

**A MAGISTRATURA
DO TRABALHO
EM TEMPOS DE
TRANSFORMAÇÃO
E RECONSTRUÇÃO
SOCIAL**



ESCOLA JUDICIAL

TRT - 15ª Região

2020

A MAGISTRATURA DO TRABALHO EM TEMPOS DE TRANSFORMAÇÃO E RECONSTRUÇÃO SOCIAL



ESCOLA JUDICIAL

Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região
Campinas
2020

Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região

PRESIDENTE

Desembargadora GISELA RODRIGUES MAGALHÃES DE ARAUJO E
MORAES

Des. ANA AMARYLIS VIVACQUA DE OLIVEIRA GULLA
Vice-Presidente Administrativo

Des. TEREZA APARECIDA ASTA GEMIGNANI
Vice-Presidente Judicial

Des. MANUEL SOARES FERREIRA CARRADITA
Corregedor Regional

Des. MARIA MADALENA DE OLIVEIRA
Vice-Corregedora Regional

Des. FRANCISCO ALBERTO DA MOTTA PEIXOTO GIORDANI
Ouvidor

Des. HELCIO DANTAS LOBO JUNIOR
Vice-Ouvidor

Escola Judicial da Justiça do Trabalho da 15ª Região

DIRETORA

Desembargadora MARIA INÊS CORRÊA DE CERQUEIRA CÉSAR TARGA

VICE-DIRETOR

Desembargador CARLOS ALBERTO BOSCO

CONSELHO CONSULTIVO

Desembargador RICARDO REGIS LARAIA
Representante dos Desembargadores do Tribunal

Juíza LAURA BITTENCOURT FERREIRA RODRIGUES
Representante dos Juízes Titulares de Vara do Trabalho

Juiz EDSON DA SILVA JUNIOR
Representante dos Juízes Substitutos

Servidora ADRIANA MARTORANO AMARAL CORSETTI
Representante dos Servidores (voz e assento)

Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 15ª Região (voz e assento)

Secretaria da Escola Judicial

Assessora: Lara de Paula Jorge

Seção de Formação:

Célia Regina Diniz de Almeida
Ana Paula Muranaka Saliba
Aline Praxedes Liporoni Valim
Elena Cristina Maschietto Pucinelli
Francisco Demoutiez Vasconcelos de Sousa
Isaías Clemente

Seção de Educação a Distância:

Ana Maria da Silva Oliveira
Maria Luciana Ferreira Leite Bacci
Patrícia Izumi da Silva
Sahori Barbosa Yamaki
João Henrique de Araujo Lavor

Seção de Apoio Administrativo:

Alessandro Quiñones Schumacher
Fernanda Babini
Diego Dotto de Moraes
Fabiana Pereira de Andrade
Jusleine Aparecida Serasi
Jussara Rodrigues Meira

Seção de Biblioteca:

Emmannuela Freitas de Caldas
Giovanna Azevedo de Lima Pires
Jonathas Vinicius Figueiredo Morais

Seção de Pesquisa e Publicações Jurídicas:

Denise Pereira Toniolo
Elizabeth de Oliveira Rei

Editoração e Diagramação - Seção de Pesquisa e Publicações Jurídicas

Denise Pereira Toniolo
Elizabeth de Oliveira Rei
Pedro Otavio Silva Pereira (Estagiário)

Escola Judicial do TRT da 15ª Região

Rua Barão de Jaguara, 901 - 5º andar - Centro
Campinas - SP - CEP 13015-927
Telefone: (19) 3731-1683
e-mail: escolajudicial@trt15.jus.br

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

ARTIGOS

NOVOS RUMOS PARA O PODER JUDICIÁRIO:
a desjudicialização da justiça.....8
NOGUEIRA, Eliana dos Santos Alves;
FELICIANO, Guilherme Guimarães

A REVISÃO DE ACORDO JUDICIAL EM VIRTUDE
DA PANDEMIA: a teoria da onerosidade excessiva e o
consequencialismo.....73
JANON, Renato da Fonseca

OS IMPACTOS DA PANDEMIA DE SARS-COV-2,
CAUSADORA DE COVID-19, NOS CONTRATOS
DE APRENDIZAGEM: reflexos da MP 927 e de sua
caducidade.....105
SCARABELLI, Camila Ceroni

ENUNCIADOS

DESDOBRAMENTOS PROCESSUAIS DAS AUDIÊNCIAS
TELEPRESENCIAIS.....142

TEORIA DA IMPREVISÃO / RESPONSABILIDADE CIVIL:
um mundo onde tudo mudou.....150

QUESTÕES IMINENTES NO DIREITO DO TRABALHO NO
CENÁRIO PANDÊMICO.....153

APRESENTAÇÃO

O atual cenário de Pandemia trouxe temáticas antes inexistentes ou que se tornaram prementes face às transformações da vida cotidiana nas esferas profissional, social e pessoal.

Sensível à nova realidade pela qual todos estão passando em 2020, o **Encontro Anual de Magistrados**, realizado no modelo *on-line*, nos dias 10 e 11 de setembro, contemplou discussões relacionadas à condução do processo diante das constantes mudanças legais e às novas modalidades de precarização do trabalho.

A partir deste recorte, as temáticas jurídicas abarcaram questões como as novas perspectivas para o trabalho do Juiz, os desdobramentos processuais das audiências telepresenciais surgidas com o advento da crise sanitária, a teoria da imprevisão e responsabilidade civil no novo contexto vivido, além das questões iminentes no Direito do Trabalho no cenário pandêmico.

Com a finalidade de instigar o protagonismo dos participantes, foram realizadas oficinas virtuais para discussões em grupos a respeito dos temas jurídicos acima referidos. O produto final dessas reflexões foi consolidado em enunciados e, na ocasião, os Magistrados participantes foram convidados a apresentar artigos científicos relacionados aos temas debatidos. Esta publicação consolida o trabalho desenvolvido e tem como proposta oferecer mais um recurso para subsidiar a construção de um pensamento crítico que possa propiciar novos olhares para o momento vivido pela humanidade.

Que a leitura resgate a experiência vivenciada no **Encontro Anual de Magistrados** e desperte um estado de permanente reflexão, diálogo e construção coletiva do conhecimento.



ARTIGOS



NOVOS RUMOS PARA O PODER JUDICIÁRIO: a desjudicialização da justiça

NOGUEIRA, Eliana dos Santos Alves*
FELICIANO, Guilherme Guimarães**

1 NOTAS INTRODUTÓRIAS

O direito processual, por seu caráter instrumental, possui como uma de suas principais características a adaptabilidade. Faz parte da gênese do direito processual, pensado como conjunto de procedimentos genericamente estabelecidos a fim de garantir a efetiva prestação jurisdicional, outorgar aos que se socorrem do Poder Judiciário determinadas balizas, dentro das quais seja possível encontrar a solução processual adequada a fim de que a prestação jurisdicional seja buscada e efetivamente concedida. Cabe ao Estado, enquanto órgão jurisdicional, garantir o pleno acesso à justiça, e tal apenas se realiza quando possam ser encontrados os caminhos procedimentais adequados.

O caráter instrumental do processo deve ser entendido sob dúplica perspectiva, ou seja: aquela do Estado a quem incumbe a prestação jurisdicional e aquela das partes que litigam em juízo, que devem encontrar, dentro das normas processuais, o caminho adequado

*Doutora em Direito do Trabalho pela Sapienza Università di Roma. Bacharel e Mestre em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas e Sociais (FCHS) da Unesp de Franca/SP e Professora Assistente em Direito Processual do Trabalho pela mesma Universidade. Especialização em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito de Franca. Juíza Titular da 2ª Vara do Trabalho de Franca/SP.

**Livre-Docente em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo. Doutor em Direito pela Universidade de Lisboa (Direito Processual) e pela Universidade de São Paulo (Direito Penal). Professor Associado II da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Juiz Titular da 1ª Vara do Trabalho de Taubaté/SP. Presidente da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho no biênio 2017-2019.

a percorrer a fim de atingir seu objetivo inicial, pelo lado do autor com o reconhecimento de seu pedido, bem como pelo lado do réu quando busca a rejeição da pretensão autoral.

E, nesse sentido, a própria palavra processo remete à ideia de sequência, atos entrelaçados entre si, em uma determinada ordem que caminham rumo a um ponto de chegada e visam atingir a determinado objetivo.

Délio Maranhão, citando Carnelutti, evidencia o fator humano no processo, no sentido de que o processo, para alcançar sua finalidade, serve-se de meios, e estes “dependem tanto da idoneidade do mecanismo como dos homens que o manejam” (SÜSSEKIND *et al.*, 1995, p. 1239). O mesmo autor, citando Couture, frisa que cabe ao direito criar um sistema de justiça que possa ser perfeito, mas que será aplicado por homens, e, em última instância, valerá o que esses homens valham.

Tal evidencia que o processo não constitui um meio em si mesmo, o que não lhe retira o caráter de ciência jurídica autônoma, em absoluto. A observação aqui lançada, ao contrário, visa reforçar a autonomia do direito processual. Autonomia essa que se revela e se reforça na possibilidade de adaptabilidade dos seus mecanismos a fim de atingir seu fim precípua, qual seja, o de garantir a prestação jurisdicional por parte do Estado, bem como de possibilitar às partes que encontrem os caminhos procedimentais adequados para a tutela dos seus direitos.

Nesse sentido, a regulação formal dos atos processuais consiste em mera descrição, conforme ensina Carnelutti, novamente citado por Délio Maranhão, ao indicar que a “regulação formal consiste em uma descrição, não de um ato realizado, mas de um ato a realizar-se. Trata-se de um modelo, não de um retrato” (SÜSSEKIND *et al.*, 1995, p. 1257).

O art. 277 do Código de Processo Civil reforça tal entendimento quando prevê que o ato processual será considerado válido mesmo que realizado de modo diverso daquele previsto na lei, desde que alcance sua finalidade. Do mesmo modo, o art. 794 da Consolidação das Leis do Trabalho disciplina que a nulidade apenas será pronunciada quando dos atos inquinados resultar manifesto prejuízo às partes litigantes. Atingindo o ato processual sua finalidade e não existindo prejuízo processual às partes, ainda que o ato tenha sido realizado em desacordo com a regulação formal do procedimento previsto na lei processual, o mesmo resta convalidado (princípio da convalidação dos atos processuais).

Partindo dessa perspectiva instrumental do processo, questiona-se a possibilidade de avançarmos na adoção de procedimentos que possibilitem às partes a realização de atos processuais fora do ambiente judiciário, ou seja, mediante a desjudicialização de procedimentos judiciais.

A análise de tal possibilidade parte de dois pressupostos legais. Em primeiro lugar, da garantia constitucional à duração razoável do processo, de acordo com o art. 5º, LXXVII, da Constituição Federal Brasileira, para a qual todos devem contribuir, precipuamente o próprio Poder Judiciário. Em segundo lugar, ao princípio geral de cooperação estampado no art. 6º do Código de Processo Civil, segundo o qual todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

A demora na prestação jurisdicional que ainda persiste no modelo atual, em que pesem as inúmeras políticas judiciárias adotadas a partir de 2004 pelo Conselho Nacional de Justiça e pelos órgãos judiciais de todas as instâncias que compõem o Poder Judiciário nacional, apenas pode ser vencida se forem encontradas saídas adequadas e eficazes para possibilitar que a marcha processual se dê de modo célere e efetiva.

A insuficiência de juízes em número adequado e a excessiva litigiosidade no modelo brasileiro contribuem para o agravamento do prazo médio de duração dos processos. Aguardar a realização de audiência de instrução para a colheita da prova oral, por vezes, significa esperar meses a fio.

É importante frisar que o Poder Judiciário brasileiro atua dentro de uma realidade única e especialíssima, que precisa ser levada em consideração. O extenso território nacional, a diversidade de sua população e de atividades produtivas desempenhadas em diferentes espaços no interior do país, o acesso diferencial à justiça em razão das diferentes classes sociais, o *deficit* de cidadania no tocante à maioria da população brasileira, as dificuldades de acesso à justiça pelo ainda incipiente modelo de defensoria pública (tanto estadual como federal, em razão da limitação do número de defensores, excesso de demanda e pela ausência de órgãos em número adequado em todo território nacional), bem como pela sistemática violação da legislação pelos diversos atores sociais (do público ao privado) apresentam uma realidade que não pode deixar de ser considerada.

Acresça-se ao panorama exposto que a redução do quadro de juízes e servidores nos diversos órgãos judiciários nos últimos anos, decorrentes da EC n. 95/2016, que limitou os gastos públicos por 20 anos, o que tem obrigado os órgãos judiciários a manter os cargos vagos a fim de garantir o pagamento de outras despesas obrigatórias, apenas serve para agravar a situação e corresponde a um problema adicional que, por ora, não encontra solução.

As perspectivas futuras não são alentadoras. A pandemia do vírus SARS-CoV-2, denominada como Covid-19, chegou a um Brasil já em crise, que vinha se agravando desde meados de 2015, da qual não havia conseguido se recuperar. Os indicadores econômicos em todos os setores apresentavam um quadro de difícil reversão, notadamente pela queda do PIB. Dados recentes apontam para o agravamento do desemprego, redução da renda média do trabalhador, encerramento definitivo de diversas empresas e dificuldade de recuperação econômica a curto prazo¹.

Tais fatores socioeconômicos impactam diretamente na atividade jurisdicional, ante o aumento do número de conflitos judicializados decorrentes do agravamento no descumprimento da legislação. É público e notório o aumento do ajuizamento de demandas decorrentes das diversas situações provocadas pela Covid-19, notadamente na seara trabalhista, seja em razão dos trabalhadores dispensados sem recebimento, sequer, de verbas rescisórias (o que já era uma tendência mencionada pelos relatórios do CNJ nos últimos anos, sendo este o tema “mais demandado”), bem como pela busca de proteção adequada contra o contágio pelos trabalhadores que permanecem em atividade, como entrega de Equipamentos de Proteção Individual e adoção de medidas não sanitárias por seus empregadores.

A esse ponto e partindo desse panorama geral, o que se busca é analisar a possibilidade de desjudicialização da prova oral, através dos negócios jurídicos processuais, que podem ser utilizados para pavimentar o caminho a ser utilizado para estabelecer os contornos de tal ato processual. Pretende-se analisar a possibilidade já existente em outros ordenamentos jurídicos, apenas pontuando a experiência

¹Ver dados divulgados pelo Ipea nas Cartas de Conjuntura disponíveis no *site*: <https://www.ipea.gov.br/coronavirus/publicacoes.html>. Acesso em: 4 ago. 2020.

estrangeira existente nos EUA, na França, na Itália e em Portugal, sem pretensão de esgotar o tema ou de realizar estudos de direito comparado. E, ao final, quais alternativas podem ser buscadas pelos atores processuais (juiz e partes), ainda sob o prisma da cooperação, para além dos atos procedimentalizados judicialmente, visando melhor instrumentalizar o processo judicial com o escopo de prestar jurisdição de modo adequado e completo.

O método utilizado para o desenvolvimento do presente estudo foi o hipotético-dedutivo, utilizando-se de pesquisa bibliográfica.

2 POSSIBILIDADES DE DESJUDICIALIZAÇÃO NO SISTEMA JURÍDICO-PROCESSUAL BRASILEIRO

O direito processual brasileiro já conta, há muitos anos, com iniciativas que visam a desjudicialização, seja dos conflitos, seja de procedimentos judiciais.

A Lei de Arbitragem n. 9.307, promulgada em 23 de setembro de 1996, representa um marco legislativo quanto à possibilidade de solução de conflitos de modo extrajudicial.

O direito brasileiro já contava com legislação anterior, contudo a lei atual representou um avanço pela nova disciplina jurídica atribuída ao instituto.

A legislação que já garantia maior autonomia na seara da resolução de conflitos foi recentemente alterada pela Lei n. 13.129/2015, ampliando os poderes concedidos aos árbitros. A título de exemplo, o art. 22-A prevê a possibilidade das partes socorrerem-se do Judiciário em busca de concessão de medidas cautelares e de urgência, mas autoriza o árbitro, após instituída a arbitragem, a manter, modificar ou revogar a medida cautelar ou de urgência concedida pelo Poder Judiciário, autorizando-se que, instituída a arbitragem, o próprio árbitro possa concedê-la (art. 22-B). Além disso, trouxe a previsão da carta arbitral, por meio da qual pode solicitar a prática ou o cumprimento de atos judiciais (art. 22-C), entendendo-se aqui aqueles já tratados na legislação anterior, referentes aos atos que demandem exercício do poder de polícia (a exemplo dos atos coercitivos que constavam do art. 21, § 4º, revogado pela recente alteração).

Com a Lei n. 9.514, de 20 de novembro de 1997, que dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário e institui a alienação fiduciária de coisa imóvel, a legislação específica passou a prever a possibilidade da atuação extrajudicial dos Cartórios de Registro de Imóveis na cobrança da dívida, citação e leilão de imóvel objeto de alienação fiduciária. A lei traz expressa disposição sobre a possibilidade de citação com hora certa e por edital do devedor, levada a efeito pelo Oficial do Cartório de Registro de Imóveis. O procedimento, extrajudicial, prevê a possibilidade da informação da mora pelo credor fiduciário diretamente ao Cartório de Registro de Imóveis, que intima o devedor para purgar a mora (art. 26, §§ 2º, 3º e 4º). Caso a mora não seja purgada, a propriedade consolida-se em nome do credor fiduciário (art. 26, § 7º), seguindo-se o leilão do bem (art. 27). Note-se que todos os atos serão realizados diretamente pelo Cartório de Registro de Imóveis, sem qualquer participação do Poder Judiciário.

Na esfera dos litígios trabalhistas, a Lei n. 9.958/2000 trouxe para a CLT a possibilidade de instituição das Comissões de Conciliação Prévia para a solução de controvérsias relativas às relações de trabalho, introduzindo na CLT os arts. 625-A a 625-H. Tais comissões, que podem ser constituídas por empresas e sindicatos, visam solucionar, de modo extrajudicial, qualquer demanda individual de natureza trabalhista. Em que pesem as inúmeras controvérsias judiciais que surgiram a respeito do modelo implantado, desde a obrigatoriedade de sua utilização até as fraudes que são facilmente encontradas em julgados nos mais diversos tribunais trabalhistas, a busca pela solução extrajudicial dos conflitos por meio delas merece destaque.

Outro exemplo encontra-se na Lei n. 10.931, de 2 de agosto de 2004, que passou a permitir a retificação extrajudicial do registro imobiliário, mediante requerimento da parte, quando se tratar de registro ou averbação omissa, imprecisa, ou não exprimir a verdade, desde que não haja oposição por qualquer prejudicado (art. 59, que alterou os arts. 212 e 213 da Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973).

Já a Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, que regulou a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, passou a prever a recuperação extrajudicial da pessoa jurídica financeiramente descreditada, nos termos dos arts. 161 e seguintes, plano que pode ser realizado diretamente pelo devedor e homologado judicialmente.

A Lei n. 11.441, de 4 de janeiro de 2007, dispõe sobre a possibilidade de realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual pela via administrativa, através de escritura pública, independentemente de homologação judicial, desde que haja expressa concordância de todos os envolvidos no ato jurídico.

A recente Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015, dispôs sobre a mediação entre particulares para a solução das controvérsias e sobre autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Trouxe a possibilidade da criação de Câmaras de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos pela Advocacia Pública no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Além disso, regulou a possibilidade da utilização da mediação extrajudicial em caráter pré-processual por parte dos tribunais, o que representa, em última instância, a possibilidade de prevenção do litígio, com atuação do Poder Judiciário em caráter preventivo e fora de suas atribuições jurisdicionais.

O Código de Processo Civil, em seu art. 495, § 2º, disciplina a hipoteca judiciária, prevendo que a decisão que condena o réu a prestação em dinheiro, de não fazer, ou de dar coisa em prestação pecuniária constitui título executivo da hipoteca judiciária. A novidade encontra-se na possibilidade de inscrição da hipoteca no registro de imóveis independentemente de decisão judicial, bastando a mera apresentação da decisão pelo interessado diretamente ao Cartório de Registro de Imóveis.

A recente Lei n. 13.606, de 9 de janeiro de 2018, abre importante diálogo com os princípios da efetividade e da eficiência, eis que traz a previsão de um modelo pelo qual a Fazenda Nacional pode localizar, previamente ao ajuizamento da execução fiscal, bens do devedor. Autoriza que, caso não sejam localizados bens do devedor, a Procuradoria da Fazenda Nacional fica dispensada de ajuizar a execução fiscal. A busca por patrimônio se faz diretamente pela Procuradoria, de modo extrajudicial, sem qualquer participação do Poder Judiciário.

O breve quadro trazido serve apenas para pontuar que o legislador brasileiro já apresenta nítida preocupação com a judicialização desnecessária de determinados atos processuais, autorizando-se sua realização de modo desjudicializado, devidamente procedimentalizado, e em algumas situações prevê o recurso a pessoas devidamente

especializadas, a exemplo do árbitro no procedimento de arbitragem, dos mediadores devidamente capacitados para a mediação, ou dos Cartórios de Registro de Imóveis ou Notariais.

O panorama traçado até aqui serve para ilustrar que a desjudicialização não é tema novo dentro da legislação brasileira.

3 DESJUDICIALIZAÇÃO DA PROVA ORAL: linhas gerais

As fontes de prova não se confundem com os meios de prova.

A fonte da prova corresponde a um elemento que existe independentemente do processo, fora dele e, via de regra, antes de sua existência (como o documento, a testemunha e o próprio ambiente de trabalho).

Já os meios de prova referem-se às técnicas processuais que a parte pode utilizar para ter acesso àquela fonte e, encontrando-a, extrair os fatos que sejam relevantes para a causa (análise da validade do documento e de sua licitude, oitiva da testemunha, estudo e perícia no ambiente de trabalho).

O CPC, em seu art. 332, prevê que todos os meios legais, bem como os considerados moralmente legítimos, são hábeis para provar a verdade dos fatos sobre os quais se funda a ação ou a defesa.

No direito processual brasileiro, assim, não vigora o princípio da taxatividade dos meios de prova, e, por isso, todos os que sejam considerados legais e moralmente legítimos podem ser utilizados.

Admitem-se os meios de prova típicos, disciplinados pelo processo civil e pelo processo do trabalho, bem como os meios de prova atípicos.

A prova oral (depoimentos pessoais e testemunhais), na sistemática processual brasileira, pauta-se pela colheita direta em juízo, através da oitiva dos depoimentos pessoais diretamente pelo juiz e pela parte contrária, bem como dos depoimentos testemunhais pelo juiz e pelas partes presentes em ato judicial solene, ou seja, a audiência. Os principais diplomas processuais vigentes (processo civil, processo do trabalho e processo penal), sem exceção, trazem previsão da colheita da prova apenas por meio de audiência a ser realizada em âmbito judicial.

As audiências, contudo, podem ser realizadas por meio presencial ou telepresencial, conforme já facultava a lei processual em situações específicas.

A possibilidade de tomada de depoimentos por videoconferência encontra-se prevista no art. 385, § 3º, do CPC, para o depoimento pessoal, e no art. 453, § 1º, do mesmo diploma legal, para a testemunha, quando residir fora da sede do juízo.

No processo penal admite-se a tomada de interrogatório de réu preso, de modo excepcional, também pelo sistema de videoconferência, à luz do disposto no art. 182, § 2º, do CPP, bem como, no mesmo dispositivo, permite-se a colheita do depoimento testemunhal, também nas situações excepcionais que especifica, pelo mesmo meio, conforme inciso III, e quando residir em outra comarca, na forma do art. 222, § 3º, do CPP.

Embora na CLT não exista dispositivo que discipline a possibilidade de tomada de depoimentos por videoconferência, tal não significa impedimento, uma vez que o CPC permanece sendo fonte subsidiária e supletiva da CLT, nos moldes do art. 769 da CLT e art. 15 do CPC, sempre à luz do art. 765 da CLT, que garante ao juiz ampla liberdade na condução do processo.

A novidade trazida pelo período da pandemia Covid-19 reside na determinação de realização das audiências por modo telepresencial, em razão da suspensão das atividades presenciais como estratégia adotada para a contenção da propagação da Covid-19, ressaltando-se sua não utilização apenas em virtude de dificuldades práticas ou técnicas, que podem ser indicadas pelas partes ou testemunhas (Resolução n. 314 do CNJ, art. 3º, § 2º).

O tema, que já merecia estudo detalhado em razão das críticas apontadas na abertura deste estudo, tornou-se urgente em razão do debate que se ampliou em torno das dificuldades para a realização das audiências telepresenciais em todo o Judiciário brasileiro, notadamente na Justiça do Trabalho.

Tais críticas vão desde as dificuldades estruturais, como a necessidade de que partes e testemunhas possuam e saibam manusear equipamentos eletrônicos e tenham acesso à internet, o uso de diferentes plataformas virtuais para a realização das videoconferências, a instabilidade das conexões de internet, até questões mais delicadas

como a lisura da prova e a possibilidade de sua contaminação a partir de condutas inadequadas por parte dos procuradores das partes.

No âmbito do Judiciário trabalhista a questão ganha ainda maior relevância em razão da centralidade da prova oral para a solução das lides que envolvem as relações de trabalho. Uma considerável parte das reclamações trabalhistas, individuais e coletivas, funda-se em fatos não representados por documentos. Os exemplos são inúmeros: contrato de trabalho firmado de modo verbal, sem qualquer lastro documental de sua existência; condições de trabalho inadequadas ou análogas à de escravidão, nas quais inclusive os próprios tomadores não se fazem descobrir por meios documentais; situações de assédio moral ou sexual, que se desenvolvem de modo sorrateiro e velado nos ambientes de trabalho; extensas jornadas sonegadas às anotações nos cartões de ponto formalmente mantidos pelos empregadores; exercício de funções em condições de equiparação salarial cuja prova depende do conhecimento cotidiano das tarefas e atribuições de paradigma e paragonado, normalmente apenas acompanhadas *in loco* pelos colegas de trabalho, dentre tantas outras situações.

Tais questões servem para ilustrar a necessidade de se repensar o modelo único de produção da prova oral, hoje calcado, na legislação processual brasileira, na prova colhida diretamente pelo juiz e em ambiente judicial.

E quando se fala em desjudicialização de atos processuais, a ideia central é a de possibilitar a criação de caminhos alternativos para a realização de procedimentos que visem otimizar a prestação jurisdicional, e externalização não significa empobrecimento, mas, ao contrário, agregar novas alternativas que possibilitem a prestação jurisdicional de modo dinâmico.

A partir do panorama já tratado na abertura deste estudo, é preciso pontuar que, mesmo antes da pandemia, a produção da prova oral, por meio exclusivamente judicial, já apresentava problemática específica, eis que as partes sempre dependeram da disponibilidade de pauta para inserção dos processos, o que resta agravado em razão do quadro deficitário de juízes e servidores nos quadros de todo o Judiciário nacional.

A disponibilidade de pauta resta vinculada a fatores que, na maior parte das vezes, escapa ao controle do Judiciário, já que dependem da demanda processual e da estrutura do órgão de primeiro grau,

inclusive quanto à disponibilidade de juízes e servidores em número razoável. Tais fatores podem revestir-se de motivação involuntária para a excessiva duração do processo, impossibilitando a razoável duração do processo e a celeridade de sua tramitação, conforme já apontado.

3.1 A possibilidade de desjudicialização da prova oral no direito estrangeiro: EUA, França, Itália e Portugal

A escolha dos países indicados deu-se em razão da possibilidade de utilização de meios extrajudiciais para a produção da prova oral, sendo eles diversos entre si, mas, ao final, perceber-se-á uma complementariedade que enriquecerá o estudo sobre o tema, e visa lançar luzes sobre a possível adequação do procedimento à realidade processual brasileira. Não são os únicos países que possuem instrumentos legais que possibilitam a procedimentalização extrajudicial para a colheita de depoimentos orais. Contudo, representam variedade que justifica o estudo dos modelos sugeridos.

3.1.1 A experiência dos Estados Unidos da América

O estudo da prova oral desjudicializada nos demais ordenamentos jurídico-processuais mencionados, invariavelmente, remete o pesquisador ao estudo do modelo utilizado pelos EUA, e por tal motivo parte-se dele para a compreensão dos demais.

Nos EUA utiliza-se um instrumento denominado *affidavit*, cuja palavra tem origem no vocábulo latino *fidare*, no caso conjugado na terceira pessoa do singular do pretérito perfeito do indicativo, formado pela junção das palavras *ad* (ao) + *fidare* (confiar). O vocábulo significa que alguém, mediante declaração escrita, declara que seu relato representa fielmente uma verdade².

No âmbito processual o instrumento corresponde a uma declaração juramentada, prestada voluntariamente, por escrito, perante o juiz, o tabelião ou outra autoridade competente, sob juramento ou compromisso. Por ela o declarante jura dizer a verdade, e tal declaração

²Etimologia retirada do dicionário disponível em: <https://www.etymonline.com/word/affidavit>. Acesso em: 3 ago. 2020.

pode ser utilizada como evidência em uma corte legal³. Na declaração o declarante também afirma que possui plenas condições e atende aos requisitos legais para prestar depoimento perante a corte, na qualidade de testemunha, caso seja chamado para prestar informações sobre os termos constantes do *affidavit*.

O *affidavit*, assim, corresponde a uma declaração voluntária feita sob juramento e por escrito acerca de um determinado fato, na presença de uma pessoa legalmente autorizada para receber tal declaração (em geral, um notário). O declarante deve apor sua assinatura perante a pessoa autorizada, a fim de que esta possa certificar a autenticidade da mesma. A autoridade legalmente habilitada a receber a declaração também deve firmá-la para atestar que foi feita em sua presença, sendo comum a afixação de um selo ou carimbo oficial aos *affidavits*.

No processo judicial estadunidense, os *affidavits* são utilizados para que uma pessoa (em geral, uma testemunha) possa dar sua declaração sobre fatos sem ser interrogada pela outra parte (ou seja, o declarante não estará submetido à *cross-examination* - interrogatório direto). Neste ponto, difere da *deposition*, pois ainda que ambas as declarações sejam colhidas fora do juízo, na *deposition* (espécie de depoimento) o declarante será submetido a interrogatório pela outra parte.

Em geral, prestam-se à finalidade de evitar que as testemunhas tenham de comparecer a juízo, por motivos tão diversos como a testemunha residir distante da sede do juízo, testemunha acometida de grave doença ou mesmo risco de vida a ela. Também utilizados a fim de reduzir o tempo de espera de solução dos processos judiciais, eis que antecipam o momento da colheita de declarações diretamente em juízo. A declaração documental por meio de um *affidavit* não é garantia de que a testemunha não será chamada a juízo para depor.

Os *affidavits* não são apenas instrumentos utilizados no processo, mas em todo e qualquer ramo do direito em que seja necessário fazer uma declaração sob juramento acerca de um fato. Por exemplo, pode-se citar o *poverty affidavit* (atestado de pobreza), no qual a pessoa declara ser pobre a fim de obter benefícios decorrentes de

³Tradução livre da definição encontrada no dicionário jurídico Collins. Disponível no site: <https://www.collinsdictionary.com/pt/dictionary/english/affidavit>. Acesso em: 4 ago. 2020.

sua situação, tais como auxílios públicos ou isenção de pagamento de custas processuais⁴.

Também são utilizados em outras situações, como, por exemplo: declarações de domicílio no contexto de um testamento ou para estabelecer o local em que a pessoa vivia no momento de sua morte, incluindo o endereço anterior e quanto tempo ali residiu; declarações de herança, utilizadas normalmente na falta de testamento, quando a declaração indica quem é o herdeiro, podendo ser utilizada nos cartórios estaduais para a transferência de bens imóveis, sendo possível, ainda, que familiares reconheçam quem é o herdeiro do falecido e, com isso, transferir os bens a este; declarações de casamento, que substituem a certidão de casamento para efeitos, por exemplo, de solicitar visto, contratar seguro ou determinadas transações financeiras⁵. Há uma tênue diferença entre as declarações que serão utilizadas em tribunais e aquelas utilizadas para efeitos particulares, embora ambas tenham a mesma força perante a lei, ou seja, de atestar, mediante juramento, um determinado fato.

Em algumas situações específicas as declarações juramentadas precisam atender a determinados requisitos legais, por isso existem formulários disponíveis a fim de que o preenchimento seja corretamente realizado e a declaração possua pleno valor jurídico. Alguns *sites* apresentam os modelos para cada tipo de *affidavit*⁶.

É importante ressaltar que em razão das particularidades do sistema processual vigente nos EUA, no qual as regras processuais podem ser definidas por cada Estado, não obstante a existência de um código federativo (*Federal Rules of Civil Procedure*⁷), que pode ser acolhido por cada um de seus 51 governos, não seria possível, no presente estudo, analisar detidamente cada um desses instrumentos legais. No entanto, em linhas gerais, a utilização do *affidavit* possui as mesmas definições e possibilidades gerais até aqui analisadas.

⁴Informações disponíveis em: <https://www.rocketlawyer.com/gb/en/quick-guides/affidavits#:~:text=An%20affidavit%20is%20a%20written,a%20certain%20statement%20in%20court.>

⁵Informações disponíveis em: <https://www.legalnature.com/guides/what-you-need-to-know-about-using-affidavits.>

⁶Exemplos de formulários legais, dentre eles alguns *affidavits*: <https://www.legalnature.com/legal-documents.>

⁷Disponível em: [https://www.federalrulesofcivilprocedure.org/.](https://www.federalrulesofcivilprocedure.org/)

Ao final, a respeito das penalidades impostas a quem presta falsa declaração por meio de declarações juramentadas, se ficar provado que a testemunha mentiu em sua declaração, poderá ser acusada de *perjury* (perjúrio - falso testemunho). O perjúrio é considerado um crime contra a justiça, que em regra traz a previsão de prisão de até cinco anos. No entanto, essa penalidade pode variar de acordo com o Estado onde o crime é cometido. A título de exemplo, observe-se a penalidade imposta no Estado da Califórnia em seu Código Penal⁸, prevendo que, caso uma declaração falsa sirva para condenar alguém à pena de morte, o declarante fica sujeito à pena de morte ou prisão perpétua, sem possibilidade de liberdade condicional⁹.

3.1.2 A experiência francesa

A fim de abreviar o curso do processo, o direito processual francês prevê a possibilidade de utilização da *attestation écrite*, que corresponde a uma declaração firmada pela testemunha que declara ter presenciado a existência de um fato, podendo confirmar sua veracidade. Referida declaração é apresentada pelas partes diretamente ao juiz.

Charles Dmytrus afirma que a utilização da *attestation* corresponde a um deslocamento da prova testemunhal para o eixo da lealdade processual, bem como aponta um maior poder do juiz, notadamente na aceitação de tais declarações no âmbito do direito cível e comercial¹⁰.

O Código de Processo Civil francês disciplina, em seu Título Sétimo, o tema da “Administração Judiciária da Prova”. No Capítulo Quarto, destinado às “declarações de terceiros”, trata especificamente

⁸Conforme California Penal Code Sections 118-131: PEN § 128: “Every person who, by willful perjury or subornation of perjury procures the conviction and execution of any innocent person, is punishable by death or life imprisonment without possibility of parole. The penalty shall be determined pursuant to Sections 190.3 and 190.4”. (FINDLAW, 2020).

⁹HOGAN, John C. Murder by perjury. **Fordham Law Review**, New York, NY, v. 30, issue 2, 1961. Disponível em: <https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol30/iss2/3/>.

¹⁰DMYTRUS, Charles. Actualité du droit de la preuve. **Village de la Justice**, Toulouse, 2014. Disponível em: <https://www.village-justice.com/articles/Actualite-Droit-Preuve,16504.html>.

das *déclarations des tiers* e das *attestations*, a partir do art. 199. Em tradução livre¹¹:

Art. 199. Sendo admitida a prova testemunhal, o juiz pode receber de terceiros declarações que visem esclarecer os fatos litigiosos, dos quais o declarante tenha conhecimento pessoal. Tais declarações devem ser realizadas por meio de *attestations* ou coletadas a partir de inquirição, podendo ser escritas ou verbais.

Art. 200. As *attestations* podem ser produzidas diretamente pelas partes ou por determinação judicial.

O juiz comunicará às partes aquelas que devem ser endereçadas diretamente a ele.

Art. 201. As *attestations* devem ser estabelecidas por pessoas que detenham as condições de serem ouvidas como testemunhas.

Art. 202. As *attestations* devem conter a relação dos fatos que foram presenciados por seu autor, ou que ele pessoalmente constatou.

Deve mencionar o nome, sobrenome, data e lugar de nascimento, residência e profissão do seu autor, e, caso exista, sua ligação de parentesco com as partes, de subordinação com quaisquer das partes, bem como relações de colaboração ou interesses em comum.

Deve indicar, ainda, que o documento é elaborado para servir em juízo e que o declarante tem plena ciência de que uma declaração falsa o expõe a sanções criminais. A declaração deve ser escrita, datada e assinada pela mão do autor. Ele deve anexar à declaração, em original ou fotocópia, qualquer documento oficial que comprove sua identidade e sua assinatura.

