atos processuais, tradicionalmente realizados mediante a presença física do jurisdicionado e expressos meios físicos, serão representados por meio de *bits*, em um sistema informatizado, resultando em maior rapidez e eficiência na prestação jurisdicional”.⁵

José Carlos de Araújo Almeida Filho enfatiza, por sua vez, que “os computadores no sistema judicial brasileiro não passavam de máquinas de escrever sofisticadas”, mas ressalta que “a idealização de um processamento eletrônico do processo se apresenta como um grande avanço”.⁶

A regulamentação da utilização dos meios eletrônicos e da informatização do processo judicial no Brasil ainda é tímida. A primeira norma legal a se referir a um meio eletrônico para a prática de um ato processual foi a Lei do Inquilinato (Lei 8.245/1991), que trouxe o permissivo legal para se utilizar o telex ou *fac-símile* para a citação, intimação ou notificação de pessoa jurídica ou firma individual.

No entanto, foi a Lei 9.800/1999, a denominada Lei do Fax, que efetivamente admitiu, em caráter mais amplo, a utilização de meios eletrônicos para a prática de atos processuais.⁷

A grande evolução da virtualização do processo judicial ocorreu com a promulgação da Lei 11.419/2006, que trouxe uma regulamentação ainda mais profunda da matéria e alterou diversos dispositivos do Código de Processo Civil.

A importância de cada um desses diplomas legislativos e o contexto em que foram promulgados serão melhor examinados a seguir.

⁵ ATHENIENSE, Alexandre. Comentários à lei 11.419/06 e as práticas processuais por meio eletrônicos nos Tribunais Brasileiros. Curitiba: Juruá, 2010, p. 26

⁶ ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. Processo eletrônico e teoria geral do processo eletrônico: a informatização judicial no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 3.

⁷ Art. 1º É permitida às partes a utilização de sistema de transmissão de dados e imagens tipo *fac-símile* ou outro similar, para a prática de atos processuais que dependam de petição escrita.

1.1 MARCOS LEGISLATIVOS

1.1.1 Lei 8.245/1991

Embora a doutrina considere que a Lei 8.245/1991 não tenha sido o marco inicial da informatização do processo judicial, a inovação trazida pela Lei do Inquilinato é digna de menção. Ela representa o primeiro passo legislativo na utilização de meios eletrônicos para a prática de um ato processual.

O diploma legal, em seu Capítulo I (Das Disposições Gerais) do Título II (Dos Procedimentos), dispõe sobre o procedimento aplicável para as ações de despejo, consignação em pagamento de aluguel e acessório de locação, revisionais de aluguel e renovatórias de locação (art. 58).

O inciso IV do art. 58⁸ autoriza que a citação, intimação ou notificação de pessoa jurídica ou firma individual sejam realizados através de telex ou *fac-símile*. Nas palavras de Almeida Filho, a Lei 8.245/1991 trouxe a “primeira previsão de utilização de um meio eletrônico para a prática de um ato processual – no caso a citação –, qual seja, o *fac-símile*”.⁹

Apesar do significativo avanço que a Lei trouxe ao permitir o uso de telex ou *fac-símile*, sua aplicação era limitada aos procedimentos especiais previsto no *caput* do art. 58. O inciso IV desse dispositivo também exigia a autorização em contrato, o que também se mostrou uma grande restrição à utilização desses meios eletrônicos.

De qualquer forma, a Lei 8.245/1991 introduziu um novo meio de comunicação de atos processuais, em contraposição às formas clássicas de citar, intimar ou notificar previstas no Código de Processo Civil – por correio, por edital ou por oficial de justiça.

⁸ IV - desde que autorizado no contrato, a citação, intimação ou notificação far-se-á mediante correspondência com aviso de recebimento, ou, tratando - se de pessoa jurídica ou firma individual, também mediante telex ou fac-símile , ou, ainda, sendo necessário, pelas demais formas previstas no Código de Processo Civil;

⁹ ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. Processo eletrônico e teoria geral do processo eletrônico: a informatização judicial no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 24.

1.1.2 Lei 9.800/1999

A Lei do Fax, assim denominada a Lei 9.800/1999, representou um progresso ainda mais expressivo para a informatização do processo judicial, ao dispor sobre a “utilização de sistema de transmissão de dados para a prática de atos processuais”. O art. 1º da Lei permitiu que as partes utilizassem de sistema de transmissão de dados e imagens tipo *fac-símile* ou outro similar para a prática de atos processuais que dependessem de petição escrita.

O art. 2º, no entanto, ao exigir a entrega dos documentos originais ao Juízo até cinco dias da data do término do prazo, prejudicou uma maior contribuição para a celeridade na tramitação dos processos. Na opinião de José Carlos de Araújo Almeida Filho, a edição da Lei do Fax quase nada acrescentou para a aceleração do Judiciário. Nesse sentido, o doutrinador acrescenta que a prática “transformou-se em verdadeira chicana processual, a fim de se ganhar mais cinco dias, diante da necessidade de protocolo do original no aludido prazo”.¹⁰

Sobre a aplicação prática dessa Lei, Edilberto Barbosa Clementino afirma que a tímida regulamentação legal condenou “a sua efetividade a um incremento pouco significativo na tramitação processual”. O professor comenta que a iniciativa “apenas criou uma ampliação dos prazos processuais, porque apesar de permitir a utilização da Via Eletrônica para a protocolização de Documentos processuais, exige a apresentação do original do Documento”.¹¹

Outra circunstância que levou à menor eficácia prática da Lei foi o entendimento jurisprudencial, em especial do Superior Tribunal de Justiça¹², no

¹⁰ ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. Processo eletrônico e teoria geral do processo eletrônico: a informatização judicial no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 26.

¹¹ CLEMENTINO, Edilberto Barbosa. Processo judicial eletrônico. Curitiba: Juruá, 2009, p. 73.

¹² A título exemplificativo, cite-se o seguinte julgado: AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL - PETIÇÃO ENVIADA VIA E-MAIL - AUSÊNCIA DE EQUIPARAÇÃO A FAC-SÍMILE OU PETIÇÃO ELETRÔNICA - RECURSO NÃO CONHECIDO. 1. O Superior Tribunal de Justiça já firmou o entendimento de que o envio de petição ao Tribunal por e-mail não configura meio eletrônico equiparado ao fax, para fins da aplicação do disposto no art. 1º da Lei n. 9.800/99, pois, além de não haver previsão legal para sua utilização, não guarda a mesma segurança de transmissão e registro de dados. 2. Agravo regimental não conhecido.

sentido de que a prática de atos processuais por *e-mail* não se assemelha ao *fac-símile*, o que levou ao não conhecimento de diversos recursos. Almeida Filho critica esse posicionamento e argumenta que “tanto o *fax* quanto o *e-mail* são formas de transmissão de dados eletrônicos, através de canal de telecomunicações”.¹³

Sobre essa questão, Alexandre Atheniense considera que “faltou ao legislador, àquela época, detalhar melhor em que condições deveriam ser operados os atos processuais por meio dos sistemas de transmissão de dados similares ao *fac-símile*”.¹⁴

Apesar das críticas à Lei 9.800/1999, Clementino afirma com propriedade que o diploma “serviu para abrir espaço a ideias mais progressistas que conseguiram perceber a extensão dos benefícios que poderiam advir da utilização da moderna tecnologia para a efetivação da Justiça”.¹⁵

Para Demócrito Reinaldo Filho, a Lei do Fax, “ao permitir a transmissão de peças processuais por meio eletrônico, quebrou o elo da corrente de documentos materiais a que estávamos acostumados a assistir na cadeia processual”. O jurista assevera que a Lei 9.800/1999 “foi a primeira a admitir o uso das tecnologias da informação para o desenvolvimento de sistemas de comunicação de atos processuais” e “constituiu o primeiro passo no caminho da transformação da natureza física (suporte material em papel) do processo judicial, rumo à virtualização completa”.¹⁶

A experiência obtida pelo Judiciário com a transmissão de dados por fax e outros meios eletrônicos, ainda que não aceitos pela jurisprudência, colaborou para o amadurecimento da ideia de virtualização do processo judicial.

(AgRg nos EREsp 1218604/MG, Rel. Ministro MARCO BUZZI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 24/10/2012, DJe 07/11/2012)

¹³ ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. Processo eletrônico e teoria geral do processo eletrônico: a informatização judicial no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 26.

¹⁴ ATHENIENSE, Alexandre. Comentários à lei 11.419/06 e as práticas processuais por meio eletrônicos nos Tribunais Brasileiros. Curitiba: Juruá, 2010, p. 47.

¹⁵ CLEMENTINO, Edilberto Barbosa. Processo judicial eletrônico. Curitiba: Juruá, 2009, p. 73.

¹⁶ REINALDO FILHO, Demócrito. A informatização do processo judicial: da Lei do Fax à Lei nº 11.419/06: uma breve retrospectiva legislativa. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9399/a-informatizacao-do-processo-judicial>>. Acesso em 15 de janeiro de 2013.

A omissão legislativa em relação à prática de atos processuais por outros meios eletrônicos, em especial pela *internet*, que já vinha se popularizando no final da década de 90, mostrou a necessidade de uma melhor regulamentação da matéria. Por outro lado, evidenciou que a informatização é um meio viável para a celeridade na tramitação do processo, ainda que este objetivo não tenha sido plenamente alcançado pela Lei do Fax.

As falhas da Lei do Fax mostraram a necessidade de se editar uma norma mais abrangente, que viesse regulamentar a efetiva virtualização do processo e a adoção integral de meios eletrônicos para a prática de atos processuais, com o objetivo de garantir a razoável duração do processo.

1.1.3 Lei 11.419/2006

A Lei 11.419/2006 teve origem em uma proposta apresentada pela Associação dos Juizes Federais do Brasil – AJUFE à Comissão de Legislação Participativa da Câmara de Deputados. O Deputado Ney Lopes reconheceu a importância do Anteprojeto de Lei e da necessidade de regulamentar a informatização do processo judicial, em parecer de sua relatoria na Comissão de Legislação Participativa da Câmara de Deputados pela conversão da Proposta em Projeto de Lei:

Sob a perspectiva jurídica devemos reconhecer que a proposta traz uma contribuição ao relevante tema da eficácia dos procedimentos judiciais, principalmente no que diz respeito à sua celeridade e à economia que beneficiará tanto o Poder Público, que arca com o funcionamento da máquina judiciária, quanto à parte no que diz respeito aos custos processuais.¹⁷

¹⁷ Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD29DEZ2001.pdf#page=216>>. Acesso em 17 de janeiro de 2013.

A Lei foi promulgada em 19/12/2006, conforme Projeto de Lei substitutivo apresentado pelo Senador Osmar Dias no Senado Federal (Projeto de Lei da Câmara 71 de 2002) e os vetos de alguns dispositivos pelo Presidente da República.

O art. 1º da Lei 11.419/2006¹⁸ demonstra a importância dessa norma para a regulamentação da informatização judicial, ao estabelecer o uso de meios eletrônicos para: a) a tramitação de processos judiciais; b) a comunicação de atos processuais; e, c) a transmissão de peças processuais. O § 1º desse artigo¹⁹ também evidencia o caráter genérico da Lei, ao dispor sobre sua aplicação aos processos civil, penal e trabalhista, em qualquer grau de jurisdição, assim como aos juizados especiais.

Carlos Alberto Rohrmann enfatiza a relevância da Lei 1.1419 com as seguintes palavras:

Esta última, sim, deve ser aclamada como o **marco regulatório da informatização processual** em nosso país, na medida em que contém um completo tratamento legal para o processo informatizado, abrangendo todas as fases ou todas as atividades em meio eletrônico indispensáveis à implantação do processo informatizado em todo e qualquer órgão da Justiça, seja em qual grau de jurisdição for.²⁰ (grifo nosso)

O § 2º do art. 1º, por sua vez, traz alguns conceitos relevantes para a compreensão da norma, que Atheniense denomina de “novos conceitos jurídicos tecnológicos”.²¹ Define, por exemplo, que meio eletrônico é “qualquer forma de armazenamento ou tráfego de documentos e arquivos digitais” e que transmissão eletrônica é “toda forma de comunicação a distância com a utilização de redes de comunicação”.

