

Audiências telepresenciais e a necessária anuência das partes

1.Introdução

O estado de calamidade pública decretado em virtude da pandemia do coronavírus provocou a implementação de diversas medidas de cunho social, político e econômico de contornos transnacionais. Os impactos no funcionamento do Poder Judiciário brasileiro foram inevitáveis, levando à suspensão do atendimento presencial e adoção de medidas alternativas para continuidade da prestação dos serviços.

Diante do caráter essencial e ininterrupto da atividade jurisdicional, visando garantir o acesso à justiça neste período emergencial e, concomitantemente, frente à necessária prevenção do contágio, preservando, por conseguinte, a saúde dos sujeitos processuais, no dia 19 de março de 2020, o Conselho Nacional de Justiça editou a resolução 313, com prazo de vigência até o dia 30 de abril de 2020.

A referida norma foi editada com o objetivo de regular o funcionamento do Poder Judiciário, compatibilizar as restrições presenciais, provocadas pelo surto pandêmico, com a necessária tramitação dos processos e promover uniformidade na administração da Justiça, respeitadas as peculiaridades locais. A partir dela foi instituído um regime jurídico urgente e provisório denominado *plantão extraordinário*.

Diante da realidade sanitária do país, surgiu a necessidade de prorrogação das medidas anteriormente instituídas e de retomada gradativa dos prazos processuais para o pleno atendimento dos cidadãos, o que fomentou a edição de uma nova Resolução, de número 314, a qual determinou que os Tribunais retomassem a realização de audiências e sessões de julgamento por meio de mecanismos de videoconferência. O próprio CNJ disponibilizou, para tanto, ferramenta on-line gratuita denominada *Cisco Webex*, acessível através do sítio eletrônico do órgão. Alguns Tribunais Regionais, por sua vez, optaram por utilizar outras ferramentas semelhantes, a exemplo do *Google Meet*.

Entretanto, resta imperioso destacar que existem obstáculos intransponíveis para a realização de audiências, mormente as unas e de instrução, na modalidade telepresencial. O recorte do presente texto, contudo, cingir-se-á ao agravamento dessa realidade na Justiça do Trabalho, diante das peculiaridades do processo trabalhista.

2. Afronta ao acesso à justiça e ao contraditório efetivo

Nos dizeres de Marmelstein (2014) “os direitos fundamentais nutrem, por assim dizer, uma declarada paixão pelo Poder Judiciário, embora, infelizmente, essa paixão nem sempre seja correspondida”. Sob esse viés, percebe-se que a resolução 314, ao determinar a realização de audiências no formato telepresencial, é deveras seletiva e viola direitos alçados à categoria de fundamentais.

A previsão olvida o impacto da hipossuficiência econômica na consecução dos atos processuais, frente à corriqueira dificuldade de manejo das plataformas digitais e de acesso a uma conexão à internet estável. A despeito da quebra de paradigmas provocada pela Revolução Informacional, essa realidade de utilização de tecnologias disruptivas não é acessível a todos.

Especificamente no que concerne à seara trabalhista, o reclamante, ao postular seus direitos, se encontra, ordinariamente, em uma situação econômica desfavorável. A maioria das demandas ajuizadas na Justiça do Trabalho são decorrentes de rescisão contratual, o que provoca, de forma corriqueira, a ausência de recursos financeiros para a própria subsistência.

Essa realidade é incompatível com as exigências de acesso a aparatos tecnológicos para a realização de audiências por videoconferência. Nesse diapasão, resta patente que a suspensão do atendimento presencial, a utilização de meios eletrônicos para comunicação e, sobretudo, a retomada da realização de atos processuais neste período de crise sanitária evidenciam o caráter seletivo e discriminatório do sistema normativo em vigor.

Ao discorrer sobre o assunto, o sociólogo português Boaventura de Sousa Santos consigna que “a quarentena não só torna mais visíveis, como reforça, a injustiça, a discriminação, a exclusão social e o sofrimento injusto que elas provocam.” Segue aduzindo: “são muitos os grupos para os quais a quarentena é particularmente difícil. São grupos que têm em comum padecerem de uma especial vulnerabilidade que precede a quarentena e se agrava com ela.”.