Art. 203. O juiz pode, sempre, determinar a oitiva do autor da declaração. (C.A., 2020).

As declarações de terceiros e as *attestations* trazidas pelo art. 199 e seguintes do Código de Processo Civil francês correspondem a um meio de prova pelo qual o fato se apresenta ao conhecimento

¹¹C.A. **Code de procédure civile annoté**. 111. éd. Paris: Dalloz, 2020. Annotations de jurisprudence et bibliographie par Laurent Dargent. Artigos traduzidos livremente pela coautora Eliana dos Santos Alves Nogueira.

do juízo, e, embora o legislador indique que apenas os que possam ser testemunhas firmem as declarações ou as *attestations*, elas não são depoimentos testemunhais típicos. São colocadas no mesmo plano da prova testemunhal apenas do ponto de vista formal. Estão colocadas no mesmo plano do depoimento testemunhal no que diz respeito à sua admissibilidade e regulação formal, mas, contudo, correspondem a um depoimento simplificado que, ao final, ganha relevância jurídica em razão da possibilidade de convencimento do juiz.

Em matéria de prova no âmbito do direito processual francês, considera-se testemunha uma pessoa física indicada por uma das partes do processo e que, devidamente identificada perante o juiz, declara a existência de um fato sobre o qual a mesma possui conhecimento pessoal¹². As declarações anônimas não podem ser utilizadas como único fundamento de decisões judiciais¹³.

A forma prescrita para a apresentação de tais *attestations* não é absoluta, já que a lei não traz cominação de nulidade caso a mesma não seja observada. Em tal sentido já existe decisão do Tribunal de Cassação Francês, por sua Primeira Seção Civil (decisão Cass. 1st. Civ., Juris-Data n. 2004-026138), em caso no qual havia discussão a respeito de declarações de testemunhas apresentadas por uma mulher em uma ação de divórcio, que anteriormente haviam sido excluídas única e exclusivamente por vício formal. O Tribunal de Cassação declarou que tais declarações constituem meios válidos de prova, não servindo a inobservância formal como motivo para sua inadmissão.

Sob o ponto de vista da utilização das *attestations* como meio de prova no processo do trabalho, a doutrina francesa aponta sua grande utilidade para a comprovação de fatos relacionados ao cotidiano laboral, sendo que um dos exemplos mais citados é o que envolve assédio moral ou sexual nesse ambiente. Tais declarações podem ser prestadas por terceiros que acompanharam os fatos desenrolados durante a relação contratual, podendo ser colhidas no momento por outros trabalhadores, clientes ou terceiros que presenciem os atos que

¹²BRAUDO, Serge; BAUMANN, Alexis. Définition de Témoin. **Dictionnaire juridique**, Paris, 2020. Disponível em: <https://www.dictionnaire-juridique.com/definition/temoin.php>. Acesso em: 29 jun. 2020.

¹³Vide Chambre sociale 4 juillet 2018, pourvoi n. 17-18241, BICC n. 893 du 15 décembre 2018 et Legifrance.

possam caracterizar a conduta¹⁴. Várias decisões judiciais francesas apontam para a utilização das *attestations* no reconhecimento de fatos que levam à caracterização do assédio moral¹⁵.

Além disso, a jurisprudência francesa aponta para o fato de que o ato de testemunhar corresponde a uma liberdade fundamental, e, por isso, do ponto de vista do direito do trabalho, as declarações de trabalhadores efetuadas em benefício de outro trabalhador para servir como meio de prova (inclusive para futuro processo judicial), não podem ser utilizadas como motivação de dispensa pelo empregador. Caso o trabalhador seja dispensado em razão do conteúdo de declaração firmada, a dispensa é declarada nula, considerado o ato como violador da liberdade de testemunhar. Apenas se a declaração for emanada por má-fé do declarante é que pode ser justificada a dispensa do trabalhador. Neste sentido, a decisão da Câmara Social da Corte de Cassação¹⁶ (29 de outubro de 2013, Recurso n. 12-22447, BICC n. 796 de 15 de fevereiro de 2014 e Legifrance).

As *attestations* apenas podem ter em seu bojo declarações as quais o declarante conheceu pessoalmente e diretamente. Além do preenchimento, o firmatário da *attestation* deve anexar à declaração o original ou a fotocópia de um documento oficial que contenha, inclusive, sua assinatura. As *attestations* podem ser preenchidas a partir de

¹⁴Vide a respeito: <https://www.dossierfamilial.com/actualites/harcèlement-sexuel-au-travail-les-attestations-de-plusieurs-victimes-suffisent-a-prouver-les-faits-348307>.

¹⁵Cita-se, por exemplo os seguintes julgados: CA Paris, 18e, A, 4 novembre 2008, n. 06/12144 (N. Lexbase: A2733EBT): “les attestations visant à démontrer un harcèlement moral doivent comporter le récit de comportements précis et datés de l’employeur susceptibles de caractériser un tel harcèlement”; Cass. soc., 22 mars 2011, n. 09-70.914, F-D (N. Lexbase: A7666HIR): “présume l’existence d’un harcèlement moral, la production par le salarié d’une attestation d’un membre du CHSCT expliquant qu’il l’avait rencontré à plusieurs reprises, et que celui-ci lui avait rapporté se faire humilier et harceler par sa responsable”; Cass. soc., 12 juin 2014, n. 13-13.951, F-D (N. Lexbase: A2303MRQ): “laissent présumer un harcèlement moral des attestations selon lesquelles le directeur ‘faisait régner un climat de peur, par un harcèlement incessant auprès du personnel: remarques déplacées sur la tenue, sur l’âge ou de simplement ne pas être à son poste de travail’; ‘se permettait de supprimer les RTT définis au départ et de les transformer en 1/2 heure de travail en moins une fois le matin et une fois le soir’; ou encore ‘vous ne pouvez pas vous imaginer le comportement [du directeur] envers les salariés, le nombre de démissions et départs anticipés à la retraite’”. (LEXBASE, 2020).

¹⁶Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000028147669/>. Acesso em: 26 jun. 2020.

formulários disponibilizados pelo serviço público francês com todos os dados necessários, nas quais o declarante deve fazer constar, escrita à mão, a seguinte frase: “*Est puni d’un an d’emprisonnement et de 15000 euros d’amende le fait d’établir une attestation ou un certificat faisant état de faits matériellement inexact*”¹⁷. Tal declaração corresponde a parte do conteúdo específico do art. 441-7 do Código Penal francês¹⁸.

A declaração falsa corresponde ao ato da parte que, mesmo conhecendo os fatos reais, elabora uma declaração que atesta a verdade de um fato materialmente impreciso.

É importante pontuar que as declarações prestadas por escrito correspondem a um meio de prova específico, utilizado nas situações nas quais seria aceitável a prova testemunhal, mas com esta não se confundem. E tal fato é importante porque as declarações falsas não podem ser punidas com base nas normas que reprimem o falso testemunho (que em matéria civil é punível com pena de reclusão de três anos e multa de 45.000 euros).

O signatário da declaração falsa, ou seja, aquele que “presta uma declaração ou um certificado que seja materialmente inexato, que falsifica uma declaração ou um certificado originariamente sincero; que faça uso de uma declaração ou de um certificado inexato ou falsificado”, pode ser preso por até 1 ano e sofrer multa de até 15.000 euros, na forma do art. 441-7 do Código Penal francês. De acordo com o mesmo dispositivo legal, no caso de um certificado ou declaração falsa ter causado danos financeiros a uma terceira pessoa ou à administração (no caso de fraude em benefícios sociais, por exemplo), o agressor pode ser condenado em até 3 anos de prisão e 45.000 euros de multa. Sanções adicionais também podem ser previstas, como pagamento de

¹⁷Modelo de formulário acessível no *site*: <https://www.service-public.fr/simulateur/calcul/11527>. Tradução livre: “É punível com um ano de prisão e multa de 15.000 euros o fato de firmar uma declaração ou um certificado fazendo nele constar fatos materialmente inexatos”.

¹⁸“Article 441-7. Indépendamment des cas prévus au présent chapitre, est puni d’un an d’emprisonnement et de 15 000 euros d’amende le fait: 1° D’établir une attestation ou un certificat faisant état de faits matériellement inexacts; 2° De falsifier une attestation ou un certificat originellement sincère; 3° De faire usage d’une attestation ou d’un certificat inexact ou falsifié. Les peines sont portées à trois ans d’emprisonnement et à 45 000 euros d’amende lorsque l’infraction est commise en vue de porter préjudice au Trésor public ou au patrimoine d’autrui”. (FRANCE, 2020).

danos, reembolso de valores cobrados após a emissão de uma declaração falsa, de acordo com o mesmo artigo legal.

3.1.3 A experiência italiana

O processo civil italiano introduziu a figura do depoimento testemunhal escrito pela Lei n. 69/2009, que introduziu o art. 257-bis ao Código de Processo Civil italiano. Abaixo o dispositivo, em tradução livre¹⁹:

Art. 257-bis. Testemunho escrito.

O juiz, mediante acordo das partes, levando em consideração a natureza da causa e quaisquer outras circunstâncias, poderá solicitar o testemunho escrito da testemunha, mesmo nos casos previstos no art. 203, devendo a mesma fornecer, por escrito e dentro do prazo estabelecido, as respostas para as perguntas sobre as quais deve ser interrogada.

O juiz, de acordo com o parágrafo anterior, determinará que a parte que requereu o depoimento elabore

¹⁹Artigo na redação original, *in verbis*: “Art. 257-bis (Testimonianza scritta) Il giudice, su accordo delle parti, tenuto conto della natura della causa e di ogni altra circostanza, può disporre di assumere la deposizione chiedendo al testimone, anche nelle ipotesi di cui all’articolo 203, di fornire, per iscritto e nel termine fissato, le risposte ai quesiti sui quali deve essere interrogato. Il giudice, con il provvedimento di cui al primo comma, dispone che la parte che ha richiesto l’assunzione predisponga il modello di testimonianza in conformità agli articoli ammessi e lo faccia notificare al testimone. Il testimone rende la deposizione compilando il modello di testimonianza in ogni sua parte, con risposta separata a ciascuno dei quesiti, e precisa quali sono quelli cui non è in grado di rispondere, indicandone la ragione. Il testimone sottoscrive la deposizione apponendo la propria firma autenticata su ciascuna delle facciate del foglio di testimonianza, che spedisce in busta chiusa con plico raccomandato o consegna alla cancelleria del giudice. Quando il testimone si avvale della facoltà d’astensione di cui all’articolo 249, ha l’obbligo di compilare il modello di testimonianza, indicando le complete generalità e i motivi di astensione. Quando il testimone non spedisce o non consegna le risposte scritte nel termine stabilito, il giudice può condannarlo alla pena pecuniaria di cui all’articolo 255, primo comma. Quando la testimonianza ha ad oggetto documenti di spesa già depositati dalle parti, essa può essere resa mediante dichiarazione sottoscritta dal testimone e trasmessa al difensore della parte nel cui interesse la prova è stata ammessa, senza il ricorso al modello di cui al secondo comma. Il giudice, esaminate le risposte o le dichiarazioni, può sempre disporre che il testimone sia chiamato a deporre davanti a lui o davanti al giudice delegato”. (ALTALEX, 2020).

o modelo de depoimento em conformidade com os questionamentos admitidos e notifique a testemunha. A testemunha deve preencher o formulário completamente, respondendo a cada uma das respostas formuladas, separadamente, especificando aquelas que não pode responder, indicando o motivo.

A testemunha deve assinar a declaração com firma do próprio punho autenticada em cada uma das folhas do testemunho, e enviá-la em envelope selado e registrado, ou entregá-la ao cartório judicial.

Quando a testemunha faz uso do direito de abstenção tratado no art. 249, tem a obrigação de preencher o formulário de testemunho, indicando os detalhes e motivos completos da abstenção.

Quando a testemunha não devolve o formulário ou não o entrega ao cartório no prazo estabelecido, pode a mesma ser condenada à pena pecuniária estabelecida no art. 255, § 1º.

Quando o testemunho se refere à comprovação de despesas cujos documentos já foram depositados em juízo pelas partes, autoriza-se que a declaração seja encaminhada ao advogado da parte em cujo favor a prova foi admitida, sem utilização do modelo mencionado no segundo parágrafo.

O juiz, após examinar as respostas ou as declarações, pode sempre determinar que a testemunha seja chamada a testemunhar em juízo.

Conforme se depreende do dispositivo legal, o testemunho escrito, uma vez admitido, deve ser apresentado em formulário próprio e específico, com subscrição autenticada por um tabelião ou por um servidor de um ofício judiciário. O modelo a ser preenchido deve ser acompanhado com as instruções de preenchimento, que devem ser entregues à testemunha pela parte que requereu o depoimento. O modelo preenchido deve ser devolvido diretamente ou enviado por correio à secretaria do juiz.

O *site* do Ministério da Justiça italiano mantém modelo de formulário para o depoimento testemunhal escrito, bem como as instruções para seu preenchimento²⁰. O modelo de formulário contém

²⁰Modelo disponível em: https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_3_7_10.page?tab=m.

todas as advertências legais (arts. 251 e 252 CPC e 200-202 CPC) e a testemunha deve dizer se conhece os fatos de modo direto ou indireto.

Segundo Sandulli e Socci (2010)²¹, a introdução do testemunho escrito, ainda que inserido no processo italiano com muitos limites, deve ser acolhida com satisfação, e se bem utilizado pelas partes e pelo juiz servirá para agilizar os processos, provocando menos aborrecimentos e a irritante espera - e viagens, com perda de jornadas de trabalho - a quem é chamado a prestar depoimento como testemunha. No mais, segundo a visão dos autores, em tempos de teletrabalho e da informática, a atividade judiciária não pode permanecer arcaica. O sistema judiciário - muito tradicionalista - demorará um tempo para compreender a força desse novo instituto e a gentileza que presta às testemunhas (que não deverão mais empreender viagens, perder tempo e esperar por longo período nos tribunais, apenas para mencionar coisas simples).

Prosseguem os autores detalhando o procedimento, segundo o qual o juiz, mediante requerimento das partes, e apenas se houver concordância entre elas, pode admitir o testemunho por escrito. Segundo os autores, seria preferível que com o consenso das partes o testemunho escrito fosse sempre admissível, para não deixar à subjetividade do juiz a faculdade de admiti-lo ou não, e, assim, restringir o uso da medida, já que possível a recusa generalizada por parte dos juízes, o que reduziria o papel inovativo da norma. Para eles o juiz deve levar em consideração a natureza da causa e quaisquer outras circunstâncias a ela relacionadas para analisar a possibilidade. Na visão dos autores, o testemunho escrito deveria ser adotado imediatamente, mas certamente, de início, será adotado apenas nas causas de menor relevo econômico e social, e nas hipóteses de circunstâncias testemunhais simples e de fácil gestão (respostas simples sobre poucos fatos).

O juiz, após a concordância das partes, e levando em consideração a natureza da causa e demais circunstâncias, pode aceitar o testemunho escrito, solicitando à testemunha que forneça por escrito, e dentro de prazo previamente fixado, as respostas aos quesitos sobre os quais deverá prestar seu depoimento escrito.

²¹SANDULLI, Piero; SOCCI, Angelo Matteo. **Il processo del lavoro: la disciplina processuale del lavoro privato, pubblico e previdenziale**. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2010, p. 317-319.

Apresentado o depoimento testemunhal escrito, o juiz deve examinar as respostas aos quesitos formulados ou a declaração de abstenção às respostas, podendo, em qualquer caso, intimar a testemunha a depor frente ao juízo. Tal garantia relaciona-se ao direito ao contraditório, que objetiva analisar mais detidamente as respostas das testemunhas visando o esclarecimento dos fatos. No entanto, devem as partes impugnar especificamente as circunstâncias narradas pela testemunha e solicitar, em razão de tais impugnações, a oitiva perante o juiz com fundamento no princípio do contraditório.

Caso a testemunha deixe de enviar ou apresentar em cartório judicial as respostas no prazo estabelecido pelo juiz, este pode condená-la a pena pecuniária não inferior a 100,00 euros e não superior a 1.000,00 euros (na forma do disposto nos arts. 255 e 257-bis, § 6º, do CPC italiano).

Sandulli e Socci (2010)²² também pontuam que o legislador foi muito tímido ao inserir no processo a figura do testemunho escrito, argumentando que deveria ter sido prevista a possibilidade dos advogados coletarem os testemunhos e os apresentarem ao juiz como prova, e apenas se existissem precisas e específicas impugnações da parte contrária é que o juiz deveria determinar o comparecimento pessoal da testemunha para esclarecer fatos, ouvindo-a diretamente. No mais, no processo penal, são admitidas “investigações defensivas”, inclusive a verbalização das declarações prestadas por escrito (declaradas autênticas por seus advogados), que podem ser solicitadas na fase de investigação e nos procedimentos especiais, e por isso causa espécie que, em matéria civil, confia-se menos nos advogados, a ponto de não autorizar nem mesmo a simples autenticação da assinatura do depoente no documento.

O crime de falso testemunho é previsto no Código Penal italiano, com previsão de pena de prisão de dois a seis anos, na forma do art. 372.

3.1.4 A experiência portuguesa

A experiência portuguesa evidencia duas possibilidades para desjudicialização da prova, trazidas pelo novo Código de Processo

²²SANDULLI, Piero; SOCCI, Angelo Matteo. **Il processo del lavoro**: la disciplina processuale del lavoro privato, pubblico e previdenziale. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2010, p. 317-319.

Civil português, aprovado pela Lei n. 41/2013, de 26.6.2013, que entrou em vigor em 1º.9.2013.

A primeira delas equivale à possibilidade de inquirição da testemunha através de acordo entre as partes e diretamente por elas, fora do ambiente judiciário. Possibilita que os advogados, no domicílio profissional de qualquer um deles, efetue a colheita do depoimento e apresente o depoimento, mediante documento devidamente assinado pelo depoente e pelos mandatários das partes. Em referido documento devem ser relatados os fatos que a testemunha assistiu ou presenciou, bem como as razões que lhe deram ciência de tais fatos.

A hipótese vem tratada no art. 517.º do Código de Processo Civil de Portugal, *in verbis*:

Art. 517.º (art. 638.º-A CPC 1961). Inquirição por acordo das partes

1 - Havendo acordo das partes, a testemunha pode ser inquirida pelos mandatários judiciais no domicílio profissional de um deles, devendo tal inquirição constar de uma ata, datada e assinada pelo depoente e pelos mandatários das partes, da qual conste a relação discriminada dos factos a que a testemunha assistiu ou que verificou pessoalmente e das razões de ciência invocadas, aplicando-se-lhe ainda o disposto nos n. 1, 2 e 4 do art. 519.º.

2 - A ata de inquirição de testemunha efetuada ao abrigo do disposto no número anterior pode ser apresentada até ao encerramento da discussão em 1.ª instância. (PORTUGAL, 2013).

A segunda hipótese refere-se à possibilidade do juiz determinar a colheita do depoimento testemunhal por instrumento escrito, desde que haja acordo entre as partes, nas hipóteses em que houver impossibilidade ou grave dificuldade que impossibilite o comparecimento da testemunha em juízo. Neste caso, o depoimento testemunhal deve ser prestado através de documento escrito, datado e assinado, com a discriminação dos fatos presenciados e das razões que lhe deram ciência dos fatos. Na hipótese temos o depoimento escrito apresentado diretamente pela testemunha, sem a participação dos mandatários das partes. *In verbis*, os dispositivos legais:

Art. 518.º (art. 639.º CPC 1961) - Depoimento apresentado por escrito

1 - Quando se verificar impossibilidade ou grave dificuldade de comparência no tribunal, pode o juiz autorizar, havendo acordo das partes, que o depoimento da testemunha seja prestado através de documento escrito, datado e assinado pelo seu autor, do qual conste relação discriminada dos factos a que assistiu ou que verificou pessoalmente e das razões de ciência invocadas.

2 - Incorre nas penas cominadas para o crime de falsidade de testemunho quem, pela forma constante do número anterior, prestar depoimento falso.

Art. 519.º (art. 639.º-A CPC 1961) - Requisitos de forma

1 - O escrito a que se refere o artigo anterior menciona todos os elementos de identificação do depoente, indica se existe alguma relação de parentesco, afinidade, amizade ou dependência com as partes, ou qualquer interesse na ação.

2 - Deve ainda o depoente declarar expressamente que o escrito se destina a ser apresentado em juízo e que está consciente de que a falsidade das declarações dele constantes o faz incorrer em responsabilidade criminal.

3 - A assinatura deve mostrar-se reconhecida notarialmente, quando não for possível a exibição do respetivo documento de identificação.

4 - Quando o entenda necessário, pode o juiz, oficiosamente ou a requerimento das partes, determinar, sendo ainda possível, a renovação do depoimento na sua presença, caso em que a testemunha é notificada pelo tribunal, ou a prestação de quaisquer esclarecimentos que se revelem necessários, por escrito a que se aplica o disposto nos números anteriores. (PORTUGAL, 2013).

Observa-se nítida diferença entre os dois procedimentos que, ao final, apresentam similitudes com os procedimentos estudados nos ordenamentos jurídico-processuais americano, francês e italiano.

O modelo processual civil português optou por dois caminhos.

No primeiro deles, previsto no art. 517.º do CPC português, há a possibilidade de desjudicialização pura e simples do depoimento testemunhal, que é colhido pelos advogados no domicílio profissional de um deles, mantendo-se, assim, o meio de prova tipicamente testemunhal. Tanto que o dispositivo legal menciona expressamente que aplica-se à testemunha cujo depoimento é prestado fora do ambiente judicial as mesmas penas do falso testemunho.

Na segunda hipótese, que é possível apenas quando a testemunha esteja impossibilitada de comparecer em juízo, admite-se por determinação judicial e mediante concordância das partes o envio de declaração ao juízo diretamente pela testemunha, podendo, neste caso, o juiz determinar a renovação do depoimento em sua presença. Observe-se que, no caso do art. 518.º, na forma do art. 519.º do CPC português, a pena aplicada pela falsidade da declaração não é a do falso testemunho, mas a de “falsidade de declaração”, punível de acordo com o Código Penal.

A interpretação desse novo sistema de prova testemunhal deve levar em consideração que o Novo CPC português trouxe o “princípio da cooperação”, em seu art. 7º, vinculando as partes, os juízes e os advogados, que devem assegurar a cooperação entre si para que se obtenha, “com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio”. Como decorrência desse princípio, o juiz poderá, a qualquer momento,

[...] ouvir as partes, seus representantes ou mandatários judiciais, convidando-os a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de facto ou de direito que se afigurem pertinentes e dando-se conhecimento à outra parte dos resultados da diligência. (PORTUGAL, 2013).

Além desse princípio, outros dois foram acrescentados ao sistema processual, a saber: o da “boa-fé processual”, segundo o qual, “As partes devem agir de boa-fé e observar os deveres de cooperação [...]”, em seu art. 8º; e o segundo é o “dever de recíproca correção”, estampado no art. 9º, que exige de todos os que atuam no processo o dever de se comportar corretamente entre si, sendo que, nas relações entre juiz e advogado, existirá um “especial dever de urbanidade” (PORTUGAL, 2013).

Percebe-se que a eficácia dos novos modelos está atrelada à cooperação e à boa-fé processual, notadamente das partes e dos mandatários que atuam judicialmente.

Ao final, o Código Penal de Portugal prevê, a título de pena para o falso testemunho, as seguintes medidas, conforme art. 360.º: se o falso testemunho foi prestado sem juramento, a pena é de 6 meses a 3 anos de prisão e multa não inferior a 60 (sessenta) dias; se o falso testemunho foi prestado mediante juramento, a pena é elevada a até 5 anos e multa de até 600 dias. Cada dia-multa pode ser fixado entre um mínimo de 1,00 euro a 500 euros, cabendo ao Tribunal a fixação do valor final.

3.2 Negócio jurídico processual e desjudicialização do processo

3.2.1 Negócio jurídico processual: primeiras aproximações. Algumas reflexões críticas

Por negócio jurídico processual, compreende-se “o ato voluntário, em cujo suporte fático confere-se ao sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais” (DIDIER JR., 2015, p. 376-377). Ou, nos termos do art. 190 do CPC/2015,

Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade. (BRASIL, 2015).

Há várias modalidades - e possibilidades - no horizonte dos negócios jurídicos processuais. A **calendarização vinculante** dos atos processuais é um dos seus exemplos mais candentes: as partes

podem praticamente **definir** uma cronologia ritual própria, sem que o Estado-juiz possa nela interferir, em tese e princípio (o que já revela os laivos de desjudicialização que arrancam do instituto). Assim, ainda nos termos do art. 191 do CPC,

Art. 191. De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso.

§ 1º O calendário vincula as partes e o juiz, e os prazos nele previstos somente serão modificados em casos excepcionais, devidamente justificados.

§ 2º Dispensa-se a intimação das partes para a prática de ato processual ou a realização de audiência cujas datas tiverem sido designadas no calendário. (BRASIL, 2015).

Mas a configuração vinculante de um calendário processual para a prática de atos dentro do feito - que, a despeito do que rezou a Instrução Normativa n. 39/2016, **tem aplicabilidade ao processo do trabalho**, a nosso sentir - não é, por óbvio, a única variante útil da categoria dos negócios jurídicos processuais, e tampouco é a mais relevante. Como exemplos positivados pelo CPC de 2015, vale ainda citar a renúncia expressa da parte a prazos estabelecidos exclusivamente em seu favor (art. 225) - o que já era praticado na Justiça do Trabalho antes mesmo da Lei n. 13.105/2015, especialmente nos ensejos de sentenças prolatadas em audiência, quanto aos prazos recíprocos de embargos declaratórios -, a suspensão convencional do processo (art. 313, II) - igualmente utilizada no processo laboral, notadamente nos casos de ações conexas não reunidas, décadas antes do CPC/2015 -, e a delimitação consensual das questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, assim como das questões de direito relevantes para a decisão do mérito na fase de saneamento (art. 357, § 2º).

Dissemos acima da Instrução Normativa n. 39/2016, que aparentemente retira, do arco de poderes do juiz do trabalho (CLT, art. 765), aquele de promover ou homologar a negociação processual. Vejamos com algum vagar. A IN n. 39/2016 foi aprovada pelo E. Pleno do Tribunal Superior do Trabalho, com base na Resolução n. 203, de 15.3.2016. Dita o seu art. 2º, II, que,

[...] sem prejuízo de outros, não se aplicam ao Processo do Trabalho, em razão de inexistência de omissão ou por incompatibilidade, os seguintes preceitos do Código de Processo Civil: [...] II - art. 190 e parágrafo único (negociação processual). (BRASIL, 2016).

É certo, porém, que resoluções dos tribunais não podem legislar sobre direito processual, à vista do próprio art. 22, I, da Constituição da República. E, nesses termos, **a única interpretação viável para o art. 2º, II, da IN n. 39/2016 é a de que se veda, ao juiz do trabalho, a promoção ou a homologação de quaisquer negócios jurídicos processuais que, por sua natureza, interfiram com a dimensão tuitiva do processo do trabalho** (assim, *e. g.*, a questão da competência territorial, *ut* CLT, art. 651, ou ainda a questão da impossibilidade de cláusulas ou compromissos arbitrais acerca de direitos trabalhistas indisponíveis, *ut* Lei n. 9.307/1996, art. 1º, *caput, in fine*). Outro entendimento deporia contra a própria tradição do processo do trabalho, que há décadas convive com típicos negócios jurídicos processuais (“*lato*” e “*stricto sensu*”), a exemplo das renúncias recíprocas a prazos recursais, das suspensões consensuais dos trâmites processuais, das ampliações recíprocas de prazos ou das próprias transações judiciais (que, segundo a melhor doutrina, também configuram hipótese de negócio jurídico processual “*lato sensu*”), notadamente agora, à vista da novel ação de homologação de acordos extrajudiciais²³. E assim há de ser, até mesmo porque, à vista da **atipicidade** ínsita ao art. 190 do CPC, a IN n. 39/2016 não teria sequer como **antecipar**, em abstrato, todas as possibilidades jurídicas da negociação processual.

Com efeito, a melhor doutrina entende que o precitado art. 190 detém:

[...] uma cláusula geral, da qual se extrai o subprincípio da atipicidade da negociação processual. Subprincípio, porque serve à concretização do princípio de

²³Nesse derradeiro sentido, *cfr.*, por todos, QUILLES, Breitner; LIMA, Diego. A homologação de acordo extrajudicial como negócio jurídico processual. Migalhas de Peso. **Migalhas**, Ribeirão Preto, 19 dez. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/317224/a-homologacao-de-acordo-extrajudicial-como-negocio-juridico-processual>. Acesso em: 20 set. 2020.

respeito ao autorregramento da vontade no processo. O negócio processual atípico tem por objeto as situações jurídicas processuais - ônus, faculdade, deveres e poderes ('poderes', neste caso, significa qualquer situação jurídica ativa, o que inclui direitos subjetivos, direitos potestativos e poderes propriamente ditos). (DIDIER JR., 2015, p. 443-ss.).

No mesmo sentido caminha Wambier, para quem o referido preceito contém uma **cláusula geral de negociação processual**, que inclusive admite a criação de “procedimentos especialíssimos”, estribados em técnicas já utilizadas na seara arbitral, ao lado dos próprios procedimentos comuns e dos procedimentos especiais do CPC 2015²⁴.

Por outro lado, é certo que, nos termos dos arts. 139, VI, e 190, parágrafo único, do CPC, é poder-dever do magistrado - e, portanto, do juiz do trabalho - **controlar a validade das convenções processuais** por meio de decisão adequadamente fundamentada (art. 489, § 1º), negando curso àqueles negócios jurídicos processuais que estejam eivados de nulidade, àqueles que persigam a vinculação abusiva da(s) parte(s) a cláusulas de adesão, ou - de extremo interesse para o processo laboral - àqueles que representem prejuízo para a parte que se encontre em situação de vulnerabilidade.

Para mais, interessa examinar, ainda que perfunctoriamente, o conteúdo dos **enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis**, aprovados entre 5 e 7 de dezembro de 2014 (Belo Horizonte/MG), para uma melhor inteligência do que se pode engendrar, no processo do trabalho, a partir do instituto da negociação processual. Reproduzam-se, em particular, os verbetes de número 6, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 235, 254, 255, 256 e 257, todos relevantes para a matéria. *In verbis*:

Enunciado 6. O negócio jurídico processual não pode afastar os deveres inerentes à boa-fé e à cooperação.

²⁴WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* (Coord.). **Primeiros comentários ao novo código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 352-ss. A expressão foi ademais utilizada em palestra proferida por ocasião do 2º Encontro de Processualistas sobre o Novo Código de Processo Civil (IDC).

Enunciado 16. (art. 190, parágrafo único) O controle dos requisitos objetivos e subjetivos de validade da convenção de procedimento deve ser conjugado com a regra segundo a qual não há invalidade do ato sem prejuízo.

Enunciado 17. As partes podem, no negócio processual, estabelecer outros deveres e sanções para o caso do descumprimento da convenção.

Enunciado 18. (art. 190, parágrafo único) Há indício de vulnerabilidade quando a parte celebra acordo de procedimento sem assistência técnico-jurídica.

Enunciado 19. São admissíveis os seguintes negócios processuais, dentre outros: pacto de impenhorabilidade, acordo de ampliação de prazos das partes de qualquer natureza, acordo de rateio de despesas processuais, dispensa consensual de assistente técnico, acordo para retirar o efeito suspensivo da apelação, acordo para não promover execução provisória.

Enunciado 20. Não são admissíveis os seguintes negócios bilaterais, dentre outros: acordo para modificação da competência absoluta, acordo para supressão da 1ª instância.

Enunciado 21. São admissíveis os seguintes negócios, dentre outros: acordo para realização de sustentação oral, acordo para ampliação do tempo de sustentação oral, julgamento antecipado da lide convencional, convenção sobre prova, redução de prazos processuais.

Enunciado 235. (art. 190; Resolução n. 118/CNMP) O Ministério Público pode celebrar negócio processual quando atua como parte. [*Vide*, a propósito, a Resolução CNPM n. 118²⁵].

²⁵Disponível em: http://www.cnpm.mp.br/portal/images/Normas/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o_n%C2%BA_118_autocomposi%C3%A7%C3%A3o.pdf. Acesso em: 20 set. 2020.

Enunciado 254. (art. 190) É inválida a convenção para excluir a intervenção do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica.

Enunciado 255. (art. 190) É admissível a celebração de convenção processual coletiva.

Enunciado 256. (art. 190) A Fazenda Pública pode celebrar negócio jurídico processual.

Enunciado 257. (art. 190) O art. 190 autoriza que as partes tanto estipulem mudanças do procedimento quanto convençionem sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais.

Já ao tempo do **Encontro de Processualistas Civis de 2015**, com a publicação da “Carta de Vitória”, alguns enunciados tiveram a sua *ratio* ampliada:

Enunciado 19. (art. 190) São admissíveis os seguintes negócios processuais, dentre outros: pacto de impenhorabilidade; acordo de ampliação de prazos das partes de qualquer natureza; acordo de rateio de despesas processuais; dispensa consensual de assistente técnico; acordo para retirar o efeito suspensivo de recurso; acordo para não promover execução provisória; pacto de mediação ou conciliação extrajudicial prévia obrigatória, inclusive com a correlata previsão de exclusão da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de exclusão contratual da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de disponibilização prévia de documentação (pacto de *disclosure*), inclusive com estipulação de sanção negocial, sem prejuízo de medidas coercitivas, mandamentais, sub-rogatórias ou indutivas; previsão de meios alternativos de comunicação das partes entre si.

Enunciado 20. (art. 190) Não são admissíveis os seguintes negócios bilaterais, dentre outros: acordo para modificação da competência absoluta, acordo para supressão da primeira instância.

Enunciado 21. (art. 190) São admissíveis os seguintes negócios, dentre outros: acordo para realização de sustentação oral, acordo para ampliação do tempo de sustentação oral, julgamento antecipado do mérito convencional, convenção sobre prova, redução de prazos processuais.

Por fim, entre 25 e 27 de abril de 2014, em novo encontro, desta feita no Rio de Janeiro, exsurgiram novos enunciados sobre o tema, igualmente relevantes:

Enunciado 116. (arts. 190, 109 e 110) O negócio jurídico celebrado nos termos do art. 190 obriga herdeiros e sucessores.

Enunciado 132. (art. 190) Além dos defeitos processuais, os vícios da vontade e os vícios sociais podem dar ensejo à invalidação dos negócios jurídicos atípicos do art. 190.

Enunciado 135. (art. 190) A indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual.

Em nosso entendimento, quase todos esses verbetes servem bem ao processo do trabalho. Cabe **ressalvar**, porém, a inteligência desse derradeiro preceito (Enunciado n. 135), de perigosa amplitude, especialmente no âmbito do Direito do Trabalho. E cabe ressaltar, ademais, quanto a algumas modalidades negociais, os Enunciados de n. 19 e 21, à vista das limitações já sinalizadas acima: na Justiça do Trabalho não se admitirá, por exemplo, negócio jurídico processual que reduza prazos recursais do hipossuficiente econômico, ou ainda os preditos “pactos de mediação ou conciliação extrajudicial prévia obrigatória”, ou tampouco o que torne impenhoráveis bens não cobertos pelo art. 833 do CPC (restringindo incontrolavelmente a possibilidade de satisfação de créditos alimentares em sede executiva).

Merece uma derradeira menção, enfim, o teor dos Enunciados n. 16 e 132, relativamente à validade dos negócios jurídicos processuais *a parte subjecti* (i. e., quanto aos **requisitos subjetivos**) e à respectiva anulabilidade em razão de **vícios de vontade e sociais** (erro,

dolo, coação, estado de perigo, lesão, simulação, fraude - CC, arts. 166 a 184), notadamente à vista dos arts. 794 e 795 da CLT.