¹⁸ Art. 1º O uso de meio eletrônico na tramitação de processos judiciais, comunicação de atos e transmissão de peças processuais será admitido nos termos desta Lei.

¹⁹ § 1º Aplica-se o disposto nesta Lei, indistintamente, aos processos civil, penal e trabalhista, bem como aos juizados especiais, em qualquer grau de jurisdição.

²⁰ ROHRMANN, Carlos Alberto. Comentários à lei do processo eletrônico. Disponível em: <<http://www.amlj.com.br/artigos/132--comentarios-a-lei-do-processo-eletronico>>. Acesso em 18 de janeiro de 2013.

²¹ ATHENIENSE, Alexandre. Comentários à lei 11.419/06 e as práticas processuais por meio eletrônicos nos Tribunais Brasileiros. Curitiba: Juruá, 2010, p. 104.

De qualquer modo, o ponto mais relevante da Lei é o capítulo que dispõe sobre o processo eletrônico (Capítulo III). No particular, o professor Carlos Alberto Rohrmann esclarece que “os termos ‘processo informatizado’ ou ‘processo eletrônico’ aparecem na lei em questão e ambos se referem à utilização do meio eletrônico (ou meio virtual, ou mundo online)”.²²

O art. 8º²³ autorizou os órgãos do Poder Judiciário a desenvolverem sistemas eletrônicos de processamento de ações judiciais por meio de autos total ou parcialmente digitais. Conforme anota Alexandre Atheniense, observa-se que “a lei atribuiu a responsabilidade do desenvolvimento do sistema de processo eletrônico que contenha as funcionalidades previstas para a escolha individual de cada tribunal”.²⁴

Para Rohrmann, o art. 8º “traz regra destinada a materializar, na prática, a possibilidade autorizada pela lei da formação de um processo completamente digitalizado, sem qualquer peça ou ato registrado em suporte físico (como o papel)”.²⁵

Apesar de se atribuir aos Tribunais a competência para desenvolver o sistema de processo eletrônico, a Lei 11.419 estabelece diversas regras gerais, como a do art. 9º²⁶, que dispõe que as citações, as intimações e as notificações serão feitas por meio eletrônico, o que representa um grande avanço para a concretização da garantia constitucional da razoável duração do processo.

Ao lado do significativo progresso que a Lei 11.419 trouxe para a regulamentação do uso dos meios eletrônicos pelo Poder Judiciário, outro ponto relevante é o reconhecimento legal da validade das atividades necessárias para a implantação do processo eletrônico. Nas palavras de Rohrmann, a partir da Lei

²² ROHRMANN, Carlos Alberto. Comentários à lei do processo eletrônico. Disponível em: <<http://www.amlj.com.br/artigos/132--comentarios-a-lei-do-processo-eletronico>>. Acesso em 18 de janeiro de 2013.

²³ Art. 8º Os órgãos do Poder Judiciário poderão desenvolver sistemas eletrônicos de processamento de ações judiciais por meio de autos total ou parcialmente digitais, utilizando, preferencialmente, a rede mundial de computadores e acesso por meio de redes internas e externas.

²⁴ ATHENIENSE, Alexandre. Comentários à lei 11.419/06 e as práticas processuais por meio eletrônicos nos Tribunais Brasileiros. Curitiba: Juruá, 2010, p. 199.

²⁵ ROHRMANN, op. cit.

²⁶ Art. 9º No processo eletrônico, todas as citações, intimações e notificações, inclusive da Fazenda Pública, serão feitas por meio eletrônico, na forma desta Lei.

11.419, “todo e qualquer ato processual realizado por meio eletrônico recebe a presunção legal de validade se realizado exclusivamente por esse meio”.²⁷

Nesse sentido, o art. 11 da Lei 11.419/2006²⁸ ao considerar o documento produzido de forma eletrônica como original derogou o disposto na Lei 9.800/1999, que exigia a apresentação do original após o envio do documento por meio eletrônico. Esse procedimento proporciona maior celeridade processual, mas também representa grande economia de materiais (papel, grampos, etc) e de espaço físico necessário para o armazenamento de autos e outros documentos.

A maior contribuição da Lei da Informatização é, sem dúvidas, a efetivação da razoável duração do processo, direito do cidadão e dever do órgão jurisdicional que foi alçado ao nível constitucional pela Emenda nº 45 de 2004, no art. 5º, inciso LXXVIII da Carta Maior.

De acordo com uma pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça, aproximadamente 70% do tempo de tramitação dos processos é despendido com atos cartorários, como autuações e juntadas, comunicações processuais, numeração, certificações, entre outros.²⁹

A informatização do processo judicial propicia a redução do período gasto com atos burocráticos, que antes demandavam tempo e trabalho dos servidores e Magistrados, agora poderão ser praticados de forma automática por meio da informatização, a reduzir significativamente a tramitação dos processos judiciais.

O Conselheiro do CNJ Walter Nunes enfatiza a transformação que a informatização do processo judicial traz para o tempo de tramitação dos autos, com as seguintes palavras: “O processo eletrônico é a grande revolução do modelo de

²⁷ ROHRMANN, Carlos Alberto. Comentários à lei do processo eletrônico. Disponível em: <<http://www.amlj.com.br/artigos/132--comentarios-a-lei-do-processo-eletronico>>. Acesso em 18 de janeiro de 2013.

²⁸ Art. 11. Os documentos produzidos eletronicamente e juntados aos processos eletrônicos com garantia da origem e de seu signatário, na forma estabelecida nesta Lei, serão considerados originais para todos os efeitos legais.

²⁹ Notícia disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/10506:cerca-de-70-do-tempo-de-tramitacao-do-processo-judicial-gasto-com-atos-burocraticos>>. Acesso em 19 de janeiro de 2013.

prestação jurisdicional e resolve todos esses problemas relacionados à burocracia”.³⁰

A regulamentação da informatização e do processo eletrônico pela Lei 11.419/2006 permitiu aos órgãos do Poder Judiciário o desenvolvimento de diversos sistemas informatizados, cada um no âmbito de sua autonomia administrativa conforme dispõe o art. 8º.

No âmbito da Justiça do Trabalho, diversos sistemas foram desenvolvidos para possibilitar o uso de meios eletrônicos no processo judicial, em que se destacam o e-DOC, regulamentado pela Instrução Normativa nº 30/2007 do Tribunal Superior do Trabalho³¹, o SUAP, constituído pelo Ato Conjunto nº 9/CSJT.TST.GP.SE de 2008, e o PJe-JT, instituído pela Resolução nº 94/2012 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho³². Os sistemas utilizados pela Justiça do Trabalho serão brevemente examinados no tópico seguinte.

1.2 SISTEMAS PROCESSUAIS ELETRÔNICOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO

1.2.1 Sistema Integrado de Protocolização e Fluxo de Documentos Eletrônicos da Justiça do Trabalho – e-DOC

O Sistema Integrado de Protocolização e Fluxo de Documentos Eletrônicos da Justiça do Trabalho – e-DOC foi criado pela Instrução Normativa nº 30 do Tribunal Superior do Trabalho, que regulamentou a Lei 11.419/2006 no âmbito da Justiça trabalhista.

³⁰ Notícia disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/10506:cerca-de-70-do-tempo-de-tramitacao-do-processo-judicial-gasto-com-atos-burocraticos>>. Acesso em 19 de janeiro de 2013.

³¹ Disponível em: <http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/3990/2007_res0140.pdf?sequence=5>. Acesso em 21 de janeiro de 2013.

³² *Ibidem*.

Destaca-se, primeiro, a facultatividade do serviço disponibilizado pela Justiça do Trabalho, conforme dispõe de forma expressa o § 1º do art. 5º: “O e-DOC é um serviço de uso facultativo, disponibilizado no Portal-JT, na Internet”.

Como a própria denominação do Capítulo III da Instrução Normativa dispõe, o e-DOC é um sistema de peticionamento que permite a prática de atos processuais pelas partes, advogados e peritos por meio eletrônico (art. 5º³³). Não se trata, portanto, de uma proposta imediata de virtualização o processo judicial, como previsto no art. 8º da Lei da Informatização Judicial.

Observa-se, nesse sentido, que o inciso I do art. 10³⁴ dispõe sobre a responsabilidade dos Tribunais de imprimir as petições e documentos aos autos, enquanto “não generalizada a virtualização do processo”. Por outro lado, observa-se que o e-DOC é um sistema de transição, pois ao mesmo tempo em que trata do peticionamento eletrônico, deixa evidente que a dispensa dos autos físicos por meio da virtualização é a próxima etapa a ser implementada.

A Instrução Normativa nº 30 também dispõe sobre o processo eletrônico em seu Capítulo V, incorporando, na verdade, o texto da Lei 11.419 (arts. 9 a 13) nos arts. 23 a 27.

A importância dessa Instrução Normativa não se restringe à regulamentação da Lei 11.416 no âmbito da Justiça do Trabalho, mas a implementação de um sistema eletrônico unificado de peticionamento, a facilitar o acesso à Justiça pelas partes.

As modificações processuais promovidas pela Lei da Informatização Judicial foram importantes e possibilitou a prática de atos processuais por meio do peticionamento eletrônico. A utilização do e-DOC, porém, não alcançou o objetivo de virtualização total dos autos e a criação de um sistema eletrônico de tramitação processual.

³³ Art. 5º A prática de atos processuais por meio eletrônico pelas partes, advogados e peritos será feita, na Justiça do Trabalho, através do Sistema Integrado de Protocolização e Fluxo de Documentos Eletrônicos (e-DOC).

³⁴ Art. 10. Incumbe aos Tribunais, por intermédio das respectivas unidades administrativas responsáveis pela recepção das petições transmitidas pelo e-DOC: I – imprimir as petições e seus documentos, caso, existentes, anexando-lhes o comprovante de recepção gerado pelo Sistema, enquanto não generalizada a virtualização do processo, que dispensará os autos físicos;

Na esfera trabalhista o Tribunal Superior do Trabalho, ciente da necessidade de maior investimento em infraestrutura e tecnologia, desenvolveu o Sistema Único de Administração Processual da Justiça do Trabalho, denominado de SUAP, que integrou diversos sistemas sob uma única plataforma.

1.2.2 Sistema Único de Administração Processual da Justiça do Trabalho

O Sistema Único de Administração Processual da Justiça do Trabalho – SUAP foi instituído pelo Ato Conjunto nº 9/CSJT.TST.GP.SE de 2008. De acordo com o art. 1º³⁵ do Ato, o SUAP é um sistema único de informática com o objetivo de padronizar a “a administração do processo judicial no âmbito da Justiça do Trabalho e sua representação por meio eletrônico”.

O art. 2º dispõe que o Sistema compreende o “controle do sistema judicial trabalhista”, por meio do controle da tramitação do processo (inciso I), da padronização de todos os dados e informações compreendidas pelo processo judicial (inciso II), da produção, registro e publicidade dos atos processuais (inciso III) e da gestão das informações necessárias aos diversos órgãos de supervisão, controle e uso do sistema judiciário trabalhista (inciso IV)

Conforme dispõe o art. 9º, a implantação do SUAP implicou a substituição e a transferência dos dados e informações de outros sistemas mantidos pelos diversos Tribunais do Trabalho. O art. 10º deixa clara a finalidade de padronizar a informatização na esfera da Justiça do Trabalho ao contemplar a integração das funcionalidades de programas de informática até então utilizados, como os denominados AUD (audiências), e-JUS (sessões do Tribunal), e-DOC (envio de documentos), e-REC (recursos), CPE (carta precatória) e e-CALC (cálculos).