Principie-se por dizer que a percepção secular do juiz como *la bouche de la loi* tem sido especialmente atraente para o magistrado que não está confortável com suas próprias convicções morais, políticas ou ideológicas. Em tais casos, a toga serve de anteparo isolador, que permite à pessoa concreta esgueirar-se de qualquer responsabilidade “moral” pela sua decisão: afinal, não se trata da “sua” vontade, mas da vontade objetiva do Estado ou da lei. Essa, porém, é uma premissa perfeitamente falsa. Voltando àquela dicotomia primacial entre **justiça material** e **segurança jurídica**, deve-se compreender que as garantias de uma **jurisdição justa** não estão atreladas apenas à impessoalidade ou à neutralidade político-ideológica do juiz, mas também à sua sensibilidade pessoal - que Kaufmann designara como “**sentimento de direito**”²⁶ - e à sua capacidade criativa para extrair do sistema a solução que lhe parecer mais justa. Da mesma forma, a **segurança jurídica** não se obtém com a automatização dos juízos, mas com o reconhecimento dogmático dos **limites** do sistema, a serem esclarecidos e estabilizados de modo racional e discursivo, sem prejuízo da mobilidade e da abertura sistêmicas. A função objetivante da **norma jurídica** - que,

²⁶Como demonstramos em obra específica, a expressão original, *Rechtsgefühl*, é também utilizada por diversos outros autores de língua alemã, como Lampe (v. LAMPE, Ernst-Joachim (Hrsg.). **Das sogennante Rechtsgefühl**: Jahrbuhr für Rechtssoziologie und Rechtstheorie. Opladen: Westdeutscher, 1985, *passim*), Rümelin (RÜMELIN, Gustav. Über das Rechtsgefühl. **Kanzlerreden**: Kanzler der Universität Tübingen 1870-1889. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1907, *passim*), Bihler (BIHLER, Michael. **Rechtsgefühl, System und Wertung**: Ein Betrag zur Psychologie der Rechtsgewinnung. München: Beck, 1979, *passim*) e Obermayer (OBERMAYER, Klaus. Über das Rechtsgefühl. **Juristenzeitung**, Tübingen: Mohr Siebeck, n. 41, 1986, p. 1-4). Na tradução portuguesa, António Ulisses Cortez preferiu a locução “sentimento **do** direito” ou, subsidiariamente, “sentimento jurídico” (cfr. KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do direito**. Tradução de António Ulisses Cortês. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004, p. 95 e nota n. 26). Preferimos, porém, traduzi-la como “sentimento **de** direito”, prevenindo-se maniqueísmos (“o” direito inspira um sentido de certeza, sugerindo incorreção para todas as demais soluções; já a não articulação, no que indefine, permite reconhecer legitimidade a variegados “sentimentos **de** direito”, que tendem a variar entre julgadores diversos). E, para mais, acompanha-se a estrutura comum de outras locuções similares na língua portuguesa (assim, *e. g.*, não se fala em “senso da justiça”, mas em “senso de justiça”; nem tampouco em “juízo da verossimilhança”, mas em “juízo de verossimilhança”).

por definição, é **geral** e **abstrata** - participa desse processo de reconhecimento, à mercê da própria separação harmônica dos poderes da República (art. 2º da CRFB); mas está longe de exauri-lo. Nessa soleira, o magistrado **pode** - e **deve** - expressar-se como ser sociopolítico, sem renunciar às suas convicções pessoais e a todo o rico substrato cultural que configurou sua visão de mundo. Afinal, o seu “**sentimento de direito**” (*Rechtsgefühl*) - mais além de quaisquer juízos lógicos de sub-sunção - não pode provir de outra fonte, que não a sua própria visão de mundo. Nas palavras de Kaufmann,

Este modelo do juiz perfeitamente neutral e imparcial, completamente objectivo e impessoal está pura e simplesmente fora da realidade. Tem de se perguntar se este altamente estilizado juiz não terá, por uma vez que seja, um sentimento do direito. [...] Ora, o facto de as pessoas terem normalmente um sentimento do direito é seguramente algo de muito positivo. Mas o juiz não deve ter nenhum, pelo menos, este não deve intervir na determinação da decisão. Já se fala da ‘despedida’ do sentimento do direito. A suceder, ela seria pouco feliz. Na verdade, dificilmente se poderia falar, mesmo num uso generoso da palavra ‘racional’, de uma ‘racionalidade do sentimento jurídico’. Mas quem disse então que no processo de determinação do direito não deve influir nada de meta-racional, que ele ocorre apenas de forma reflectida e se presta contas disso? Winfried Hassemer encontrou para isso uma expressão acertada: temos que, diz ele, **ponderar racionalmente o irracional**’. (KAUFMANN, 2004, p. 95) (g. n.).²⁷

Essas são reflexões da maior relevância, sobretudo para que o juiz do trabalho - à vista da peculiaridade das pretensões materiais que lhe são submetidas - não se sinta constrangido a admitir e homologar quaisquer negócios jurídicos processuais (como, *e. g.*, quaisquer transações propostas, judicial ou extrajudicialmente), a pretexto de ser “neutro” e não “tomar partido” dessa ou daquela parte. E tal

²⁷A expressão de Hassemer é extraída de HASSEMER, Winfried. **Theorie und Soziologie des Verbrechens**. Frankfurt am Main: Athenäum, 1973, p. 244.

lógica se aplica igualmente à análise de todo e qualquer **ato processual postulativo** (i. e., para todo e qualquer ato processual destinado a provocar uma decisão do Estado-juiz, “através do exercício de influência psicológica sobre o juiz” (SILVA, 2003a, p. 44)), com desdobramentos jurídicos dos mais relevantes.

Com efeito, a percepção dessa realidade conduziu a toda uma série de desenvolvimentos sugeridos por Paula Costa e Silva (2003a, p. 33) para a interpretação dos atos postulatórios em juízo, afastando, nessa parte, a tendência de autonomização do processo relativamente ao direito material (a ponto de Rosenberg **negar**, outrora, a possibilidade mesma de um “negócio jurídico processual”, ante a irrelevância da vontade para o processo judicial²⁸). Termina por concluir que “o acto processual da parte está submetido ao regime de interpretação do acto jurídico unilateral, negocial e formal, não havendo que construir qualquer regime especial de interpretação para aquele tipo de acto”; logo,

A haver uma irrelevância de uma intenção [= volição], esta depende estritamente da natureza formal do acto e não de uma integração desse acto no processo. Pelo menos no que respeita à interpretação, a vontade inerente à prática e conformação de um acto releva em processo nos exactos termos em que releva um acto que seja praticado fora dele. (SILVA, 2003a, p. 450-451).

Ora, a ser assim - e se “a vontade do autor do acto releva quando se procede à determinação do sentido da declaração processual postulativa” (SILVA, 2003a, p. 648) -, como não convir que, na **resposta** à provocação postulatória, o juiz - embora investido em poderes públicos, sob o pálio da toga (assim como, ao cabo das contas, também o advogado postula investido em poderes privados, sob o pálio da beca) - também exara um **ato de vontade**? Como se responde, lógica e psicologicamente, a uma instância volitiva, senão com outra, no mesmo ou em diverso sentido?

²⁸ROSENBERG, Leo. **Die Stellvertretung im Prozeß**: Auf der Grundlage und unter eingehender vergleichender Darstellung der Stellvertretungslehre des bürgerlichen Rechts, nebst einer Geschichte der prozessualischen Stellvertretung. Berlin: Franz Vahlen, 1908, p. 57.

Em sede de ciências sociais (e em especial na Ciência do Direito), **se se requestam métodos, é mister perquirir fins**. Longe desse padrão, raramente se obtém justiça material, mesmo na perspectiva do **sistema processual** - que, por isso mesmo, deve ser examinado em **perspectiva dúplice**, “a partir de seus ângulos externos (seus escopos), sem prejuízo da introspecção do sistema” (DINAMARCO, 1994, p. 380)²⁹. Daí que, compreendendo com integridade - e sem romantizações - as dimensões **objetiva** e **subjéctiva** dos atos processuais, é curial atribuir ao juiz o poder-dever de **anular** - se não **afastar ex officio** (CLT, art. 9º) - a validade e/ou a eficácia de quaisquer negócios jurídicos processuais que, a pretexto de “desjudicializar” o processo do trabalho (ou não), tragam consigo, em **ato** ou **potência**, a vulneração de direitos humanos fundamentais (inclusive os sociais) que detenham, estrutural ou circunstancialmente, natureza **alimentar, indisponível e irrenunciável**.

Dito isto, analisemos um dos ensejos mais frequentes, nos dias atuais, de desjudicialização pela via da negociação processual: o **dimensionamento consensual das provas orais**.

3.2.2 A possibilidade de desjudicialização da prova oral mediante negócio jurídico processual dentro do atual sistema processual brasileiro: o estado da arte

A fim de minimizar os efeitos da pandemia Covid-19, bem como traçar estratégias de redução de sua propagação, inúmeros atos legislativos foram promulgados, tanto em nível federal, quanto estadual e municipal, criando medidas extraordinárias, excepcionais e temporárias.

²⁹Na leitura de Dinamarco, há três classes de **escopos da jurisdição** (ou, por metonímia, do **sistema processual**): os **escopos sociais** (pacificar com justiça, educar/consentir a sociedade), os **escopos políticos** (afirmação da autoridade e organização do poder legítimo, culto à liberdade, participação democrática) e, finalmente, o **escopo jurídico** (atuação da “vontade concreta” do Direito) - p. 193-272 e 388. A técnica processual padecerá de *deficit* de legitimidade se não tomar em consideração, abstrata e concretamente, cada um desses escopos; afinal, “todo sistema processual tem como principal fator legitimante a sua compatibilidade com a carga de valores amparados pela ordem sócio-político-constitucional do país” (p. 387).

O primeiro ato legislativo nacional foi promulgado através da Lei n. 13.979, em 6 de fevereiro de 2020, que dispôs sobre medidas de enfrentamento da emergência deflagrada pela propagação do vírus a serem adotadas visando a preservação da saúde pública. Dentre elas a lei trouxe a previsão do isolamento e da quarentena, além de medidas adicionais.

Logo em seguida, o Conselho Nacional de Justiça promulgou a Resolução n. 313, em 19 de março de 2020, pela qual estabeleceu em todo o Judiciário nacional o regime de Plantão Extraordinário.

No dia 20 de março de 2020 foi promulgado o Decreto Legislativo n. 6, que reconheceu estado de calamidade pública no período de 20 de março de 2020 a 31 de dezembro de 2020, período no qual medidas extraordinárias e excepcionais podem ser tomadas para contenção do vírus.

O ato que se seguiu, a Resolução n. 314, de 20 de abril de 2020, emanada também pelo CNJ, trouxe a previsão de retomada dos atos processuais a partir de 4 de maio de 2020, pelo prazo que lhes faltava, vedando-se, contudo, a realização dos atos presenciais em todos os órgãos judiciários do país.

No que diz respeito à retomada da realização das audiências, o Ato Conjunto CSJT.GP.GVP.CGJT n. 6, de 5 de maio de 2020, do Conselho Superior da Justiça do Trabalho e da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho, estabeleceu a obrigatoriedade de retomada das mesmas, mas apenas em modo telepresencial, com o objetivo de garantir o acesso à justiça, aliando-o à prevenção de contágio pela Covid-19. Tal retomada foi prevista no art. 16 de referido Ato Conjunto, iniciando-se em 4 de maio de 2020. O ato previu o retorno das audiências, inclusive unas e de instrução, a partir de 25 de maio de 2020.

A fim de fazer frente ao período de pandemia, o CNJ fundou parte de seus atos normativos no princípio da cooperação estampado no art. 6º do CPC, notadamente a Resolução n. 314 do CNJ, que parte da premissa da colaboração entre os órgãos do sistema de justiça para a realização dos atos processuais em modo virtual.

Para a adequação procedimental, e observando as dificuldades técnicas para a realização da audiência telepresencial, como já havia sinalizado a Resolução n. 314 do CNJ, o Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho emanou o Ato n. 11, em 23 de abril de 2020, cujo

objetivo foi, dentre outros, traçar possíveis diretrizes para que os juízos de primeira instância pudessem garantir o andamento processual das ações trabalhistas em geral.

O referido ato, já no seu quarto “Considerando” prevê a:

[...] necessidade de extraordinária adaptação do processo à realidade vivida por força da pandemia decorrente do COVID-19, de modo a minimizar seus impactos, e as possíveis dificuldades de acesso às plataformas de realização dos atos telepresenciais. (BRASIL, 2020, p. 1).

Interessa a análise do art. 6º do Ato n. 11 do CGCJT que, à luz da “adaptação extraordinária do processo à realidade vivida”, dispõe que:

Art. 6º. Preservada a possibilidade de as partes requererem a qualquer tempo, em conjunto (art. 190 do CPC), a realização de audiência conciliatória, fica facultado aos juízes de primeiro grau a utilização do rito processual estabelecido no artigo 335 do CPC quanto à apresentação de defesa, inclusive sob pena de revelia, respeitado o início da contagem do prazo em 4 de maio de 2020.

§ 1º Na hipótese do *caput*, deverá o(a) magistrado(a) possibilitar vista à parte autora dos documentos apresentados com a(s) defesa(s), e assinalar prazo para que as partes especifiquem as provas que pretendem produzir, sua pertinência e finalidade, para então proferir julgamento conforme o estado do processo ou decisão de saneamento e, se necessário, audiência de instrução.

§ 2º Os prazos processuais para apresentação de contestação, impugnação à sentença de liquidação, embargos à execução, inclusive quando praticados em audiência, e outros que exijam a coleta prévia de elementos de prova somente serão suspensos se, durante a sua fluência, a parte informar ao juízo competente a impossibilidade de prática do ato, de modo que o prazo será considerado suspenso na data do protocolo da petição com essa informação. (BRASIL, 2020, p. 3).

Observa-se, de imediato, que referido artigo menciona, expressamente, a possibilidade de utilização dos arts. 190 e 335 do CPC, sendo o primeiro relativo à possibilidade de negócios jurídicos processuais e o segundo à apresentação de contestações fora do modelo da audiência una, procedimento padrão utilizado no processo do trabalho.

Tal indica revogação tácita da Instrução Normativa n. 39 do Tribunal Superior do Trabalho que, por época da promulgação do CPC de 2015, entendeu inaplicáveis ao processo do trabalho ambos os dispositivos.

É importante salientar que o TST, em recente decisão proferida no CC 7301-46.2018.5.00.0000 decidiu, conforme acórdão publicado em 13.3.2020, que o negócio processual atípico relativo à escolha do foro poderia ser utilizado no processo do trabalho, citando, expressamente, a utilização do art. 190 do CPC. Eis a ementa de referido acórdão:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO TRABALHISTA. AJUIZAMENTO NO FÓRO DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. FÓRO DE DOMICÍLIO DO RECLAMANTE E DA RECLAMADA. COMPETÊNCIA RELATIVA. PRORROGAÇÃO. POSSIBILIDADE. 1. Regra geral, as ações trabalhistas devem ser propostas no foro do local da prestação dos serviços ou no foro da contratação (CLT, art. 651, *caput* e § 3º c/c o art. 5º, XXXV, da CF). Em face de sua natureza relativa e, portanto, prorrogável, a competência territorial, fixada com a propositura da ação, só poderá ser modificada por se oposta exceção, na forma e prazo legais (CLT, art. 800). Havendo, porém, consenso entre os litigantes, após a apresentação da exceção, acerca da incompetência territorial do juízo perante o qual proposta originariamente a ação, a questão restou integralmente superada. Afinal, sendo relativa a competência territorial, o concurso de vontade dos litigantes quanto ao foro, após oposta a exceção, numa espécie de negócio jurídico processual superveniente e anômalo (CPC, art. 190), tornou desnecessária a análise de ofício do acerto da decisão declinatória por

parte do d. Juízo suscitante, a quem compete instruir e julgar a reclamatória. **Conflito de competência admitido para declarar a competência do Juízo da 12ª Vara do Trabalho de São Paulo/SP, suscitante.** (TST-CC-7301-46.2018.5.00.0000, SBDI-II, Rel. Min. Luiz José Dezena da Silva, red. p/ acórdão Min. Douglas Alencar Rodrigues, 17.12.2019, publicado no DEJT em 13.3.2020).

Não obstante, é preciso salientar que a aplicação do art. 190 do CPC ao processo do trabalho é aqui citada a fim de espantar qualquer dúvida quanto ao cabimento dos negócios processuais no âmbito procedimental trabalhista.

Tal decorre do fato de que, muito antes da inovação no texto legal do CPC, o processo trabalhista já utilizava amplamente a possibilidade dos negócios processuais, à luz da liberdade concedida ao juiz pelo art. 765 da CLT, segundo o qual o juiz possui ampla liberdade na condução do processo e, por isso, poderia acolher ou rejeitar solicitações das partes, individualmente ou em conjunto, para a adequação de procedimentos processuais, fossem eles típicos ou atípicos.

A análise da validade de tais requerimentos ou estipulações em conjunto sempre esteve sujeita ao controle judicial, à luz do art. 9º da CLT, segundo o qual são nulos os atos praticados com a finalidade de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos estabelecidos na CLT, inclusive em matéria processual.

A tal conclusão se chega quando se observa que em situações nas quais a audiência una já não era possível ser concluída por razões de ordem prática, técnica ou dificuldades para a colheita da prova, bem como por mera comodidade, em outras situações as partes, mediante negócio processual verbalizado em audiência, podiam estabelecer alterações procedimentais válidas e devidamente controladas pelo juízo.

A título de exemplos: a inversão na colheita da prova oral em razão da expedição de cartas precatórias mediante requerimento das partes; a calendarização para a realização de prova pericial, a fim de atender a melhor época da análise por perito judicial, notadamente em situações de atividades sazonais; o sobrestamento do feito mediante pedido conjunto para a evolução de propostas conciliatórias; a acolhida

de depoimentos, na qualidade de depoimentos pessoais ou testemunhais, daqueles prestados fora do Judiciário trabalhista como meio de prova (a exemplo daqueles prestados no âmbito de inquéritos policiais); a realização de acordos quanto à matéria de fato, podendo as partes estabelecer, em conjunto, os contornos fáticos de determinado fato, a fim de evitar a produção da prova oral, a exemplo do tempo de percurso ou intervalo intrajornada; a utilização de prova emprestada, inclusive com o acolhimento de depoimento testemunhal prestado pelo reclamante em outro feito como depoimento pessoal, nos autos em que ele se encontra no polo ativo, da mesma forma o aproveitamento de depoimento pessoal de testemunha em determinado processo no qual tenha sido parte em ação por ela promovida, visando seu aproveitamento como prova testemunhal em outro processo etc.

Além de tais exemplos, tantos outros podem ser elencados exemplificativamente, mesmo fora da prova oral específica, como: a eleição de foro territorial diverso daquele previsto no art. 651 da CLT (por vezes com a mera desistência da exceção de incompetência, mesmo quando comprovado que o trabalho se deu em localidade diversa daquela onde tramita o feito - tal muitas vezes decorrente do princípio da economia processual, eis que as partes podem encontrar-se já perante o juízo alegadamente incompetente quanto ao território para audiência una, com as testemunhas); a renúncia recíproca de recurso em curso, de ambas partes, condicionada à homologação de acordo quanto ao objeto da lide; o acordo para a limitação da penhora a determinados bens (excluindo-se, via de regra, os necessários para a realização da atividade empresarial).

Desta feita, o que se deseja estabelecer é a premissa de que os negócios processuais para a adequação procedimental do rito processual trabalhista são, e sempre foram, permitidos no processo do trabalho.

O novo desenho processual emergencial previsto pela legislação extraordinária fixa a necessidade de gestão conjunta do processo, via saneamento, a fim de que partes e juiz possam estabelecer os pontos controvertidos da lide, para, na sequência, serem estabelecidas as provas que serão produzidas.

A definição da estratégia para a colheita da prova oral, dentro do saneamento dos autos, previamente à realização da audiência

para sua colheita, servirá para esclarecer partes e advogados sobre o modo como a prova será colhida, indagando-se desde a possibilidade de conexão da testemunha até o local de onde a mesma prestará o depoimento, e informações gerais sobre o uso da plataforma.

Somem-se a tais dificuldades, no momento atual, as eventuais restrições de acesso das partes, advogados e testemunhas ao uso das plataformas virtuais, e as consequências que podem advir caso elas não consigam, já de início, o acesso à plataforma no dia e hora designados para a audiência una ou de instrução, sem preparo prévio.

O Brasil possui dimensões continentais e diversas realidades locais. Temos desde os grandes centros a cidades ribeirinhas ou locais onde o próprio acesso à internet é absolutamente precário, e, embora possa ser de mais fácil acesso pelos advogados, já habituados ao processo eletrônico, pode não o ser para os reclamantes, os reclamados pequenos empresários, ou mesmo as testemunhas, que, via de regra, são trabalhadores e nem sempre contam com a destreza necessária para o manuseio e uso das plataformas virtuais.

No momento atual, no qual a presença das partes se dará por meio virtual com as possíveis dificuldades no uso da plataforma para a realização do ato telepresencial, é importante que as audiências de instrução sejam vistas, efetivamente, como última alternativa.

Dentro desse panorama, as partes podem estabelecer, em referida audiência para o saneamento dos autos, diversas possibilidades, via negócios processuais, que possibilitem a instrução do processo por meios alternativos.

Socorrendo-se do Código de Processo Civil, o art. 369 estabelece, *in verbis*:

Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz. (BRASIL, 2015) (g. n.).

O dispositivo legal autoriza a utilização de quaisquer meios legais (desde que moralmente legítimos) para a comprovação dos fatos sobre os quais se funda o pedido ou a defesa. Entenda-se por meios

legais os considerados lícitos e não apenas os previstos em lei, sendo lícito às partes utilizarem-se de “todos os meios legais”, “ainda que não especificados” no Código de Processo Civil, o que deixa claro que os meios de prova previstos no diploma processual não são taxativos, mas meramente exemplificativos.

O depoimento testemunhal é um meio de prova que pode ser escolhido pelas partes para fazer chegar ao juiz a declaração dos fatos sobre os quais a testemunha possui conhecimento pessoal, seja por ter presenciado, seja por ter constatado.

Embora a lei processual civil e trabalhista prevejam a possibilidade de colheita da prova testemunhal em juízo, como regra geral, não há impossibilidade processual para que o mesmo depoimento chegue aos autos por outro meio, como declarações escritas da testemunha ou mesmo através da colheita diretamente pelos advogados das partes, em local de sua escolha, à luz do disposto no art. 369 do CPC, retromencionado.

A abertura trazida pelo processo civil possibilitando às partes a utilização de todos os meios legais de prova, ainda que não especificados no Código, abre ampla possibilidade para diversos arranjos via negócios jurídicos pelas partes.

Na hipótese de colheita do depoimento testemunhal mediante comum acordo dos advogados das partes, tem-se a produção da prova do fato através de declarações escritas das testemunhas, que, no caso brasileiro, ganha nítido contorno de negócio jurídico processual. Tal encontra-se plenamente albergado no processo do trabalho, seja via aplicação direta do art. 765 da CLT, sob controle nos termos do art. 9º do mesmo diploma legal, seja nos termos do art. 190 do CPC.

A tal declaração escrita da narrativa da testemunha aplica-se o disposto no art. 412 do CPC, segundo o qual o documento particular, de cuja autenticidade não se duvida, prova que o seu autor fez a declaração que lhe é atribuída.

Caberá ao juiz, de acordo com o princípio do livre convencimento motivado, avaliar o depoimento prestado e analisar a questão de fato controvertida nos autos, valendo-se dos demais meios de prova produzidos pelas partes.

Considerando a possibilidade de utilização de meios eletrônicos, o depoimento pode ser encaminhado aos autos através de

gravação de vídeo e voz, ou até apenas de voz, caso assim consintam os advogados das partes.

As condições de estabelecimento de referido negócio jurídico devem ser definidas pelos advogados das partes, que devem estabelecer onde e quando pretendem colher as informações da testemunha, bem como o modo em que esse depoimento será direcionado aos autos, ou seja: mediante transcrição de seus termos ou mediante gravação do depoimento. A presença dos advogados das partes presta-se a garantir a observância do princípio do contraditório, bem como a lisura do procedimento adotado para a colheita da prova.

É importante que os depoimentos sejam transcritos ou gravados com clareza da exposição e objetividade nas declarações, atendo-se apenas aos fatos litigiosos, indicando precisamente os detalhes que constituem conhecimento do declarante sobre o fato controvertido.

A fim de que a declaração possa ter utilidade ao processo, é importante que, nos mesmos moldes do depoimento testemunhal (cujo objetivo é sempre o mesmo, ou seja, dar a conhecer ao juízo os fatos controvertidos), que o declarante tenha conhecimento direto do fato, por tê-lo presenciado ou constatado.

As partes podem estabelecer e documentar por escrito, se for o caso, as hipóteses de contraditas no início das inquirições diretas pelos advogados para que fiquem registradas (art. 457, § 1º, do CPC) e posterior análise do juízo, bem como podem, durante a inquirição, apresentar suas impugnações sobre as perguntas realizadas (art. 459, § 2º, do CPC) e constar de ato escrito a ser entregue ao juízo como relato do ocorrido para a análise posterior.

Tal negócio jurídico processual permite às partes a adequação do procedimento de acordo com as particularidades do fato a ser provado. A título de exemplo: testemunha única das partes; testemunhas em número superior ao legal devidamente justificado, a exemplo de demandas de alta complexidade e vários fatos em tempos diversos; a oitiva pode se dar em tempo e lugar distantes da sede da jurisdição e fora dos horários de expediente judicial; ampliar a oitiva sempre que necessário para ouvir as pessoas referidas; deslocar-se até a sede dos fatos para que o depoimento possa ser colhido com detalhes do local onde ocorreram (exemplo de acidente de trabalho, funções exercidas

pelo trabalhador, local em que o trabalho foi prestado - comum nas lides rurais), dentre outros.

O juiz, à luz do art. 765 da CLT, permanece com a prerrogativa de solicitar a oitiva da testemunha quando verificar a necessidade de esclarecimentos adicionais. No tocante ao processo civil, do mesmo modo, em razão da liberdade na condução do processo, pode o juiz solicitar o comparecimento em juízo da testemunha, a fim de colher diretamente dela informações que possa reputar úteis ao deslinde do feito, já que a ele cabe a direção do processo, conforme art. 139 e seguintes do CPC.

O juiz, na hipótese, é mero destinatário da prova e, nesse caso, não participa do negócio processual. A ele cabe o controle posterior em caso de vício do ato jurídico, nos moldes do art. 9º da CLT ou do parágrafo único do art. 190 do CPC.

O negócio jurídico processual, é importante frisar, não está sujeito à homologação judicial como requisito de validade. Contudo, sujeita-se a controle de validade judicial em razão de eventuais vícios, e, tanto na forma do art. 9º da CLT quanto na forma do parágrafo único do art. 190 do CPC, não pode ser firmado se onerar sobremaneira parte em situação de vulnerabilidade.

Nada impede que as partes submetam o negócio processual para a colheita da prova oral desjudicializada à análise do juízo, a fim de, por exemplo, solicitar que o próprio juízo formule perguntas que entenda pertinentes ou as auxilie nos contornos do negócio processual, tudo sob a luz do princípio da cooperação estampado no art. 6º do CPC.

O outro lado da moeda da liberdade quanto à produção das provas por meios não previstos no Código encontra-se na disciplina das nulidades processuais, e tanto o CPC (art. 276 e seguintes) quanto a CLT (art. 794 e seguintes) estabelecem que as nulidades não serão declaradas se não houver comprovação do prejuízo processual. Caso as partes estabeleçam procedimento para a colheita dos depoimentos de suas testemunhas e tendo sido os mesmos trazidos ao juízo, inexistente prejuízo processual, que não se confunde, por óbvio, com o acolhimento da pretensão da parte.

Outra questão de relevância que pode ser objeto do negócio processual relativo à produção da prova oral desjudicializada é a

possibilidade de impor ao documento ou ao meio eletrônico utilizado para a gravação, a ferramenta de sigilo da peça processual. Tal sigilo pode ser requerido também para a prova oral judicializada, por óbvio. Contudo, estabelecendo as partes que a prova oral desjudicializada será mantida em sigilo, tal pactuação é válida e impediria seu acesso por terceiros.

Quanto à penalidade pela falsa declaração, considerando-se que o depoimento, no caso que ora examinamos, é colhido fora do ambiente judicial, algumas questões merecem reflexão.

A primeira delas faz referência ao enquadramento jurídico de referida declaração colhida fora do ambiente judicial. Tratando-se de documento escrito produzido fora do juízo, a declaração falsa prestada pela testemunha pode tipificar o crime de falsificação ideológica, previsto no art. 299 do Código Penal brasileiro, que estabelece o tipo penal como sendo:

Art. 299 - Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante. (BRASIL, 1940).

A conduta é sancionada com a pena de reclusão de 1 a 3 anos e multa, em caso de documento particular. A título de comparação, observe-se que o crime de falso testemunho é sancionado com reclusão de 2 a 4 anos, além de multa, conforme art. 342 do Código Penal.

4 DESJUDICIALIZAÇÃO DA EXECUÇÃO: a nova fronteira da efetividade judiciária. Fundamentos constitucionais. O paradigma português (breve olhar) e o agente de execução

Tratemos agora, com alguma profundidade - mas ainda assim perfunctoriamente, a bem de não exceder os limites razoáveis de um artigo doutrinal -, da **desjudicialização da execução**, a respeito da qual havíamos já antecipado algo na seção 2.

Como pontuamos alhures,

Os debates que se travam em matéria de direitos fundamentais tornam-se, em grande medida, debates sobre quais normas podem (devem) ser atribuídas às normas diretamente expressas pelo texto constitucional. No limite, qualquer norma enunciada a partir de um texto constitucional poderia ser 'adscrita' e gozaria de constitucionalidade material, ainda que fosse rejeitada pela maioria dos intérpretes e contasse com fundamentação insuficiente (no exemplo-limite de ALEXY, até mesmo os enunciados pouco sérios, formulados por uma única pessoa - *e. g.*, o que derivasse dos artigos 5º, 3, e 13 da GG a obrigação de o Estado fornecer um apartamento de dois cômodos a cada estudante, próximo à respectiva universidade -, poderiam expressar norma de direito fundamental...). Para evitar tais excessos, reconhece haver dois critérios: o **critério empírico**, pelo qual se tomarão como adscritas aquelas normas de direitos fundamentais **de fato** atribuídas pela jurisprudência e pela Ciência do Direito às normas diretamente expressas pelo texto constitucional (identificando, portanto, como 'intérpretes autorizados' os tribunais e a *communis opinio doctorum*), e o **critério normativo**, mais adequado para uma teoria jurídica dos direitos fundamentais, pelo qual a questão acerca de quais normas não escritas podem ser corretamente **adscritas** ao texto constitucional é uma questão **constitutiva**, de modo que precedentes judiciais e consensos dogmáticos podem ser relevantes, mas não serão suficientes: a norma adscrita só será válida, gozando de jusfundamentalidade, se a sua adscrição ao texto constitucional basear-se em uma **correta explicação de ordem jusfundamental**, *i. e.*, em uma **correta explicação referida a direitos fundamentais** (considerando-se, para tanto, não apenas o elemento jurídico, mas também o sociológico e o ético). Logo, a validade constitucional do direito fundamental adscrito dependerá, em última análise, da correção da **argumentação de jusfundamentalidade** que a sustentar - o que indubitavelmente termina por recrudescer o poder criativo dos tribunais nesse âmbito. Parece-nos mesmo que, de um certo modo, o cri-

tério normativo **converge** para o critério empírico. A partir disso, torna-se compreensível, no campo teórico, a possibilidade de que ocorram **descobertas de novos direitos fundamentais** (ou de novas normas adscritas de direitos fundamentais, o que resulta no mesmo), a partir das corretas elucubrações da doutrina e da jurisprudência³⁰. E, de resto, a ideia de que ‘normas de direitos fundamentais são todas as normas para as quais há a possibilidade de uma correta justificação referida a direitos fundamentais’ pode ser generalizada, abrangendo tanto as normas adscritas como as normas expressas (sendo certo que, para essas últimas, a ‘correção’ da fundamentação basta-se com a referência ao texto constitucional)³¹.

³⁰ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996, p. 62-63 (nota n. 57 do Capítulo 2). V. também TOMA, Richard. Die juristische Bedeutung der grundrechtlichen Sätze der deutschen Reichsverfassung im allgemeinen. In: NIPPERDEY, Hans-Carl (Hrsg.). **Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung**: Kommentar zum zweiten Teil der Reichsverfassung. Berlin: Reimar Hobbing, 1929, p. 1-53 (especialmente p. 4, sobre a Hermenêutica como “vara de condão” a descobrir novos veios de normas válidas até então ocultas nas “montanhas” da **Weimarer Verfassung**; o próprio Alexy transcreve o trecho).

³¹Na sequência da obra (1996, p. 64-ss.), Alexy trata de extremar a sua teoria daquela proposta por F. Müller (MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução de Peter Naumann. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 51-ss.), já evocada neste trabalho em alguns ensejos (v., e. g., nota n. 1946), e que se pretende pós-positivista, por **superar** a tensão kelseniana entre mundo-do-ser e mundo-do-dever-ser ao reconhecer na **norma jurídica**, a um tempo, o **programa normativo**, que corresponde à **norma alexyana**, e o **âmbito normativo**, que é o setor da realidade social “escolhido” ou mesmo “criado” pelo programa normativo, a lhe servir como área de regulação (e que não tem equivalente na teoria alexyana). E, no particular, estamos com Alexy. Conquanto reconheçamos **relevância prático-teórica** e inclusive **expressão normativa** no conceito mülleriano de “âmbito normativo” (eis que, realmente, esse âmbito pode ser parcial ou completamente “moldado” pelo programa normativo; imagine-se, p. ex., o papel sumamente criativo das normas jurídicas de direito eletrônico nos próprios espaços virtuais que regulam) - e por isso o temos empregado -, não parece acertado afirmar que todo e qualquer elemento ligado àquele “âmbito” **integre** inapelavelmente o próprio conceito de norma jurídica. Há mesmo que distinguir entre os **critérios** (ou **argumentos**) pelos quais se decide sobre a justfundamentalidade de uma norma - notadamente se for uma norma adscrita - e a própria **entidade** normativa, i. e., a própria norma jurídica constitucional (expressa ou adscrita). Porque, na correta dicção da Alexy (1996, p. 70), “**um critério para algo é coisa diferente de um elemento de algo**” (“Ein Kriterium für etwas ist etwas anderes als ein Bestandteil von etwas”).

Bem compreendida a natureza e os limites conceituais dos direitos fundamentais constitucionalmente adscritos, e mirando-se nos tantos exemplos doutrinários e jurisprudenciais subministrados ao longo deste estudo (que já terão subministrado suficiente justificação de ordem jusfundamental para diversas adscrições cogitáveis), o intérprete mais arguto poderá sacar do entroncamento dinâmico entre o *procedural due process* e o *substantive due process*, com raciocínios dedutivos simples, um elenco relativamente seguro de **direitos processuais constitucionalmente adscritos** (logo, **direitos subjetivos públicos de natureza processual**), fruíveis por qualquer pessoa humana submetida à jurisdição de um Estado Democrático de Direito. Pelo quanto exposto nos §§ 26º a 32º, preferiremos trabalhar com o seguinte elenco:

- o **direito a um processo efetivo**;
- o **direito a um procedimento adequado para o direito material em tese e sensível às circunstâncias fático-concretas**;
- o **direito a um contraditório eficaz**, mas não procrastinatório;
- o **direito a uma jurisdição corretiva e transformadora**;
- o **direito à coisa julgada constitucional**;
- o **direito a meios de execução efetivos e adequados**.

Todos são inegavelmente direitos processuais adscritos à garantia constitucional do *due process of law*, ou daquela que lhe equivalha constitucionalmente (como se dá, em Portugal, com a garantia do processo equitativo). [...] ³²

Dentre tais direitos processuais constitucionais adscritos, interessa-nos aqui o **direito a meios de execução efetivos e adequados**. Esse é, dentre todos, talvez o que mais de perto apele para a ideia de proporcionalidade (em sentido amplo e estrito). Com efeito, se há três elementos ínsitos ao juízo de proporcionalidade - a adequação (ou

³²FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Por um processo realmente efetivo**: inflexões do *due process of law* na tutela processual de direitos humanos fundamentais. São Paulo: LTr, 2016, § 33º.

idoneidade), a necessidade (ou exigibilidade) e a proporcionalidade em sentido estrito -, serão eles sempre a definir, na casuística concreta, o que se deve entender por “otimização”, quando se diz que princípios jurídicos são mandados de otimização (*Optmierungsgebot*), característica que se comunica às disposições jusfundamentais (expressas ou adscritas) em seu *Doppelcharakter* (Alexy)³³.

Daí que, no plano da execução judicial, não se trata de meramente escolher um meio e descartar o outro: na tensão entre a efetividade da jurisdição e a legítima resistência do executado (veja-se, *e. g.*, o art. 805 do CPC³⁴), deve-se perseguir um **ponto ideal**, na linha da concordância harmônica hessiana³⁵, mas sem perder de vista que o juízo de proporcionalidade alberga um procedimento de resultados múltiplos, mesmo porque “a ponderação não é um procedimento que, em cada caso, conduza exatamente a um mesmo resultado” (ALEXY, 1996, p. 143). Assim, sob circunstâncias concretamente diversas, diversas poderão ser as escolhas judiciais; e, mesmo sob circunstâncias concretas muito similares, pré-entendimentos diversos poderão determinar naturalmente escolhas diferentes, a serem afinal afinadas pelos filtros recursais.

A jurisprudência trabalhista brasileira apresenta ao estudioso do processo exemplos paradigmáticos de como o direito ao meio executivo eficaz e adequado manifesta-se a partir de juízos de proporcionalidade (e muito particularmente do elemento da **proporcionalidade em sentido estrito**), infletindo o devido processo formal. Um exemplo atual está na “superação” do art. 880 da CLT, para que os executados sejam simplesmente comunicados por via postal do crédito exequendo, dispensando-se a citação em execução (ainda exigida no procedimento legal, que é de 1943)³⁶. Outro é o do Bacenjud, hoje

³³ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996, *passim*.

³⁴Art. 805. Quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado. [...]” (BRASIL, 2015).

³⁵HESSSE, Konrad. **Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**. 4. Aufl. Heidelberg: C. F. Müller, 1970, *passim*.

³⁶Cfr., por todos, CHAVES, Luciano Athayde. **A recente reforma no processo comum e seus reflexos no direito judiciário do trabalho**. São Paulo: LTr, 2006, p. 55-ss.

espraiado por todos os ramos do Judiciário nacional, pelo qual se disponibiliza ao juiz, a partir de convênios administrativos estabelecidos entre o Banco Central do Brasil e os diversos tribunais, uma ferramenta *on-line* capaz de localizar e bloquear, com meros *login* e senha, contas bancárias titularizadas pelo executado em qualquer ponto do país, nos limites do crédito exequendo. Hoje o mecanismo está positivado na lei processual civil (art. 854 do CPC)³⁷; todavia, quando surgiu na Justiça do Trabalho (no início deste século, sob a égide do Provimento CGJT n. 3/2003), não havia expressa previsão legal, o que suscitou grandes

³⁷ Art. 854. Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou em aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exequente, sem dar ciência prévia do ato ao executado, determinará às instituições financeiras, por meio de sistema eletrônico gerido pela autoridade supervisora do sistema financeiro nacional, que torne indisponíveis ativos financeiros existentes em nome do executado, limitando-se a indisponibilidade ao valor indicado na execução. § 1º No prazo de 24 (vinte e quatro) horas a contar da resposta, de ofício, o juiz determinará o cancelamento de eventual indisponibilidade excessiva, o que deverá ser cumprido pela instituição financeira em igual prazo. § 2º Tornados indisponíveis os ativos financeiros do executado, este será intimado na pessoa de seu advogado ou, não o tendo, pessoalmente. § 3º Incumbe ao executado, no prazo de 5 (cinco) dias, comprovar que: I - as quantias tornadas indisponíveis são impenhoráveis; II - ainda remanesce indisponibilidade excessiva de ativos financeiros. § 4º Acolhida qualquer das arguições dos incisos I e II do § 3º, o juiz determinará o cancelamento de eventual indisponibilidade irregular ou excessiva, a ser cumprido pela instituição financeira em 24 (vinte e quatro) horas. § 5º Rejeitada ou não apresentada a manifestação do executado, converter-se-á a indisponibilidade em penhora, sem necessidade de lavratura de termo, devendo o juiz da execução determinar à instituição financeira depositária que, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, transfira o montante indisponível para conta vinculada ao juízo da execução. § 6º Realizado o pagamento da dívida por outro meio, o juiz determinará, imediatamente, por sistema eletrônico gerido pela autoridade supervisora do sistema financeiro nacional, a notificação da instituição financeira para que, em até 24 (vinte e quatro) horas, cancele a indisponibilidade. § 7º As transmissões das ordens de indisponibilidade, de seu cancelamento e de determinação de penhora previstas neste artigo far-se-ão por meio de sistema eletrônico gerido pela autoridade supervisora do sistema financeiro nacional. § 8º A instituição financeira será responsável pelos prejuízos causados ao executado em decorrência da indisponibilidade de ativos financeiros em valor superior ao indicado na execução ou pelo juiz, bem como na hipótese de não cancelamento da indisponibilidade no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, quando assim determinar o juiz. § 9º Quando se tratar de execução contra partido político, o juiz, a requerimento do exequente, determinará às instituições financeiras, por meio de sistema eletrônico gerido por autoridade supervisora do sistema bancário, que tornem indisponíveis ativos financeiros somente em nome do órgão partidário que tenha contraído a dívida executada ou que tenha dado causa à violação de direito ou ao dano, ao qual cabe exclusivamente a responsabilidade pelos atos praticados, na forma da lei". (BRASIL, 2015).

debates acerca da sua legalidade, a reboque de uma arcaica “tipicidade absoluta” que se esgrimia para os meios processuais executivos³⁸. Ora, se até mesmo antes dos juízos plenários, como por exemplo nas antecipações de tutela condenatória - com efeitos executivos³⁹ -, admite-se certa **flexibilidade** na escolha dos meios, como se lê no art. 536, *caput* e § 1º, do CPC⁴⁰, não há qualquer lógica idônea a sustentar o rigor formal inextrincável na observação de “tipos modais executivos” quando se trata de executar o réu, provisória ou definitivamente, à vista de uma sentença que já declarou o *meritum causae* com foros de definitividade.

Decorre, pois, do direito constitucional adscrito aos meios de execução efetivos e adequados, uma **ductibilidade de meios executivos** que obviamente não chega a se convolar em um princípio de atipicidade, mas que confere uma certa **plasticidade** aos meios judiciais executivos previstos em lei, tendendo sempre à maior eficácia dos procedimentos, se bem que atenta aos metalimites dialógicos e imanentes

³⁸O antigo PFL (Partido da Frente Liberal) - hoje DEM - chegou mesmo a ajuizar a ADI 3091/DF, ainda em 2003, pedindo a nulidade do convênio firmado entre o TST e o Banco Central e argumentando com o art. 22, II, da CRFB, pelo qual somente o Poder Legislativo da União poderia legislar sobre direito processual (e, portanto, “novas” formas de constrição judicial exigiriam lei formal que expressamente as previsse, a despeito das possibilidades abertas pela velocidade dos avanços tecnológicos); e, por conseguinte, arguia-se a violação ao princípio da separação e independência entre os Poderes da República (e, logo, ofensa aos arts. 2º, 48, 59, 61, 65 e 66 da CRFB), porque o TST estaria usurpando atribuições do Congresso Nacional e do próprio Presidente da República. Os próprios “limites geográficos” da jurisdição não seriam respeitados (em um procedimento bem diverso daquele das cartas precatórias, já que nenhum juiz aporia *exequatur* no foro da constrição), assim como haveria violação ao próprio sigilo bancário dos réus. Nada obstante, já o então Procurador-Geral da República Cláudio Fonteles, oficiando perante o STF, concluiu não haver qualquer inconstitucionalidade (ao revés, ponderou ser o Bacenjud um modelo de eficácia a ser seguido na prestação de serviço judiciário à população); a ação, porém, ainda não foi julgada, apesar da superveniência da Lei n. 11.382/2006 (que prejudica boa parte dos argumentos originários). Cfr. STF, ADI 3091/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 4.3.2005.

³⁹V., e. g., o art. 297, parágrafo único, do CPC.

⁴⁰A luz dos referidos preceitos, “[n]o cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente”, podendo determinar, “entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial”. (BRASIL, 2015).

na tensão com outros direitos fundamentais. Eis, a rigor, o fundamento jurídico-constitucional a admitir, em variegados sistemas processuais - **inclusive o brasileiro** -, a **desjudicialização parcial do processo executivo**⁴¹, por iniciativa do legislador, para que as diligências executivas sejam promovidas por **terceiros** - privados (*e. g.*, o solicitador de execução⁴²) ou públicos (*e. g.*, o oficial de justiça⁴³) - que não o juiz (a quem se reserva apenas um **poder geral de controle**). É o que se dá, *p. ex.*, na Suécia (com o Serviço Público de Cobrança Forçada), na França, Bélgica e Luxemburgo (com a figura do *huissier*), na Escócia (com o *sheriff officer*), na Alemanha e na Áustria (com o *Gerichtsvollzieher*⁴⁴), como ainda em Portugal (*v.* o art. 724º do CPC/2013, a que correspondia o art. 810º do CPC/1961). É um rematado equívoco, portanto, “fetichizar” os ritos e formas em sede executiva; ao contrário, a tendência universal tem sido a de simplificá-los, otimizá-los e inclusive descentralizá-los, delegá-los ou eliminá-los.

Nessa alheta, em tese e princípio, **nada há a obstar, no contexto brasileiro, reformas legislativas que tencionem “desestatizar” parcialmente os procedimentos executivos e afins, a fim de torná-los mais efetivos** (aproximando-os, portanto, do respectivo mandado de otimização, a saber, **o princípio da efetividade jurisdicional** - ínsito ao art. 5º, XXXV, da CRFB -, de que deriva o predito direito a meios de execução efetivos e adequados). É, ademais, o que já se tem pronunciado na órbita legislativa e doutrinária, especialmente quanto às **execuções penais e fiscais**, como antecipamos acima: vozes cada vez mais insistentes têm advogado a paulatina “desjudicialização” de tais procedimentos (hoje regidos, respectivamente, pela Lei n.

⁴¹Cfr., por todos, FREITAS, José Lebre de. **A acção executiva**: depois da reforma. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 24-28.

⁴²Em Portugal, *v.* art. 810º, 3, “e”, do CPC/1961; ou, atualmente, o art. 724º do CPC/2013.

⁴³Em Portugal, o oficial de justiça fará as vezes do solicitar de execução, se não houver nenhum no círculo. Cfr. FREITAS, 2004, p. 27, nota n. 58. *V.* também REGO, Carlos Francisco de Oliveira Lopes do. As funções e o estatuto processual do agente de execução e seus reflexos no papel dos demais intervenientes no processo executivo. **Themis**: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, n. 9, p. 43-54, 2004.

⁴⁴Para as suas atribuições no direito alemão, *cfr.* BROX, Hans; WALKER, Wolf-Dietrich. **Zwangsvollstreckungsrecht**. 7. Aufl. Köln/Berlin/Bonn/München: Carl Heymanns, 2003, p. 201-209.

7.210/1984 e pela Lei n. 6.830/1980), sem qualquer malferimento ao conteúdo essencial da tutela judicial efetiva (conquanto se possa discutir, uma vez formatada a proposta, a sua proporcionalidade), uma vez que o **Estado-administração** seguiria com o monopólio executivo⁴⁵. Cite-se, ademais, o recentíssimo Projeto de Lei n. 6.204/2019, em trâmite pela Câmara dos Deputados, que “Dispõe sobre a desjudicialização da execução civil de título executivo judicial e extrajudicial; altera as Leis n^a a n. 9.430, de 27 de dezembro de 1996, a n. 9.492, de 10 de setembro de 1997, a n. 10.169, de 29 de dezembro de 2000, e a n. 13.105 de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil”. De autoria da Senadora Soraya Thornicke (PSL/MS), o projeto se baseia na legislação portuguesa, mas quer aproveitar as “estruturas extrajudiciais existentes e que há muito já demonstram excelência no cumprimento de suas atividades”; e, nesse passo,

[...] propõe-se que a função pública da execução dos títulos executivos seja ‘delegada’ a um tabelião de protesto, que é um profissional devidamente concursado e remunerado de acordo com os emolumentos fixados por lei, cobrados via de regra do devedor ao final do procedimento executivo. Salienta-se que a fiscalização dos tabeliões de protesto já é realizada pelo Poder Judiciário - CNJ e corregedorias estaduais. A delegação, portanto, é o regime jurídico sugerido para que a desjudicialização da execução seja colocada em prática no Brasil, nos termos do artigo 236 da Constituição Federal. Dentre os agentes delegados existentes no ordenamento jurídico, sugere-se que o tabelião de protesto tenha sua atribuição alargada, para que assuma também a realização das atividades executivas, uma vez que afeito aos títulos de crédito. Além disso, propõe-se a valorização do protesto

⁴⁵Cfr., quanto às execuções fiscais, o anteprojeto de lei da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, que a “desjudicializa” parcialmente, permitindo a execução direta do devedor pela própria Fazenda Pública (disponível em: http://www.fazenda.gov.br/portugues/releases/2007/r150307d-anteprojeto-de-lei-Divida_Ativa.pdf. Acesso em: 10 fev. 2012). Na doutrina, veja-se, por todos, GOMES, Marcus Lívio. Perspectivas para a execução fiscal no Brasil: execução fiscal judicial x execução fiscal administrativa: qual o melhor caminho? **Revista CEJ**, Brasília, Conselho da Justiça Federal, n. 45, p. 86-101, abr./jun. 2009.

como eficiente medida para o cabal cumprimento das obrigações.

Assim, confere-se ao tabelião de protesto a tarefa de verificação dos pressupostos da execução, bem como da realização de citação, penhora, alienação, recebimento do pagamento e extinção do procedimento executivo extrajudicial, reservando-se ao juiz estatal a eventual resolução de litígios, quando provocado pelo agente de execução ou por qualquer das partes ou terceiros. (BRASIL, 2019, p. 17).

Fora do Brasil, com efeito, o melhor modelo-paradigma, inclusive para fins de inspiração legislativa, talvez seja mesmo o **português** (sobretudo em razão da **compatibilidade normativo-ideológica**, da **proximidade cultural-linguística**, da **utilidade sociojurídica** e da própria **filiação histórica comum**⁴⁶); mas, diga-se desde logo, sem necessários “aproveitamentos” que criem novos nichos de arrecadação cartorial sem a imprescindível contrapartida de efetividade.

O atual modelo da execução em Portugal deriva das reformas ocorridas nos anos de 2003, de 2008, de 2013 (do novo CPC, com o Decreto-Lei n. 41/2013, de 26 de junho) e de 2014; e, no que toca à desjudicialização, centra-se na figura do **agente de execução**. À luz dos arts. 748-2 e 749 do CPC português, o agente de execução é o sujeito processual encarregado de verificar quais bens do devedor podem ser penhorados, procedendo à investigação patrimonial com base no registro informático de execuções. Trata-se de um **profissional liberal**, livremente escolhido pelo exequente (ou, na omissão do credor, designado pela secretaria do tribunal⁴⁷, de forma automática e aleatória); apenas em casos **excepcionais**, legalmente previstos, as funções de agentes de execução serão exercidas por oficiais de justiça (esses, sim, servidores públicos, como no Brasil). Entre tais funções legais, a propósito, está a de promover todas as diligências necessárias para descobrir quais são e onde estão os bens penhoráveis, assim como a de

⁴⁶Quanto a tais critérios, fundamentais para se identificar fontes supletivas extranacionais (CLT, art. 8º, *caput*), cfr. FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Do pré-contrato de trabalho**: o contrato preliminar de trabalho no *iter* da contratação laboral: abordagem comparativa e jusfundamental. São Paulo: LTr, 2010, p. 75.

⁴⁷“Tribunal”, a propósito, é expressão que, no caso português, tanto se aplica aos órgãos jurisdicionais de primeiro grau, como aos órgãos recursais e às instâncias extraordinárias.

realizar os próprios atos oficiais da constrição, dispensando-se qualquer decisão judicial prévia para esse efeito (CPC/2013, art. 749). Isso vale, inclusive, para a penhora de saldos bancários, à vista do que dispõe o art. 780-1 do mesmo CPC/2013.

Pode-se bem afirmar que toda a modernização recente do processo executivo português centrou-se na figura do agente de execução e na virtualização do processo. Nessa esteira, a reforma executiva lusitana de 2003, aviada pelo Decreto-Lei n. 38, guiou-se pelos seguintes objetivos: **(a)** a busca de satisfação do crédito executado em um prazo razoável (= maior efetividade jurisdicional satisfativa); **(b)** a transferência, ao agente de execução, da competência para a prática de certos atos executivos (= desjudicialização); **(c)** a dispensa do despacho liminar do juiz da execução sobre o requerimento executivo, quando a execução tenha por base certos títulos executivos (= desburocratização); **(d)** a dispensa legal da citação do executado antes da realização da penhora quando não haja despacho liminar, assim como a admissibilidade da dispensa desta citação prévia pelo juiz da execução sempre que haja receio de perda da garantia patrimonial (= desburocratização); **(e)** a intensificação do dever de cooperação do devedor, impondo-lhe, inclusive, o dever de indicar bens penhoráveis, sob pena de sanção pecuniária, uma vez citado e/ou intimado (= maior efetividade jurisdicional satisfativa), e **(f)** a publicidade dos bens do devedor acaso constritos, por meio do registro informático de execuções (= virtualização). Essa última medida foi, a propósito, essencial para o *iter* da desjudicialização do procedimento executivo, porque a uniformização da base de dados de praticamente todas as execuções em trâmite no país, aliada ao pronto acesso pela rede mundial de computadores, passou a facilitar imensamente a pesquisa e a atuação dos agentes de execução, incrementando as atividades de constrição do patrimônio dos devedores⁴⁸⁻⁴⁹.

⁴⁸Cfr., por todos, MEDEIROS NETO, Elias Marques de. A recente Lei n. 12.606/18, a execução em Portugal e a busca antecipada de bens do devedor no Brasil. **Revista Pensamento Jurídico**, São Paulo, v. 12, n. 2, jul./dez. 2018, *passim*. Ver também SILVA, Paula Costa e. **A reforma da ação executiva**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003b, p. 17-19 (citada, a propósito, por Medeiros Neto).

⁴⁹No Brasil, comparativamente, não há um rol centralizado e virtualizado de bens constritos, e os instrumentos disponíveis para a investigação patrimonial são geralmente manejados por oficiais de justiça avaliadores, em número significativamente reduzido, considerando-se a crescente demanda executiva (especialmente em tempos de crise de liquidez, como os atuais tempos de pandemia global).

Ulteriormente, em 2008, o Decreto-Lei n. 226 ampliou significativamente a prática de atos processuais por meio eletrônico, reduzindo os ensejos de intervenção obrigatória do magistrado (que, em sede executiva, passou a se manifestar apenas nas questões mais relevantes e/ou naquelas que exigissem a declaração de direitos à vista de um conflito concreto de interesses) - o que, diga-se, também caminha no sentido da desjudicialização - e, no que mais nos interessa, expandindo os poderes dos agentes de execução e regulamentando minudentemente a sua atividade oficial. Nesse último aspecto, criou-se a **Comissão para a Eficácia das Execuções**, incumbida - entre outras coisas - de fiscalizar a atividade dos agentes de execução, e, para mais, institucionalizou-se uma lista pública de execuções frustradas, prevenindo a distribuição de ações infrutíferas. Nas palavras de Medeiros,

A reforma de 2008 ficou conhecida como a que mais prestigiou a iniciativa de desjudicialização dos atos executivos, notadamente na medida em que aumentou os poderes do agente de execução. (MEDEIROS NETO, 2018, p. 150).

O Código de Processo Civil português de 2013, por sua vez, delimitou mais claramente quais seriam as atividades privativas do juiz, quais as do agente de execução e quais as da secretaria. Desse modo, ainda na dicção de Medeiros,

[...] (i) ao juiz, o artigo 723 do CPC/13 reserva todos os atos que consistam em declaração e apreciação de direitos ou preservação de direitos fundamentais das partes e/ou terceiros; (ii) **ao agente de execução cabem todos os atos que não são privativos do magistrado (artigo 719 do CPC/13), tais como citações, diligências, notificações, publicações, consultas de bases de dados, penhoras e seus registros, liquidações e pagamentos (artigo 720 do CPC/13)**; (iii) para determinados títulos executivos (art. 550 do CPC/13), a execução pode tramitar na forma sumária, na qual o magistrado não profere o despacho liminar. O requerimento executivo, acompanhado pelos documentos com ele apresentados, é imediatamente enviado por via eletrônica ao agente de execução, que inicia as buscas e outras diligências

necessárias à efetivação da penhora, sendo que só depois desta o executado é citado.

O registro informático de execuções está regulado nos artigos 717 e 718 do CPC/13, contendo o rol das execuções pendentes, com informações sobre as execuções, os respectivos agentes de execução, as partes, os pedidos, os bens penhorados e os montantes reclamados. O registro também indica as execuções finalizadas ou suspensas, com informações sobre a existência de pagamento integral ou parcial, bem como sobre a eventual ausência de pagamento. A lista pública de execuções frustradas está disponível para consulta no portal do Ministério da Justiça português. O mesmo *site* também permite a pesquisa de quais empresas tiveram mais de 200 ações ajuizadas no ano anterior ao da pesquisa; possibilitando-se medir a litigiosidade de determinadas empresas no país.

Estas iniciativas podem ser utilizadas no Brasil.

Seria uma forma de uniformizar o gerenciamento de dados públicos quanto aos processos de execução, facilitando pesquisas sobre o resultado das execuções e o trâmite das mesmas. (MEDEIROS NETO, 2018, p. 150-151) (g. n.).

Enfim, para otimizar ainda mais os procedimentos satisfativos, veio a lume a Lei n. 32, em 30 de maio de 2014, instituindo o **procedimento extrajudicial pré-executivo** (“PePex”), que admite a própria **antecipação** das diligências do art. 749 do CPC/2013, ainda sob os cuidados dos agentes de execução. Para lançar mão do procedimento extrajudicial pré-executivo, o credor deve possuir título executivo que reúna as condições para a instauração de uma execução na forma sumária, *ex vi* do art. 550, 2, do CPC/2013; deve demonstrar que o seu crédito é líquido, certo e exigível; e, por fim, deve indicar o seu número de identificação fiscal, bem como o número de identificação fiscal do requerido, para fins de registro e investigação. Uma vez instaurado o “PePex”, o credor consegue **antecipar** a real situação patrimonial do devedor, de modo a sequer iniciar um procedimento executivo formal, se acaso o devedor não tiver patrimônio executável. E, para tanto, o agente de execução antecipa as diligências do art. 749 do CPC/2013, precisamente porque não dependem de autorização judicial.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

À primeira vista, poder-se-ia vincular uma ideia vaga e mal composta de desjudicialização a intenções sub-reptícias de fragilizar a Magistratura nacional, suprimindo-lhe poderes e competências, e/ou de “privatizar” o Poder Judiciário, abrindo os sacrossantos portões dos tribunais à terceirização da atividade fim judiciária. Esperamos ter demonstrado - com as informações, as reflexões e as sinalizações lançadas ao longo deste estudo - não serem essas, em absoluto, as pretensões da investigação e das propostas alinhadas ao seu ensejo (que por ora são, ademais, absolutamente generalistas e programáticas, como se pôde perceber; no devido tempo, deverão ganhar concreção e minudência, atentas às ponderações que se seguem logo abaixo). Ou, ao menos, não é esse o percurso legislativo que vaticinamos como útil ou meritório. **Qualquer pendor de desjudicialização que não implique em incremento da efetividade jurisdicional satisfativa é tendencialmente pernicioso**, sobretudo em plagas nas quais os créditos exequendos geralmente têm função alimentar.

Daí que, nos estritos lindes deste artigo, a desjudicialização a que se acena tem inconfundíveis cores, direção e densidade: parafraseando Álvares Torres,

No se trata de buscar la desjudicialización por la desjudicialización, *verbi gracia*, el utilitarismo de desjudicializar asuntos, que puede ir desde administrativizarlos hasta llevarlos a políticas contravencionales, para ‘aliviar’ la radicación judicial. (ÁLVARES TORRES, 2011).

Trata-se, sim, de buscar alternativas para que o processo judicial atenda, mais intensa e prontamente, aos seus escopos naturais (voltando a Dinamarco, sobretudo os seus escopos **sociais** e o **jurídico**, ao lado dos políticos, que não deixarão de ser alcançados).

Forte nessa percepção, o presente estudo fornece excelentes pontos de partida para eventuais empenhos de **desjudicialização** - ou, ao menos, de **desburocratização** - dos procedimentos judiciais vigentes entre nós, inclusive no marco do processo do trabalho. Assim são, emblematicamente, os modelos atualmente aplicados nos EUA, na França, na Itália e também em Portugal (este, sobretudo na esfera

executiva). Cabem aqui, porém, duas ponderações, como acima antecipávamos.

A primeira consubstancia uma **advertência**. Modelos estrangeiros não podem ser “internalizados” sem grandes cuidados, especialmente à vista da malha de normas-princípios que alicerçam o sistema processual brasileiro, de forte índole constitucional (v. CPC/2015, art. 1º) - notadamente no processo do trabalho -, e que não podem ser desprezados ou repulsados por institutos alienígenas. O que quer que se introduza, caberá positivar *cum grano salis*. Eis a tarefa do legislador: cotejar e inovar, mas com engenho, técnica e prurido.

A segunda verbaliza uma **contingência**. Com muita franqueza, não se deve esperar, na presente quadra, um Parlamento animado a trilhar veredas de desjudicialização que efetivamente conduzam à efetividade jurisdicional satisfativa. Sopram ainda os ventos liberalizantes da Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467/2017). E, como se pôde constatar há três anos, as poucas modificações operadas no marco da execução trabalhista vieram basicamente para “contê-la”, não para otimizá-la. Vejam-se, p. ex., as novidades operadas no art. 878 (quanto à relativa impossibilidade de execuções de ofício), nos arts. 882 e 899, § 11 (quanto à garantia executiva por meio de seguro garantia judicial), e no art. 883-A (quanto ao prazo estendido para que decisões judiciais transitadas em julgado sejam levadas a protesto e/ou admitam negatização no Banco Nacional de Devedores Trabalhistas).

Felizmente, porém, os tempos são sempre cíclicos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996.

ALTALEX. Procedura civile. **Del procedimento davanti al tribunale**: dell'istruzione della causa. Codice di procedura civile, Libro II, Titolo I, Capo II. Milano, 2020. Disponível em: <https://www.altalex.com/documents/news/2014/12/04/del-procedimento-davanti-al-tribunale-dell-istruzione-della-causa>.

ÁLVARES TORRES, Osvaldo M. ¿Por qué la desjudicialización de la justicia de familia? **Contribuciones a las Ciencias Sociales**, Málaga, marzo 2011. Disponível em: <https://www.eumed.net/rev/cccss/11/omat.htm>. Acesso em: 24 set. 2020.

BIHLER, Michael. **Rechtsgefühl, System und Wertung**: Ein Betrag zur Psychologie der Rechtsgewinnung. München: Beck, 1979.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **DOU**, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **DOU**, Brasília, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei n. 6.204, de 2019**. Dispõe sobre a desjudicialização da execução civil de título executivo judicial e extrajudicial. Brasília, 2019. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8049470&ts=1594037651957&disposition=inline>. Acesso em: 24 set. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho. **Ato n. 11/GCGJT, de 23 de abril de 2020**. Regulamenta os prazos processuais relativos a atos processuais que demandem atividades presenciais, assim como a uniformização dos procedimentos para registro e armazenamento das audiências em áudio e vídeo e fixa outras diretrizes. Brasília, 23 abr. 2020. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/documents/10157/63416/Ato+CGJT+11-2020.pdf/5f1f5520-c2d0-38e8-79ef-aa3c7e1f18db?t=1587684511843>.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Resolução n. 203, de 15 de março de 2016**. Edita a Instrução Normativa n. 39, que dispõe sobre as normas do Código de Processo Civil de 2015 aplicáveis e inaplicáveis ao Processo do Trabalho, de forma não exaustiva. Brasília, 10 mar. 2016. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/documents/10157/429ac88e-9b78-41e5-ae28-2a5f8a27f1fe>.

BROX, Hans; WALKER, Wolf-Dietrich.

Zwangsvollstreckungsrecht. 7. Aufl. Köln/Berlin/Bonn/München: Carl Heymanns, 2003.

C.A. **Code de procédure civile annoté.** 111. éd. Paris: Dalloz, 2020. Annotations de jurisprudence et bibliographie par Laurent Dargent.

CHAVES, Luciano Athayde. **A recente reforma no processo comum e seus reflexos no direito judiciário do trabalho.** São Paulo: LTr, 2006.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil.** V. 1. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

DMYTRUS, Charles. Actualité du droit de la preuve. **Village de la Justice**, Toulouse, 2014. Disponível em: <https://www.village-justice.com/articles/Actualite-Droit-Preuve,16504.html>.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Do pré-contrato de trabalho: o contrato preliminar de trabalho no *iter* da contratação laboral: abordagem comparativa e jusfundamental.** São Paulo: LTr, 2010.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Por um processo realmente efetivo: inflexões do *due process of law* na tutela processual de direitos humanos fundamentais.** São Paulo: LTr, 2016.

FINDLAW. **California Code.** Penal Code, PEN § 128. Eagan, MN, Thomson Reuters, 2020. Disponível em: <https://codes.findlaw.com/ca/penal-code/pen-sect-128.html>.

FRANCE. Code pénal. Chapitre Ier: Des faux (Articles 441-1 à 441-12). **Légifrance**, Paris, 2020. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGISCTA000006149854/2020-09-23/>.

FREITAS, José Lebre de. **A ação executiva: depois da reforma.** 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

GOMES, Marcus Lívio. Perspectivas para a execução fiscal no Brasil: execução fiscal judicial x execução fiscal administrativa: qual o melhor caminho? **Revista CEJ**, Brasília, Conselho da Justiça Federal, n. 45, p. 86-101, abr./jun. 2009.

HASSEMER, Winfried. **Theorie und Soziologie des Verbrechens**. Frankfurt am Main: Athenäum, 1973.

HESSE, Konrad. **Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**. 4. Aufl. Heidelberg: C. F. Müller, 1970.

HOGAN, John C. Murder by perjury. **Fordham Law Review**, New York, NY, v. 30, issue 2, 1961. Disponível em: <https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol30/iss2/3/>.

KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do direito**. Tradução de António Ulisses Cortês. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004.

LAMPE, Ernst-Joachim Lampe (Hrsg.). **Das sogennante Rechtsgefühl**: Jahrbuhr für Rechtssoziologie und Rechtstheorie. Opladen: Westdeutscher, 1985.

LEXBASE. **Etude**: le harcèlement moral. Paris, 2020. Disponível em: <https://www.lexbase.fr/encyclopedie-juridique/21417637-etude-le-harcelement-moral>.

MEDEIROS NETO, Elias Marques de. A recente Lei n. 12.606/18, a execução em Portugal e a busca antecipada de bens do devedor no Brasil. **Revista Pensamento Jurídico**, São Paulo, v. 12, n. 2, jul./dez. 2018.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução de Peter Naumann. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

OBERMAYER, Klaus. Über das Rechtsgefühl. **Juristenzeitung**, Tübingen: Mohr Siebeck, n. 41, 1986.

PORTUGAL. Código de Processo Civil. Lei n. 41/2013. **Diário da República**, Lisboa, n. 121, Série I, 26 jun. 2013. Disponível em: <https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/34580575/view>.

QUILLES, Breitner; LIMA, Diego. A homologação de acordo extrajudicial como negócio jurídico processual. Migalhas de Peso. **Migalhas**, Ribeirão Preto, 19 dez. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/317224/a-homologacao-de-acordo-extrajudicial-como-negocio-juridico-processual>. Acesso em: 20 set. 2020.

REGO, Carlos Francisco de Oliveira Lopes do. As funções e o estatuto processual do agente de execução e seus reflexos no papel dos demais intervenientes no processo executivo. **Themis**: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, n. 9, p. 43-54, 2004.

ROSENBERG, Leo. **Die Stellvertretung im Prozeß**: Auf der Grundlage und unter eingehender vergleichender Darstellung der Stellvertretungslehre des bürgerlichen Rechts, nebst einer Geschichte der prozessualischen Stellvertretung. Berlin: Franz Vahlen, 1908.

RÜMELIN, Gustav. Über das Rechtsgefühl. **Kanzlerreden**: Kanzler der Universität Tübingen 1870-1889. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1907.

SANDULLI, Piero; SOCCI, Angelo Matteo. **Il processo del lavoro**: la disciplina processuale del lavoro privato, pubblico e previdenziale. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2010.

SILVA, Paula Costa e. **A reforma da acção executiva**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003b.

SILVA, Paula Costa e. **Acto e processo**: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo. Coimbra: Coimbra Editora, 2003a.

SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA FILHO, João de Lima. **Instituições de direito do trabalho**. 15. ed. São Paulo: LTr, 1995.

TOMA, Richard. Die juristische Bedeutung der grundrechtlichen Sätze der deutschen Reichsverfassung im allgemeinen. *In*: NIPPERDEY, Hans-Carl (Hrsg.). **Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung**: Kommentar zum zweiten Teil der Reichsverfassung. Berlin: Reimar Hobbing, 1929.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* (Coord.). **Primeiros comentários ao novo código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

A REVISÃO DE ACORDO JUDICIAL EM VIRTUDE DA PANDEMIA: a teoria da onerosidade excessiva e o consequencialismo

JANON, Renato da Fonseca*

“Viver é isso: ficar se equilibrando, o tempo todo, entre escolhas e consequências.” (Jean-Paul Sartre)

Resumo: A revisão de acordo judicial em virtude da pandemia de coronavírus é autorizada pela Teoria da Onerosidade Excessiva (art. 478 do Código Civil) e pela Interpretação Sinéptica do Direito (consequencialidade), desde que demonstradas circunstâncias excepcionais imprevisíveis e quando o devedor comprovar que a insuficiência de recursos para honrar os termos da conciliação foi provocada pela crise pandêmica. O primeiro argumento consiste na cláusula *rebus sic stantibus*, garantia implícita em qualquer forma de contrato bilateral e sinalagmático, devendo ser aplicada, inclusive, nos acordos homologados pelo Poder Judiciário. O segundo argumento consiste na Interpretação Sinéptica, a técnica da ponderação das consequências e da conformação dos resultados.

Palavras-chave: Revisão de acordo judicial. Coronavírus. Teoria da Imprevisão. Onerosidade Excessiva. Interpretação Sinéptica. Pragmatismo jurídico. Ponderação das consequências.

*Juiz Titular da 1ª Vara do Trabalho de Lençóis Paulista/SP.

Abstract: The revision of a judicial agreement due to the coronavirus pandemic is authorized by the Theory of Excessive Onerosity (art. 478 of the Civil Code) and by the Syneptic Interpretation of Law (consequentiality), provided that unpredictable exceptional circumstances are demonstrated and when the debtor proves that the insufficiency of resources to honor the terms of the conciliation was caused by the pandemic crisis. The first argument consists in the *rebus sic stantibus* clause, an implicit guarantee in any form of bilateral and signagmatic contract, which must also be applied in agreements ratified by the Judiciary. The second argument consists of the Syneptic Interpretation, the technique of weighing up the consequences and shaping the results.

1 INTRODUÇÃO: apresentação do caso

O presente artigo tentará responder à questão acima a partir do exame de um caso hipotético, inspirado em fatos reais, no qual uma associação filantrópica postulou a revisão das parcelas de um acordo e a exclusão da cláusula penal em virtude do atraso no pagamento, alegando que o fluxo de doações que abastecia o seu caixa foi interrompido durante a pandemia de Covid-19. O reclamante discordou com veemência e alegou que deveriam ser rigorosamente observados os termos do ajuste homologado pelo Juízo.

De início, observo que a solução ideal, obviamente, seria uma nova conciliação, que substituísse o acordo anterior. No entanto, a despeito das insistentes tentativas, as partes não conseguiram chegar a um consenso e coube ao Juízo o dever de resolver o impasse.

À primeira vista, se fôssemos olhar somente para a literalidade do texto legal, enfatizando os **princípios**, seria possível sustentar que o autor tem razão, haja vista que, **em condições normais**, o acordo homologado em Juízo faz coisa julgada, sendo irrecorrível e irretroatável (art. 831, parágrafo único, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT). Assim, em tese, somente poderia ser desconstituído por ação rescisória (Súmula n. 259 do Tribunal Superior do Trabalho - TST) ou por uma novação.

Todavia, se, por outro lado, focarmos nas **consequências**, veremos que a solução não é tão simples como parecia na leitura inicial,

uma vez que a aplicação fria da letra da lei poderia levar a consequências desastrosas para todos os litigantes.

Ninguém ignora que a crise mundial provocada pela pandemia de coronavírus (Covid-19) afetou a todos indistintamente, empregados ou empregadores, principalmente no caso da reclamada, uma instituição sem fins lucrativos voltada para a assistência e inclusão de pessoas com deficiência. Assim, temos que sopesar os interesses conflitantes e conciliar necessidades antagônicas: de um lado, devemos assegurar ao reclamante o direito de receber o seu crédito; do outro, não podemos ser inflexíveis a ponto de inviabilizar a continuidade das atividades da instituição, prejudicando as pessoas assistidas, e, quiçá, provocar a dispensa de outros trabalhadores que ainda laboram na entidade.

Estamos atravessando uma das maiores crises econômicas e humanitárias de toda a história, fato que só encontra paralelo recente na chamada “Gripe Espanhola” de 1918. Daí por que precisamos interpretar a lei e a jurisprudência com o devido bom senso, recorrendo, se necessário, a alternativas que transcendam à dogmática tradicional para atender a uma situação **excepcional**, que não foi nem poderia ser prevista quando da celebração do acordo original. É o que o Ministro Gilmar Mendes chamou de “**jurisprudência da crise**”, a partir da experiência coligida do Tribunal Constitucional de Portugal, que reinterpretou o conceito de “proibição do retrocesso” para adaptá-lo às circunstâncias da situação econômica do país - Acórdão n. 353 de 2012:

Em meio a esse complexo quadro, parece evidente que as normas jurídicas soam, em um ponto de vista estritamente pragmático, um mero detalhe no debate sobre a aprovação de medidas essenciais ao combate a uma epidemia que se alastra em progressão geométrica e vem vitimando milhares de pessoas pelo mundo. Entretanto, mesmo nesses momentos, as normas jurídicas - em especial a Constituição - não podem ser encaradas como um obstáculo, mas como um caminho necessário e seguro para a solução da crise. É fundamental prezar pela compatibilização de aparentes contradições e abertura à busca por alternativas a uma leitura fria e seca da lei, distante de uma realidade que, muitas vezes, não poderia sequer ser imaginada pelo legislador ou pelo constituinte. (MENDES, 2020).