³⁵ Art. 1º A administração do processo judicial no âmbito da Justiça do Trabalho e sua representação por meio eletrônico, nos termos da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006, será realizada por intermédio de um único sistema de informática, nos termos desta Resolução.

O Sistema Único de Administração Processual é mais amplo do que o e-DOC ou os outros programas criados para o uso dos órgãos da Justiça do Trabalho, que agora passam a integrar uma única plataforma. O objetivo principal do SUAP foi, como destaca o art. 1º do Ato, a unificação dos Sistemas utilizados pelos Tribunais.

Na visão de Antônio João Parera, então consultor jurídico do Serviço Federal de Processamento de Dados - Serpro, empresa responsável pelo desenvolvimento do sistema, o SUAP é um avanço para concretizar o processo eletrônico no Brasil. Em suas palavras:

Suap suprirá as principais lacunas hoje existentes na gestão do processo eletrônico, que são a falta de padronização das rotinas de trabalho dos TRTs, e também a ausência de cruzamento de dados entre eles. Hoje, cada um tem sua rotina e seu banco de dados próprios. Com o sistema, isso será unificado, e haverá a integração do controle de tramitação dos processos trabalhistas, desde a vara do trabalho até o TST.³⁶

A adoção do SUAP pelos órgãos da Justiça do Trabalho representou mais uma etapa em direção à virtualização total do processo. A integração de diversas funcionalidades em uso pelos Tribunais certamente colaborou para a efetividade do Sistema, que poderia conduzir aos objetivos pretendidos nos Pactos Republicanos com o aperfeiçoamento gradual do *software*, em especial a redução do tempo de tramitação do processo.

Por ter sido desenvolvido pela Justiça do Trabalho, o SUAP adequava-se à necessidade das Varas e dos Tribunais do Trabalho e sua utilização era restrita a esses órgãos. No entanto, o Conselho Nacional de Justiça lançou no ano de 2011 um projeto audacioso que buscava uma plataforma única para todos os órgãos do Judiciário, denominado de Processo Judicial Eletrônico – PJe.

³⁶ Notícia disponível em: <<https://www.serpro.gov.br/conteudo-oserpro/a-empresa-1>>. Acesso em 23 de janeiro de 2013.

1.2.3 Sistema Processo Judicial Eletrônico da Justiça do Trabalho – PJe-JT

O Processo Judicial eletrônico – PJe é um sistema desenvolvido pelo Conselho Nacional de Justiça, cujo objetivo principal foi implantar um sistema capaz de permitir o acompanhamento e a prática de atos processuais independente do processo tramitar na Justiça Federal, Estadual, Militar ou do Trabalho.³⁷

De acordo com a cartilha do PJe elaborada pelo CNJ, o órgão buscou a adoção de uma solução única e gratuita, “racionalizando gastos com elaboração e aquisição de softwares e permitindo o emprego desses valores financeiros e de pessoal em atividades mais dirigidas à finalidade do Judiciário”.³⁸

A cartilha também destaca a potencialidade que o processo eletrônico possui de reduzir o tempo de atividades acessórias ao processo e de agilizar a solução dos conflitos judiciais, mencionando os seguintes exemplos:

extinguindo atividades antes existentes e desnecessárias em um cenário de processo eletrônico, tais como juntadas de petições, baixa de agravos de instrumento, juntadas de decisões proferidas por Cortes especiais ou pelo Supremo Tribunal Federal;

suprimindo a própria necessidade de formação de autos de agravo em razão da disponibilidade inerente do processo eletrônico;

eliminando a necessidade de contagens e prestação de informações gerenciais para órgãos de controle tais como as corregedorias e os conselhos;

atribuindo ao computador tarefas repetitivas antes executadas por pessoas – e, portanto, propensas a erros –, tais como a contagem de prazos processuais e prescricionais;

otimizando o próprio trabalho nos processos judiciais, acrescentando funcionalidades antes inexistentes capazes de agilizar a apreciação de pedidos e peças processuais;

deslocando a força de trabalho dedicada às atividades suprimidas para as remanescentes, aumentando a força de trabalho na área fim;

automatizando passos que antes precisavam de uma intervenção humana;

permitindo a execução de tarefas de forma paralela ou simultânea por várias pessoas.³⁹

³⁷ Cartilha do PJe disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/dti/processo_judicial_eletronico_pje/processo_judicial_eletronico_grafica2.pdf>. Acesso em 25 de janeiro de 2013.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ *Ibidem*.

Na Justiça do Trabalho, a adesão ao PJe ocorreu por meio do Termo De Acordo de Cooperação Técnica Nº 051/2010, celebrado entre o Conselho Nacional de Justiça, o Tribunal Superior do Trabalho e o Conselho Superior da Justiça do Trabalho, que teve como objeto “a inserção da Justiça do Trabalho nas ações atinentes ao desenvolvimento de sistema de Processo Judicial Eletrônico a ser utilizado em todos os procedimentos judiciais” (cláusula 1ª).⁴⁰

O Processo Judicial Eletrônico da Justiça do Trabalho foi regulamentado pela Resolução nº 94/2012 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho, que instituiu o PJe-JT como sistema de processamento de informações e prática de atos processuais e estabeleceu os parâmetros para sua implementação e funcionamento.

Da mesma forma que ocorreu com a implantação do SUAP, o PJe-JT significou a substituição dos sistemas anteriormente utilizados pelos Tribunais, a teor do art. 38 da Resolução, que dispõe que o Processo Judicial eletrônico “implicará, para os processos novos, a superação dos atuais sistemas de gestão das informações processuais mantidos pelos Tribunais”.

A prioridade do CSJT em adotar o Processo Judicial eletrônico como sistema de tramitação processual na Justiça do Trabalho resta evidente pelas vedações contidas nos arts. 46, de criar novas soluções de informática para o processo judicial e de investir nos sistemas existentes nos Tribunais, e 48, de instalar novas Varas do Trabalho sem o PJe-JT.

Os benefícios advindos da virtualização do processo pelo PJe assemelha-se aos obtidos pela utilização de outros sistemas eletrônicos de tramitação processual, como, por exemplo o SUAP no âmbito da Justiça do Trabalho. Por outro lado, o sistema desenvolvido pelo CNJ se destaca pela inclusão de todos os órgãos do Poder Judiciário sob uma mesma plataforma, a reduzir o tempo de tramitação em hipóteses em que se exige a movimentação dos autos de um ramo para outro.

A implantação do Processo Judicial eletrônico na Justiça do Trabalho encontra-se atualmente em estágio inicial, como se pode observar a partir do

⁴⁰ Disponível em: <http://www.csjt.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=31bc9b7b-4e7b-47ef-8ea8-4fa0347b41ee&groupId=955023>. Acesso em 25 de janeiro de 2013.

cronograma estabelecido pelo CSJT, que até o final de 2012 planejou a instalação do PJe em determinados Tribunais e Varas do Trabalho.

Seguindo o projeto delineado pelo CNJ, o então presidente do TST e do Conselho Superior da Justiça do Trabalho, Ministro João Orestes Dalazen, afirmou que a "Justiça do Trabalho será [...] o primeiro segmento do Poder Judiciário a instituir um sistema único e moderno de processo judicial eletrônico".⁴¹

A informatização do Poder Judiciário e a virtualização dos autos trazem grandes benefícios ao jurisdicionado, principalmente em relação à celeridade processual e à economia de recursos públicos. No entanto, a busca pela rapidez na tramitação processual não pode deixar de observar as regras e princípios do Direito, em especial o corolário do devido processo legal.

A interpretação e aplicação das normas evoluirão com o processo eletrônico. De um lado, algumas regras processuais cairão em desuso, como é o caso do art. 525 do CPC⁴², que exige a formação do agravo de instrumento, e, de outro, os princípios terão que se adaptar a essa realidade tecnológica.

Na fase embrionária do processo eletrônico, em especial do PJe-JT, a aplicação do princípio da instrumentalidade será fundamental para garantir que os atos processuais praticados de forma eletrônica alcancem seu objetivo. Além desse princípio, o processo eletrônico também fez surgir outras novas normas jurídicas, o que demanda um breve estudo da matéria no capítulo seguinte.

⁴¹ Notícia disponível em: <http://www.csjt.jus.br/inicio?p_p_auth=FvtWh6xO&p_p_id=56&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-3&p_p_col_pos=1&p_p_col_count=3&_56_groupId=955023&_56_articleId=1575767>. Acesso em: 25 de janeiro de 2013.

⁴² Art. 525. A petição de agravo de instrumento será instruída: I - obrigatoriamente, com cópias da decisão agravada, da certidão da respectiva intimação e das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado; II - facultativamente, com outras peças que o agravante entender úteis.

2 PRINCÍPIO PROCESSUAIS E O PROCESSO ELETRÔNICO

2.1 Distinção entre princípios e regras

Antes de iniciar o estudo a instrumentalidade do processo e a repercussão no âmbito do processo eletrônico, é relevante investigar o significado dos princípios como normas jurídicas no ordenamento pátrio.

Humberto Ávila ensina que as normas jurídicas são “os textos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos”. O professor prossegue explicando que “não existe correspondência entre norma e dispositivo”, e cita diversas hipóteses em que não se verifica uma relação entre ambos, como, por exemplo, nos casos nos quais há norma mas não existe dispositivo.⁴³

Eros Roberto Grau afirma, nesse mesmo sentido, que “texto e norma não se identificam”. O jurista considera que a partir da interpretação dos textos é que resultam as normas ou, em outras palavras, “a norma é a interpretação do texto”. Ele sintetiza seu pensamento com as seguintes palavras: “A interpretação é, portanto, atividade que se presta a transformar textos – disposições, preceitos, enunciados – em normas”.⁴⁴ O doutrinador também explica que a norma jurídica é um gênero, que abrange, como espécies, as regras e os princípios, estes considerados tantos os explícitos como implícitos.⁴⁵

Sobre a definição dos princípios, é indispensável mencionar a teoria de Ronald Dworkin, exposta no livro *Taking Rights Seriously* (Levando os Direitos a sério), publicado na década de 1970, e que influenciou a construção doutrinária sobre a matéria.

Em sua tese o jurista americano procurou fazer um ataque ao Positivismo (“*general attack on positivism*”), com o objetivo de examinar as normas (“*standards*”),

⁴³ ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 30.

⁴⁴ GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 23.

⁴⁵ *Idem, ibidem*, p. 45.

as quais ele veio a definir, de forma genérica, como princípios, colocados em discussão nos chamados casos difíceis (“*hard cases*”).⁴⁶

De acordo com o autor, a diferença entre princípios e regras é de ordem lógica.⁴⁷ As regras aplicam-se na forma de tudo ou nada (“*all-or-nothing*”). Significa dizer, como bem traduz Eros Grau, que “as regras jurídicas são aplicáveis por completo ou não são, de modo absoluto, aplicáveis”.⁴⁸

As lições de Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco ilustram com clareza o modelo de aplicação das regras expostas por Ronald Dworkin:

Noutras palavras, em se tratando de regras de direito, sempre que a sua previsão se verificar numa dada situação de fato concreta, valerá para essa situação exclusivamente a sua consequência jurídica, com o afastamento de quaisquer outras que dispuserem de maneira diversa, porque no sistema não podem coexistir normas incompatíveis. Se, ao contrário, aqueles mesmo fatos constituírem hipótese de incidência de outras regras de direito, estas e não as primeiras é que regerão a espécie, também integralmente e com exclusividade, afastando-se – por incompatíveis – as consequências jurídicas previstas em quaisquer outras regras pertencentes ao mesmo sistema jurídico.

Daí se dizer que na aplicação aos casos ocorrentes, as regras – disjuntivamente – valem ou não valem, incidem ou não incidem, umas afastando ou anulando as outras, sempre que para uma mesma situação de fato existam consequências jurídicas antinômicas ou reciprocamente excludentes, uma solução que é lógica só nas aparências e não revela o intrincado jogo consigo mesmo que, em qualquer instância, o aplicador do direito é obrigado a disputar até descobrir e/ou eleger as normas que levará em conta para decidir as causas ou controvérsias submetidas à sua apreciação.⁴⁹

Os princípios, por sua vez, não seguem a lógica do tudo ou nada. Segundo Dworkin, eles possuem uma dimensão de peso ou importância (“*dimension of weight*”

⁴⁶ DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Harvard University Press, 1977, p. 24.

⁴⁷ *Idem, ibidem*, p. 24.

⁴⁸ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 168.

⁴⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires e PAULO, Gustavo Gonet Branco. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 31-32.

or importance”), de forma que, na hipótese de colisão entre princípios, o aplicador do direito deve considerar a importância ou o peso de cada um.⁵⁰

Sobre essa distinção, Eros Grau tece as seguintes considerações:

Uma segunda distinção, decorrente da primeira, aparta ainda, segundo Dworkin, os princípios das regras jurídicas. É que os princípios possuem uma dimensão que não é própria das regras jurídicas: a dimensão do peso ou importância. Assim, quando se entrecruzam vários princípios, quem há de resolver o conflito deve levar em conta o peso relativo de cada um deles. Essa valoração, evidentemente, não é exata e, por isso, o julgamento a propósito da maior importância de um princípio, em relação a outro, será com frequência discutível. Não obstante, as indagações a respeito de se ele possui essa dimensão e se faz sentido questionar quão importante ou relevante ele é integram o conceito de princípio.⁵¹

Para Robert Alexy, a diferença entre regras e princípios é de ordem qualitativa. Os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas. O jurista alemão define os princípios como “mandados de otimização”, que podem ser cumpridas em diferentes graus e a medida do seu cumprimento depende apenas das possibilidades fáticas assim como das jurídicas.⁵²

Humberto Ávila, ao comentar a teoria de Alexy, explica que “a aplicação dos princípios depende dos princípios e regras que a ele se contrapõem” (possibilidades jurídicas) e “o conteúdo dos princípios como normas de conduta só pode ser determinado quando diante dos fatos” (possibilidades fáticas).⁵³

Em relação às regras, o professor germânico considera que elas são normas que apenas podem ser cumpridas ou não cumpridas. Se uma regra for considerada válida, tem que ser realizado exatamente o que ela exige, sem mais nem menos.⁵⁴

⁵⁰ ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 44.

⁵¹ GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 170.

⁵² ALEXY, Roberto. Teoria de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 86.

⁵³ ÁVILA, *op. cit.*, p. 38.

⁵⁴ ALEXY, *op. cit.*, p. 87.

Alexy afirma que a distinção fica evidente quando se verifica um conflito de regras e uma colisão de princípios, pois se diferenciam na forma como se solucionam.⁵⁵

Em seu entender, um conflito de regras só pode ser solucionado com a introdução de uma cláusula de exceção em uma das regras para eliminar a controvérsia ou com a declaração da invalidade de, pelo menos, umas das regras. Nessa hipótese, explica que o conceito de validade jurídica não é graduável, isto é, a norma vale ou não juridicamente, em semelhança ao *all or nothing* defendido por Dworkin. Assim, se uma regra é válida e aplicável, aplicar-se-á, também, a consequência jurídica por ela definida.⁵⁶

Na colisão de princípios, a situação é distinta. Quando dois princípios entram em colisão, um deles tem que ceder ao outro, o que não significa declarar a invalidade do princípio desprezado nem criar uma cláusula de exceção. Alexy argumenta que nos casos concretos os princípios têm diferente peso e prevalecerá aquele com maior importância. Esse modelo de resolução de conflito é, nas palavras do autor, uma “relação de precedência condicionada”, na qual em determinadas circunstâncias um princípio prevalece sobre o outro, mas que em outras a conclusão poderia ser inversa.⁵⁷

Nessa esteira, Eros Grau explica

Em cada caso, pois, em cada situação, a dimensão do peso ou importância dos princípios há de ser ponderada. Isso explica o quanto acima afirmei: a circunstância de em determinado caso a adoção de um princípio, pelo intérprete, implicar o afastamento do outro princípio, que com aquele entre em testilhas, não importa que seja este eliminado pelo sistema, até porque em outro caso, e mesmo diante do mesmo princípio, este poderá vir a prevalecer.⁵⁸

⁵⁵ ALEXY, Roberto. Teoria de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 87.

⁵⁶ ALEXY, *op. cit.*, p. 88.

⁵⁷ ALEXY, *op. cit.*, p. 89 e 92.

⁵⁸ GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 194.

Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco ressaltam a doutrina de José Joaquim Gomes Canotilho, que indica as seguintes diferenças entre regras e princípios:

a) *Grau de abstracção*: os *princípios* são normas com um grau de abstracção relativamente elevado; de modo diverso, as *regras* possuem uma abstracção relativamente reduzida.

b) *Grau de determinabilidade* na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (ex., do legislador, do juiz), enquanto as regras são susceptíveis de aplicação directa.

c) *Carácter de fundamentalidade* no sistema das fontes de direito: os *princípios* são normas de natureza estruturante ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema de fontes (ex., os princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex., o princípio do Estado de Direito).

d) *Proximidade da ideia de direito*: os *princípios* são *standards* juridicamente vinculantes, radicados nas exigências de *justiça* (Dworkin) ou *na ideia de direito* (Larenz); as *regras* podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional.

e) *Natureza normogénica*: os princípios são fundamentos de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogénica fundamentante.⁵⁹

Eros Roberto Grau acrescenta, ainda, outros traços distintivos entre regras e princípios. O primeiro aspecto mencionado pelo jurista é que “a generalidade da regra jurídica é diversa da generalidade de um princípio jurídico”. Anota que a regra é geral porque destinada para um número indeterminado de atos ou fatos e, ao mesmo tempo, é especial porque editada para se aplicar a uma determinada situação jurídica. O princípio, por sua vez, é geral, pois abrange um número indefinido de aplicações. O segundo aspecto, é que a diferença entre as duas espécies de norma jurídica

⁵⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e teoria da constituição. Coimbra: Almedina, 2006, p.1160-1161.

surge exclusivamente no momento da interpretação/aplicação, de modo que apenas no curso do processo de interpretação (no perpassar do círculo hermenêutico) o intérprete poderá decidir se há ou não há conflito entre regras ou colisão entre princípios; ora, se efetivamente é o tipo de oposição (conflito ou colisão) que define regra e princípio, então apenas durante o processo de interpretação poder-se-á operar a distinção.

Humberto Ávila, ao estudar a distinção lógica estabelecida por Dworkin ou qualitativa por Alexy, e, também, as lições de Josef Esser, Karl Larenz, Claus-Wilhelm Canaris, estabelece quatro critérios de diferenciação entre regras e princípios, são eles: a) critério do caráter hipotético-condicional; b) critério do modo final de aplicação; c) critério do relacionamento normativo; d) critério do fundamento axiológico.⁶⁰

Segundo o doutrinador, o fundamento do critério do caráter hipotético-condicional reside

no fato de as regras possuírem uma hipótese e uma consequência que predeterminam a decisão, sendo aplicadas ao modo se, então, enquanto os princípios apenas indicam o fundamento a ser utilizado pelo aplicador para futuramente encontrar a regra para o caso concreto.⁶¹

A distinção quanto ao modo final de aplicação sustenta-se naquilo que Dworkin denominou de aplicação na forma de *all or nothing*, isto é, na circunstância de que “as regras são aplicadas de modo absoluto tudo ou nada, ao passo que os princípios, de modo gradual mais ou menos”.⁶²

O terceiro critério, do denominado relacionamento normativo, ampara-se nas formas distintas de resolução de conflitos de regras e colisão de princípios expostas com propriedade por Robert Alexy. Nas palavras de Humberto Ávila, essa distinção

⁶⁰ ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p.39.

⁶¹ *Idem, ibidem*, p. 39.

⁶² *Idem, ibidem*, p. 39.

se fundamenta na idéia de antinomia entre as regras consubstanciar verdadeiro conflito, solucionável com a declaração de invalidade de uma das regras ou com a criação de uma exceção, ao passo que o relacionamento entre os princípios consiste num imbricamento, solucionável mediante ponderação que atribua uma dimensão de peso a cada uma deles.⁶³

Por último, a diferenciação das regras e princípios pelo critério do fundamento axiológico “considera os princípios, ao contrário das regras, como fundamentos axiológicos para a decisão ser tomada”.⁶⁴

A partir das considerações doutrinárias acerca da diferenciação entre regras e princípios é possível extrair uma definição básica dos princípios como normas que ocupam posição estruturante dentro do ordenamento jurídico e que orientam a interpretação e aplicação das regras. Manoel Antonio Teixeira Filho, afirma, assim, que os princípios são formulações de caráter normativo, com o objetivo de “tornar logicamente compreensível a ordem jurídica e a justificar ideologicamente essa mesma ordem, como também servir de fundamento para a interpretação ou para a própria criação de normas legais próprias”.⁶⁵

No âmbito do processo eletrônico, em que a regulamentação ocorre quase que exclusivamente pela Lei 11.419/2006, os princípios serão fundamentais para a resolução dos *hard cases*, ou como explica Dworkin, das discussões em que as regras positivadas são insuficientes para a resolução do conflito judicial. No período inicial da informatização judicial, as lacunas normativas serão muitas, e os princípios gerais do processo, em especial o da instrumentalidade, além daqueles aplicáveis especificamente ao processo eletrônico, irão ter fundamental importância na resolução das lides.

O significado dos princípios gerais do processo, tal como o devido processo legal, e os específicos do processo eletrônico serão examinados de forma sintética no tópico a seguir.

⁶³ ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 39.

⁶⁴ *Idem*, *ibidem*, p. 39.

⁶⁵ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. Curso de direito processual do trabalho. São Paulo: LTr, 2009, p. 35.

2.2 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO PROCESSO ELETRÔNICO

2.2.1 Princípios gerais do Processo Civil

De acordo com os ensinamentos de Antonio Carlos Araujo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, o direito processual, como sistema de princípios e normas, é uma ciência autônoma no campo da dogmática jurídica, que

cria e regula o exercício dos remédios jurídicos que tornam efetivo todo o ordenamento jurídico, em todos os seus ramos, com o objetivo precípuo de dirimir conflitos interindividuais, pacificando e fazendo justiça em casos concretos.⁶⁶

O direito processual é um sistema harmônico de regras e princípios que serve como um “instrumento a serviço da paz social”.⁶⁷ Embora seja possível listar um grande número de princípios que orientam a interpretação e aplicação das normas processuais como um instrumento para a pacificação social, o jurista Nelson Nery Junior considera o devido processo legal (art. 5º, LIV da CF⁶⁸), derivado da expressão inglesa *due process of law*, como o princípio fundamental do processo civil, e afirma que ele é a “base sobre a qual os outros se sustentam”.⁶⁹

Cintra *et al.* perfilham das lições de Nelson Nery ao sustentarem que a justiça penal e civil são orientadas por dois grandes princípios constitucionais, quais sejam, o do acesso à justiça e do devido processo legal. Prosseguem esclarecendo que a

⁶⁶ CINTRA, Antonio Carlos Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 54

⁶⁷ *Idem, ibidem*, p. 47

⁶⁸ LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

⁶⁹ NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na Constituição Federal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 61.

partir dessas normas é que decorrem todos os demais postulados para assegurar o direito à ordem jurídica justa.⁷⁰

A doutrina brasileira, ao importar o *due process of law* norte americano, assim o faz em seu sentido processual, também denominado de *procedural process of law*, que, nas palavras de Nery, “é a possibilidade efetiva de a parte ter acesso à justiça, deduzindo pretensão e defendendo-se do modo mais amplo possível”.⁷¹ No mesmo sentido, Cintra *et al.* definem o devido processo legal como o “conjunto de garantias constitucionais, que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, do outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição”.⁷²

Como norma irradiadora de outros princípios, o devido processo legal importa, com especial repercussão no processo eletrônico, na observância das garantias constitucionais da publicidade dos atos processuais (art. 5º, LX da CF⁷³), da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LV da CF⁷⁴) e da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII da CF⁷⁵). Não se pode, no entanto, deixar de mencionar outros princípios gerais do processo, derivados ou não do *due process of law*, tais como: a) da imparcialidade do juiz; b) da igualdade processual (art. 5º, *caput* da CF⁷⁶); c) da ação, da demanda ou da iniciativa das partes (arts. 2º, 128 e 262 do CPC⁷⁷); d) do impulso oficial (art. 262 do CPC); e) da persuasão racional do juiz (art. 131 do

⁷⁰ CINTRA, Antonio Carlos Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 90

⁷¹ NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na Constituição Federal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 69-70.