Portanto, diante dessa situação absolutamente **excepcional e imprevisível**, cuja gravidade foi reconhecida na Lei Federal n. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, e no Decreto Legislativo n. 6/2020 (que decretou o estado de calamidade), tornou-se inevitável (embora não desejável) rever os termos do acordo inicial com fundamento no **art. 393 do Código Civil** (força maior) e no **art. 478 do Código Civil** (onerosidade excessiva por fato imprevisível), flexibilizando as datas para pagamento da avença, sem, no entanto, alterar o valor estabelecido no pacto original. Detalharei, a seguir, os fundamentos jurídicos que me fizeram transcender à literalidade do art. 831/CLT para chegar a esta conclusão.

2 A CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS* E AS TEORIAS DA REVISÃO

A origem da cláusula de revisão contratual remonta a, aproximadamente, 2.700 a.C., quando a lei 48 do **Código de Hamurabi** determinava que “se alguém tem um débito a juros e uma tempestade devasta o campo ou destrói a colheita, ou por falta d’água não cresce o trigo no campo, ele não deverá nesse ano dar trigo ao credor”.

Na Idade Média, em virtude das sucessivas pestes que assolaram a Europa central, houve o desdobramento da aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*, expressão que significa “permanecendo as coisas como estão” e que tem origem no Direito Canônico, sendo originalmente codificada pelos glosadores medievais (**Glosa Ordinária**, de Acúrsio), embora já fosse adotada pelos pretores romanos desde veneranda Antiguidade, precedendo às **Institutas** de Justiniano (**Digesto**, D. 12, 4, 8, de Neratio).

No direito moderno, a cláusula *rebus sic stantibus* encontra fundamento doutrinário em quatro teorias principais, a partir das quais foram elaboradas várias outras vertentes:

- a) Teoria da Pressuposição - direito alemão do Século XIX - Bernhard Windscheid;
- b) Teoria da Base do Negócio - direito alemão do Século XX - Paul Oertmann e Karl Larenz;

- c) Teoria da Imprevisão - direito francês - George Ripert;
- d) Teoria da Onerosidade Excessiva - direito italiano - Giuseppe Osti.

2.1 O direito alemão: as teorias da pressuposição e da base do negócio

Na **Alemanha**, a possibilidade de revisão contratual por circunstâncias extraordinárias já era prevista no § 377 do Código da Prússia de 1794. No século seguinte, com o ressurgimento do prestígio da cláusula *rebus sic stantibus* na doutrina germânica, **Bernhard Windscheid** construiu, em 1850, sua conhecida **Teoria da Pressuposição**. Segundo ele, quem manifestasse sua vontade sob uma determinada pressuposição, queria que o efeito jurídico daquela vontade somente existisse dentro de certo estado de coisas, ou seja, caso viesse a ocorrer o fato que havia pressuposto. A pressuposição, segundo o autor, poderia se manifestar de modo expresso, ao lado da declaração de vontade, ou ser inferida a partir do próprio conteúdo da declaração¹.

Segundo Bernhard Windscheid, “a pressuposição corresponderia a uma condição não desenvolvida, isto é, não expressa, mas da qual os contratantes fariam depender a validade da sua estipulação” (1850, p. 3)². Em outras palavras, se mudassem os pressupostos que levaram a uma determinada manifestação de vontade, o negócio jurídico subjacente também deveria ser revisto ou revisado. Trata-se, portanto, de uma doutrina baseada na declaração volitiva.

Embora o Código Civil de 1900 não tratasse, explicitamente, da possibilidade de revisão dos contratos por fato imprevisível superveniente, a doutrina e a jurisprudência germânicas do Século XX desenvolveram a Teoria da Quebra da Base do Negócio, a qual, ao contrário da antiga Teoria da Pressuposição, passou a concentrar ênfase nas circunstâncias fundamentais que levaram à celebração do pacto contratual.

¹MORAES, Renato José de. **Cláusula *rebus sic stantibus***. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 69-70.

²*Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung* (“A doutrina da lei romana na Pressuposição”).

De um lado, **Paul Oertmann** (1921)³ desenvolveu a **Teoria da Base Subjetiva**, declarando que “a base do negócio denota a representação de uma das partes, reconhecida e não contestada pela outra, ou a representação comum às partes, sobre a presença de certas circunstâncias tidas como fundamentais para a formação da vontade”.

De outro, **Karl Larenz** sustentou a **Teoria da Base Objetiva**, estabelecendo a distinção conceitual entre as duas proposições. Enquanto a base subjetiva abrange as representações mentais sobre as quais as partes concluíram o acordo, a objetiva traduz as circunstâncias pressupostas, mesmo sem que delas tenham as partes consciência, tais como a manutenção da legislação ou de determinado sistema econômico. Dissipa-se a base objetiva do negócio quando há uma perturbação na equivalência das prestações ou uma frustração do escopo do contrato que o torne inexecutável nas condições originais.

A **Teoria da Quebra da Base Objetiva do Negócio** ganhou força, na Alemanha, no período do pós-guerra, quando houve a desvalorização do marco devido à hiperinflação. Ocorreram alterações das circunstâncias em muitos casos, como nos contratos de fornecimento nos quais uma parte era obrigada a entregar as mercadorias de acordo com o preço combinado à época da celebração dos pactos. Entretanto, esse valor não era mais compatível com o período pós-guerra. Caso o valor fosse mantido, haveria o enriquecimento de uns e o empobrecimento de outros, podendo resultar até mesmo em um novo colapso econômico, ou seja, o princípio *pacta sunt servanda* se transformou num obstáculo para o processo de reconstrução nacional. Daí por que, apesar de não constar expressamente no Código Civil, os Tribunais alemães passaram a admitir a revisão.

Mais adiante, em uma evolução da Teoria da Quebra da Base Objetiva, a doutrina teutônica passou a defender a “Teoria da Perturbação da Base do Negócio” (*Störung der Geschäftsgrundlage*), sobretudo após as mudanças no conjunto de normas que disciplinam o Direito das Obrigações por meio da lei *Schuldrechtsmodernisierungsgesetz*, em vigor a partir de janeiro/2002. Essa reforma legislativa teve ampla repercussão

³*Die Geschäftsgrundlage: ein neuer Rechtsbegriff* (“A base do negócio: um novo conceito jurídico”).

na possibilidade de revisão dos contratos ao introduzir o § 313 no BGB (Código Civil alemão):

§ 313 (Perturbação da base do negócio)

(1) Se circunstâncias, tornadas base do contrato, alteraram-se profundamente depois da sua celebração, de modo que as partes não o teriam celebrado ou o teriam com outro conteúdo, se houvessem previsto essa alteração, então pode ser exigida a revisão do contrato, na medida em que for inexigível para a parte a manutenção do contrato não modificado, considerando todas as circunstâncias do caso concreto, especialmente a repartição contratual ou legal do risco.

(2) Da mesma forma de uma alteração das circunstâncias se regula quando representações essenciais, tornadas base do contrato, se demonstrem falsas.

(3) Se não é possível a revisão ou se ela não for exigível de uma das partes, então pode a parte prejudicada resolver o contrato. No lugar do direito de resolução dá-se o direito à denúncia, nos casos de relações duradouras. (DEUTSCHLAND, 2013).

Portanto, embora já fosse aplicada antes, a partir de janeiro de 2002 a possibilidade de revisão contratual por fato superveniente passou a ser devidamente positivada no Direito Civil alemão.

2.2 O direito francês: a teoria da imprevisão

Na **França**, o art. 1.134 do Código Civil de 1804 (chamado “Código Napoleônico”) estabeleceu que “o contrato tem força de lei entre as partes” (“*Article 1134. Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites*”). No entanto, mesmo assim, a jurisprudência civil passou a admitir, em certos julgados, que os contratos fossem modificados ou resiliados devido à mudança de circunstâncias a que foram submetidos. Essa construção pretoriana, que transcendia a literalidade do art. 1.134 do Código Civil de 1804, inspirou o que, mais tarde, viria a ser a hoje consagrada Teoria da Imprevisão.

No contexto da Primeira Guerra Mundial, quando a economia europeia entrou em colapso, a **Lei Failliot**, de 21 de janeiro de 1918, passou a positivar a possibilidade de revisão ou mesmo de resolução dos contratos, estabelecendo, em seu artigo segundo, que:

Artigo Segundo. Independentemente de causas de resolução oriundas do direito comum (direito civil) ou de convenções particulares, os negócios e contratos mencionados no artigo precedente podem ser resolvidos a pedido de qualquer uma das partes, se provado que, por razão do estado de guerra, a execução das obrigações de um dos contratantes envolver encargos que lhe causam um prejuízo de uma importância que ultrapassa e muito as previsões razoavelmente feitas à época da convenção.

O juiz, quando estabelecer indenizações por perdas e danos, deverá reduzir seu montante se constatar que, em virtude do estado de guerra, o prejuízo ultrapassou demasiadamente aquele que os contratantes puderam prever. Se, conforme as condições e os usos do comércio, a compra foi feita por conta e risco do vendedor, e as mercadorias não foram entregues, o montante da indenização deve ser reduzido na forma da terceira alínea acima. O juiz poderá também, a pedido de uma das partes, determinar suspensão da execução do contrato durante um período que estabelecer. (FRANCE, 2020b).

As décadas seguintes consagraram a **Teoria da Imprevisão**, para a qual a razão de ser da revisão contratual está em fatores externos à vontade das partes, ou seja, na ocorrência de fatos supervenientes, imprevistos e imprevisíveis, que tornaram desproporcional o negócio jurídico original, nos termos inicialmente previstos.

Dessarte, segundo a Teoria da Imprevisão, o contrato deveria ser revisto não apenas porque a vontade original teria sido desvirtuada, mas porque fatores externos assim o determinariam, tais como a moral⁴, a boa-fé, a equidade, a justiça e a própria noção do direito⁵.

A reforma do Direito dos Contratos, que entrou em vigor em 1º.10.2016, incorporou, definitivamente, a Teoria da Imprevisão ao ordenamento jurídico da França. Segundo o **novo art. 1.195 do Código Civil francês**,

⁴RIPERT, Georges. **La règle morale dans les obligations civiles (Anthologie du Droit)**. Paris: Libr. Generale de Droit Et de Jurisprudence, 1996, p. 132-157.

⁵MAIA, Paulo Carneiro. **Da cláusula *rebus sic stantibus***. São Paulo: Saraiva, 1959, p. 197-210.

Se uma alteração de circunstâncias imprevisíveis quando da conclusão do contrato torna a execução excessivamente onerosa para uma das partes, que não tinha concordado em assumir o risco, ela pode solicitar a renegociação do contrato à outra parte. Ela continua a executar as suas obrigações durante a renegociação.

Em caso de recusa ou insucesso da renegociação, as partes podem concordar em rescindir o contrato, na data e segundo as condições por elas determinadas, ou pedir em comum acordo para que o juiz faça as adaptações do contrato. Na falta de acordo dentro de um prazo razoável, o juiz pode, a pedido de uma das partes, revisar ou dar fim ao contrato na data e nas condições por ele determinadas. (FRANCE, 2020a).

2.3 O direito italiano: a teoria da onerosidade excessiva

Na **Itália**, como se fosse uma espécie de síntese eclética entre as duas doutrinas que a precederam, a **Teoria da “Onerosidade Excessiva Superveniente”** teve origem em estudos realizados pelo professor Giuseppe Osti, o qual desenvolveu uma das mais sólidas e influentes fundamentações para a revisão contratual, a partir da análise da vontade dos contratantes. De acordo com Osti, é necessário analisar a vontade com que os contratantes se obrigaram, qual seja, a vontade concreta deduzida daquela contratação singular. **Osti** elaborou o conceito de **“vontade marginal”**, dividindo as manifestações volitivas em dois tempos. O primeiro seria a vontade contratual, expressa no ato da celebração. O segundo seria a vontade marginal, atribuída no momento da execução do contrato.

Dáí por que, de acordo com a **“Teoria da Superveniência”** ou da **“Onerosidade Excessiva”**, é preciso considerar a vontade geralmente incluída em cada tipo contratual específico; assim, é possível saber a que álea as partes se obrigaram, dentro da qual são efetivamente responsáveis perante o outro contratante. Caso mudanças supervenientes tivessem ultrapassado os limites dessa álea, poder-se-ia dizer que isso estaria colidindo com a vontade das partes de executar o contrato de maneira estrita.

Em 1942, o Código Civil Italiano, nos arts. 1.467, 1.468 e 1.469, adotou a Teoria da Onerosidade Excessiva para justificar a resolução de contratos. Merece especial destaque o **art. 1.467 do Código Civil italiano**, segundo o qual:

Nos contratos com execução contínua ou periódica ou com execução diferida, caso a execução de uma das partes tenha se tornado excessivamente onerosa pela ocorrência de eventos extraordinários e imprevisíveis, a parte que deve essa execução poderá requerer a rescisão do contrato, com os efeitos previstos pelo artigo 1458 (ato 168). (ITALIA, 2020).

Como se vê, o Código italiano, que ainda está em vigor, previu que, em contratos de execução continuada, periódica ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornasse excessivamente onerosa devido a eventos extraordinários e imprevisíveis, a parte prejudicada poderia demandar a resolução do contrato. Nesse contexto, rica é a contribuição de Alberto Buffa, que, ao comentar acórdãos sobre onerosidade excessiva, arguiu que esta deveria se pautar no conceito de equilíbrio objetivo das prestações, marca característica do chamado sinalagma funcional, que deveria presidir as relações contratuais.

2.4 O direito português: o conceito de “alteração anormal”

Em **Portugal**, o art. 437 do Código Civil lusitano fala em “alteração anormal” e estabelece que:

1. Se as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal, tem a parte lesada direito à resolução do contrato, ou à modificação dele segundo juízos de equidade, desde que a exigência das obrigações por ela assumidas afecte gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato.
2. Requerida a resolução, a parte contrária pode opor-se ao pedido, declarando aceitar a modificação do contrato nos termos do número anterior. (PORTUGAL, 2020a).

O conceito de “alteração anormal”, pressuposto para a revisão de contratos segundo o Código Civil português, é bem explicado no **Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra** (Processo n. 1097/12.6TBMGR.C1, de 13.5.2014):

A resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias depende da verificação dos seguintes requisitos: (i) que haja alteração relevante das circunstâncias em que as partes tenham fundado a decisão de contratar, ou seja, que essas circunstâncias se hajam modificado de forma anormal, e que (ii) a exigência da obrigação à parte lesada afete gravemente os princípios da boa fé contratual, não estando coberta pelos riscos do negócio.

A alteração anormal das circunstâncias em que as partes fundaram o contrato pode resultar da alteração da legislação existente à data do negócio, como pode resultar de acontecimentos políticos ou da modificação repentina do sistema económico vigente. Essas situações são aquelas sobre as quais as partes não construíram quaisquer representações mentais (não pensaram nelas, pura e simplesmente), mas que são de qualquer modo imprescindíveis para que, através do contrato, se atinjam os fins visados pelas partes. (PORTUGAL, 2020b).

2.5 O direito britânico: “a doutrina da frustração”

A princípio, o direito anglo-saxão, baseado na imperatividade dos contratos, era refratário à ideia de revisão de cláusulas por fatos supervenientes. No entanto, as circunstâncias históricas se impuseram, e, desde o início do Século XX, os Tribunais ingleses passaram a admitir a possibilidade de se discutir a tese denominada “*Frustration of Contract*”, embora em condições bem específicas e extraordinárias. A Teoria da Frustração é uma doutrina do direito contratual inglês que atua como um dispositivo para anular contratos nos quais um evento imprevisto torna as obrigações pactuadas impossíveis ou muda radicalmente o objetivo principal da parte para celebrar o contrato.

No sistema da *Common Law*, muitas decisões judiciais são baseadas em precedentes, que servem de paradigmas para casos futuros. Em geral, quando um tema é de ampla repercussão, os Tribunais

criam “Testes”, definindo parâmetros para serem adotados em processos semelhantes, a fim de balizar a futura atuação jurisdicional. O teste para se saber se um contrato foi “frustrado” por fatores supervenientes imprevisíveis foi definido por Lord Radcliffe, no caso *Davis Contractors Ltd v. Fareham Urban District Council* [1956] AC 696, em julgamento proferido na Câmara dos Lordes:

A frustração ocorre sempre que a lei reconhece que, sem o inadimplemento de qualquer das partes, uma obrigação contratual se tornou incapaz de ser cumprida porque as circunstâncias em que a execução é exigida tornariam a coisa radicalmente diferente daquela assumida pelo contrato. [...]

No Direito britânico, a chave para se compreender a **Doutrina da Frustração** está na expressão “**radicalmente diferente**”, a qual significa que o fato superveniente deve resultar em “uma mudança significativa nas circunstâncias de cumprimento do contrato”, em decorrência de elementos exógenos que não foram objeto de previsão das partes. Na maioria dos casos, as controvérsias serão resolvidas de acordo com Lei da Reforma dos Contratos Frustrados, de 1943 - *The 1943 Law Reform (Frustrated Contracts)* -, mas sempre tendo como referência o teste definido por Lord Radcliffe.

Uma descrição mais detalhada do “**Teste da Frustração**” foi apresentada em *Paal Wilson & Co A/S v. Partenreederei Hannah Blumenthal*, por Lord Brandon:

Existem dois fatos essenciais que devem estar presentes para que um contrato seja frustrado. O primeiro fator essencial é que deve haver alguma mudança externa ou alheia de situação, não prevista ou previsível pelas partes no momento da contratação, que impossibilite a execução do contrato ou, pelo menos, torne o seu cumprimento algo radicalmente diferente do que as partes contemplaram quando o celebraram. O segundo fator essencial é que o evento externo ou a mudança estranha de situação em questão, e as consequências de ambos em relação à execução do contrato, devem ter ocorrido sem culpa ou inadimplemento de qualquer uma das partes do contrato ([1983] 1 AC 854, 909).

Recentemente no Reino Unido a **Doutrina da Frustração** passou a ser invocada nas relações de trabalho, em virtude da pandemia de coronavírus. Embora no passado essa doutrina raramente fosse trazida para um contrato de trabalho, ela passou a ser objeto de foco renovado após a entrada em vigor dos Regulamentos de Proteção à Saúde (“**Regulamento do Coronavírus**”), de 26 de março de 2020. Entre outras restrições que afetam a atividade econômica, o Regulamento do Coronavírus exige que restaurantes, cafés, bares e *pubs* fechem durante o “**período de emergência**”, além de prever *lockdowns* temporários, levantando a possibilidade de frustração do contrato de trabalho pela absoluta impossibilidade de desempenho do serviço contratado.

Conquanto não existam julgamentos recentes sobre esse tema (até porque o governo britânico fez um portentoso programa de 38 bilhões de libras para pagar 80% dos salários dos trabalhadores afastados durante a pandemia de Covid-19), há um precedente histórico do “*Employment Appeal Tribunal (EAT)*” (Tribunal de Recurso do Emprego), no caso *The Egg Stores (Stamford Hill) Ltd v. Leibovici [1976] IRLR 376 (EAT)*, no qual, com base na Teoria da Frustração, foi considerado rescindido o contrato de um empregado que ficou afastado do serviço por um longo período, por circunstâncias alheias à relação de trabalho e sem culpa do empregador⁶.

2.6 O direito argentino: “onerossidade excessiva”

Na **Argentina**, o art. 1.198 do Código Civil menciona a “onerossidade excessiva” ao estabelecer que:

Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión.

En los contratos bilaterales conmutativos y en los unilaterales onerosos y conmutativos de ejecución

⁶Vide artigo de Mark Greaves, “Coronavírus e a Frustração dos Contratos de Emprego” (GREAVES, Mark. Coronavirus and the Frustration of Employment Contracts. **Matrix Chambers**, London, 17 Apr. 2020. Disponível em: <https://www.matrixlaw.co.uk/resource/coronavirus-and-the-frustration-of-employment-contracts-by-mark-greaves/>).

diferida o continuada, si la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada podrá demandar la resolución del contrato. El mismo principio se aplicará a los contratos aleatorios cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al riesgo propio del contrato.

En los contratos de ejecución continuada la resolución no alcanzará a los efectos ya cumplidos.

No procederá la resolución, si el perjudicado hubiese obrado con culpa o estuviese en mora.

La otra parte podrá impedir la resolución ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato. (ARGENTINA, 2020).

2.7 O direito brasileiro: “onerosidade excessiva” e “imprevisão”

No **Brasil**, a possibilidade de revisão contratual em circunstâncias extraordinárias e imprevisíveis está prevista nos arts. 478 a 480 do Código Civil brasileiro:

Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva. (BRASIL, 2002).

O art. 317 do Código Civil também dispõe que:

Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução,

poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação. (BRASIL, 2002).

Na mesma senda, o art. 421 do CC preceitua que: “A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato” (BRASIL, 2002).

Por sua vez, o art. 6º, inciso V, do Código de Direito do Consumidor prevê que:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas; [...] (BRASIL, 1990).

No caso específico da Justiça do Trabalho, merece especial destaque um acórdão proferido pelo **Tribunal Regional do Trabalho** da 3ª Região, no qual foi autorizada a revisão das datas de pagamento de um acordo porque o Estado de Minas Gerais alterou, unilateralmente, as datas de pagamento da aposentadoria do devedor, que contava com esse dinheiro para honrar o termo de conciliação homologado em Juízo. A fundamentação do acórdão invoca a Teoria da Onerosidade Excessiva e a Teoria da Imprevisão:

ACORDO JUDICIAL. TRANSAÇÃO. DATA DE VENCIMENTO QUE SE TORNOU EXCESSIVAMENTE ONEROSA PARA O DEVEDOR. TEORIA DA IMPREVISÃO. A transação, muito embora tenha sido homologada judicialmente, não perde a sua natureza contratual, sempre defendida pela doutrina civilista, e agora encampada no Novo Código Civil (art. 840 e ss.). As partes acordam direitos e obrigações recíprocos e estipulam cláusula penal, caracteres típicos de qualquer negócio jurídico. Outra questão também que sempre foi objeto de apreciação doutrinária no que concerne aos contratos é a chamada ‘teoria da imprevisão’. Segundo autorizadas vozes preceituam, todos os contratos são celebrados com a cláusula *rebus sic stantibus* implicitamente.

Isto é, permanecerão as disposições contratuais na forma avençada (*pacta sunt servanda*) se as condições existentes ao tempo da celebração permanecerem. Se, no curso da execução do contrato, surgir evento imprevisível capaz de tornar a obrigação excessivamente onerosa para a parte, poderá ela pedir a revisão contratual em juízo, conforme está expresso nos arts. 478/480 do Novo Código Civil. Nesse contexto, avençada época de pagamento das parcelas constantes do acordo judicial em função da data em que o devedor percebe benefício previdenciário, e vindo este a ser alterado unilateralmente pelo Estado (“fato do príncipe”), aquela disposição torna-se excessivamente onerosa, podendo ser modificada pelo juízo para adequar-se à nova situação das partes, restabelecendo-se o equilíbrio contratual. (TRT da 3ª Região, Processo 00106-2002-036-03-00-7 AP, data de publicação 23.8.2003, disponibilização 22.8.2003, DJMG, p. 3, Órgão Julgador Terceira Turma - citado pelo MM. Juiz Luiz Augusto Fortuna, em decisão proferida no processo 0010897-96.2015.5.15.0106).

De forma semelhante, no caso narrado como exemplo no início deste artigo também não resta a menor sombra de dúvida de que a superveniência da pandemia de Covid-19 constitui fato grave, absolutamente imprevisível, que não foi, nem poderia ser, inicialmente considerado pelas partes, e que tornou excessivamente oneroso o cumprimento do acordo nas datas previamente combinadas, justificando a sua revisão.

3 INTERPRETAÇÃO SINÉPICA: ponderação das consequências

Se não bastassem os argumentos anteriores, há um outro que considero ainda mais relevante: ao interpretar a lei (ou os termos de um acordo), o juiz deve levar em conta a ponderação das suas consequências práticas, conforme estabelece o art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do

bem comum” (BRASIL, 1942). No caso em discussão, diante do atual cenário de pandemia, manter o acordo nos termos originalmente pactuados poderia levar à insolvência da reclamada e, em última instância, diante de um eventual bloqueio de valores, até mesmo ao fechamento da instituição, provocando um dano ainda maior do que aquele que se pretende evitar.

Afinal, se a entidade tiver suas atividades encerradas ou suspensas, todos os trabalhadores que ainda laboram na instituição serão prejudicados, assim como as dezenas de pessoas assistidas pela instituição filantrópica que presta serviço de utilidade pública.

Ademais, **o próprio reclamante poderá ser prejudicado**, na medida em que, sem um fluxo de recursos ou sem um patrimônio disponível, eventual execução poderá vir a ser frustrada e o autor demorará muito mais tempo para receber o que tem direito. É melhor para o próprio autor manter a instituição funcionando e receber o montante do acordo, ainda que de forma diferida, do que iniciar uma execução que não se sabe quanto tempo durará, nem se, ao final, terá êxito. Os pretores romanos, cientes da máxima *summus jus, summa jura*, já evocavam, em suas decisões, a sabedoria de **Janus**, a divindade latina das Escolhas e das Decisões, sugerindo que o magistrado deve ter um rosto olhando para o passado, voltado para os princípios, e o outro mirando o futuro, tentando vislumbrar os possíveis resultados. Tanto é assim que, nos termos do art. 25 do **Código de Ética da Magistratura**: “Especialmente ao proferir decisões, incumbe ao magistrado atuar de forma cautelosa, **atento às consequências que pode provocar**” (BRASIL, 2008) (g. n.).

Vamos, portanto, falar de **consequencialismo**, termo filosófico criado por Elizabeth Anscombe, em *Modern Moral Philosophy* (1958), para defender a tese de que um agente é responsável tanto pelas consequências intencionais de um ato quanto pelas não intencionais, quando previstas e não evitadas. Portanto, as consequências deveriam ser levadas em consideração quando se faz juízo sobre o correto e o incorreto.

Interessa-nos, mais precisamente, o **consequencialismo jurídico**, conceito incorporado ao ordenamento pátrio a partir da Lei n. 13.655, de 25.4.2018, que inseriu os arts. 20 e 21 na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas. [...] (BRASIL, 2018).

O consequencialismo jurídico pode ser definido, então, como a técnica de ponderação que examina as possíveis consequências práticas da decisão judicial antes de implementá-la, levando em conta o impacto humanitário, social e econômico nas razões de decidir.

3.1 A base doutrinária do consequencialismo

O Direito não pode ignorar a realidade porque, quando isto ocorre, a realidade se vinga, ignorando o Direito (Georges Ripert). Logo, nenhum juiz pode ignorar as consequências práticas das decisões que profere. Daí por que a “ponderação das consequências” foi incluída dentre os elementos estruturantes do conceito de Justiça na magistral obra do polímata indiano **Amartya Sen**, prêmio Nobel de Economia e professor de Harvard, Oxford, Cambridge e da *London School of Economics*. Além de brilhante economista e sociólogo, Amartya Sen também é um dos maiores filósofos do Direito da atualidade, e suas lições são estudadas nas melhores faculdades do mundo.

No capítulo 10 do livro **A Ideia da Justiça**, ele analisa o que é “ser justo” a partir do clássico *Bhagavad Ghita*, um texto sagrado hindu que faz parte do épico *Mahabharata*. O texto, escrito em sânscrito, relata o diálogo de Krishna, considerado como a suprema personalidade de Deus - verdade absoluta e inconcebível -, com Arjuna (seu discípulo guerreiro), em pleno campo de batalha. Arjuna representa o papel de uma alma confusa sobre seu dever e recebe iluminação

diretamente de Krishna, que o instrui na ciência da autorrealização ao lhe explicar o sustentáculo do Reto Agir (o *dharm*a, o *karma-yoga*, o serviço desinteressado). No desenrolar da conversa são colocados pontos importantes da filosofia védica, que incluía, já na época, elementos do bramanismo.

Amartya Sen chama a atenção para a discussão entre Arjuna e Krishna. É um debate clássico entre uma deontologia independente das consequências, representada por Krishna, e uma avaliação sensível aos resultados, por Arjuna. Este não vê só se as suas ações são corretas ou adequadas com base em acontecimentos passados, regras e normas existentes, mas também tendo em conta o que acontecerá no futuro. Arjuna não está só preocupado com o que acontecerá ao mundo mas também com o que ele próprio vai fazer para provocar essa mudança. O pensamento de Arjuna é um bom exemplo de consequencialismo responsável (raciocínio sensível às consequências, e que, assim sendo, a escolha racional deve considerar as consequências de um certo ato).

Significa dizer que, na tradição hindu, a tomada de decisão não deve levar em conta apenas os seus benefícios próprios, mas também o efeito sobre os outros ao seu redor. O equilíbrio entre Krishna (o deontologista apegado aos dogmas) e Arjuna (o consequencialista preocupado com os resultados), típico da filosofia oriental, tal como o equilíbrio entre o *Yin* e o *Yang*, no Taoísmo, remete à necessidade de harmonizarmos a moralidade dos princípios com a moralidade dos resultados, ou, na definição de Max Weber, balancearmos a ética da convicção com a ética da responsabilidade. A concepção de Justiça sugerida por Amartya Sen propõe um meio-termo entre o dogmatismo inconsequente e o consequencialismo alienado, um equilíbrio entre os dogmas e as consequências.

Então, ao proferir uma sentença - ou qualquer decisão judicial -, o juiz deve levar em conta tanto a ética da convicção (a moralidade dos princípios) quanto a ética da responsabilidade (a moralidade dos resultados), buscando o que **Aristóteles** chamava de “justo meio”.

A harmonização dessa dicotomia nem sempre é fácil e requer do intérprete um juízo de ponderação caso a caso, levando em conta tanto os direitos individuais quanto o interesse público, tal como no conhecido **dilema do bonde**, experimento de ética proposto pela filósofa britânica **Philippa Foot** e sempre usado como exemplo nos

embates entre deontologia e utilitarismo. Vejamos a explicação do Professor Michael J. Sandel⁷:

Um bonde está fora de controle em uma estrada. Em seu caminho, cinco pessoas amarradas no trilho estão na iminência de morrer. Felizmente, é possível apertar um botão que encaminhará o bonde para um percurso diferente, mas ali, por desgraça, encontra-se outra pessoa também amarrada. A pergunta para a qual não há uma resposta simplista é: devemos apertar o botão? (SANDEL, 2012, p. 30-33).

Não há resposta óbvia ou sem efeitos colaterais. Não fazer nada é uma das opções, mas custaria a morte de cinco pessoas que poderiam continuar vivas. Por outro lado, agir implicaria em matar uma pessoa, que não morreria se o bonde continuasse em seu percurso original. É uma escolha difícil, mas necessária. Um deontologista puro argumentaria que ninguém tem o direito de escolher quem vai viver ou morrer e que deveríamos deixar o bonde seguir o seu caminho. Talvez invocasse os “desígnios de Deus”. Um consequentialista ponderaria que, já que a tragédia é inevitável, deveríamos optar pela solução menos danosa, poupando-se o maior número de vidas. Diria que a omissão é irresponsável.

Como lembra o filósofo **Jean-Paul Sartre**,

A escolha é possível, em certo sentido, porém, o que não é possível é não escolher. Eu posso sempre escolher, mas devo estar ciente de que, se não escolher, assim mesmo estarei escolhendo. Contudo, viver é isso: ficar se equilibrando, o tempo todo, entre escolhas e consequências. (SARTRE, 2014).

O Dilema do Bonde é um modelo recorrente na Filosofia do Direito e pode ser traduzido para outras situações mais tangíveis, como a de um paciente com morte cerebral, mas que ainda não teve o óbito formalizado, a despeito de seu quadro irreversível. Seus órgãos podem salvar cinco pessoas que irão morrer se não receberem o

⁷Michael J. Sandel, professor da Universidade de Harvard.

transplante imediatamente. Se não conseguir falar com algum familiar para obter o consentimento expresso, o que o médico deveria fazer? Aguardar ou transplantar? **Stuart Mill**, em sua lógica utilitarista, diria para fazer o transplante o mais rápido possível e salvar o maior número de pacientes. **Immanuel Kant**, com seu idealismo transcendental, responderia que a coisa certa a fazer é esperar a autorização dos responsáveis e que não podemos relativizar as regras imperativas, por melhores que sejam as nossas intenções.

É claro que, do ponto de vista estritamente legal, o médico não poderia fazer o transplante sem a autorização prévia do paciente ou de seu responsável. A questão proposta é outra: na perspectiva exclusivamente moral, qual seria a medida mais correta: transplantar os órgãos e salvar as cinco pessoas ou aguardar, ainda que isso implique em deixá-las morrer? Por outro lado, salvar essas vidas agora, sem autorização da família do doador, poderia inibir outras doações no futuro? Como se vê, toda resposta tem um custo elevado, sem maniqueísmos.

Percebe-se, portanto, que a ideia de Justiça requer **equilíbrio axiológico**, na medida em que, se de um lado não podemos abrir mão dos princípios que estruturam nosso sistema moral, por outro, também não podemos ignorar as consequências. Dogmas \times resultados. Eis nosso desafio: encontrar a harmonia entre o ser e o dever ser.

Nos Estados Unidos, Richard Posner, professor da Universidade de Chicago e de Stanford, um dos precursores do movimento *Law and Economics* (Análise Econômica do Direito), também defende essa abordagem consequencialista por meio do **pragmatismo jurídico**, sugerindo que:

As decisões judiciais devem levar em conta suas consequências na realidade social, postura decisória que, de um lado, repudia a tomada de decisões *ad hoc* e livre das amarras legais, máxime porque geraria instabilidade e insegurança jurídica aos jurisdicionados, mas, por outro, exige atenção e ponderação das cognitivamente designadas consequências sistêmicas das soluções alvitradas. (POSNER, 2003, p. 59-60).

Diversos acórdãos do Tribunal Superior Eleitoral (por exemplo, no REspe n. 85911, publicado em 24.11.2015, Rel. Min. Luiz Fux) e do Supremo Tribunal Federal (*vide* RE 574706-PR, que tratava

da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS) já evocaram o conceito de “pragmatismo jurídico”, ponderando os efeitos da decisão judicial.

Extraí-se daí que o juiz também tem o dever de fazer um **controle de consequencialidade**, ou, em termos mais técnicos, uma análise **sinéptica**, na definição do jurista e antropólogo legal alemão **Wolfgang Fikentscher**, professor da Escola de Direito da Universidade de Munique. Vejamos o conceito doutrinário:

Synepeik ou **sinéptica** é a parte da ciência do direito que propõe o reconhecimento e o estudo da ‘ponderação das consequências’, operação que habilita ao intérprete-aplicador a pensar através da conformação de resultados, isto é, das consequências que sua decisão possa produzir, concretamente, extra autos, no mundo real, inclusive os seus efeitos indiretos não almejados. (FIKENTSCHER, 2004, p. 35).

De acordo com o magistério de Wolfgang Fikentscher, a palavra **sinéptica** “é derivada do grego *synépeia* = consequência lógica, coerência. O método proposto poderia assim também ser denominado de consequencialismo ou coerencialismo”. A ideia assemelha-se ao conceito de adequação da proporcionalidade, ou seja, cuida-se de saber se determinado meio pode contribuir para a obtenção do resultado pretendido⁸.

O professor **Menezes Cordeiro** observa que a ponderação das consequências da decisão constitui um fator relevante de realização do direito, chamando a atenção para:

[...] as regras da interpretação sinéptica, que, habilitando o intérprete-aplicador a pensar através de consequências, permite, pelo conhecimento e ponderação dos efeitos das decisões, combater os estereótipos conceituais, de modo a garantir a concretude da Justiça. (CORDEIRO, 2007, p. 149-ss).

⁸FERREIRA, Odím Brandão. **A ideia de proporcionalidade no direito: uma análise sinepética**. 2005. 690 f. Dissertação (Mestrado em Direito e Estado)-Universidade de Brasília, Faculdade de Direito. Brasília, 2011, p. 238. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/7698>.

3.2 A base jurisprudencial do consequencialismo

A interpretação sinéptica transcende a literalidade da lei para ponderar sobre as consequências práticas que a aplicação de uma norma produzirá na vida das pessoas, analisando tanto o impacto sobre as partes do processo quanto a repercussão em toda a sociedade. Toda decisão judicial tem um efeito que vai muito além do julgamento do caso concreto, de modo que o magistrado deve estar atento aos efeitos extraprocessuais.

Em **Portugal**, o método hermenêutico da “interpretação sinéptica” (como ficou conhecido o consequencialismo na terra de Camões) vem sendo, há muito, utilizado pelos Tribunais lusitanos, como, por exemplo, no Acórdão n. 0623005 do Tribunal da Relação do Porto e no Acórdão n. 236/2000 do Tribunal Constitucional português, sendo, por vezes, focado na constatação de efeitos práticos já ocorridos e, em outras ocasiões, baseado apenas na prognose de resultados futuros previsíveis a partir de uma dedução racional. É a análise dedutiva das consequências mais prováveis.