⁷² CINTRA *et al.* *op.cit.*, p. 88

⁷³ LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;

⁷⁴ LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

⁷⁵ LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

⁷⁶ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

⁷⁷ Art. 2º Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais. [...] Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte. [...] Art. 262. O processo civil começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial.

CPC⁷⁸); e, f) da motivação das decisões judiciais (art. 93, IX da CF⁷⁹ e art. 168 do CPC⁸⁰).

A mudança de paradigma implementada pela alteração do meio em que o processo tramita, do físico para o virtual, importa, em maior ou menor grau, na ressignificação dos princípios processuais. Afinal, na esteira das lições de Dworkin e Alexy, o processo eletrônico é uma radical transformação das circunstâncias fáticas e jurídicas que não podem ser ignoradas pelo aplicador do direito no momento da aplicação dos princípios.

O princípio da publicidade dos atos processuais encontra-se positivado nos arts. 5º, LX e 93, IX da Carta Constitucional e no art. 155 do Código de Processo Civil⁸¹ e é uma garantia do cidadão em face da jurisdição, que, na doutrina de Cintral *et al.*, constitui “o mais seguro instrumento de fiscalização sobre a obra do magistrado, promotores públicos e advogado”.⁸² Antes da própria virtualização do processo, a informatização judicial já vinha transformando o significado do princípio da publicidade dos atos processuais, ao possibilitar a consulta, ainda que informativa, da situação dos processos por meio eletrônico, em especial da rede mundial de comunicações.

A adoção do processo eletrônico traduz, na verdade, em um verdadeiro desafio para o princípio da publicidade dos atos, pois o que observa na prática é que o amplo acesso aos autos digitais, ao alcance de um clique das partes, procuradores, servidores e outras pessoas, acaba por possibilitar a divulgação indevida de atos, principalmente os que, excepcionalmente, exigem sigilo processual. A internet tornou-se um meio rápido e fácil de propagação de informação – com destaque às redes sociais – e a exposição de informações,

⁷⁸ Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

⁷⁹ 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;

⁸⁰ Art. 165. As sentenças e acórdãos serão proferidos com observância do disposto no art. 458; as demais decisões serão fundamentadas, ainda que de modo conciso.

⁸¹ Art. 155. Os atos processuais são públicos. Correm, todavia, em segredo de justiça os processos: [...]

⁸² CINTRA, Antonio Carlos Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 75

sigilosas ou não, pode vir a violar os princípios constitucionais da inviolabilidade da intimidade e da privacidade, além de afrontar os direitos de personalidade do indivíduo (v.g. honra, imagem e boa fama).⁸³

Outro princípio fortemente relacionado com o processo eletrônico é o da razoável duração do processo, alçado ao nível de direito constitucional do cidadão por meio da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, que incluiu o inciso LXXVIII ao art. 5º, com a seguinte redação: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Para Mendes *et al.* esse corolário encontra-se abrangido no âmbito da “proteção judicial efetiva”, que garante a proteção judicial contra lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV⁸⁴). Como bem explicam os doutrinadores, “o reconhecimento de um direito subjetivo célere – ou com duração razoável – impõe ao Poder Público em geral e ao Poder Judiciário, em particular, a adoção de medidas destinadas a realizar esse objetivo”.⁸⁵

A implementação gradual do processo eletrônico, em especial do PJe pelo Conselho Nacional de Justiça, objetivou exatamente a efetivação do direito constitucional da razoável duração do processo, como, aliás, se comprometeram os Executivo, Legislativo e Judiciário nos Pactos Republicanos. Na verdade, é o próprio princípio que serve como fundamento normativo para a virtualização do processo e a busca pela celeridade processual. Em sentido inverso, a informatização judicial como instrumento de efetivação do princípio da razoável duração do processo não deve ser interpretado como norma absoluta. A busca pela rapidez e agilidade na prática de atos processuais não deve deixar de observar as garantias processuais constitucionais, como as do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

Esses dois pequenos exemplos demonstram como o processo eletrônico modifica a forma como se interpretam ou aplicam os princípios processuais, notadamente os que foram construídos sob um modelo voltado aos autos físicos, com todos os procedimentos, então necessários, para a garantia dos aludidos princípios.

⁸³ X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

⁸⁴ XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

⁸⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocência Mártires e PAULO, Gustavo Gonet Branco. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 500.

De qualquer forma, o objetivo desse trabalho é o exame do princípio da instrumentalidade das formas no processo eletrônico, cujo conceito e aplicação/interpretação no meio virtual serão examinados em tópico próprio, após também se estudar os princípios específicos do processo eletrônico.

2.2.2 Princípios específicos do processo eletrônico

O surgimento ou o reconhecimento dos princípios especiais ou específicos do processo eletrônico está relacionado com a profunda mudança de paradigma proporcionada, em um primeiro momento, pela informatização do Poder Judiciário e, um segundo momento, pela virtualização dos autos. Os princípios específicos do processo eletrônico não substituem os princípios gerais do processo previstos na Constituição e na legislação infraconstitucional, mas a eles se integram para permitir uma aplicação e interpretação das regras e dos próprios princípios à luz desse novo modelo ou, como afirma Alexy, dessa nova circunstância fática.

Sobre os princípios aplicáveis especificamente ao processo eletrônico, Fernando Neto Botelho tece as seguintes considerações:

O surgimento de novos princípios processuais estará ligado, dentre outras razões, às características inovadoras que surgem com a instalação do meio eletrônico processual, do que é exemplo o novo coeficiente de transparência dos serviços judiciais que produzirá – o trabalho técnico-processual alçará limites transgeográficos de visualização, conferência, e fiscalização, em razão do amplo acesso remoto, possível, a ele, em sua integralidade, através da Internet; trabalho esse, diga-se, que, no cenário atual, do processo em papel, se circunscreve em nível estritamente técnico, de conhecimento e crítica, e que, dentro do contexto de um processo eletrônico, passa a visualização ampla, na integralidade (peças, arrazoados, provas, decisões), pelas partes envolvidas, e facilidade de acesso proporcionado pelo meio eletrônico.⁸⁶

⁸⁶ BOTELHO NETO, Fernando. O processo eletrônico escrutinado. Disponível em: <<http://www.iabnacional.org.br/IMG/pdf/doc-992.pdf>>. Acesso em 26 de fevereiro de 2013.

Em sua análise dos princípios do processo eletrônico, Alexandre Atheniense destaca, sem deixar de lado outras relevantes normas processuais, cinco princípios específicos, são eles: a) princípio da universalidade; b) princípio da ubiquidade judiciária; c) princípio da uniformidade; d) princípio da formalidade automatizada; e) princípio da obrigatoriedade.

De acordo com o doutrinador, entende-se por princípio da universalidade a ideia de que “o processo eletrônico apresenta múltiplas referências”, ou seja, ele se aplica a todos os graus de jurisdição e ramos processuais (cível, penal, trabalhistas, entre outros), conforme dispõe o art. 1º, § 1º da Lei 11.419/2006. Acrescenta, ainda, que a universalidade importa em uma isonomia de tratamento processual ao atingir todos os procedimentos, sem, no entanto, revogar estruturas ou ritos processuais específicos. Em suas palavras, a universalidade modifica “alguns procedimentos mediante a criação de um novo cenário para a prática de atos processuais naquilo que trata e preservando todos os demais dispositivos existentes que não foram alcançados por sua abrangência”.⁸⁷ Botelho Neto comenta, nesse sentido, de que trata “de universal forma de processo judicial, que encerra no país, onde e quando implantado, a etapa histórica – da regra do uso do papel como base física-comum das áreas de atuação estatal-judiciária”.⁸⁸

Outro princípio relevante é o da ubiquidade judiciária, que se encontra diretamente relacionado com a circunstância do processo ser armazenado em mídia digital e possibilitar o acesso de qualquer lugar por meio eletrônico.

A palavra ubiquidade descreve com propriedade esse aspecto do processo digital. Ela deriva do adjetivo ubíquo e caracteriza algo que está ao mesmo tempo, em toda a parte, ou que está difundido por toda a parte, como é o caso da internet, principal meio eletrônico de acesso aos sistemas virtuais. A propósito, Botelho Neto afirma que esse princípio

deriva do fato de que haverá, no âmbito dos tribunais, não mais que os equipamentos (hardwares) servidores das redes neurais e dos que forem

⁸⁷ ATHENIENSE, Alexandre. Comentários à lei 11.419/06 e as práticas processuais por meio eletrônicos nos Tribunais Brasileiros. Curitiba: Juruá, 2010, p. 97.

⁸⁸ BOTELHO NETO, Fernando. O processo eletrônico escrutinado. Disponível em: <<http://www.iabnacional.org.br/IMG/pdf/doc-992.pdf>>. Acesso em 26 de fevereiro de 2013.

destinados ao armazenamento final dos conteúdos eletrônicos (o banco centralizado eletrônico de dados), além dos demais nos quais instalada a solução lógica em si (o software inteligente multicamadas) que gerenciará as conexões remotas (cliente-servidor).⁸⁹

Alexandre Atheniense descreve a ubiquidade do processo eletrônico como a possibilidade de se acessar o serviço público da justiça a partir de qualquer local, em razão do conteúdo das informações processuais não estar, necessariamente, armazenado no local onde, antes, o processo se encontrava fisicamente. O jurista também explica esse princípio da seguinte forma:

A justiça eletrônica estará ligada à rede computacional, sendo acessada em qualquer lugar do Planeta, a qualquer momento, desde que disponível por acesso remoto. As redes computacionais não exigem consultas presenciais, em modo convencional (físico-espacial), o que faz com que se rompa, pelo advento da nova lei e com a respectiva implantação do processo eletrônico, a convenção espaço-temporal clássica de Justiça. Assim, revoga-se o atual conceito legal espacial de divisão judiciária física centralizada dos feitos, tornando a atuação apenas por via de conexões remotas.

O doutrinador também considera aplicável o princípio da uniformidade. Esclarece ele que, com a implementação de uma forma única – eletrônica –, será necessário que os sistemas processuais eletrônicos se tornem compatíveis entre si, para proporcionar a transmissão de dados – documentos, petições, provas, decisões etc – entre os Tribunais, com a possibilidade de “tais dados ser compartilhados pelos órgãos do Poder Judiciário da forma exata como foram inseridos”.⁹⁰

O último princípio de destaque é o da formalidade automatizada. Como destaca Atheniense, a Lei 11.419/2006 não altera os procedimentos estabelecidos pela legislação processual, mas a forma de processamento dos atos é que passará a ser eletrônica, de forma que “seu fluxo equivalerá aos ritos processuais previstos em lei respectiva; o rito é que será automatizado”.⁹¹

⁸⁹ BOTELHO NETO, Fernando. O processo eletrônico escrutinado. Disponível em: <<http://www.iabnacional.org.br/IMG/pdf/doc-992.pdf>>. Acesso em 26 de fevereiro de 2013.

⁹⁰ ATHENIENSE, Alexandre. Comentários à lei 11.419/06 e as práticas processuais por meio eletrônicos nos Tribunais Brasileiros. Curitiba: Juruá, 2010, p. 98.

⁹¹ *Idem, ibidem*, p. 98.

Como elucida Botelho Neto, os atos a serem praticado no processo eletrônico seguem um *workflow*⁹² predefinido, ou seja, uma sequencia de passos para se atingir a automação. O fluxo de trabalho do processo eletrônico corresponderá ao rito processual estabelecido em Lei e os atos processuais serão praticados de acordo com a rotina estabelecida pelo gestor do sistema.⁹³

Os princípios que orientam a aplicação e a interpretação do processo eletrônico e a prática de atos processuais por meio eletrônico são fundamentais para o estudo do princípio da instrumentalidade no âmbito do processo eletrônico, cuja análise conceitual e sua repercussão no processo eletrônico serão feitos no capítulo seguinte.

⁹² De acordo com o manual de utilização do PJe, disponível no do Conselho Superior do Trabalho, *workflow* ou fluxo de trabalho é a “automatização de um processo de negócio seja parcial ou total, onde documentos, informações ou tarefas são passados de um participante para outro para a execução de outra ação de acordo com um conjunto de regras estabelecidas”. Disponível em: <<http://pje.csjt.jus.br/manual/index.php/Manual>>. Acesso em 27/02/2013.

⁹³ BOTELHO NETO, Fernando. O processo eletrônico escrutinado. Disponível em: <<http://www.iabnacional.org.br/IMG/pdf/doc-992.pdf>>. Acesso em 26 de fevereiro de 2013.

3 A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO E O PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS NO PROCESSO ELETRÔNICO

3.1 A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO

Discorrer sobre a instrumentalidade do processo nos leva inevitavelmente a examinar a teoria exposta pelo professor Cândido Rangel Dinamarco no livro “A instrumentalidade do processo”, que amadureceu na doutrina brasileira a ideia do processo como um meio (instrumento) direcionado a um fim.

A consciência de uma instrumentalidade do processo surgiu em um “momento metodológico do direito processual”, em que os conceitos alcançaram níveis satisfatórios de investigação teórica pelos doutrinadores e são suficientes para fundamentar a “construção de um sistema jurídico-processual apto a conduzir aos resultados práticos desejados”.⁹⁴

De acordo com o jurista, a visão instrumental do processo é, ao mesmo tempo que uma “negação da natureza e objetivo puramente técnicos do sistema processual”, a afirmação da influência dos valores tutelados nos planos político-constitucional e jurídico-material e o reconhecimento do “comprometimento axiológico das instituições processuais”.⁹⁵

Dinamarco, ao defender a visão instrumentalista, explica que o processo deve alcançar determinados objetivos ou, como designa o doutrinador, escopos. Como ele bem afirma: “Todo instrumento, como tal, é meio; e todo meio só e tal e se legitima, em função dos fins a que se destina”.⁹⁶ Nesse sentido, o professor identifica três objetivos – os escopos sociais, os escopos políticos e o escopo jurídico –, e tece as seguintes considerações sobre as finalidades a serem alcançadas pela jurisdição:

⁹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 22-23.

⁹⁵ *Idem, ibidem*, p. 24 e 41.

⁹⁶ *Idem, ibidem*, p. 181.

Por isso é que, hoje, todo estudo teleológico da jurisdição e do sistema processual há de extrapolar os lindes do direito e da sua vida, projetando-se para fora. É preciso, além do objetivo puramente jurídico da jurisdição, encarar também as tarefas que lhe cabem perante a sociedade e perante o Estado como tal. O processualista contemporâneo tem a responsabilidade de conscientizar esse três planos, recusando-se a permanecer num só, sob pena de esterilidade nas suas construções, timidez ou endereçamento destoante das diretrizes do próprio Estado social.⁹⁷

Quanto ao escopo social, Dinamarco comenta que a jurisdição, como expressão do poder do Estado, “visa à realização da justiça em cada caso e, mediante a prática reiterada, à implantação do clima social de justiça”.⁹⁸ Em igual sentido, Cintra *et al.* explicam que toda atividade jurídica exercida pelo Estado objetiva evitar ou eliminar o conflito entre as pessoas, ou seja, busca a pacificação social.⁹⁹ Sobre a matéria, fazem os seguintes comentários acerca da visão do processo como “um instrumento a serviço da paz social”:

Falar em instrumentalidade do processo, pois, não é falar somente nas suas ligações com o direito material. O Estado é responsável pelo bem-estar da sociedade e dos indivíduos que a compõem: e, estando o bem-estar social turbado pela existência de conflitos entre pessoas, ele se vale do sistema processual para, eliminando os conflitos, devolver à sociedade a paz desejada. O processo é uma realidade desse mundo social, legitimada por três ordens de objetivos que através dele e mediante o exercício da jurisdição o estado persegue: sociais, políticos e jurídico. A consciência dos escopos da jurisdição e sobretudo do seu escopo social magno da pacificação social constitui fator importante para a compreensão da instrumentalidade do processo, em sua conceituação e endereçamento social e político.¹⁰⁰

Em relação ao escopo político, Dinamarco afirma que há um “intenso comprometimento do sistema processual com a Política” e indica três formas que o processo pode afetar as instituições do Estado:

⁹⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 186.

⁹⁸ *Idem, ibidem*, p. 193.

⁹⁹ CINTRA, Antonio Carlos Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 47.

¹⁰⁰ *Idem, ibidem*, p. 47.

São fundamentalmente três aspectos. Primeiro, afirmar a capacidade estatal de decidir imperativamente (poder), sem a qual ele mesmo se sustentaria, nem teria como cumprir os fins que o legitimam, nem haveria razão de ser para seu ordenamento jurídico, posição positivada do seu poder e dele próprio; segundo, concretizar o culto ao valor liberdade, com isso limitando e fazendo observar os contornos do poder e do seu exercício, para a dignidade dos indivíduos as quais ele se exerce; finalmente assegurar a participação dos cidadãos por si mesmo ou através de associações, nos destinos da sociedade política. Poder (autoridade) e liberdade são dois pólos de um equilíbrio que mediante o exercício da jurisdição o Estado procura manter; participação é um valor democrático inalienável, para a legitimidade do processo político. Pois a missão jurisdicional tem a missão institucionalizada de promover a efetividade desses três valores fundamentais no Estado e na Democracia, para a estabilidade das instituições.¹⁰¹

A terceira e última finalidade indicada pelo processualista é a jurídica. Esse escopo diz respeito ao “modo como o processo e os seus resultados repercutem no sistema jurídico” e, em sua opinião, a definição desse objetivo é resultado da oposição entre a teoria dualista e unitária do direito processual. Apesar de criticar a ideia de um sistema processual baseada na “atuação concreta da lei”, Dinamarco empresta uma “interpretação dinâmica” dessa fórmula, com os influxos dos escopos sociais e políticos por ele mencionados.¹⁰²

Em seu entendimento, “o concreto deixa de identificar-se com o ‘individual’”, de forma que a atuação jurisdicional não se encontra limitada aos direitos e interesses de uma só pessoa, mas abrange também os direitos e interesses da coletividade. As palavras de Kazuo Watanabe, mencionadas por Dinamarco, refletem com clareza esse posicionamento: “ao trato atômico das relações jurídicas os novos estilos de vida e sociedade exigem que suceda o seu tratamento molecular”.¹⁰³ A conclusão do doutrinador sobre o escopo jurídico do processo é no seguinte sentido:

Por isso é que na vontade concreta do direito, referida fórmula em exame, não é necessariamente vontade da lei para a solução de conflito envolvendo estritamente dois antagonistas perfeitamente personalizados e individualizados, numa situação jurídica reduzida à singularidade. O verdadeiro sentido atual da fórmula precisa ser descoberto através dessa

¹⁰¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 204-205.

¹⁰² *Idem, ibidem*, p. 265.

¹⁰³ *Idem, ibidem*, p. 265.

observação do social agindo sobre o jurídico, gerando a inexorabilidade da agilização e universalização da Justiça.¹⁰⁴

Além dessas considerações sobre os escopos do sistema processual, Cândido Rangel Dinamarco defende a existência de dois aspectos da instrumentalidade do processo, o negativo e o positivo, os quais serão examinados no item seguinte, em conjunto com o princípio processual da instrumentalidade das formas.

3.2 PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS

De acordo com o entendimento de Cândido Rangel Dinamarco, a instrumentalidade do processo possui um duplo sentido, um positivo e outro negativo.

O primeiro aspecto encontra-se relacionado com a efetividade do processo, assim considerado a ideia de que ele “deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos institucionais”.¹⁰⁵ O segundo é a visão da instrumentalidade como “fator de contenção de exageros e distorções”, assim consubstanciada no princípio da instrumentalidade das formas.¹⁰⁶

Fica evidente, dessa forma, que a ideia de instrumentalidade do sistema processual defendida por Dinamarco não se confunde com o princípio da instrumentalidade das formas. Este, na verdade, é apenas uma das faces daquele. Como deixa claro o professor, com as seguintes palavras:

¹⁰⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 266.

¹⁰⁵ *Idem, ibidem*, p. 330.

¹⁰⁶ *Idem, ibidem*, p. 327.

A instrumentalidade das formas é um método de pensamento referente aos vícios dos atos processuais. A lei diz que certo ato deve ter determinada forma, pensando no objetivo daquele. Por exemplo, a citação deve ser feita na residência da pessoa, o oficial de justiça deve ir até lá etc. O princípio da instrumentalidade das formas prega que, se o ato tiver atingido o seu objetivo (as formas são instrumentos com vistas a certa finalidade), não importa a inobservância da forma.

A coisa mais importante, no entanto, é a citação em si, se não o indivíduo não saberá que tem um processo contra ele. Mas se não foi citado e, mesmo assim, compareceu e contestou, é porque de algum modo sabia do processo. O objetivo foi alcançado. Eis a instrumentalidade das formas. Já a instrumentalidade do processo precisa produzir resultados. Se digo instrumento, estou perguntando: instrumento de quê, a serviço de quê? A minha geração aprendeu – os professores da nossa época ensinavam – que o processo é um instrumento a serviço do direito material, ponto. O processo existe para que o direito material, civil, comercial, administrativo, tributário, seja bem cumprido. Dizia-se – ouvi isso de um professor: “O juiz tem o dever de cumprir a lei material”. Se o artigo “x” do Código Civil tem aplicação em um caso, que seja aplicado. Se houver injustiça, que ela seja cobrada do legislador.

Quando passamos para essa visão instrumentalista, isso não ocorre. O juiz tem de fazer justiça; ele usará as técnicas do processo e também as normas de direito material para fazer justiça. Em outras palavras, na medida do possível, ele tem de procurar uma maneira de amenizar o rigor da lei material, deverá interpretá-la adequadamente. Isso não significa que o juiz pode virar legislador e mudar tudo; mas quer dizer que, sempre que possível, ele deve dar uma interpretação mais conducente a uma solução justa, segundo o pensamento comum da sociedade, e não dele próprio. Um juiz radical, que faz as coisas segundo a justiça dele, não representa o que a nação espera dele.

Embora o caráter positivo seja importante para o estudo da instrumentalidade do sistema processual, o aspecto negativo certamente possui maior relevância prática para o aplicador do direito, em especial no âmbito do processo eletrônico, em que o procedimento segue um rígido fluxo preestabelecido.