Na **Alemanha**, o Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) recorre com frequência à hermenêutica consequencialista, como, por exemplo, no julgamento do chamado *Kassenzabmarzt-Urteil*, no qual se discutiu a legitimidade de norma que estabelecia um processo de admissão, com *numerus clausus*, para os dentistas das caixas de assistência, o que equivaleria, praticamente, a uma proibição de exercício profissional para os dentistas que ficavam de fora do sistema. Com esse fundamento, entendeu a Corte que a restrição era incompatível com o princípio da liberdade de exercício profissional. Prevaleceu, então, a inferência de que a aferição das consequências de uma norma jurídica pelo Poder Judiciário é um **controle de resultado** (*Ergebniskontrolle*) e não um controle do processo (*Verfabrenskontrolle*), permitindo que as decisões judiciais sejam racionalmente mais fundamentadas que as do legislador⁹.

⁹MENDES, Gilmar. Controle de constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial - a experiência alemã. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, 2000, p. 8-11. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1063/1047>. Acesso em: 15 out. 2020.

Em outra decisão muito conhecida do Tribunal Constitucional Federal alemão, proferida em 18 de julho de 1972, no famoso caso *BVerfGE 33, 303* foi discutido o direito de acesso ao ensino superior e a limitação do número de vagas nas universidades públicas alemãs. Alguns estudantes que não foram admitidos em universidades de medicina de Hamburgo e Munique em razão da política de limitação de vagas em cursos superiores ingressaram com ações judiciais, invocando o art. 12 da Lei Fundamental alemã, segundo o qual: “Todos os alemães têm o direito de eleger livremente a sua profissão, o lugar de trabalho e o de aprendizagem. [...]” (ALEMANHA, 2019). Reconheceu a Corte alemã que o direito de escolha de profissão (art. 12), associado aos princípios da igualdade (art. 3) e do Estado Social (art. 20), conduz inegavelmente ao direito de acesso às instituições de ensino.

Entretanto, não obstante o reconhecimento da existência do direito de acesso ao ensino superior, decidiu o Tribunal que “a pretensão dos estudantes não se mostrava razoável perante a sociedade”. Construindo a **teoria da reserva do possível**, o Tribunal alemão firmou o entendimento de que o cidadão só poderia exigir do Estado e, por consequência, da sociedade, aquilo que razoavelmente se pudesse esperar, tendo em vista que os recursos públicos, financiados pelos contribuintes, sempre serão escassos e insuficientes para cobrir todas as despesas e atender a todos os interesses dos particulares.

No **Brasil**, essa ponderação sobre as consequências já foi levada em conta pelo Tribunal Superior do Trabalho ao editar a Súmula n. 363, que reconheceu o direito à contraprestação pactuada em relação ao número de horas trabalhadas e ao FGTS, a despeito de o art. 37, inciso II, da Carta Magna indicar, de forma inequívoca, que é nulo o contrato de trabalho do servidor que não se submeteu a concurso público.

Raciocínio semelhante foi usado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) ao estimular os poupadores a aderirem ao acordo com os bancos na ADPF 165, sobre Planos Econômicos, bem como ao fazer a modulação no julgamento das ADIs 3.237 e 3.649 (contratações temporárias nos Estados da Federação) e do RE 631.240 (condições da ação e acesso à justiça para a concessão de benefício previdenciário), levando em conta tanto as consequências econômicas quanto os efeitos político-sociais.

Aliás, na ementa do acórdão prolatado na **ADI 3.649**, o Supremo Tribunal Federal, transcendendo à literalidade da própria Constituição, fez uma “**ponderação das consequências**” para estabelecer uma modulação a fim de evitar a descontinuidade de serviços públicos essenciais no Estado do Rio de Janeiro, a despeito de declarar inconstitucional a lei fluminense que, violando a regra do concurso público, autorizou contratações temporárias fora das hipóteses previstas no art. 37, inciso IX, da CF:

EMENTA ADI 3.649. [...] 8) **A hermenêutica consequencialista** indicia que a eventual declaração de inconstitucionalidade da lei fluminense com efeitos *ex tunc* faria exsurgir um vácuo jurídico no ordenamento estadual, inviabilizando, ainda que temporariamente, a manutenção de qualquer tipo de contratação temporária, o que carrearía um *periculum in mora* inverso daquele que leis como essa, preventivas, destinadas às tragédias abruptas da natureza e às epidemias procuram minimizar, violando o princípio da proporcionalidade - razoabilidade. 9) *Ex positis*, e ressalvada a posição do relator, julgou-se procedente a ação declarando-se a inconstitucionalidade da Lei Estadual do Rio de Janeiro n. 4.599, de 27 de setembro de 2005. 10) Reconhecida a necessidade de modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade para preservar os contratos celebrados até a data desta sessão (28.5.2014), improrrogáveis após 12 (doze) meses a partir do termo *a quo* acima. (G. n.).

Em outras palavras, no julgamento da ADI 3.649, mesmo declarando a lei estadual inconstitucional, o Supremo Tribunal Federal fixou um prazo razoável para a transição, levando em conta a “hermenêutica consequencialista” ao ponderar sobre os efeitos que a dispensa abrupta dos contratados teria sobre o serviço público e sobre a população do Estado do Rio de Janeiro. Veja-se que não havia nenhum outro fundamento jurídico, a não ser a ponderação das consequências (o impacto sobre a sociedade), para se fixar um prazo de transição e modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

Recentemente, tivemos no Brasil outro exemplo prático da hermenêutica consequencialista (ou interpretação sinéptica) no âmbito do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento que afastou a possibilidade da **desaposentação** ou **reaposentação** (REs 636.553, 827.833, 381.367 e 661.256).

O raciocínio que acabou prevalecendo foi um caso típico de pragmatismo jurídico, inspirado na “Análise Econômica do Direito” de Posner. Ao decidir que os aposentados não podem se “reapossentar”, ou seja, renunciar à sua aposentadoria e trocar por outra mais vantajosa, o Supremo Tribunal Federal decidiu com olhos voltados para o equilíbrio financeiro das contas públicas, particularmente as da Previdência Social. Tanto que, ao proferir seu voto, o Ministro **Luiz Fux** mencionou, de forma aberta e explícita, que seu principal argumento era que:

A nossa Previdência Social não poderia estar mais falida do que está e não comporta esses institutos, nem da reaposentação, nem da desaposentação. Hoje, o cenário jurídico gravita em torno do binômio direito e economia.

Em seguida, emendou: “**estamos vivendo crise tão expressiva que nós, magistrados, temos que antever os resultados de nossas decisões**”. No dia seguinte, ao discursar em um congresso sobre segurança jurídica no Instituto de Ensino e Pesquisa - Insuper, o Ministro **Luiz Fux** reconheceu que “foram os influxos da economia que levaram o Supremo Tribunal Federal a vetar essa possibilidade diante do que hoje a economia exige do magistrado, uma postura pragmático-consequencialista”. Enfim, a própria jurisprudência do STF ressalta que devemos levar em conta as **consequências** práticas das decisões proferidas pelo Judiciário, mesmo quando outros fundamentos teóricos sinalizam em sentido contrário.

Extraí-se desse entendimento da Suprema Corte, no julgamento dos REs 636.553, 827.833, 381.367 e 661.256, que, além de analisar os critérios jurídicos e dogmáticos, o juiz também deve ponderar as consequências socioeconômicas das suas decisões.

4 DA CONCLUSÃO: teste de consequencialidade

Em síntese, para sistematizar o raciocínio aqui desenvolvido, defendemos que, sempre que for interpretar uma lei, o juiz deve ponderar se as consequências de sua aplicação literal serão adequadas, razoáveis e proporcionais diante do bem jurídico que se pretende tutelar. Para tanto, propomos que o intérprete deve refletir sobre 5 (cinco) singelas perguntas, elencadas no seguinte **teste de consequencialidade**:

- 1) As consequências da aplicação literal da lei violarão algum direito existencial, princípio fundamental ou garantia constitucional?
- 2) As consequências da aplicação literal da lei produzirão um resultado contrário ao interesse público e ao bem-estar social?
- 3) As consequências da aplicação literal da lei respeitarão o pressuposto da boa-fé?
- 4) As consequências da aplicação literal da lei atenderão à finalidade original para a qual a norma foi criada pelo legislador?
- 5) As consequências da aplicação literal da lei são passíveis de efetivo cumprimento, ou seja, é possível, na prática, cumprir a decisão judicial?

No caso proposto para reflexão, narrado na introdução deste artigo, é fácil perceber que a aplicação literal do art. 831, parágrafo único, da CLT seria contrária ao interesse público, desprezaria a boa-fé dos convenentes e produziria um resultado oposto à finalidade original da norma, sem contar o elevado risco de a decisão judicial se tornar inexecutável pela insolvência da devedora, que poderia ser levada a encerrar suas atividades.

Por conseguinte, não resta a menor dúvida de que manter os termos originais do acordo diante do cenário extraordinário e imprevisível decorrente da pandemia de coronavírus seria a solução que produziria as consequências mais nefastas para todos os litigantes, prejudicando não apenas a reclamada, mas também o reclamante e as pessoas que se beneficiam dos serviços prestados pela Instituição.

De tudo quanto exposto se extrai a conclusão de que a melhor solução para resolver o impasse é autorizar o parcelamento da dívida, excluindo a incidência da cláusula penal pelo atraso no pagamento, sem, contudo, alterar o montante do valor pactuado.

Evidente que isso não significa que a revisão do contrato ou do termo de um acordo deva ser autorizada quando não houver circunstâncias excepcionais imprevisíveis ou quando o devedor não comprovar a alegada carência de recursos para honrar o combinado. Não se trata de ignorar o passado (os princípios) nem de desconsiderar o futuro (consequências), mas sim de buscar um ponto de equilíbrio que nos permita renovar as folhas sempre que a ventania derrubá-las sem, contudo, abrir mão das raízes que nos sustentam. Como diz a música do inigualável poeta Paulinho da Viola (1972): “Meu pai sempre me dizia: meu filho, tome cuidado. Quando eu penso no futuro, não esqueço o meu passado”.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. Lei Fundamental da República Federal da Alemanha. Tradução de Assis Mendonça. Revisão jurídica de Urbano Carvelli. **Deutscher Bundestag**, Berlin, 2019. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>.

ARGENTINA. Código Civil de la República Argentina. **OEA**, Washington, D.C., 2020. Disponível em: https://www.oas.org/dil/esp/codigo_civil_de_la_republica_argentina.pdf.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Código de Ética da Magistratura Nacional. **DJ**, Brasília, 18 set. 2008. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/codigo-de-etica-da-magistratura/>.

BRASIL. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. **DOU**, Rio de Janeiro, 9 set. 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **DOU**, Brasília, 12 set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **DOU**, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm.

BRASIL. Lei n. 13.655, de 25 de abril de 2018. Inclui no Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. **DOU**, Brasília, 26 abr. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm#art1.

CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil português**. V. I - Parte Geral. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

DEUTSCHLAND. German Civil Code. **Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz**, Berlin, 2013. Disponível em: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/.

FERREIRA, Odim Brandão. **A ideia de proporcionalidade no direito**: uma análise sinepéica. 2005. 690 f. Dissertação (Mestrado em Direito e Estado)-Universidade de Brasília, Faculdade de Direito. Brasília, 2011. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/7698>.

FIKENTSCHER, Wolfgang. **Modes of thought**: a study in the anthropology of law and religion. Tübingen: Mohr Siebeck, 2004.

FRANCE. Code Civil. **Légifrance**, Paris, 2020a. Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070721/2021-07-01.

FRANCE. Loi du 21 janvier 1918, dite Failliot relative aux marchés commerciaux conclus avant la 1ere Guerre Mondiale. **Légifrance**,

Paris, 2020b. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000000869154/>.

GREAVES, Mark. Coronavirus and the Frustration of Employment Contracts. **Matrix Chambers**, London, 17 Apr. 2020. Disponível em: <https://www.matrixlaw.co.uk/resource/coronavirus-and-the-frustration-of-employment-contracts-by-mark-greaves/>.

ITALIA. Il Codice Civile Italiano. **The Cardozo Electronic Law Bulletin**, Torino, 2020. Disponível em: http://www.jus.unitn.it/cardozo/Obiter_Dictum/codciv/Codciv.htm.

LARENZ, Karl. **Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung: die Bedeutung “veränderter Umstände” im Zivilrecht**. München: Beck, 1951.

MAIA, Paulo Carneiro. **Da cláusula *rebus sic stantibus***. São Paulo: Saraiva, 1959.

MENDES, Gilmar. Controle de constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial - a experiência alemã. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, 2000. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1063/1047>. Acesso em: 15 out. 2020.

MENDES, Gilmar. Jurisprudência de crise e pensamento do possível: caminhos constitucionais. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 11 abr. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-11/observatorio-constitucional-jurisprudencia-crise-pensamento-possivel-caminhos-solucoes-constitucionais>. Acesso em: 15 out. 2020.

MORAES, Renato José de. **Cláusula *rebus sic stantibus***. São Paulo: Saraiva, 2001.

OERTMANN, Paul. **Die Geschäftsgrundlage: ein neuer Rechtsbegriff**. Leipzig: Deichert, 1921.

OSTI, Giuseppe. Clausola *rebus sic stantibus*. In: AZARA, Antonio; EULA, Ernesto. **Novissimo digesto italiano**. Torino: Utet, 1959.

PORTUGAL. Acórdãos do Tribunal da Relação de Coimbra. Processo n. 1097/12.6TBMGR.C1, de 13.5.2014. **IGFEJ**, Lisboa, 2020b. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/>.

PORTUGAL. Código Civil. Decreto-Lei n. 47344. Diário do Governo n. 274/1966, Série I, 1966-11-25. **DRE**, Lisboa, 2020a. Disponível em: <https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/34509075/view>.

POSNER, Richard. **Law, pragmatism and democracy**. Cambridge: Harvard University Press, 2003.

RIPERT, Georges. **La règle morale dans les obligations civiles (Anthologie du Droit)**. Paris: Libr. Generale de Droit Et de Jurisprudence, 1996.

RODRIGUES JR., Otavio Luiz. A célebre lei do deputado Failliot e a teoria da imprevisão. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 2 abr. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-02/direito-comparado-celebre-lei-deputado-failliot-teoria-imprevisao>. Acesso em: 15 out. 2020.

RODRIGUES JR., Otavio Luiz. **Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa?** Tradução de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SARTRE, Jean-Paul. **O existencialismo é um humanismo**. Tradução de João Batista Kreuch. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Schwarcz/Companhia das Letras, 2011.

VIOLA, Paulinho da (Paulo César Batista de Faria). **Dança da Solidão**. Rio de Janeiro, Odeon, 1972.

WINDSCHEID, Bernhard. **Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung**. Düsseldorf: Julius Buddeus, 1850.

OS IMPACTOS DA PANDEMIA DE SARS-COV-2, CAUSADORA DE COVID-19, NOS CONTRATOS DE APRENDIZAGEM: reflexos da MP 927 e de sua caducidade

SCARABELLI, Camila Ceroni*

Resumo: A pandemia mundial de SARS-CoV-2, causadora de Covid-19, impactou as relações contratuais não apenas sob o aspecto da saúde pública, mas também no que diz respeito à legislação temporária. O contrato de aprendizagem, modalidade especial de contrato de emprego com vigência por prazo determinado, também sofreu esses abalos fáticos e jurídicos. Contudo, nem toda ordem jurídica que compõe o chamado Direito do Trabalho Emergencial (ou de Exceção) é compatível com essa modalidade contratual especial, motivo pela qual a análise detalhada e sistemática se faz necessária, para se assegurar a preservação da garantia constitucional de proteção prioritária e absoluta aos adolescentes aprendizes (art. 227 da Constituição Federal).

Palavras-chave: Pandemia de SARS-CoV-2. Covid-19. Direito do trabalho emergencial. Contrato de aprendizagem.

*Juíza do Trabalho Titular da 2ª Vara do Trabalho de Ribeirão Preto/SP. Membro do Comitê Regional de Erradicação ao Trabalho Infantil do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região (desde janeiro/2020). Ex-Juíza Coordenadora do Juizado Especial da Infância e da Adolescência da 15ª Região em Campinas (JEIA-Campinas) (quinquênio 2015/2020). Mestre em Direito Civil. Especialista em Direitos Difusos e Coletivos. Especialista em Sindicalismo e Economia do Trabalho.

1 INTRODUÇÃO

Atravessamos um momento inimaginável com a pandemia do novo coronavírus, causador da Covid-19, trazendo à tona uma preocupação redobrada com a população em maior estado de vulnerabilidade do país, em especial crianças e adolescentes, detentores de prioridade absoluta e proteção integral de acordo com a Constituição Federal (CF/1988).

Tanto o art. 7º, XXXIII, da CF, quanto o Estatuto da Criança e do Adolescente asseguram proteção à vida e à saúde da criança e do adolescente, o que deve ser cumprido inclusive em relação ao aprendiz, pois o trabalho do adolescente não pode ser realizado em locais prejudiciais à sua saúde, à sua formação e ao seu desenvolvimento.

Nesse contexto, oportuno pontuar que o Brasil é signatário da Convenção 182 da Organização Internacional do Trabalho - OIT, a qual veda o exercício de quaisquer atividades por crianças e adolescentes que, por sua natureza ou circunstância em que é executada, seja suscetível de prejudicar a sua saúde, a sua segurança e a moral.

É com esse enfoque que precisamos analisar os impactos da pandemia de SARS-CoV-2, causadora da Covid-19, nos contratos de aprendizagem, atentos à criação normativa de medidas temporárias de emergência para a proteção de emprego e renda que poderão, em regra, ser aplicadas durante o período de estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo n. 6, instituído quanto ao período de 20.3.2020 a 31.12.2020.

Cada medida temporária de emergência possui suas peculiaridades, inclusive quanto aos limites temporais específicos que constem na norma jurídica instituidora dessa medida especial.

Adverte-se, no entanto, que nem todas as medidas instituídas pelo chamado Direito de Emergência ou Direito de Exceção são passíveis de serem aplicadas aos contratos de aprendizagem, dadas as peculiaridades, características e requisitos específicos desse contrato de trabalho especial. Deve-se, pois, atentar-se às divergências existentes quanto à aplicação das mesmas normas temporárias de emergência ou exceção aos adolescentes aprendizes e aos trabalhadores adultos.

Essa é a importância especial da presente análise, uma vez que, ainda que se superem os questionamentos sobre a constitucionalidade das medidas provisórias editadas nesse período de calamidade

pública, ainda há necessidade de se identificar quais se compatibilizam (ou não) com os contratos de aprendizagem, a fim de se proceder à correta identificação dos impactos pandêmicos a esses contratos especiais dos aprendizes.

Tratando-se de tema novo, pouco explorado, não há referências doutrinárias consistentes a esse respeito. E apesar de se ter notícias empíricas acerca das dificuldades práticas com as quais se depararam os empregadores, as instituições promotoras do curso de aprendizagem profissional e os jovens aprendizes, ainda não há formação jurisprudencial a esse respeito, mas por certo, em breve, várias dessas questões chegarão ao Poder Judiciário trabalhista - e na 15ª Região aos seus Juizados Especiais da Infância e da Adolescência - para a solução das controvérsias.

2 PANDEMIA DE SARS-COV-2 E O DIREITO DO TRABALHO DE EMERGÊNCIA

O ano de 2020 foi definitivamente um ano atípico e surpreendente. E entrará para a história mundial por ter recepcionado um inimigo comum, poderoso e invisível, que foi capaz de, ao mesmo tempo, impactar a saúde pública, as relações contratuais, a economia regional e mundial, relativizando a liberdade de locomoção, impedindo a continuidade de cumprimento do calendário escolar, repercutindo, inclusive, nas relações de emprego.

Nunca antes na história da humanidade se deparou com um inimigo tão poderoso que se postou contra toda a civilização, forçando que todos os países no mundo - exceto os excepcionais negacionistas - reunissem forças e conhecimentos científicos e tecnológicos na tentativa de identificar, localizar, restringir a propagação e adotar medidas (ora paliativas, ora concretas) para combater esse mal.

A Organização Mundial de Saúde, que é agência vinculada às Nações Unidas, em 30 de janeiro de 2020 expediu o mais alto nível de alerta previsto no seu Regulamento Sanitário internacional, ao decretar o surto de novo coronavírus, constituindo emergência de saúde pública de importância internacional (ESPII).

A mesma Organização internacional reconheceu, em 11.3.2020, que o mundo enfrentava pandemia do novo coronavírus

SARS-CoV-2, causador da Covid-19, publicizando seu decreto de reconhecimento da situação mundial.

Em âmbito nacional, foi promulgada a Lei n. 13.979, de 6.2.2020, dispondo sobre as medidas que poderão ser adotadas para o enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de Covid-19, dentre as quais o estabelecimento de isolamento social, quarentena obrigatória, realização compulsória de exames, testagem, coletas, vacinação e tratamentos médicos, uso de máscaras para a proteção individual, prevenindo a possibilidade de se restringir locomoção e circulação de pessoas, inclusive em rodovias, portos e aeroportos, dentre outras medidas. Referida Lei foi regulamentada pelo Decreto n. 10.282, de 20.3.2020, o qual, inclusive, disciplinou serviços públicos e atividades essenciais.

Nesse contexto, ganha especial relevância o Decreto Legislativo n. 6, de 20.3.2020, reconhecendo o estado de calamidade pública decorrente da pandemia de Covid-19, com efeitos até 31 de dezembro de 2020, inclusive. A mesma norma instituiu Comissão Mista no âmbito do Congresso Nacional, com o objetivo de:

Art. 2º [...] acompanhar a situação fiscal e a execução orçamentária e financeira das medidas relacionadas à emergência de saúde pública de importância internacional relacionada ao coronavírus (Covid-19). (BRASIL, 2020a).

O Ministro da Saúde, fazendo uso das atribuições que lhe foram conferidas pelos incisos I e II do parágrafo único do art. 87 da Constituição, decretou emergência em saúde pública de importância nacional (ESPIN) pela Portaria n. 188, de 3.2.2020, criando o Centro de Operações de Emergências em Saúde Pública (COE-nCoV), prevenindo, inclusive, nas possibilidades desse comitê,

Art. 3º [...]

[...]

V - [...]

a) o acionamento de equipes de saúde incluindo a contratação temporária de profissionais, nos termos do disposto no inciso II do *caput* do art. 2º da Lei n. 8.745, de 9 de dezembro de 1993; [...]. (BRASIL, 2020b).

O Ministério da Saúde, as Secretarias de Estado da Saúde e as Secretarias de Saúde dos municípios e outras autoridades do Poder Executivo passaram a editar vários atos administrativos-normativos, determinando a suspensão dos eventos e atividades presenciais que envolvessem concentração de pessoas, e obrigatoriedade de uso de equipamentos de proteção individual pela população em geral, como medidas de contenção da propagação comunitária do novo coronavírus.

Com a evolução da pandemia em curva ascendente, com a imposição de restrição à circulação de pessoas e vedação de aglomeração, passaram a ser editadas pelo Poder Executivo Federal várias medidas provisórias para regular várias relações jurídicas, dentre elas as relações de trabalho. Citam-se, em especial, as MPs 927, 936, 944, 946 e 959, pelo maior impacto que causaram às relações jurídicas entre empregados e empregadores.

A maioria dos doutrinadores e juristas denominam esse conjunto de normas temporárias editadas em razão da pandemia de SARS-CoV-2, causadora de Covid-19, como **Direito do Trabalho de Emergência** ou Direito Emergencial do Trabalho, dentre os quais citam-se os renomados juristas Vólia Bomfim, Homero Batista Mateus da Silva, Antonio Umberto de Souza Júnior.

Pontua-se, no entanto, destaque especial ao colega magistrado da 15ª Região e jurista renomado Guilherme Guimarães Feliciano, ao advertir, durante o 20º Congresso Nacional de Direito do Trabalho e Processual do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, que a melhor e mais adequada denominação a esse conjunto normativo, diversamente do que outros juristas o fazem, seria a intitulação de **Direito do Trabalho de Exceção**, explicando que muitas dessas medidas provisórias disciplinaram preceitos inconstitucionais.

Independentemente da expressão terminológica que venha a se sedimentar na doutrina e na jurisprudência, o importante no momento é pontuar que as normas e os atos administrativos-normativos que foram sendo editados pelos Poderes Estatais (Executivo e Legislativo) compõem um conjunto normativo que impacta no Direito do Trabalho e, por consequência, também nas relações de emprego, razão pela qual precisam ser analisados com a devida prudência para serem bem compreendidos antes de aplicados na prática.

E necessariamente essa análise passa pela consideração do fundamento jurídico para a instituição dessas normas que interferiram no Direito do Trabalho, quais sejam: a manutenção do emprego e preservação da renda, o enfrentamento do estado de calamidade pública e o enfrentamento da emergência em saúde pública de âmbito internacional reconhecida pelo DL n. 6/2020 e com as especificidades da Lei n. 13.979/2020.

Por oportuno, esclarece-se que, dentre as inúmeras medidas emergenciais instituídas nas mais variadas normas, optou-se pela análise de algumas, sem a pretensão de exauri-las, dando-se enfoque maior àquelas previstas na MP 927, deixando-se para nova oportunidade a análise de outras previstas nas demais medidas provisórias e atos normativos.

3 NOÇÕES GERAIS SOBRE O CONTRATO DE APRENDIZAGEM

Antes de se analisar propriamente os impactos da pandemia de SARS-CoV-2 aos contratos de aprendizagem, é necessário proceder a breves explicações sobre essa modalidade especial de contrato de trabalho.

A Constituição Federal, promulgada em 5 de outubro de 1988, expressamente proíbe o exercício de quaisquer atividades econômicas, remuneradas ou não, por crianças e adolescentes que possuam idade inferior a 14 anos. Também fixa a maioridade trabalhista plena aos 18 anos de idade.

Na faixa etária intermediária, permite o trabalho decente, seguro e protegido para quem tem a partir de 17 anos de idade, excepcionalmente permitindo que adolescentes a partir dos 14 anos de idade ingressem no mercado de trabalho exclusivamente através de contrato de aprendizagem.

A aprendizagem profissional foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei n. 10.097, de 19.12.2000, a qual alterou a Consolidação das Leis do Trabalho exatamente no seu Capítulo IV - Da Proteção do Trabalho do Menor, vindo inserir vários artigos disciplinadores do contrato de aprendizagem.

O conceito legal de aprendizagem está previsto no art. 428 da CLT, nos seguintes termos:

Art. 428. Contrato de aprendizagem é o contrato de trabalho especial, ajustado por escrito e por prazo determinado, em que o empregador se compromete a assegurar ao maior de 14 (quatorze) e menor de 24 (vinte e quatro) anos inscrito em programa de aprendizagem formação técnico-profissional metódica, compatível com o seu desenvolvimento físico, moral e psicológico, e o aprendiz, a executar com zelo e diligência as tarefas necessárias a essa formação. (BRASIL, 1943).

Importante pontuar que o contrato de aprendizagem é um contrato por prazo determinado, com período de vigência limitado a dois anos, sendo a única possibilidade lícita de trabalho rentável para adolescentes que possuam 14 e 15 anos de idade, embora possa ser exercido até os 18 anos de idade, excetuada a limitação temporal para o aprendiz portador de deficiência.

Diversamente do que acontece nas relações de emprego tradicionais, nas quais o empregado é um trabalhador adulto, o contrato de aprendizagem não é firmado apenas entre dois sujeitos (empregado e empregador), sendo indispensável a coparticipação ativa de um terceiro sujeito do contrato, que é a instituição qualificadora que ministrará ao adolescente aprendiz a indispensável formação técnico-profissionalizante (art. 430 da CLT). Quando se tratar de programa de aprendizagem decorrente de cumprimento alternativo da cota legal, poderá ainda estar presente um quarto sujeito, correspondente à entidade concedente da experiência prática do aprendiz, assim definida no art. 66, § 2º, do Decreto n. 9.579/2018.

Todos os elementos formais de uma relação de emprego tradicional precisam estar presentes na relação contratual de aprendizagem profissional, tais como o registro em Carteira de Trabalho e os recolhimentos de Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) e contribuição previdenciária, observada a alíquota específica.

Contudo, outros requisitos específicos são essenciais para a validade do contrato de aprendizagem, dentre os quais: garantia de recebimento de salário-mínimo hora, matrícula e frequência na escola

até a conclusão do ensino médio, inscrição e frequência em curso do programa de aprendizagem profissional, cômputo na sua jornada tanto das horas de trabalho quanto das horas destinadas às aulas teóricas e práticas do curso de aprendizagem profissional, jornada máxima de seis horas diárias, admitindo-se a jornada de oito horas diárias somente para os aprendizes que já tenham completado o ensino fundamental. Nessa modalidade especial de contrato de trabalho de adolescente é expressamente vedada a prorrogação e a compensação de jornada de trabalho.

Deverá ser celebrado contrato de aprendizagem profissional por escrito, constando todos os sujeitos participantes, com a especificação de todos os detalhes dessa relação jurídica, inclusive da função, do salário, da carga horária teórica, da carga horária prática, do local onde serão ministradas as aulas, do local onde será exercida a parte prática da aprendizagem, da identificação da empresa que está cumprindo a cota legal estabelecida no art. 429, § 1º-B, da CLT, das competências a serem desenvolvidas e atividades a serem executadas, sempre se respeitando o fato de o adolescente ser pessoa em desenvolvimento - sua evolução nas atividades deve respeitar essa peculiaridade -, e o período de vigência desse contrato não ser superior a dois anos.

Por fim, as hipóteses de extinção do contrato de aprendizagem são fixadas no art. 433 da CLT de forma taxativa, não se podendo, por isso, ampliar, elastecer ou alterar esse rol.

4 MEDIDAS EMERGENCIAIS INAPLICÁVEIS AOS APRENDIZES

4.1 Extinção sumária do contrato de aprendizagem

Desde o início da pandemia de SARS-CoV-2, causadora de Covid-19, o país se deparou não apenas com a autorização legal para a adoção das medidas de isolamento e quarentena compulsórios, de restrição à aglomeração de pessoas (Lei n. 13.979/2020), assim como uma sucessão de atos de governos estaduais e municipais também restringindo o funcionamento de diversas atividades econômicas como medidas de contenção da propagação da contaminação, ao mesmo tempo

em que se fixava o rol de atividades essenciais autorizadas excepcionalmente a funcionar durante esse período.

A partir disso, surgiram nos meios empresarial e jurídico as mais variadas teses acerca das medidas de isolamento e quarentena em prol da proteção da saúde pública, bem como da restrição de autorização para o funcionamento apenas das atividades essenciais - às empresas tinha sido imposto o seu fechamento, seja por força maior, seja por *factum principis*.

A diferenciação de consequências de a extinção contratual decorrer de força maior ou de *factum principis* extrai-se da própria Consolidação das Leis do Trabalho.

O *factum principis* é disciplinado na CLT nos seguintes termos:

Art. 486. No caso de paralisação temporária ou definitiva do trabalho, motivada por ato de autoridade municipal, estadual ou federal, ou pela promulgação de lei ou resolução que impossibilite a continuação da atividade, prevalecerá o pagamento da indenização, que ficará a cargo do governo responsável.

§ 1º Sempre que o empregador invocar em sua defesa o preceito do presente artigo, o tribunal do trabalho competente notificará a pessoa de direito público apontada como responsável pela paralisação do trabalho, para que, no prazo de 30 (trinta) dias, alegue o que entender devido, passando a figurar no processo como chamada à autoria.

§ 2º Sempre que a parte interessada, firmada em documento hábil, invocar defesa baseada na disposição deste artigo e indicar qual o juiz competente, será ouvida a parte contrária, para, dentro de 3 (três) dias, falar sobre essa alegação.

§ 3º Verificada qual a autoridade responsável, a Junta de Conciliação ou Juiz dar-se-á por incompetente, remetendo os autos ao Juiz Privativo da Fazenda, perante o qual correrá o feito nos termos previstos no processo comum. (BRASIL, 1943).

Os requisitos para a configuração do fato do príncipe são: paralisação temporária ou definitiva de atividade empresarial e a determinação dessa paralisação decorrer de ato de autoridade de Estado.

São, pois, fatos causados no exercício da discricionariedade da Administração Pública (em juízo de conveniência e oportunidade), que em ato específico impede a continuidade de uma atividade econômica. É o que ocorre, por exemplo, quando a Administração Pública Municipal desapropria um ou alguns imóveis para, no local, instalar uma repartição pública, alterar vias de circulação (estradas municipais, ruas e avenidas) ou instalar um aeroporto.

No caso do *factum principis*, o empregador faz o pagamento de todas as verbas rescisórias decorrentes da extinção lícita de seu estabelecimento empresarial, mas poderá postular na Justiça Comum (Estadual ou Federal, conforme a autoridade governamental que expediu o ato administrativo discricionário) indenização pela paralisação definitiva de sua atividade econômica com a extinção definitiva de seu estabelecimento empresarial.

Já a força maior está prevista no Capítulo VIII do Título IV - Do Contrato Individual do Trabalho - da CLT:

Art. 501. Entende-se como força maior todo acontecimento inevitável, em relação à vontade do empregador, e para a realização do qual este não concorreu, direta ou indiretamente.

§ 1º A imprevidência do empregador exclui a razão de força maior.

§ 2º À ocorrência do motivo de força maior que não afetar substancialmente, nem for suscetível de afetar, em tais condições, a situação econômica e financeira da empresa não se aplicam as restrições desta Lei referentes ao disposto neste Capítulo.

Art. 502. Ocorrendo motivo de força maior que determine a extinção da empresa, ou de um dos estabelecimentos em que trabalhe o empregado, é assegurada a este, quando despedido, uma indenização na forma seguinte:

I - sendo estável, nos termos dos arts. 477 e 478;
II - não tendo direito à estabilidade, metade da que seria devida em caso de rescisão sem justa causa;
III - havendo contrato por prazo determinado, aquela a que se refere o art. 479 desta Lei, reduzida igualmente à metade.

[...]

Art. 504. Comprovada a falsa alegação do motivo de força maior, é garantida a reintegração aos empregados estáveis, e aos não estáveis o complemento da indenização já percebida, assegurado a ambos o pagamento da remuneração atrasada. (BRASIL, 1943).

Seus requisitos são: acontecimento inevitável, imprevisibilidade - excluída a imprevidência do empregador -, inevitabilidade e ausência de culpa do empregador, ser suscetível de afetar substancialmente a situação econômica e financeira da empresa.

De acordo com esse dispositivo, depreende-se que o efeito da extinção contratual decorrente de força maior está no fato de o empregador ser autorizado a pagar somente a metade dos direitos rescisórios que são adquiridos apenas na extinção contratual (aviso-prévio e multa de 40% do FGTS), mantendo intacto ao empregado o recebimento das demais verbas rescisórias, cujo direito foi adquirindo ao longo do seu contrato de trabalho (saldo salarial, férias com 1/3, gratificação natalina e saque de depósitos do FGTS).

A pandemia decorrente do novo coronavírus não decorre de ato administrativo discricionário de autoridade de Estado, o que por si só afasta a possibilidade de seu enquadramento como *factum principis*. Na realidade, essa pandemia decorre de causas naturais ou catástrofes naturais, dentre as quais se enquadram *tsunami*, terremotos e pandemias severas.

Portanto, atos diversos do Poder Executivo Municipal e Estadual determinando restrições temporárias a atividades empresariais as mais diversas, com manutenção em funcionamento apenas de atividades essenciais vinculadas, em sua maioria, à saúde e segurança, para fins de contenção e tratamento da Covid-19 não configuram atos discricionários de autoridade de Estado, embora possam ocasionar dificuldades financeiras ao empresariado.

Nesse contexto, na eventual inviabilização de continuidade de funcionamento de empresa que ocasione a extinção empresarial definitiva, a extinção contratual ocorrerá nos moldes do art. 502 da CLT, com pagamento integral de várias verbas trabalhistas e quitação de 50% apenas de algumas poucas verbas rescisórias.

O contrato de aprendizagem, como contrato especial que é, está submetido a regramento próprio, inclusive quanto à extinção contratual, nos exatos termos do art. 433 da CLT:

Art. 433. O contrato de aprendizagem extinguir-se-á no seu termo ou quando o aprendiz completar 24 (vinte e quatro) anos, ressalvada a hipótese prevista no § 5º do art. 428 desta Consolidação, ou ainda antecipadamente nas seguintes hipóteses:

a) revogada;

b) revogada.

I - desempenho insuficiente ou inadaptação do aprendiz, salvo para o aprendiz com deficiência quando desprovido de recursos de acessibilidade, de tecnologias assistivas e de apoio necessário ao desempenho de suas atividades;

II - falta disciplinar grave;

III - ausência injustificada à escola que implique perda do ano letivo; ou

IV - a pedido do aprendiz.

Parágrafo único. Revogado.