Ao discorrer sobre esse princípio processual, Dinamarco assevera que a instrumentalidade das formas é “uma válvula do sistema, destinada a atenuar e racionalizar os rigores das exigências formais”. Prossegue afirmando que essa norma “tem a importância de parâmetro da própria liberdade e serve para amparar o

respeito às garantias fundamentais, como penhor da obtenção dos resultados e, portanto, da validade do ato”.¹⁰⁷

Cintra *et al.*, considera o princípio da instrumentalidade das formas um corolário do princípio da economia processual¹⁰⁸ e explica que ele determina que apenas os atos que não tenham atingido seu objetivo sejam anulados, pois “o que interessa, afinal, é o objetivo do ato, e não o ato em si mesmo”.¹⁰⁹

Os doutrinadores esclarecem, ainda, que a instrumentalidade das formas assemelha-se à regra estabelecida pelo brocardo francês *pas de nullité sans grief*¹¹⁰, acolhida em nosso ordenamento processual no art. 244 do Código de Processo Civil, que dispõe: “Quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade”. Em igual sentido, dispõem os arts. 154 e 249 do CPC:

Art. 154. Os atos e termos processuais não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir, reputando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial.

Art. 249. O juiz, ao pronunciar a nulidade, declarará que atos são atingidos, ordenando as providências necessárias, a fim de que sejam repetidos, ou retificados.

§ 1º O ato não se repetirá nem se lhe suprirá a falta quando não prejudicar a parte.

§ 2º Quando puder decidir do mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato, ou suprir-lhe a falta.

Arruda Alvim afirma que um dos princípios informadores das nulidades dos atos processuais é o da instrumentalidade, que consiste no entendimento de que “as formas, no processo, são mero meios para se atingirem as finalidades”.¹¹¹

¹⁰⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 157/158.

¹⁰⁸ CINTRA, Antonio Carlos Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 79.

¹⁰⁹ *Idem, ibidem*, p. 366.

¹¹⁰ *Idem, ibidem*, p. 366.

¹¹¹ ALVIM, Arruda. Manual de direito processual civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 473.

Em estudo sobre as nulidades no Processo do Trabalho, Manoel Antonio Teixeira Filho elucida que apesar da lei prescrever determina forma para a validade do ato este será válido se praticado de forma diversa e atingir a mesma finalidade. Afirma com propriedade que

o princípio em estudo consagra, ainda que de maneira implícita, o reconhecimento de que as formas processuais não representam um fim em si mesmos, senão que um meio (= sentido instrumental) de atribuir legalidade extrínseca aos atos do procedimento.¹¹²

Pelas considerações doutrinárias expostas, constata-se que o princípio da instrumentalidade das formas, como um dos aspectos da finalidade meio do processo, é uma norma que orienta a interpretação e aplicação dos demais princípios e das regras em matéria de nulidade processual. Esse entendimento deixa claro que não se busca apenas um processo direcionado a uma maior efetividade e ao atendimento aos objetivos sociais, políticos e jurídicos, como defendido por Dinamarco, mas também dos atos processuais, considerados individualmente, no procedimento previsto em Lei.

Como destaca o autor, “o procedimento é o lado visível do processo, na experiência empírica”, sendo que “a sua adequação ao modelo procedimental em lei é, em última análise, a observância do contraditório”.¹¹³ Trata-se de uma ideia de “legitimação pelo procedimento”, em que o ato processual deve ser conforme a Lei, não porque está assim nela descrito, mas em decorrência da “necessidade de cumprir certas funções do processo e porque existem as funções a cumprir”.¹¹⁴ O doutrinador destaca, ainda, que

a observância empírica da ordem processual e das formas do procedimento, com prevalência da cláusula *due process of law* é reconhecidamente penhor de segurança para os contendores. Sem transformar as regras formas do processo “num sistema orgânico de

¹¹² TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. Curso de direito processual do trabalho. São Paulo: LTr, 2009, p. 574/575.

¹¹³ DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 163.

¹¹⁴ *Idem, ibidem*, p. 157.

armadilhas arditosamente preparadas pela parte mais astuciosa e estrategicamente dissimuladas no caminho do mais incauto”, mas também sem negar o valor que têm, o que se postula é, portanto, a colocação do processo em seu devido lugar de instrumento que não pretenda ir além de suas funções; “instrumento cheio de dignidade e autonomia científica, mas nada mais do que instrumento”. O processo bem estruturado na lei e conduzido racionalmente pelo juiz cômico dos objetivos preestabelecidos é o melhor penhor da segurança dos litigantes.¹¹⁵

Como se destacou em capítulo anterior, o devido processo legal, também conhecido como *due process of law*, é o princípio conformador do processo e a base que todas as demais normas processuais se sustentam. Dessa forma, a ideia de prejuízo processual a que se refere a legislação deve ser entendida, sob a ótica da instrumentalidade, como uma violação aos direitos e garantias, tanto de natureza substancial como processual, do jurisdicionado. Em semelhança à expressão de Nicolau Maquiavel de que “os fins justificam os meios”, o atendimento da finalidade dos atos processuais, e do próprio processo, legitima a forma com que ele foi praticado, desde que se observe, é claro, as demais normas processuais, tal como o devido processo legal.

Sobre a aplicação da instrumentalidade das formas, Sérgio Renato Batistella afirma que ele “tem como grande obstáculo à sua maior aplicação justamente o formalismo exacerbado”.¹¹⁶ A propósito, o autor diferencia a formalidade do formalismo, com as seguintes palavras:

Faz-se necessário diferenciar a formalidade do formalismo. Aquela advém da lei e é salutar para o bom andamento do processo; este último é oriundo da mentalidade do aplicador do direito, decorrente do culto exacerbado à formalidade, cujo conservadorismo, não raras vezes, encontra-se tão equivocada e expressivamente presente nas decisões do judiciário, como se estas fossem resolver o processo e atender os anseios da sociedade.¹¹⁷

¹¹⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 329.

¹¹⁶ BATISTELLA, Sérgio Renato. O princípio da instrumentalidade das formas e a informatização do processo judicial no Brasil. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/S%C3%A9rgio%20Batistella.pdf>>. Acesso em: 08 de março de 2013.

¹¹⁷ *Idem, ibidem.*

O articulista considera, ainda, que o formalismo, em matéria de procedimento eletrônico, é a “decretação da inviabilidade do processo”.¹¹⁸ Essa crítica tem sua razão de existir. A defesa de uma postura conservadora das formalidades legais no processo eletrônico, considerando a atual fase de implantação dos sistemas processuais, resultará inegavelmente em prejuízos ao jurisdicionado.

Não há dúvidas de que os sistemas processuais, principalmente o Processo Judicial Eletrônico, enfrentarão grandes desafios, não apenas de natureza jurídica, mas especialmente de ordem técnica. Diferente do processo físico em que existe uma grande liberdade para a prática de atos processuais, como bem retrata o ditado popular de que “o papel aceita tudo”, o procedimento virtual é predeterminado – daí decorre o princípio da formalidade automatizada – pelo seu gestor, de forma que eventuais falhas técnicas não podem ser corrigidas por uma simples petição endereçada ao Juízo, mas demanda a reformulação do *workflow* (fluxo de trabalho) ou até mesmo do programa (*software*) pelo corpo especializado.

Nessas hipóteses, o processo direcionado aos seus escopos, isto é, instrumental, não pode priorizar a forma em detrimento dos direitos e das garantias do jurisdicionado. O aplicador do direito, em especial o Julgador, deve ter interpretação razoável e, ciente das limitações do sistema, buscar a melhor resposta para o problema em suas mãos, ainda que tenha de fazer “manobras processuais” não previstas no fluxo predefinido. Conforme a ótica instrumental, a finalidade é o aspecto mais relevante do ato processual e o modo como é praticado passa a ser secundário.

O que se propõe com essas considerações, é uma nova interpretação da instrumentalidade, voltada especificamente para o processo eletrônico, mas, ao mesmo tempo, não tão distante de o arcabouço teórico construído em torno do processo físico tradicional. A propósito, o professor Sebastião Tavares de Oliveira sugere uma releitura da instrumentalidade no âmbito do processo eletrônico, como será melhor analisado no próximo item.

¹¹⁸ BATISTELLA, Sérgio Renato. O princípio da instrumentalidade das formas e a informatização do processo judicial no Brasil. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/S%C3%A9rgio%20Batistella.pdf>>. Acesso em: 08 de março de 2013.

3.3 PRINCÍPIO DA DUPLA INSTRUMENTALIDADE OU DA SUB-INSTRUMENTALIDADE PROCESSUAL DA TECNOLOGIA

Na esfera da instrumentalidade do sistema processual, o professor Sebastião Tavares de Oliveira propõe como princípio orientador do movimento da informatização judicial a “dupla instrumentalidade da tecnologia no processo eletrônico”¹¹⁹, assim definido por ele:

A tecnologia é instrumento a serviço do instrumento – o processo - e, portanto, sua incorporação deve ser feita resguardando-se os princípios do instrumento e os objetivos a serviço dos quais está posto o instrumento.¹²⁰

Para o jurista, a incorporação da tecnologia ao processo deve observar dois preceitos fundamentais para ser considerada válida. Em seu entendimento, apenas a análise cuidadosa de todas as circunstâncias envolvidas, tanto processuais como materiais, conduzirá “a uma mescla jurídico tecnológica que aqui e agora atenda aos objetivos do Direito”. Trata-se, portanto, de uma teoria voltada ao exame da “validade ou não da incorporação tecnológica ao processo”.¹²¹

Como a própria denominação do princípio sugere, o professor defende a existência de “duas instrumentalidades” a serem consideradas no processo eletrônico.

A primeira é a própria instrumentalidade do processo, sobretudo no aspecto negativo defendido por Dinamarco, através do princípio da instrumentalidade das formas. Além das considerações expostas em item específico, cumpre destacar a

¹¹⁹ OLIVEIRA, Sebastião Tavares. O processo eletrônico e o princípio da dupla instrumentalidade. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/11824/o-processo-eletronico-e-o-principio-da-dupla-instrumentalidade>>. Acesso em: 10 de março de 2013.

¹²⁰ *Idem, ibidem.*

¹²¹ *Idem, ibidem.*

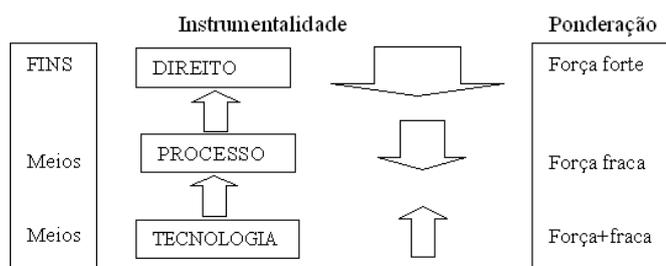
interpretação de Oliveira, para quem a instrumentalidade “exprime uma ideia de força-fraca das formas, que cede diante da força-forte dos objetivos do Direito”.¹²²

Sobre isso, o doutrinador expõe o seguinte:

O processo eletrônico, mesmo realizado por meio físico especial, tem a natureza jurídica de processo e qualifica-se como instrumento. À luz da teoria do processo o processo eletrônico é instrumental. Daí decorre a primeira das instrumentalidades mencionadas na ideia de dupla instrumentalidade a que se refere o princípio aqui proposto.¹²³

A segunda instrumentalidade considera “o processo eletrônico como um modo especial de fazer processo”, isto é, a interpretação e a aplicação do processo eletrônico, que possui como objetivo a otimização dos atos processuais, devem ser vistas sob a ótica de um “instrumento a serviço do instrumento (meio que serve ao meio)”.¹²⁴

Sebastião Tavares de Oliveira assim esquematiza e esclarece seu pensamento:



Daí que o processo eletrônico – no sentido de processo realizado com incorporação dos avanços da tecnologia da informação - é marcado por essa dupla caracterização instrumental ou de meio. No esquema acima, olhando-se de baixo para cima, tem-se que: (i) num primeiro passo, o instrumento tecnológico é incorporado para a otimização do sistema processual, que é a via pela qual a tecnologia, mediamente, é posta a serviço do Direito e (ii) num segundo passo, e imediatamente, o processo eletrônico, pela sua natureza processual, serve ao Direito, a serviço do qual está posto todo e qualquer modo de realização do processo. Em termos de

¹²² OLIVEIRA, Sebastião Tavares. O processo eletrônico e o princípio da dupla instrumentalidade. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/11824/o-processo-eletronico-e-o-principio-da-dupla-instrumentalidade>>. Acesso em: 10 de março de 2013.