§ 2º Não se aplica o disposto nos arts. 479 e 480 desta Consolidação às hipóteses de extinção do contrato mencionadas neste artigo. (BRASIL, 1943).

Portanto, são modalidades de extinção do contrato de aprendizagem: atingir seu termo final, desempenho insuficiente ou inaptidão do aprendiz (atendidos os requisitos legais), falta disciplinar grave, ausência injustificada do aprendiz à escola com perda do ano letivo, pedido de demissão pelo aprendiz.

Esse art. 433 da CLT apresenta um rol taxativo de hipóteses legais, não comportando ampliação ou elástico desse rol.

A rescisão antecipada do contrato de aprendizagem sob a simples alegação de a localidade ter sido acometida pela pandemia não é uma alternativa licitamente possível para a empresa, que tem o dever de cumprir a cota legal de aprendizagem por não ser o adoecimento de terceiros em grande escala passível de enquadramento nas hipóteses legais taxativas de extinção dessa modalidade especial de contrato.

Embora, ao menos em tese, os contratos a termo em geral possam ser rescindidos antecipadamente com o pagamento da indenização do art. 479 da CLT, assim como ser possível a extinção do contrato de trabalho por força maior com pagamento de metade dessa indenização, tem-se entendido que isso não se aplica ao contrato de aprendizagem. E tal entendimento decorre do fato de o legislador ter optado por tratar mais protetivamente esse contrato especial de trabalho adolescente, pois

expressamente consignou *numerus clausus* as hipóteses legais possíveis de rescisão antecipadamente do contrato de aprendizagem no art. 433 da CLT, quais sejam: pedido do próprio aprendiz, desempenho insuficiente ou inadaptação do aprendiz, falta disciplinar grave, ausência injustificada à escola que implique perda do ano letivo.

4.2 Banco de horas especial

O banco de horas especial, previsto no art. 14 da MP 927, corresponderia à concessão pelo empregador de descanso antecipado ao empregado, gerando banco de horas negativo para ser posteriormente compensado com o elastecimento da jornada de trabalho, cujo acréscimo diário ficaria limitado a duas horas de trabalho além da jornada padrão.

Referida compensação do banco especial de horas negativas deveria ocorrer no período de até 18 meses contados do término do estado de calamidade pública.

A priori, o estado de calamidade pública decorrente da pandemia de SARS-CoV-2, causadora de Covid-19, foi fixado pelo legislador brasileiro até 31 de dezembro de 2020, conforme consignado no art. 1º do Decreto Legislativo n. 6, de 20.3.2020. Por certo que pode ser editada outra norma prorrogando os efeitos do estado de calamidade pública decorrente dessa pandemia, mas até o momento o que se tem é que, quando da edição da MP 927, o Poder Executivo Federal concedeu a compensação das horas negativas de 1º.1.2021 a 30.6.2022.

No entanto, a jornada de trabalho no contrato de aprendizagem é expressamente disciplinada na CLT nos seguintes termos:

Art. 432. A duração do trabalho do aprendiz não excederá de seis horas diárias, sendo vedadas a prorrogação e a compensação de jornada.

§ 1º O limite previsto neste artigo poderá ser de até oito horas diárias para os aprendizes que já tiverem completado o ensino fundamental, se nelas forem computadas as horas destinadas à aprendizagem teórica. (BRASIL, 1943).

Os aprendizes estão sujeitos à jornada especial estabelecida no art. 432 da CLT, limitada da seguinte forma:

a) até seis horas diárias para os aprendizes que não completaram o ensino fundamental obrigatório;

b) até oito horas diárias para os aprendizes que concluíram o ensino fundamental obrigatório.

Portanto, esse chamado banco de horas especial do art. 14 da MP 927 não se aplicaria ao contrato de aprendizagem, exatamente porque não é permitido pela legislação submeter os aprendizes aos regimes de compensação de jornada, nem mesmo ao regime de prorrogação de jornada.

4.3 Suspensão total do contrato de trabalho

Na redação originária da MP 927, de 22.3.2020, constava a instituição de uma modalidade de suspensão total do contrato de trabalho, nos seguintes termos:

Art. 18. Durante o estado de calamidade pública a que se refere o art. 1º, o contrato de trabalho poderá ser suspenso, pelo prazo de até quatro meses, para participação do empregado em curso ou programa de qualificação profissional não presencial oferecido pelo empregador, diretamente ou por meio de entidades responsáveis pela qualificação, com duração equivalente à suspensão contratual.

§ 1º A suspensão de que trata o *caput*:

I - não dependerá de acordo ou convenção coletiva;

II - poderá ser acordada individualmente com o empregado ou o grupo de empregados; e

III - será registrada em carteira de trabalho física ou eletrônica.

§ 2º O empregador poderá conceder ao empregado ajuda compensatória mensal, sem natureza salarial, durante o período de suspensão contratual nos termos do disposto no *caput*, com valor definido livremente entre empregado e empregador, via negociação individual.

§ 3º Durante o período de suspensão contratual para participação em curso ou programa de qualificação profissional, o empregado fará jus aos benefícios voluntariamente concedidos pelo empregador, que não integrarão o contrato de trabalho.

§ 4º Nas hipóteses de, durante a suspensão do contrato, o curso ou programa de qualificação profissional não ser ministrado ou o empregado permanecer trabalhando para o empregador, a suspensão ficará descaracterizada e sujeitará o empregador:

I - ao pagamento imediato dos salários e dos encargos sociais referentes ao período;

II - às penalidades cabíveis previstas na legislação em vigor; e

III - às sanções previstas em acordo ou convenção coletiva.

§ 5º Não haverá concessão de bolsa-qualificação no âmbito da suspensão de contrato de trabalho para qualificação do trabalhador de que trata este artigo e o art. 476-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1943. (BRASIL, 2020c).

Conforme se constata, apesar de intitulado de “direcionamento do trabalhador para qualificação profissional”, esse instituto era totalmente distinto daquele previsto no art. 476-A da CLT, porque o instituto celetista implicava em suspensão de dois a cinco meses para a qualificação previamente aprovada por negociação coletiva, com o recebimento de parcela indenizatória prevista na legislação, além de poder receber o pagamento, pelo empregador, de ajuda compensatória não salarial e de benefícios voluntários, conforme previsto em convenção ou acordo coletivo de trabalho.

No entanto, o art. 18 da MP 927 estabelecia que, por acordo individual, sem participação sindical, o empregador poderia promover a suspensão do contrato de trabalho de seu empregado, com seu encaminhamento por quatro meses para qualificação profissional, mas com suspensão da jornada de trabalho, assim como suspensão de pagamento de remuneração e benefícios, e sem receber qualquer auxílio indenizatório governamental.

Esse instituto da suspensão total do contrato de trabalho teve existência efêmera, haja vista a revogação do art. 18 da MP 927 pelo art. 18 da MP 928, de 23.3.2020.

No entanto, a sua análise se faz relevante porque vai muito além do lapso temporal extremamente reduzido de sua existência no mundo jurídico. Passa pela inconstitucionalidade material em razão da violação do art. 7º, incisos VI e XIII, da Constituição Federal:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;

[...]

XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho; [...] (BRASIL, 1988).

Não bastasse isso, o art. 18 não passaria pelo crivo do controle de convencionalidade, diante das normas internacionais protetivas da remuneração do empregado, em especial as Convenções Internacionais da OIT 95 (proteção ao salário) e 131 (fixação de salários-mínimos, especialmente nos países em desenvolvimento), tal é que foi revogada em 24h, contadas do início de sua vigência.

Ainda que assim não fosse, o contrato de aprendizagem é um contrato de trabalho especial, que possui como pré-requisito de validade a contraprestação pecuniária correspondente à garantia mínima de salário-mínimo hora (art. 428, § 2º, da CLT). Tal norma, aliada à proteção constitucional de irredutibilidade salarial e não alteração de jornada exceto por negociação coletiva, impede que o contrato de aprendizagem seja submetido à suspensão total do contrato.

Ademais, a bolsa de qualificação profissional ou o curso de qualificação profissional proporcionados pelo governo não têm qualquer correlação com o curso de aprendizagem profissional, com o programa técnico, metódico e profissionalizante, com as aulas teóricas e práticas, requisitos de validade essenciais para o contrato de aprendizagem.

4.4 Impedimento à fiscalização trabalhista

Surpreendentemente o Poder Executivo Federal, no momento que mais necessitava acautelar a proteção aos trabalhadores e a fiscalização das medidas protetivas em matéria de saúde e segurança do trabalhador, tentou impedir o exercício da fiscalização trabalhista nos empregadores, que por serem atividades essenciais ou se recusarem

a cumprir as medidas de isolamento, quarentena, distanciamento social, dentre outras, poderiam potencializar a propagação comunitária do novo coronavírus se não adotassem medidas de proteção individual e coletiva. E assim estabeleceu no art. 31 da MP 927:

Art. 31. Durante o período de cento e oitenta dias, contado da data de entrada em vigor desta Medida Provisória, os Auditores Fiscais do Trabalho do Ministério da Economia atuarão de maneira orientadora, exceto quanto às seguintes irregularidades:

I - falta de registro de empregado, a partir de denúncias;

II - situações de grave e iminente risco, somente para as irregularidades imediatamente relacionadas à configuração da situação;

III - ocorrência de acidente de trabalho fatal apurado por meio de procedimento fiscal de análise de acidente, somente para as irregularidades imediatamente relacionadas às causas do acidente; e

IV - trabalho em condições análogas às de escravo ou trabalho infantil. (BRASIL, 2020c).

Dessa forma, foi imposto aos auditores fiscais do trabalho ilícita restrição de sua atividade para mera orientação durante 180 dias contados da entrada em vigor da MP 927, de 22.3.2020, de forma a lhes permitir o retorno das fiscalizações somente ao final de setembro de 2020.

Previu, no entanto, que o impedimento à fiscalização trabalhista não se aplicaria a situações de trabalho infantil. A se entender que trabalho infantil é todo aquele exercido por quem tem menos do que 18 anos de idade, ainda que lícito a partir dos 14 anos de idade como aprendiz, poderia se entender que o art. 31 da MP 927 era inofensivo em relação à continuidade da fiscalização dos contratos de aprendizagem.

No entanto, o entendimento que se pretendia dar (*mens legislatoris*) era de permitir a fiscalização trabalhista somente nos demais casos de trabalho infantil antes dos 14 anos de idade e inerentes à Lista das Piores Formas de Trabalho Infantil (Lista TIP), o que desprotegeria o aprendiz, que exerce uma das raras modalidades de trabalho infantil lícito.

Dada a notória inconstitucionalidade do art. 31 da MP 927, várias Ações Diretas de Inconstitucionalidade - ADIs - foram ajuizadas, dentre as quais citam-se as de n. 6.342, 6.344, 6.346, 6.348, 6.352, 6.354 e 6.385.

Embora com liminar inicialmente indeferida pelo seu relator, a primeira dessas ADIs teve a liminar apenas parcialmente referendada pelo Supremo Tribunal Federal, mas com acórdão modificativo em relação ao art. 31 da MP 927, sendo determinada a suspensão da sua eficácia na decisão plenária proferida em 29.4.2020.

Assim sendo, no ínterim entre 22.3.2020 até a suspensão dos seus efeitos em 29.4.2020, a melhor interpretação a ser dada é que a vedação à fiscalização trabalhista não se aplicaria ao contrato de aprendizagem, seja porque é com ele incompatível, seja porque essa modalidade especial de contrato configura uma das modalidades de trabalho infantil, embora lícita e não de proibida exploração.

5 MEDIDAS EMERGENCIAIS APLICÁVEIS AOS APRENDIZES

5.1 Justificação de faltas

A primeira medida emergencial destinada à proteção trabalhista é exatamente a justificação de faltas decorrentes das medidas de enfrentamento da pandemia de SARS-CoV-2, assim definidas em lei.

Essa medida emergencial está disciplinada na Lei n. 13.979, de 6.2.2020, a qual instituiu várias medidas para o enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019, dentre as quais:

- possibilidade de restrição temporária à liberdade de locomoção;
- realização compulsória de exames;
- medidas de isolamento e quarentena:
 - a) o **isolamento** é medida aplicável para a **separação de doentes e contaminados** e seus pertences, para evitar a propagação do coronavírus e a contaminação de outras pessoas;

b) a **quarentena** envolve o conjunto de medidas de restrição de atividades e de separação de **pessoas com suspeita** de contaminação.

Essa mesma lei instituiu a primeira medida de emergência protetiva dos trabalhadores e aprendizes, qual seja, a **justificação de faltas**:

Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata esta Lei, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, entre outras, as seguintes medidas:

I - isolamento;

II - quarentena;

III - determinação de realização compulsória de:

a) exames médicos;

b) testes laboratoriais;

c) coleta de amostras clínicas;

d) vacinação e outras medidas profiláticas; ou

e) tratamentos médicos específicos;

III-A - uso obrigatório de máscaras de proteção individual;

IV - estudo ou investigação epidemiológica;

V - exumação, necropsia, cremação e manejo de cadáver;

VI - restrição excepcional e temporária, por rodovias, portos ou aeroportos, de:

a) entrada e saída do País; e

b) locomoção interestadual e intermunicipal;

VII - requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas, hipótese em que será garantido o pagamento posterior de indenização justa; e

VIII - autorização excepcional e temporária para a importação e distribuição de quaisquer materiais, medicamentos, equipamentos e insumos da área de saúde sujeitos à vigilância sanitária sem registro na Anvisa considerados essenciais para auxiliar no combate à pandemia do coronavírus, desde que:

a) registrados por pelo menos 1 (uma) das seguintes autoridades sanitárias estrangeiras e autorizados à distribuição comercial em seus respectivos países:

1. Food and Drug Administration (FDA);

2. European Medicines Agency (EMA);

3. Pharmaceuticals and Medical Devices Agency (PMDA);
4. National Medical Products Administration (NMPA);
- b) (revogada).

[...]

§ 3º - Será considerado falta justificada ao serviço público ou à atividade laboral privada o período de ausência decorrente das medidas previstas neste artigo. (BRASIL, 2020d).

A falta justificada à atividade laboral privada prevista no § 3º do art. 3º da Lei n. 13.979/2020 configura uma hipótese de interrupção contratual, na qual não há trabalho, mas há preservação de salário, típica medida de preservação de emprego e renda. Portanto, totalmente distinta da medida de existência efêmera prevista no art. 18 da MP 927.

Por óbvio, essa medida emergencial é plenamente compatível com o contrato de aprendizagem, de forma que quando acontecer de o aprendiz ficar impedido de cumprir carga horária teórica e/ou carga horária prática por conta do isolamento ou quarentena, ou quaisquer outras medidas previstas na Lei n. 13.979/2020, a sua ausência à aula teórica ou à parte prática da aprendizagem profissional será considerada falta justificada, não podendo sofrer desconto salarial.

5.2 Proteção previdenciária ao aprendiz contaminado

A segunda medida emergencial protetiva, prevista na Lei n. 13.982/2020, aplicável ao contrato de aprendizagem está assim prevista no seu art. 5º:

Art. 5º A empresa poderá deduzir do repasse das contribuições à previdência social, observado o limite máximo do salário de contribuição ao RGPS, o valor devido, nos termos do § 3º do art. 60 da Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991, ao segurado empregado cuja incapacidade temporária para o trabalho seja comprovadamente decorrente de sua contaminação pelo coronavírus (Covid-19). (BRASIL, 2020e).

Nesse contexto, ao aprendiz contaminado por SARS-CoV-2 (Covid-19) a mencionada lei assegurou proteção social e pre-

videnciária, consistente no pagamento de salário, pelo empregador, quanto aos primeiros 15 dias de afastamento do aprendiz contaminado pelo novo coronavírus, bem como assegurou como contrapartida a possibilidade de o empregador descontar esses 15 dias de salário que quitou ao aprendiz afastado do trabalho das contribuições previdenciárias que futuramente a empresa empregadora venha a recolher.

5.3 Antecipação de férias individuais

A terceira medida emergencial aplicável aos contratos de aprendizagem se refere à antecipação de férias individuais.

A esse respeito, primeiramente há que se esclarecer que as férias do aprendiz devem ser definidas no programa de aprendizagem, sendo obrigatória a fruição de pelo menos um período de férias quando firmado o contrato de aprendizagem pelo seu período máximo permitido na legislação, ou seja, se vigorar por 24 meses. E nesse sentido tem orientado a Secretaria de Inspeção do Trabalho (Instrução Normativa SIT n. 146, de 25 de julho de 2018):

Art. 19. O período de férias do aprendiz deve ser definido no programa de aprendizagem, conforme estabelece o Decreto 5598/05, observados os seguintes critérios:

[...]

§ 2º Nos contratos de aprendizagem com prazo de 2 (dois) anos de duração, é obrigatório o gozo das férias adquiridas no primeiro período aquisitivo. (BRASIL, 2018a).

A inovação da MP 927 foi a de permitir que o empregador efetuasse a antecipação das férias dos aprendizes, com a fruição mesmo antes de ter completado o período aquisitivo.

No entanto, a antecipação de férias seria limitada ao período integral e/ou ao proporcional a que o aprendiz ainda teria direito até o final do contrato de aprendizagem, não podendo, por óbvio, englobar férias cujo direito não teria como ser adquirido durante essa modalidade de contrato especial por prazo determinado.

Assim sendo, em um contrato de aprendizagem de 18 meses (1 ano e meio), o empregador poderia antecipar as férias completas

(30 dias), mais os 6/12 de férias proporcionais (15 dias), sempre arcando com o terço constitucional.

Se o contrato de aprendizagem fosse firmado pelo prazo de apenas 12 meses e sem previsão de período de gozo de férias - já que o período concessivo não iniciaria durante a vigência desse contrato especial por prazo determinado -, mas prevendo no contrato escrito apenas a remuneração das férias e de 1/3 quando da rescisão decorrente do advento de seu termo final pré-fixado, ainda assim a MP 927 permitia a antecipação do período de gozo das férias cujo descanso não estava previsto no contrato. No entanto, é importante pontuar que se o empregador optasse por antecipar as férias cujo descanso não tivera previsão contratual, não poderia descontar essas férias na rescisão contratual, porque senão não seriam férias propriamente ditas, mas uma burla à medida emergencial que equivaleria à suspensão contratual (trabalho e remuneração) ilícita.

Para a antecipação das férias futuras do aprendiz nos moldes da MP 927, possível exclusivamente no caso de o contrato de aprendizagem ter vigência por 2 anos, seria necessária a negociação com todos os três sujeitos do contrato de aprendizagem (empregado aprendiz, empregador e instituição formadora), nos termos do art. 6º, § 2º.

No mais, sendo as férias de período aquisitivo vencido ou em curso, as peculiaridades da antecipação das férias dependeriam do seguinte:

- a) decisão por ato unilateral do empregador;
- b) comunicação imediata à entidade formadora, porque teria que suspender as aulas teóricas remotas;
- c) comunicação ao aprendiz, com 48 horas de antecedência (por escrita ou meio eletrônico);
- d) período mínimo de gozo de férias de 5 dias, pois a Lei da Reforma Trabalhista revogou o § 2º do art. 134, que impedia fracionamento de férias para menores de 18 anos. Nesse sentido também o art. 19, § 1º, da IN SIT n. 146/2018;
- e) pagamento das férias até o 5º dia útil do mês subsequente ao início de gozo de férias (art. 9º);
- f) terço das férias pago com a gratificação natalina até 20 de dezembro (art. 8º da MP 927 c/c art. 1º da Lei n. 4.749/1965);

g) **abono de férias** (conversão de 1/3 em pecúnia) somente seria possível com a concordância do empregador, durante o período entre a comunicação da concessão de antecipação das férias e o início do seu gozo (48h) (art. 8º, parágrafo único);

h) **prioridade** de férias para os aprendizes do **grupo de risco** do coronavírus.

A Instrução Normativa SIT n. 146/2018 exige para os menores de 18 anos que as férias do aprendiz coincida com suas férias escolares (art. 19, I), permitindo ao aprendiz maior de 18 anos apenas a preferência de coincidência com as férias escolares (art. 19, II). No mesmo sentido o art. 136, § 2º, da CLT:

Art. 136. A época da concessão das férias será a que melhor consulte os interesses do empregador.

[...]

§ 2º O empregado estudante, menor de 18 (dezoito) anos, terá direito a fazer coincidir suas férias com as férias escolares. (BRASIL, 1943).

5.4 Concessão de férias coletivas

A quarta medida emergencial aplicável ao contrato de aprendizagem se refere à concessão de férias coletivas.

A MP 927 permitiu a concessão de férias coletivas, inclusive aos aprendizes, as quais podem envolver um **único setor ou área da empresa**, não precisando necessariamente envolver toda a empresa, embora isso possa acontecer.

Seriam requisitos para a adoção das férias coletivas como medida emergencial de enfrentamento da calamidade pública decorrente de Covid-19:

a) comunicar, com 48 horas de antecedência, ao conjunto de empregados atingidos pelas férias coletivas;

b) comunicar imediatamente à instituição formadora, porque deveriam ser interrompidas também as aulas teóricas;

c) foi dispensada a comunicação ao Ministério da Economia e ao sindicato profissional, embora essa comunicação pudesse ser realizada.

Embora a MP 927 não tenha tratado do fracionamento das férias coletivas, poderia ser aplicável o art. 139, § 1º, da CLT, que

permite fracionamento em dois períodos anuais não inferiores a 10 dias cada um.

Se concedidas as férias coletivas pelo empregador ao aprendiz antes dos 12 meses de vigência do contrato de aprendizagem, o período de descanso concedido seria usufruído como férias proporcionais, e a partir de então iniciava novo período aquisitivo, nos mesmos termos do disposto no art. 140 da CLT: “Art. 140. Os empregados contratados há menos de 12 (doze) meses gozarão, na oportunidade, férias proporcionais, iniciando-se, então, novo período aquisitivo” (BRASIL, 1943).

E a divergência entre as férias previstas no contrato e a norma decorrente da concessão de férias coletivas resolve-se pelo princípio da norma mais favorável (início de novo período aquisitivo de férias).

O eventual excedente de férias concedidas ou antecipadas em comparação às férias que o aprendiz teria direito pela duração do seu contrato de aprendizagem não poderia ser descontado do aprendiz na rescisão contratual, porque concedidas por liberalidade pelo empregador para além de sua obrigação legal.

Se antecipadas as férias individuais ou concedidas férias coletivas com fundamento na MP 927 em razão da calamidade pública decorrente do coronavírus, o empregador não poderia, no seu entremeio, tentar cancelar as férias, ainda que para implementar outra medida emergencial prevista em quaisquer medidas provisórias. Nesse caso, ainda que o empregador pretendesse adotar alguma outra medida emergencial, ele necessitaria esperar o término das férias concedidas/antecipadas para dar início à implementação de quaisquer outras medidas de enfrentamento da pandemia.

5.5 Antecipação de feriados civis

A MP 927 conferiu ao empregador a faculdade de optar por antecipar os feriados civis federais, estaduais, distritais e municipais, independentemente da concordância do aprendiz e da instituição formadora. Assim, poderia antecipar o descanso correspondente a esses feriados, e somente na data futura correspondente à data correta do feriado civil é que o empregador e a instituição formadora poderiam contar com o aprendiz nas partes teórica e prática do contrato de aprendizagem.

Seriam requisitos para que o empregador fizesse uso dessa possibilidade de antecipação dos feriados civis aos aprendizes:

- a) o empregador precisaria indicar expressamente os feriados civis a serem aproveitados para fins de antecipação;
- b) o empregador deveria comunicar, com antecedência de 48 horas, aos aprendizes atingidos por essa medida;
- c) o empregador também deveria comunicar imediatamente à instituição formadora para a interrupção das aulas teóricas.

Especificamente em relação ao aprendiz, **não se aplica a previsão da MP de compensação de feriados com saldo de banco de horas**, por causa da vedação legal de adoção de regimes de compensação e prorrogação de horas (art. 432 da CLT).

Em relação a feriados religiosos, como por exemplo o dia da Padroeira municipal (se não fosse feriado civil fixado em lei municipal), o empregador somente poderia antecipá-lo mediante acordo com o aprendiz.

De acordo com a Lei n. 9.093/1995, são considerados **feriados civis** todos os declarados em lei federal (ainda que também sejam religiosos), a data magna do Estado (um dia), e os dias de aniversário de fundação do município.

São **feriados religiosos** os dias de guarda, declarados em lei municipal, de acordo com a tradição local e em número não superior a quatro, neste incluída a Sexta-Feira da Paixão.

Assim sendo, a identificação de feriados religiosos e feriados civis municipais deve ser feita analisando detidamente a legislação de cada município, já que a distinção do tipo de feriado interfere em a antecipação poder ser decidida por ato unilateral do empregador (feriados civis) ou depender de acordo com o empregado (feriados religiosos).

5.6 Atividade remota

O contrato de aprendizagem compõe-se de aulas teóricas na instituição formadora que promove o curso de aprendizagem profissional, além da parte prática que é executada na empresa que cumpre a cota de aprendizagem ou na entidade concedente da experiência prática do aprendiz, nos casos de cumprimento alternativo da cota de aprendizagem, conforme art. 66, § 2º, do Decreto n. 9.579/2018.

No entanto, diante da necessidade de proteção à saúde e à vida do aprendiz com a prioridade absoluta instituída no art. 227

da Constituição Federal, ao menos enquanto a curva de contágio por SARS-CoV-2 estiver ascendente e estável no topo da curva, não é possível a continuidade das aulas e atividades presenciais, ao menos aos aprendizes com menos de 18 anos de idade (art. 67, III, Lei n. 8.069/1990 e Convenção 182 da OIT). **Trata-se de hipótese de interrupção contratual, sem prejuízo do recebimento do salário contratual.**

Quanto à **parte teórica**, é possível a implementação de aulas de **forma remota**, o que, inclusive, foi recomendado pela Coordenação de Aprendizagem Profissional da Superintendência Regional do Trabalho, assim como pelo Ministério Público do Trabalho, tendo ocorrido, inclusive, dispensa, pela SIT/SRT, do uso da plataforma previamente aprovada pelo Ministério da Economia para a ministração das atividades teóricas.

Contudo, nem todas as **atividades práticas** do aprendiz poderão ser por ele realizadas à distância, mas apenas aquelas em que houver compatibilidade com essa modalidade remota de execução. Havendo tal compatibilidade, há a possibilidade de adoção dessa medida.

Assim sendo, as empresas que paralisaram todas as suas atividades presenciais em razão das necessidades sanitárias de contenção da propagação do novo coronavírus também devem interromper as atividades práticas presenciais dos aprendizes, sem prejuízo do salário, conforme determina o art. 3º, § 3º, da Lei n. 13.979/2020 (faltas justificadas), podendo adotar atividades teóricas e práticas remotas se compatíveis com a formação metódico-profissionalizante do adolescente aprendiz, e, ainda, facultativamente, poderá adotar a suspensão contratual especial prevista na MP 936.

São requisitos necessários para a adoção de atividade remota no contrato de aprendizagem:

a) compatibilidade entre o curso remoto com o Contrato de Aprendizagem do aprendiz, sendo vedados quaisquer desvios de função;

b) acompanhamento do aprendiz pelos educadores e monitores remotamente, quanto às atividades desenvolvidas;

c) cumprimento da jornada (teórica e prática) prevista no contrato de aprendizagem;

d) que o instituidor do trabalho remoto forneça ao aprendiz a estrutura adequada para o cumprimento da atividade à distância,

tais como computador e acesso à internet (em regime de comodato, sem natureza salarial - **ferramenta do trabalho** que não integrará o salário do aprendiz);

e) cumprimento das especificidades do contrato de aprendizagem quanto à jornada de trabalho do aprendiz.

Somente a **entidade formadora que tiver estrutura para EaD (ensino à distância)** e que iniciar aulas remotas para os contratos de aprendizagem em vigência, poderão iniciar novas turmas de curso de aprendizagem profissional. **Mas** se não tiver estrutura para continuar as aulas remotamente para as turmas em curso, por óbvio também não poderá iniciar novas turmas!

Se o empregador que optar por adotar atividade prática remota não fornecer os equipamentos necessários para a realização da referida prática pelo aprendiz, os dias e horários previstos no contrato de aprendizagem destinados à execução da jornada laboral prática na empresa serão computados como **tempo à disposição do empregador** e deverão, por isso, ser remunerados ao aprendiz como se tivessem sido efetivamente trabalhados.

Quando o aprendiz estiver registrado pela empresa, é ela que fornecerá os equipamentos tecnológicos e o acesso à internet. Contudo, no contrato de aprendizagem o aprendiz pode ser registrado em CTPS pela entidade formadora, conforme faculta o art. 431 da CLT - será esta entidade que deverá fornecer os equipamentos tecnológicos ao aprendiz, diante do que foi disposto no art. 4º, § 4º, inciso I, da MP 927.

6 DEMAIS PECULIARIDADES DA PANDEMIA EM RELAÇÃO AO CONTRATO DE APRENDIZAGEM

Não sendo possível o cumprimento da carga horária completa (teórica e prática) prevista no contrato de aprendizagem durante o período de vigência do contrato de trabalho em razão da adoção das medidas emergenciais, como antecipação de feriados, antecipação de férias e suspensão do contrato de aprendizagem, o aprendiz preserva o direito de receber o certificado previsto no art. 430, § 2º, da CLT. No entanto, como não deu causa à impossibilidade de cumprimento da carga horária teórica e prática completa durante o período de vigência

desse contrato especial de trabalho por prazo determinado - que não pode superar dois anos de vigência -, o aprendiz receberá um **certificado de carga horária parcial** em razão da calamidade decorrente do coronavírus.

É facultado à empresa cumpridora da cota de aprendizagem e à entidade formadora que ministra o curso de aprendizagem profissional, conjuntamente com o aprendiz, firmarem um **termo aditivo contratual** para completar o cumprimento do restante da carga horária teórica e prática, e assim viabilizar a expedição do certificado de conclusão de 100% da aprendizagem profissional (orientação da SIT/SRT/ME).

Há que se advertir que a **MP 927 não permitiu substituir carga horária prática por carga horária teórica durante o período de calamidade**. Portanto, as aulas teóricas em EaD, assim como as atividades práticas remotas, terão que observar a carga horária/jornada exatamente da forma e nas proporções fixadas expressamente no contrato de aprendizagem, observada a possibilidade de ser firmado termo aditivo contratual apenas para o período de calamidade pelo Covid-19 (empresa, entidade formada e aprendiz).

7 EFEITOS DA CADUCIDADE DA MP 927

De acordo com o disposto na Constituição Federal, quando editada uma medida provisória ela deve ser submetida à apreciação do Congresso Nacional para que ele decida se deverá ser convertida em lei ou se perderá a vigência no seu termo final.

E para viabilizar a concretização dessa finalidade de análise legislativa do ato normativo excepcional editado pelo Poder Executivo, ato esse com efeitos concretos e imediatos, o art. 62 da Constituição Federal estabelece todo um procedimento prioritário, inclusive podendo a MP entrar em regime de urgência:

Art. 62. [...]

[...]

§ 3º As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12 perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta

dias, prorrogável, nos termos do § 7º, uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes.

§ 4º O prazo a que se refere o § 3º contar-se-á da publicação da medida provisória, suspendendo-se durante os períodos de recesso do Congresso Nacional.

§ 5º A deliberação de cada uma das Casas do Congresso Nacional sobre o mérito das medidas provisórias dependerá de juízo prévio sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais.

§ 6º Se a medida provisória não for apreciada em até quarenta e cinco dias contados de sua publicação, entrará em regime de urgência, subseqüentemente, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, ficando sobrestadas, até que se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando.

[...]

§ 11 Não editado o decreto legislativo a que se refere o § 3º até sessenta dias após a rejeição ou perda de eficácia de medida provisória, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidas.

§ 12 Aprovado projeto de lei de conversão alterando o texto original da medida provisória, esta manter-se-á integralmente em vigor até que seja sancionado ou vetado o projeto. (BRASIL, 1988).

Ocorre, no entanto, que a MP 927 não foi votada no Congresso Nacional a tempo de poder ser apreciada e convertida (ou não) em lei, ocorrendo a caducidade dessa medida provisória.

Incumbia ao Congresso Nacional editar o decreto legislativo mencionado no § 3º do art. 62 da Constituição Federal para disciplinar as relações jurídicas decorrentes da MP não convertida em lei, mas mais uma vez o Poder Legislativo Federal quedou-se inerte e silente.

Restringiu-se o Presidente da Mesa do Congresso Nacional a editar o Ato Declaratório n. 92, de 30.7.2020, simplesmente para especificar que a MP 927 “teve seu prazo de vigência encerrado no dia 19 de julho de 2020”.

Prezando pela segurança jurídica e estabilidade das relações contratuais constituídas durante a vigência da MP 927, princípios constitucionais corolários da previsão contida no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal (ato jurídico perfeito e direito adquirido), deve ser aplicado o § 11 do art. 62 do texto constitucional para a preservação das relações constituídas e dos atos praticados durante a vigência da medida provisória, ainda que algum efeito se projete para o futuro.

Assim sendo, se ocorreu antecipação de férias em curso de um contrato de aprendizagem cuja vigência era para além de 19.7.2020, essa antecipação permanece válida, sendo que o empregador mantém a obrigação de quitar o terço constitucional das férias até a data em que é devida a gratificação natalina (20 de dezembro), se o termo final do contrato de aprendizagem não ocorrer antes, exatamente como estava previsto no art. 8º da MP 927.

O empregador pode ter optado pela antecipação de feriados civis nacionais durante a calamidade pública do novo coronavírus a partir da entrada em vigor da MP 927, que de acordo com a Lei n. 662/1949 seriam: 21 de abril, 1º de maio, 7 de setembro, 2 de novembro, 15 de novembro e 25 de dezembro, ou seja, um total de seis feriados civis nacionais.

Com o fato de a MP 927 ter encerrado sua vigência em 19.7.2020, os feriados de 7 de setembro, 2 de novembro, 15 de novembro e 25 de dezembro já foram antecipados e o respectivo descanso usufruído, de forma que o trabalho futuro nessas respectivas datas mantém-se intacto, conforme estabelecido anteriormente, e de acordo com o § 11 do art. 62 da Constituição Federal.

No que diz respeito às aulas à distância (EaD) do curso de aprendizagem profissional e implantação da atividade remota do aprendiz, este terá que voltar ao trabalho e às aulas presenciais a partir do momento que terminar a previsão, em aditivo contratual, do período de vigência do teletrabalho e do telecurso de aprendizagem.

Já quanto ao teletrabalho, há que se ponderar sobre os ensinamentos da jurista Vólia Bomfim durante o 20º Congresso Nacional de Direito do Trabalho e Processual do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região: passa pela obrigatoriedade de cumprimento do art. 75-A da CLT, se cumpridos os requisitos do teletrabalho nele disciplinados, não mais se aplicando o disciplinamento da MP 927,

sendo obrigatório novo ajuste bilateral para implantar teletrabalho; se a empresa empregadora reabrir sua atividade presencial, o empregado é obrigado a retornar às atividades presenciais, e o empregador poderá impor sua exigência unilateral para esse retorno, sob pena de o empregado passar a incorrer em faltas injustificadas; mas se, mesmo encerrada a vigência da MP 927, o empregador não retomar suas atividades presenciais, só lhe restará impor ao empregado que se mantenha no teletrabalho.

Contudo, fazendo um paralelo entre o teletrabalho para empregado adulto com as atividades remotas teóricas e práticas no contrato de aprendizagem, a situação não nos parece tão simples diante da caducidade da MP 927.

Se durante a vigência da MP 927 foi fixada por aditivo contratual a realização remota das aulas teóricas e da parte prática da aprendizagem, ainda com o término de vigência da Medida Provisória o termo aditivo contratual deve ser cumprido até seu termo final.

Atingido o termo final desse aditivo contratual, não tendo o empregador retomado suas atividades empresariais diante da situação pandêmica decorrente do novo coronavírus na região, ou pela falta de autorização das autoridades de saúde e sanitárias municipais e/ou estaduais para o retorno à atividade daquele segmento econômico do empregador, haja vista a incompatibilidade do art. 75-A da CLT com o contrato de aprendizagem e não havendo qualquer outra previsão legal autorizando o teletrabalho para a formação prática do aprendiz, não restará outra alternativa do que aquela prevista no art. 3º, § 3º, da Lei n. 13.979, de 6.2.2020 (falta justificada), caso o empregador não opte por adotar outra medida prevista, como na Lei n. 14.020/2020, para fins, por exemplo, de redução da jornada quanto à parte prática (trabalho) e continuidade da jornada quanto às aulas teóricas, que podem continuar sendo remotas em plataforma de educação à distância (EaD).