¹²³ *Idem, ibidem.*

¹²⁴ *Idem, ibidem.*

força, a tecnologia situa-se num patamar de força mais fraca, devendo ceder às forças do sistema processual e do Direito.¹²⁵

Com a orientação fornecida pelo princípio da dupla instrumentalidade, o jurista anota que a sub-instrumentalidade da tecnologia a torna subordinada a dois níveis distintos de princípios, de forma que só poderão ser utilizados se eles não forem violados. Assim, em suas palavras, “o comando de otimização do princípio da dupla instrumentalidade estipula que a tecnologia deve ser incorporada ao processo respeitando-se os princípio do processo (devido processo tomado procedimentalmente) e os fins do Direito”.¹²⁶

A síntese dessa forma de pensar se traduz na ideia de que a utilização de novas tecnologias para a prática de atos processuais não podem violar os princípios de ordem processual e os direitos e as garantias fundamentais do jurisdicionado. Assim, Oliveira conclui sua tese no seguinte sentido:

O princípio da dupla instrumentalidade afirma que o processo eletrônico é duplamente instrumental porque processual e porque essencialmente tecnológico.

Todos os avanços técnicos nas áreas gerais de tratamento da informação, atuais ou futuros (geração, armazenamento e transmissão/comunicação), podem e devem chegar ao processo, mas sem ensejar violações aos seculares princípios do processo e aos objetivos para os quais foi estabelecido o mecanismo processual.

Pelo princípio da dupla instrumentalidade, portanto, a absorção da inovação tecnológica deve ser feita sem ferimento aos consagrados princípios do processo, ou seja, não pode importar a negação de tudo que se desenvolveu em termos de garantias processuais e, além disso, não pode, pelo aperfeiçoamento dos instrumentos processuais – o que teoricamente encontra guarida na principiologia processual – representar um avanço prejudicial aos direitos fundamentais das pessoas.

A luz do princípio da dupla-instrumentalidade deverá clarear o caminho das decisões atinentes aos litígios decorrentes da chegada das inovações da tecnologia da informação ao processo, para que se ponha a tecnologia a serviço do Direito e dos homens, e não o contrário.

¹²⁵ OLIVEIRA, Sebastião Tavares. O processo eletrônico e o princípio da dupla instrumentalidade. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/11824/o-processo-eletronico-e-o-principio-da-dupla-instrumentalidade>>. Acesso em: 10 de março de 2013.

¹²⁶ *Idem, ibidem.*

A partir das considerações de Sebastião Tavares Oliveira, observa-se que a utilização da tecnologia pelo Poder Judiciário, e, em consequência, da implementação do PJe e a prática de atos processuais por meio eletrônico, deve sempre observar os direitos e as garantias do jurisdicionado. Em um primeiro momento, as regras processuais, consubstanciadas, em grande parte, no princípio do devido processo legal. Em um segundo momento, os direitos fundamentais do cidadão, tal como o acesso à justiça, que, como afirma Dinamarco, “é a síntese de todos os princípios e garantias do processo, seja a nível constitucional ou infraconstitucional, seja em sede legislativa ou doutrinária e jurisprudencial”.¹²⁷

A dupla instrumentalidade do processo, em uma aplicação semelhante à exposta pelo seu idealizador, também orienta que o aplicador de direito pondere as circunstâncias fáticas e jurídicas que envolvem o Processo Judicial eletrônico, notadamente as limitações técnicas desse sistema processual e os princípios gerais do processo.

O Julgador, a quem incumbe o poder de direção do processo (art. 125 do CPC¹²⁸), deve levar em consideração que o processo é um instrumento a serviço de determinados objetivos, os escopos sociais, políticos e jurídico referidos por Dinamarco (instrumentalidade do processo). Por outro lado, as limitações da tecnologia não podem ser interpretadas em detrimento do jurisdicionado, de modo a garantir a efetivação do direito constitucional de acesso à justiça e do devido processo legal.

Em outras palavras, como pontuou Sérgio Renato Batistella, um formalismo excessivo por parte dos aplicadores do direito poderá inviabilizar o processo eletrônico como forma rápida e célere de proporcionar maior acesso à justiça aos cidadãos, transformando-se, no alerta de Cândido Rangel Dinamarco, em uma verdadeira armadilha aos mais desavisados, ou, ainda, aos tecnologicamente despreparados. Conforme alerta de Sebastião Teixeira Oliveira, deve-se “caminhar

¹²⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 375.

¹²⁸ Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, [...]

na direção da maior eficácia dos instrumentos de contenção do Estado, frente ao indivíduo, e não o inverso”.¹²⁹

A partir de uma análise mais profunda do tema, percebe-se que tecnologia e a sua incorporação ao processo são importantes instrumentos a serviço do Poder Judiciário para a efetivação da garantia constitucional da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII da CF), sobretudo em um mundo moderno marcado pela globalização e pela comunicação por meio da internet. No entanto, a busca pela celeridade processual por meio do processo eletrônico não pode desconsiderar os direitos e garantias de ordem processual e substancial, assegurando-se, sempre, o devido processo legal e os demais princípios que dele decorrem, como o contraditório e a ampla defesa.

¹²⁹ OLIVEIRA, Sebastião Tavares. O processo eletrônico e o princípio da dupla instrumentalidade. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/11824/o-processo-eletronico-e-o-principio-da-dupla-instrumentalidade>>. Acesso em: 10 de março de 2013.

4 CONCLUSÃO

A partir da exposição feita neste trabalho pode-se extrair algumas preciosas conclusões que podem auxiliar o aplicador de direito na aplicação e interpretação das normas jurídicas no novo paradigma do processo virtual.

A primeira é a de que a utilização da tecnologia pelo Poder Judiciário encontra-se em uma etapa inicial de implementação de sistemas virtuais, notadamente o Processo Judicial Eletrônico da Justiça do Trabalho – PJe-JT. Sob a perspectiva normativa, a regulamentação da matéria é reduzida, consubstanciada basicamente na Lei 11.419/2006, também conhecida como Lei da Informatização Judicial, e nas diversas normas de caráter regulamentar expedidas pelos Tribunais e órgãos administrativos do Poder Judiciário (CNJ e CSJT, na Justiça do Trabalho).

A segunda é a de que a ausência de uma regulamentação plena do processo eletrônico colocará frente a frente o aplicador do direito com aquilo que Dworkin denominou de *hard case*, em que as regras vigentes no ordenamento não serão suficientes para a solução do problema. Na esteira dos ensinamentos de Dworkin e Alexy, caberá ao intérprete fazer uma ponderação dos princípios jurídicos contrapostos, para então decidir aquele(s) que irá(ão) preponderar no caso concreto.

A terceira é a de que a virtualização dos autos não altera de forma significativa as conquistas doutrinárias e jurisprudenciais em matéria processual, sintetizada na fórmula do devido processo legal (*due process of law*), pilar fundamental do processo que conforma todas as demais normas processuais, tanto regras como princípios. Pode-se, assim, definir o processo eletrônico apenas como uma forma especial de fazer processo, sob a ótica de um instrumento a serviço do instrumento (processo), sempre em vistas à consecução dos escopos sociais, políticos e jurídicos.

Por último, conclui-se que nas possíveis colisões de princípios que vierem a ocorrer no âmbito do processo eletrônico o aplicador de direito deve ter em mente os princípios aplicáveis, tanto as normas gerais do processo como as específicas do

processo eletrônico. Nesse âmbito, a instrumentalidade das formas e a dupla instrumentalidade proposta por Sebastião Tavares Oliveira mostram-se dois relevantes princípios que podem auxiliar os juristas na aplicação e interpretação das normas jurídicas em busca da concretização dos objetivos do processo.

O processo eletrônico, como uma forma distinta de processo em busca da efetivação dos direitos constitucionais do acesso à Justiça e da razoável duração, não pode servir como um obstáculo ao jurisdicionado. Nesse momento de transição em que se encontra o processo digital, os aplicadores do direito não podem adotar uma posição demasiadamente formalista. Os problemas de ordem técnica serão diversos e deverão ser examinados com cautela, observando-se sempre os escopos do processo e os direitos e as garantias do jurisdicionado, tanto de ordem processual como substancial.

Em uma última análise, o sistema binário em que se baseiam a tecnologia e os meios eletrônicos desconsideram todas as demais circunstâncias fáticas e jurídicas que envolvem a virtualização dos autos. Portanto, a despeito das limitações dos sistemas processuais, os intérpretes do direito, notadamente o Juiz, são os principais responsáveis pela observância do devido processo legal e dos direitos e garantias do jurisdicionado, por meio da interpretação e aplicação das normas jurídicas, notadamente dos princípios processuais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Roberto. Teoria de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. Processo eletrônico e teoria geral do processo eletrônico: a informatização judicial no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

ALVIM, Arruda. Manual de direito processual civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

ATHENIENSE, Alexandre. Comentários à lei 11.419/06 e as práticas processuais por meio eletrônicos nos Tribunais Brasileiros. Curitiba: Juruá, 2010.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BATISTELLA, Sérgio Renato. O princípio da instrumentalidade das formas e a informatização do processo judicial no Brasil. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/S%C3%A9rgio%20Batistella.pdf>>.

BOTELHO NETO, Fernando. O processo eletrônico escrutinado. Disponível em: <<http://www.iabnacional.org.br/IMG/pdf/doc-992.pdf>>. Acesso em 26 de fevereiro de 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e teoria da constituição. Coimbra: Almedina, 2006.

CINTRA, Antonio Carlos Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

CLEMENTINO, Edilberto Barbosa. Processo judicial eletrônico. Curitiba: Juruá, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Harvard University Press, 1977.

GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

GUNTHER, Luiz Eduardo e GUNTHER, Noeli Gonçalves da Silva. O processo eletrônico e os direitos fundamentais. Ver. TRT – 9ª Região. Curitiba: Ano 35, n. 65. Jul/Dez 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocência Mártires e PAULO, Gustavo Gonet Branco. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2008.

NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na Constituição Federal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

OLIVEIRA, Sebastião Tavares. O processo eletrônico e o princípio da dupla instrumentalidade. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/11824/o-processo-eletronico-e-o-principio-da-dupla-instrumentalidade>>.

POPCORN, Faith; HANFT, Adam. O dicionário do futuro: as tendências e expressões que definirão nosso comportamento. Tradução de Maurette Brandt. Rio de Janeiro: Campus, 2002.

REINALDO FILHO, Demócrito. A informatização do processo judicial: da Lei do Fax à Lei nº 11.419/06: uma breve retrospectiva legislativa. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9399/a-informatizacao-do-processo-judicial>>.

ROHRMANN, Carlos Alberto. Comentários à lei do processo eletrônico. Disponível em: <<http://www.amlj.com.br/artigos/132--comentarios-a-lei-do-processo-eletronico>>.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. Curso de direito processual do trabalho. São Paulo: LTr, 2009.