Se o empregador retomar suas atividades presenciais por não mais estar em vigor norma de autoridades de saúde e sanitárias municipais e/ou estaduais restringindo a sua atividade econômica, é inconteste que desde logo o aprendiz com idade a partir dos 18 anos completos deve retornar às atividades presenciais e dar cumprimento à carga horária teórica remanescente, cumprindo as medidas de saúde e segurança individuais necessárias à sua proteção, sob pena de passar a incorrer em falta injustificada. No entanto, quanto ao aprendiz que

ainda não atingiu essa idade, diante da proteção integral e absoluta à vida e à saúde do adolescente estabelecida no art. 227 da Constituição Federal, tem remanescido a orientação para que somente possa ser obrigado a retornar à atividade presencial quando a situação pandêmica estiver contida, sendo que, até que isso venha a acontecer, não será legítimo ao empregador exigir o retorno do aprendiz menor de 18 anos de idade, restando para ser aplicável ao caso o disposto no art. 3º, § 3º, da Lei n. 13.979, de 6.2.2020 (falta justificada).

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Se a pandemia do novo coronavírus SARS-CoV-2 impactou as relações de trabalho em geral, verifica-se que dentre os mais prejudicados estão os mais vulneráveis e os aprendizes, haja vista que nem todas as medidas emergenciais criadas pelos Poderes Estatais são compatíveis com o contrato de aprendizagem.

Excluindo aquelas hipóteses totalmente incompatíveis, as demais ainda precisam ser compatibilizadas com o contrato de aprendizagem, mediante interpretação sistemática, sob pena de se prejudicar ainda mais os aprendizes durante a pandemia.

Por fim, a mera caducidade da MP 927 não provocou automaticamente a perda de vigência e eficácia dos atos unilaterais e bilaterais constituídos durante sua vigência, podendo os atos complexos, e com efeitos que se prolongam no tempo, continuar produzindo tais efeitos para o futuro apenas no que diz respeito às consequências dos atos anteriormente praticados, nos limites do aditivo contratual e do estabelecido na própria MP 927, já que o Congresso Nacional não editou o decreto legislativo previsto no art. 62, § 3º, da Constituição Federal, nos exatos termos de seu § 11.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **DOU**, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 nov. 2020.

BRASIL. Decreto n. 9.572, de 22 de novembro de 2018. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo federal que dispõem sobre a temática do lactente, da criança e do adolescente e do aprendiz, e sobre o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, o Fundo Nacional para a Criança e o Adolescente e os programas federais da criança e do adolescente. **DOU**, Brasília, 23 nov. 2018b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9579.htm. Acesso em: 30 out. 2020.

BRASIL. Decreto n. 10.282, de 20 de março de 2020. Regulamenta a Lei n. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para definir os serviços públicos e as atividades essenciais. **DOU**, Brasília, Edição extra-G, 20 mar. 2020f. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10282.htm. Acesso em: 30 out. 2020.

BRASIL. Decreto Legislativo n. 6, de 2020. Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem n. 93, de 18 de março de 2020. **DOU**, Brasília, Edição extra-C, 20 mar. 2020a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm. Acesso em: 30 out. 2020.

BRASIL. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **DOU**, Rio de Janeiro, 9 ago. 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 30 out. 2020.

BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. **DOU**, Brasília, 16 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 30 nov. 2020.

BRASIL. Lei n. 9.093, de 12 de setembro de 1995. Dispõe sobre feriados. **DOU**, Brasília, 13 set. 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9093.htm. Acesso em: 30 nov. 2020.

BRASIL. Lei n. 10.097, de 19 de dezembro de 2000. Altera dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. **DOU**, Brasília, 20 dez. 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/110097.htm. Acesso em: 30 nov. 2020.

BRASIL. Lei n. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. **DOU**, Brasília, Edição 27, Seção 1, 7 fev. 2020d. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-13.979-de-6-de-fevereiro-de-2020-242078735>. Acesso em: 30 nov. 2020.

BRASIL. Lei n. 13.982, de 2 de abril de 2020. Altera a Lei n. 8.742, de 7 de dezembro de 1993, para dispor sobre parâmetros adicionais de caracterização da situação de vulnerabilidade social para fins de elegibilidade ao benefício de prestação continuada (BPC), e estabelece medidas excepcionais de proteção social a serem adotadas durante o período de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (Covid-19) responsável pelo surto de 2019, a que se refere a Lei n. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. **DOU**, Brasília, Edição 64-A, Seção 1-extra, 2 abr. 2020e. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-13.982-de-2-de-abril-de-2020-250915958>. Acesso em: 30 nov. 2020.

BRASIL. Medida Provisória n. 927, de 22 de março de 2020. Dispõe sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo n. 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19). **DOU**, Brasília, Edição extra-L, 22 mar. 2020c. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv927.htm. Acesso em: 30 nov. 2020.

BRASIL. Medida Provisória n. 928, de 23 de março de 2020. Altera a Lei n. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, que dispõe sobre as medidas

para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019, e revoga o art. 18 da Medida Provisória n. 927, de 22 de março de 2020. **DOU**, Brasília, Edição extra-C, 23 mar. 2020g. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv928.htm. Acesso em: 30 nov. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria n. 188, de 3 de fevereiro de 2020. Declara Emergência em Saúde Pública de importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV). **DOU**, Brasília, Edição 24-A, Seção 1-extra, 4 fev. 2020b. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-188-de-3-de-fevereiro-de-2020-241408388>. Acesso em: 30 nov. 2020.

BRASIL. Ministério do Trabalho. Instrução Normativa SIT n. 146, de 25 de julho de 2018. Dispõe sobre a fiscalização do cumprimento das normas relativas à aprendizagem profissional. **DOU**, Brasília, 1º ago. 2018a. Disponível em: <http://www.normaslegais.com.br/legislacao/Instrucao-normativa-sit-146-2018.htm>. Acesso em: 30 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.342/DF**. Acórdão. Relator Ministro Marco Aurélio. Redator do acórdão: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, Plenário v. m. 29 abr. 2020h. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadTexto.asp?id=5071853&ext=RTF>. Acesso em: 30 nov. 2020.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO OIT. Convenção 95: proteção do salário. Aprovada na 32ª Reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra, 1949). Vigência nacional: 25 abr. 1958. **OIT Brasília**, Brasília, 2020a. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_235184/lang-pt/index.htm. Acesso em: 30 nov. 2020.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO OIT. Convenção 131: fixação de salários-mínimos, especialmente nos

países em desenvolvimento. Aprovada na 54ª Reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra - 1970). Vigência nacional: 4 maio 1984. **OIT Brasília**, Brasília, 2020b. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_235860/lang-pt/index.htm. Acesso em: 30 nov. 2020.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO OIT. Convenção 182: sobre proibição das piores formas de trabalho infantil e ação imediata para sua eliminação. Convocada em Genebra pelo Conselho de Administração da Secretaria Internacional do Trabalho e reunida em 1º de junho de 1999, em sua 87ª Reunião. Vigência nacional: 19 nov. 2000. **OIT Brasília**, Brasília, 2020c. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_236696/lang-pt/index.htm. Acesso em: 30 nov. 2020.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE OMS. OMS afirma que COVID-19 é agora caracterizada como pandemia. **OPAS Brasil**, Brasília, 11 mar. 2020. Disponível em https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6120:oms-afirma-que-covid-19-e-agora-caracterizada-como-pandemia&Itemid=812. Acesso em: 30 out. 2020.

SILVA, Homero Batista Mateus da; BOMFIM, Vólia; FELICIANO, Guilherme Guimarães. Direito do trabalho na pandemia. *In*: CONGRESSO NACIONAL DE DIREITO DO TRABALHO E PROCESSUAL DO TRABALHO DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO, 20., 2020, Campinas. **5º Painel**. Campinas, 9 out. 2020. Disponível em: <http://20congressotr15.com.br/assistaNovamente/>. Acesso em: 30 nov. 2020.



ENUNCIADOS



DESDOBRAMENTOS PROCESSUAIS DAS AUDIÊNCIAS TELEPRESENCIAIS

Coordenação: Ana Cláudia Torres Viana, Edson da Silva Júnior e Eliana dos Santos Alves Nogueira

Tema 1 - PRINCÍPIOS PROCESSUAIS E CONSTITUCIONAIS

1.1 As audiências telepresenciais comprometem o devido processo legal, o direito de defesa e o contraditório?

1.2 A forma como as audiências têm sido disponibilizadas atende ao princípio da publicidade?

1.3 No pós-pandemia, as audiências telepresenciais devem ser incorporadas ao rito trabalhista? Há necessidade de regulamentação?

Em linhas gerais, não se observa comprometimento dos princípios do devido processo legal, direito de defesa e contraditório. Frisa-se que a tecnologia traria esta realidade mais cedo ou mais tarde e, no mais, já regulada pelo CPC sem qualquer alegação de inconstitucionalidade. O uso da ferramenta tecnológica, por si só, não acarreta nenhum vício procedimental. Contudo, foi ponderado que o juiz deve estar atento quanto à desigualdade digital.

Quanto ao princípio da publicidade, há preocupação com a disponibilização do *link* das audiências pelo YouTube, evitando-se a devassidão da informação. Esclareceu-se que o *link* deve ser disponibilizado em modo privado, sem acesso de terceiros, de modo que o *link* gerado seja acessível apenas pelo *e-mail* que o recebe, não podendo ser repassado, bem como não podendo o receptor outorgar acesso a terceiros. A gravação deve ser restrita às partes diretamente envolvidas e aos julgadores. Pontuou-se que a necessidade de elaboração da ata de audiências garante a publicidade do ato, eis que ela fica no PJe, embora

tal rotina demande uma duração maior do tempo das audiências. A elaboração da ata auxilia na agilidade dos julgamentos, especialmente no segundo grau.

Ainda quanto à publicidade, para a participação nas audiências o sistema por videoconferência pode garantir maior publicidade ante o acesso de terceiros, uma vez que o *link* da audiência é disponibilizado em despacho nos autos e, com isso, quaisquer interessados podem acessar o ambiente virtual, em número maior que o possível presencialmente nas salas de audiências. Em uma das oficinas foi sugerido disponibilizar os *links* em algum local do *site*, ou divulgar para que as pessoas que queiram assistir a uma audiência enviem um *e-mail* à Vara, solicitando que seja disponibilizado o *link*. Poderia ser criada uma espécie de tutorial, preparado pela SETIC, para ser disponibilizado a todos os participantes de audiências, para “enxugar” o ato de designação das audiências.

No tocante ao pós-pandemia, houve unanimidade na manutenção das audiências telepresenciais, considerando-se que para as audiências iniciais, de tentativa de conciliação e precatórias não há, em regra, resistência das partes ou advogados. Quanto às audiências de instrução, os juízes que as têm realizado relataram possibilidade e adequação do procedimento. No entanto, a designação das audiências de instrução em modo telepresencial e a manutenção das mesmas deve observar a peculiaridade de cada processo, já que processos com muitas partes, vasta matéria probatória e muitas testemunhas dificultam o procedimento em razão do tempo necessário e da maior probabilidade de dificuldades com conexão (em razão de vários participantes em realidades diferentes). Contudo, sugere-se regulamentação apenas após o amadurecimento da experiência, com ampla participação dos envolvidos, a fim de que sejam detectadas quais as maiores criticidades, e reguladas de modo adequado.

Discutiu-se que a manutenção de modelo híbrido pode ser o ideal, ou seja, disponibilizar espaço na Vara para onde as testemunhas possam se dirigir e prestar depoimento, utilizando os equipamentos das unidades. Contudo, houve consenso que tal procedimento somente deve ser implantado quando houver condições de retorno ao trabalho presencial. Para as cartas precatórias, a regulamentação deve observar a necessidade de espaços específicos e adequados nas unidades jurisdicionais para sua colheita.

Houve também debate sobre a viabilidade de manutenção de pautas mistas, presenciais e telepresenciais.

Em uma das oficinas houve uma demanda quanto à posição mais clara do Tribunal a respeito do eventual retorno das audiências presenciais ou semipresenciais.

Tema 2 - ORGANIZAÇÃO DA PAUTA

2.1 Qual o modelo mais eficiente durante a pandemia para a transição e o pós-pandemia?

a) Rito Alternativo Emergencial - Audiências de Conciliação e Saneamento - Audiência de Instrução - Unas - Iniciais - Híbridas

b) E para os CEJUSCs?

2.2 Número de audiências - tempo de duração

2.3 A Corregedoria e a organização das pautas. Como lidar com a questão?

No tocante ao Rito Alternativo Emergencial, os participantes apresentaram dúvidas a respeito de sua manutenção, após recente ofício do Corregedor do TST, que determinou a inclusão dos feitos em pauta. No debate, mencionou-se a determinação da Corregedoria, em recente correição, de que todos os processos deveriam ser inseridos em pauta, sem a utilização do Rito Alternativo Emergencial, previsto no art. 6º do Ato n. 11 da CGGJT, de 23 de abril de 2020.

Parte dos participantes pontuou que tem utilizado o Rito Alternativo Emergencial, entendendo por sua manutenção durante o período da pandemia, mantendo-se sua utilização em razão das particularidades de cada localidade.

A utilização do Rito Alternativo Emergencial, com a determinação para que a parte reclamada apresente contestação nos autos, nos moldes do art. 335 do CPC, é ferramenta adequada nos processos nos quais não haja a possibilidade de acordo, bem como durante o período da pandemia tem sido utilizado para agilizar a pauta de audiências, considerando-se que no modelo telepresencial não é possível realizar a mesma quantidade de audiências presenciais, já que o procedimento demanda um tempo maior em razão da necessidade de adequada conexão das partes (por vezes com sinal lento

ou equipamento inadequado, a parte precisa logar-se contínuas vezes em razão da instabilidade da conexão). Assim, a fim de evitar o distanciamento da pauta, o Rito Alternativo Emergencial agiliza o andamento processual, e na sequência a opção tem sido a designação de audiências para a tentativa de conciliação e saneamento dos autos, para análise da viabilidade técnica e prática da designação da audiência de instrução telepresencial. Destacou-se, em uma das oficinas, a importância da utilização da ferramenta GIGs para constar a peculiaridade de cada processo.

As audiências Unas apresentam dificuldades adicionais no modelo telepresencial, considerando a necessidade de adequação das partes e dos advogados ao novo rito procedimental, e por isso desaconselháveis.

Observou-se que a utilização dos modelos alternativos não impactou o número de conciliações, sendo que mesmo nas audiências Iniciais tem sido possível a manutenção da média de acordos anteriores ao período da pandemia para as audiências Unas. Para os CEJUSCs pontuou-se a possibilidade de manutenção das audiências telepresenciais, muito embora a presença física no espaço adequado atue como fator facilitador da mediação em situações específicas.

Quanto ao tempo de duração das audiências, houve unanimidade quanto à maior demora no procedimento, conforme já apontado acima. As audiências de instrução telepresenciais demoram um tempo muito maior que as presenciais, considerando-se a necessidade de acompanhar a conexão das testemunhas, os problemas de instabilidade, ruído e queda de conexão de partes, advogados e testemunhas - em tais situações a audiência precisa ser interrompida para restabelecimento, e em alguns casos adiada.

As audiências Iniciais, bem como as de tentativa de conciliação e saneamento, do mesmo modo, demandam tempo superior, mas que não prejudica sua realização. Pontuou-se o desgaste físico e mental no novo modelo, seja pela utilização em tempo integral do computador (sem pausas), bem como pelas dificuldades técnicas que precisam ser contornadas pelos juízes e secretários de audiências, já que a cada audiência existem situações diversas enfrentadas por partes e advogados quanto ao acesso à plataforma, às dificuldade de utilização, aos problemas de conexão.

No tocante à organização das pautas, a mesma deve ficar a critério exclusivo do juiz, uma vez que cada realidade local aponta para particularidades que devem ser de seu conhecimento, e deve o mesmo atentar-se para a melhor adequação de tempo, quantidade e tipo de audiências que serão designadas.

Sugestão de audiência de conciliação “qualificada”, com saneamento do processo, postergando a instrução, quando necessária, para um outro momento.

Tema 3 - COLHEITA DA PROVA ORAL

3.1 Quais as maiores dificuldades?

3.2 Justificativas para adiamento

3.3 Protocolo para audiência virtual (posturas, uso do *chat*, ruídos, microfone)

3.4 Acordos processuais - desjudicialização da prova

3.5 Alternativas para a otimização da prova emprestada

No tocante à colheita da prova oral, as maiores dificuldades relacionam-se à qualidade da conexão de partes e advogados durante a audiência, a falta de leitura atenta dos despachos de designação das audiências e das informações ali contidas, detalhadas quanto ao procedimento.

Pontuou-se a ausência de equipamento adequado para uso das testemunhas, notadamente as que residem em zona rural.

A questão da incomunicabilidade das testemunhas, no sentido de encontrar-se estratégia adequada para evitar tal contato durante a audiência. No entanto, parte dos participantes aponta que a gravação do ato processual é importante ferramenta que serve para inibir qualquer tipo de mácula na prova testemunhal, eis que o comportamento dos depoentes e eventuais sons externos são visíveis e podem ser avaliados pelo julgador na apreciação do depoimento pessoal ou testemunhal.

A realização das audiências de instrução no modelo telepresencial exige cooperação dos envolvidos e extremo cuidado por parte do juiz e do secretário de audiências com os participantes, eis

que, tanto na sessão preparatória (para quem realiza audiência de saneamento), quanto no início da audiência de instrução, é preciso orientar partes, advogados e testemunhas sobre os procedimentos adequados para sua realização (testemunha em sala de espera virtual - outro *link*, uso do microfone, habilitação de som e câmera etc.).

O colega Wellington Amadeu indica que está providenciando a gravação de um tutorial para apresentar às partes e advogados nas salas de espera virtuais antes do início, orientando sobre a utilização da plataforma e o comportamento durante a audiência.

As justificativas para o adiamento devem ater-se às dificuldades técnicas ou práticas, na forma da Resolução 314 do CNJ. Contudo, observa-se, notadamente por parte dos grandes escritórios e normalmente de grandes empresas, a alegação indiscriminada a respeito das dificuldades - que apenas são invocadas para evitar a audiência de instrução. Caso a caso deve ser analisado pelo juiz, observando-se se há aparente dificuldade ou se trata-se de medida protelatória. No entanto, no momento da pandemia, é necessário cuidado redobrado na análise de tais alegações, evitando-se futuras nulidades processuais.

A alegação falsa de dificuldade técnica ou prática pode ser objeto de análise pelo julgador quando da prolação da sentença, em razão de eventual dano processual ocasionado à parte contrária pelo retardo injustificado do andamento processual.

Quanto às audiências virtuais, o protocolo para sua realização deve constar do despacho que a designa, bem como retomado no início da audiência, quando necessário. A colega Daniele Comin compartilhou o modelo do seu detalhado despacho.

Os acordos processuais não foram apontados como medida utilizada, notadamente pelo desconhecimento e pouca prática da advocacia a respeito.

A prova emprestada tem sido sugerida para as partes e, em algumas situações, aceita. Não se observou alteração quanto à sua utilização relativamente ao período pré-pandemia.

Debateu-se sobre a importância de insistir na realização de audiências telepresenciais, pois passadas as resistências iniciais, muitos advogados têm até elogiado o modelo.

Sugestão de um dos grupos: solicitar, no próprio despacho de designação de audiência, o número de WhatsApp das partes,

advogados e testemunhas. Seria interessante a disponibilização de um celular ou mesmo um número de celular por Vara.

Tema 4 - TECNOLOGIA

4.1 A plataforma Google Meet atende às necessidades? O que poderia ser melhorado?

4.2 *Link* para audiências - único? Sala de espera para testemunhas?

4.3 Comunicação dos atos processuais

4.4 Audiência assíncrona por aplicativos de mensagens - possibilidade?

A plataforma Google Meet atende às necessidades para a realização das audiências, inclusive as de instrução, com a utilização de sala de espera virtual para as testemunhas - tentativa de evitar a comunicabilidade. Tal prática, contudo, implica maior trabalho para os secretários de audiências, que ficam ocupados com a redação da ata e devem coordenar a sala de espera virtual. A plataforma disponibilizada pelo CNJ, nesse aspecto, tem essa funcionalidade.

Alguns juízes têm utilizado o *link* de sala de espera para testemunhas, relatando êxito na experiência.

O colega André Sette está praticando um modelo de *link* único por dia da semana, o que tem auxiliado na celeridade, não tendo que ser criados inúmeros *links*, pontuando que os *links* não expiram, salvo se permanecerem inativos.

No tocante à comunicação dos atos processuais, as Cartas Simples como modo de notificação para as audiências apresenta criticidade, já que quando a parte não comparece, não há como presumir-se o recebimento, eis que impossível o rastreamento. Necessário, nesta hipótese, repetir-se o ato via AR.

No momento atual, uma experiência narrada foi a utilização do Rito Alternativo Emergencial quando, na audiência Inicial, a reclamada não comparece quando enviada a Carta Simples. Nestes casos, não é designada nova audiência, intimando-se a reclamada, agora por AR, para apresentação da defesa nos autos. Caso o rastreamento confirme a entrega e a defesa não seja apresentada, há o imediato encerramento da fase instrutória e o feito é remetido a julgamento. Caso

a defesa seja anexada aos autos, reabre-se a possibilidade de audiência para tentativa de conciliação e saneamento dos autos.

A priorização do envio da notificação para *e-mails* previamente cadastrados, com aviso de leitura automática, é uma alternativa viável.

O colega Wellington Amadeu encaminhou Portaria da Vara do Trabalho de São José do Rio Pardo, pela qual insta o autor a informar dados para a notificação do reclamado via *e-mail* ou telefones. Segue o *link* da Portaria: <https://docs.google.com/document/d/1YrBzsEXsKIIHgKVOVYIZMzzDO91TPJLKkzc9V9DLmMs/edit?usp=sharing>.

No tocante aos aplicativos de mensagens, eles são extremamente úteis como ferramentas auxiliares às audiências telepresenciais e têm sido utilizados para a comunicação com advogados e testemunhas (WhatsApp, ligação telefônica inclusive - notadamente em casos de problemas com conexão, possibilitando-se a realização do ato processual), mas a audiência assíncrona por meio deles não parece ser uma alternativa viável para o momento atual, ressalvada a possibilidade de tratativas conciliatórias, como ocorre no CEJUSC.

Seria interessante, se fosse possível desligar o áudio de alguém que está na sala.

Problemas: não é possível desligar o som de uma sala estando em outra; o Cisco Webex é melhor com relação à sala de espera.

Queixas dos advogados com relação à falta de uniformidade das plataformas utilizadas.

Dúvidas relacionadas aos cuidados com a responsabilidade pelos dados coletados e armazenados, em razão de problemas que podem ocorrer, após a vigência da nova LGPD. O acesso ao *link* de gravação da audiência precisa ser restrito, e precisa haver o registro de que a utilização apenas pode ocorrer para os fins processuais a que se destina.

Sugestão: criação de uma plataforma para o compartilhamento de despachos, atas e outras ideias úteis aos colegas.

TEORIA DA IMPREVISÃO / RESPONSABILIDADE CIVIL: um mundo onde tudo mudou

1 Coordenação: Márcia Cristina Sampaio Mendes

Após ampla discussão nos grupos, houve a formação do posicionamento seguir:

POSSIBILIDADE DAS PARTES. LIMITES DA ATUAÇÃO DO MAGISTRADO NA REACTUAÇÃO DO ACORDO. PERÍODO PANDÊMICO COVID-19. Considerando a possibilidade de novação, o Juiz homologará adequação às condições de acordo trabalhista antes já homologado desde que haja expresse requerimento, em petição conjunta, ou que sejam ouvidas as partes em audiência. Da decisão judicial não cabe recurso, dada sua natureza interlocutória.

2 Coordenação: Marcel de Ávila Soares Marques e Vanessa Maria Sampaio Villanova Matos

Após ampla discussão nos grupos, houve a formação de três posicionamentos que podem ser assim resumidos:

PERÍODO PANDÊMICO DA COVID-19. EXCEPCIONALIDADE DO MOMENTO. TEORIA DA IMPREVISÃO. POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DO ACORDO HOMOLOGADO JUDICIALMENTE PELO MAGISTRADO SEM A ANUÊNCIA DO CREDOR. LIMITES. NECESSIDADE DE PROVA DA DIFICULDADE ECONÔMICA PELO DEVEDOR. Considerando os gravíssimos

efeitos da força maior decorrentes da pandemia do novo coronavírus (art. 1º da MP 927 de 2020) e com fulcro em princípios como razoabilidade, ponderação e, ainda, nos arts. 317, 393, 413 e 478 do Código Civil e art. 525, § 11, do CPC, o juiz pode relativizar a coisa julgada e reduzir temporariamente o valor das parcelas do acordo apenas quando a empresa comprovar a extrema dificuldade de pagamento da avença. O tempo e o montante da redução serão definidos em consonância com as peculiaridades do caso concreto. A diferença devida no período da redução será paga ao final do acordo original, ficando mantido, assim, o valor global da avença.

PERÍODO PANDÊMICO DA COVID-19. INAPLICABILIDADE DA TEORIA DA IMPREVISÃO. COISA JULGADA. VEDAÇÃO À ALTERAÇÃO DO ACORDO HOMOLOGADO JUDICIALMENTE PELO MAGISTRADO SEM A ANUÊNCIA DO CREDOR. POSSIBILIDADE DE REDUÇÃO APENAS DA CLÁUSULA PENAL. NECESSIDADE DE PROVA DA DIFICULDADE ECONÔMICA PELO DEVEDOR. Considerando os gravíssimos efeitos da força maior, decorrentes da pandemia do novo coronavírus, por um lado (art. 1º da MP 927 de 2020), mas, de outra sorte, tendo em vista que, nos termos do art. 831, parágrafo único, da CLT, o acordo homologado em Juízo tem força de decisão irrecorrível, sendo protegido pelo manto da coisa julgada (art. 5º, XXXVI), o juiz pode alterar apenas as cláusulas secundárias da avença, como a cláusula penal e a cláusula de vencimento antecipado das parcelas futuras, com fulcro no art. 413 do Código Civil. Destarte, ainda que a empresa comprove a sua efetiva dificuldade financeira, não há possibilidade do juiz alterar o valor global do acordo ou de reduzir temporariamente o valor de suas parcelas.

PERÍODO PANDÊMICO DA COVID-19. INAPLICABILIDADE DA TEORIA DA IMPREVISÃO. COISA JULGADA. VEDAÇÃO À ALTERAÇÃO DO ACORDO HOMOLOGADO JUDICIALMENTE PELO MAGISTRADO SEM A ANUÊNCIA DO CREDOR. POSSIBILIDADE DE NOVAÇÃO. Nos termos do art. 831, parágrafo único, da CLT, o acordo homologado em Juízo tem força de decisão irrecorrível, sendo protegido pelo manto da coisa julgada (art. 5º, XXXVI). Portanto, não pode o juiz alterar qualquer cláusula da avença

firmada em Juízo. Destarte, eventual alteração apenas é possível no caso de novação, ou seja, quando as partes anuem com a repactuação, o que, no contexto pandêmico, poderá ser tentado em uma audiência de conciliação por videoconferência.

QUESTÕES IMINENTES NO DIREITO DO TRABALHO NO CENÁRIO PANDÊMICO

1 Coordenação: Hélio Grasselli

A CADUCIDADE DA MP 927/2020 E O DIREITO INTERTEMPORAL. ULTRATIVIDADE OU NÃO DE ACORDOS INDIVIDUAIS REALIZADOS NA VIGÊNCIA DA MP 927 APÓS SUA CADUCIDADE. BANCO DE HORAS. Consoante dispõe o art. 62, § 11, da Constituição Federal, a não edição de decreto legislativo até 60 dias após a perda da eficácia da medida provisória implica em que as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidas. Assim, os acordos individuais realizados durante a vigência da Medida Provisória 927/2020 são válidos e podem produzir efeitos ultrativos até mesmo em relação ao banco de horas, desde que a compensação das horas negativas geradas durante a sua vigência seja feita até 31 de dezembro de 2020, data em que se encerrará o estado de calamidade pública.

A REGULAÇÃO DO TRABALHO TELEPRESENCIAL (UNILATERAL PELA MP 927). COMO FICA A MANUTENÇÃO OU CESSAÇÃO DO TRABALHO EM REGIME TELEPRESENCIAL APÓS A CADUCIDADE DA MP 927? É válida a alteração de regime de trabalho presencial para telepresencial durante a vigência da Medida Provisória 927/2000. Após sua caducidade, a permanência no regime telepresencial demandará aquiescência do empregado. Se o empregado não possuir os equipamentos tecnológicos e a infraestrutura necessária e adequada à prestação do teletrabalho, inclusive para fins de observância das normas de ergonomia, o empregador deverá fornecer os equipamentos em regime de comodato.

FGTS. LIBERAÇÕES DURANTE A PANDEMIA. COMPETÊNCIA MATERIAL. POSSIBILIDADES. [**Corrente majoritária**] Pugna pela incompetência da Justiça do Trabalho nos termos do art. 109, I, da Constituição Federal. [**Corrente minoritária**] Pugna pela liberação do FGTS durante o período de pandemia, independentemente de a questão ser de competência exclusiva da Justiça Federal ou concorrente com a da Justiça do Trabalho, devendo prevalecer o caráter emergencial da liberação, mesmo porque até mesmo o juiz incompetente pode ordenar medidas de caráter liminar.

REDUÇÃO DE JORNADA E SUSPENSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. É válida a redução de jornada de trabalho e de salário por acordo, ainda que individual, durante o estado de calamidade pública. O contrato de trabalho poderá ser suspenso, nos termos da Lei n. 14.020/2020, devendo o empregado receber o Benefício Emergencial que será pago pelo Governo Federal e, também, ajuda compensatória de 30% do salário quando se tratar de médias e grandes empresas.

SEGURANÇA DO TRABALHO. DOENÇAS OCUPACIONAIS LIGADAS À COVID. CAUSAS E CONCAUSAS. Nas atividades que por sua natureza envolvem risco acentuado para infecção, tais como hospitais, clínicas e congêneres, presume-se que o contágio pelo coronavírus Covid-19 ocorreu nas dependências do empregador, cabendo a este a produção de prova em contrário. Nas demais atividades o nexó não é presumido, cabendo o ônus da prova ao empregado.

2 Coordenação: Ana Cláudia Pires Ferreira de Lima

EFEITOS DOS ACORDOS INDIVIDUAIS PACTUADOS NA VIGÊNCIA DA MP 927/2020. Os acordos individuais pactuados nos termos dos arts. 2º e 3º da MP 927/2020 terão validade durante o prazo expressamente neles estabelecidos, até o limite de 31.12.2020 (data prevista para o término do Estado de Calamidade Pública, conforme Decreto n. 6/2020), nos termos do § 11 do art. 62 da CF/1988, salvo a instituição do banco de horas, devido à sua especificidade.

ACORDO DE BANCO DE HORAS. [**Posicionamento majoritário**] O acordo de banco de horas, desde que formalizado na vigência da MP 927/2020, quanto à compensação de horas não trabalhadas, presume-se válido para o período em que o empregado permanecer sem atividade laboral em razão da pandemia, de modo que, se esta situação perdurar até 31.12.2020, referidas horas “negativas” poderão entrar no banco de horas previsto no art. 14 da MP 927, ou seja, ser compensado pelo prazo de 18 meses a contar do término do Estado de Calamidade Pública. Se inviável a compensação ou extinto o contrato, não são permitidas deduções. [**Posicionamento minoritário**] As horas negativas geradas na vigência do acordo de banco de horas poderão ser compensadas no prazo previsto na MP 927, de 18 meses contados da data de encerramento do Estado de Calamidade Pública (art. 14). As horas negativas geradas a partir de 20.7.2020 passam a ser regidas pelas regras da CLT.

O ACORDO DE SUSPENSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO PREVISTO NA MP 936, CONVERTIDA NA LEI N. 14.020/2020 É COMPUTADO NO PERÍODO AQUISITIVO DE FÉRIAS? TRATA-SE DE SUSPENSÃO PRÓPRIA OU IMPRÓPRIA? [Dois posicionamentos] **Posicionamento 1.** Nos termos do art. 8º, § 2º, I, da Lei n. 14.020/2020, que estabelece que “durante o período de suspensão temporária do contrato de trabalho, o empregado fará jus a todos os benefícios concedidos pelo empregador aos seus empregados”, trata-se de suspensão imprópria do contrato de trabalho, devendo o período da suspensão ser computado no período aquisitivo de férias. **Posicionamento 2.** Trata-se de suspensão própria, nos mesmos termos do auxílio doença, durante o qual não há pagamento de salário pelo empregador, cujo período não é computado no período aquisitivo de férias, ressaltando-se que a própria Lei n. 14.020/2020, em seu art. 8º, § 2º, II, possibilita ao empregado contribuir para o Regime Geral de Previdência Social na qualidade de segurado facultativo, na forma do art. 20 dessa Lei.

OS ACORDOS CELEBRADOS NA VIGÊNCIA DA MP 927/2020 TÊM VALIDADE APENAS PARA AS EMPRESAS AFETADAS ECONOMICAMENTE PELA PANDEMIA DO NOVO CORONA-

VÍRUS? [**Posicionamento majoritário**] Os acordos celebrados na vigência da MP 927/2020 têm validade para todas as empresas, independentemente de seu ramo de atividade e situação econômica, uma vez que todos os empregadores podem ter empregados que façam parte de grupo de risco. [**Posicionamento minoritário**] Nos termos de seu art. 1º, os acordos celebrados com base na MP 927/2020 somente têm validade para satisfazer necessidade de preservação do emprego e da renda, ou seja, para empregadores afetados economicamente pela pandemia do novo coronavírus.

3 Coordenação: Guilherme Guimarães Feliciano

A CADUCIDADE DA MP 927/2020 E O DIREITO INTERTEMPORAL. ULTRATIVIDADE OU NÃO DE ACORDOS INDIVIDUAIS REALIZADOS NA VIGÊNCIA DA MP 927 APÓS SUA CADUCIDADE. BANCO DE HORAS. 1. Na ausência de decreto legislativo em sentido contrário, são válidos os acordos individuais celebrados na vigência da MP 927 até o final do período de estado de calamidade, com fundamento no art. 62, § 11, da CRFB, que dispõe que as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante a vigência de medida provisória conservar-se-ão por ela regidas, bem como no art. 1º, parágrafo único, da MP 927, que dispõe que o disposto na medida se aplica durante o estado de calamidade pública. Direcionamento esposado pelo STF que firmou entendimento na ADPF 216/06, julgada em 2018, no sentido de que os efeitos da medida provisória não convertida em lei limitam-se aos atos iniciados e concluídos durante seu período de vigência. 2. É válida previsão de ultratividade de norma reguladora de banco de horas, pactuada em acordo individual no período de vigência da MP 927. As horas negativas geradas na vigência da MP poderão ser compensadas no prazo previsto nesta, de dezoito meses contados da data de encerramento do estado de calamidade pública (art. 14). As horas negativas geradas a partir da caducidade da MP, em 20.7.2020, podem ser compensadas segundo as regras da CLT. Deverá haver imputação do empregador de forma a identificar a quais horas se refere a compensação.

A REGULAÇÃO DO TRABALHO TELEPRESENCIAL (UNILATERAL PELA MP 927). COMO FICA A MANUTENÇÃO OU CESSAÇÃO DO TRABALHO EM REGIME TELEPRESENCIAL APÓS A CADUCIDADE DA MP 927? 1. Direito intertemporal: os acordos celebrados durante a vigência da MP 927 estipulando regime de teletrabalho implicam alteração contratual que prevalece mesmo após a caducidade da medida provisória. 2. Teletrabalho e horas extras: o teletrabalhador tem direito à desconexão do trabalho e a horas extras, direito fundamental constitucional. O tempo de labor controlável insere-se na jornada de trabalho. Necessidade de interpretação conforme a Constituição e em analogia com o art. 62, I, da CLT, que trata do trabalho externo e compatibilidade de controle. Inversão do ônus da prova da jornada que fica a cargo do empregador. 3. Despesas do empregado com equipamentos e pacote de dados: princípio da alteridade. Cabe ao empregador o ônus do empreendimento e a assunção dos riscos da atividade econômica na forma do art. 2º da CLT, pelo que, demonstrada a efetiva utilização como instrumento de trabalho, cabe ao empregador indenizar os gastos do empregado com equipamentos e pacote de dados.

FGTS. LIBERAÇÕES DURANTE A PANDEMIA. COMPETÊNCIA MATERIAL. POSSIBILIDADES. Incompetência da Justiça do Trabalho, nos termos do art. 109, I, da CF/1988.

REDUÇÃO DE JORNADA E SUSPENSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. 1. É inconstitucional o art. 18 da MP 927. Ressalvado o vício da inconstitucionalidade, acordo celebrado nos termos do art. 18 da MP 927, por ser cláusula de prazo determinado, tem sua validade e eficácia mantidas.

AS NOVAS “GARANTIAS DE EMPREGO” INTRODUZIDAS PELA LEGISLAÇÃO PÓS-PANDEMIA. É inconstitucional a criação de “garantias de emprego” sem efetividade prática, com permissão de dispensa mediante indenização menor.

[POESIA]

Direitos fundamentais são como ninhos onde nasce a dignidade do Homem. Quando a selva queima é que mais clamam por proteção. (Rosy Nascimento)



ESCOLA JUDICIAL

TRT 15ª Região

Seção de Pesquisa e Publicações
Jurídicas