A edição das resoluções 313 e 314 do CNJ resguarda a segurança jurídica apenas de uma parcela dos jurisdicionados e, em contrapartida, promove a ofensa de diversos preceitos constitucionais.

Cabe trazer à baila o disposto no art. 30 da LINDB, o qual dispõe que “As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas”. O dispositivo põe em relevo a necessidade de a Administração da Justiça priorizar a segurança jurídica, promovendo e garantindo a previsibilidade dos seus atos.

Nesse contexto, SOARES (2017) compreende, concisamente, que “nos Estados Democráticos de Direito, o valor da segurança jurídica pode ser considerado um princípio basilar da ordem jurídico-constitucional, como forma de garantir a tutela de direitos fundamentais do cidadão”.

Impor aos jurisdicionados, de forma inesperada e a partir de atos que não possuem arcabouço legal, mudança substancial na forma de realização de acesso à justiça, e sem que a sociedade atual possua estrutura ou preparo para atender à exigência, é evidente afronta à segurança jurídica e impede a concretização de direitos sociais que ostentam inegável valor fundamental.

O art. 5º, XXX, da CF/88 consagra o acesso à justiça ao consignar que “a lei não excluirá de apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Entretanto, cumpre destacar que a violação, possível ou concretizada, pode ocorrer antes do ajuizamento de determinada demanda, o que não pode ser excluído de apreciação, como pode ocorrer no curso de um processo judicial, sendo vedado a criação de qualquer embaraço à apreciação.

Vislumbra-se a concretização do acesso à justiça no âmbito infraconstitucional na previsão constante no art. 453 § 2º, do CPC de que os juízos deverão manter equipamentos para a transmissão e recepção de sons e imagens.

A despeito da compreensão que as medidas adotadas pelas Resoluções citadas visam garantir uma prestação jurisdicional célere, o que ganha relevo no ramo juslaboral em razão da natureza alimentar dos créditos postulados, necessário ressaltar que a duração razoável do processo impõe que não se acolha a supressão de etapas necessárias para a consecução do seu fim.(CUNHA, 2012). Não basta, portanto, uma prestação jurisdicional célere, ela precisa ser justa e efetiva.

Mais do que isso, antes do atendimento à celeridade processual, é imprescindível a garantia do acesso à justiça, visto que não há que se falar em rapidez se sequer há processo

A concepção do processo como instrumento de pacificação social não se vincula exclusivamente ao conceito de celeridade e razoável duração do processo, mas, em realidade, à noção de que o trâmite processual deve durar o tempo necessário para que seja exarada uma decisão justa e efetiva (art.6º do CPC). Fixada essa premissa, cumpre rememorar a necessidade de ponderar a celeridade com os valores da adequação e da segurança jurídica.

Além disso, imperioso ressaltar que o *dever de processar com ética* integra o direito de acesso à justiça, a partir do qual devem ser respeitados os direitos fundamentais, o que “inclui, em primeiro lugar, o dever de observar o devido processo, que é fonte de todas as demais garantias processuais” (MARMELSTEIN, 2014).

O princípio do contraditório, por sua vez, garante o direito de exercer todos os meios de defesa à disposição dos atores processuais na perquirição do convencimento do magistrado, abarcando o direito de ser ouvido e de influência, na sua perspectiva substancial, o denominado *contraditório efetivo*.

A realização de audiência telepresencial submete as partes à hipótese de haver uma falha de caráter técnico, seja com relação aos equipamentos tecnológicos, seja com relação à instabilidade de conexão, de modo que restará prejudicada a capacidade da parte de influenciar a decisão, tendo em vista que o juiz não terá acesso aos argumentos que seriam externados, restando demonstrada clara impossibilidade de garantia de um contraditório substancial.

As partes processuais devem gozar dos direitos fundamentais previstos no ordenamento durante toda a tramitação processual, incluindo os deveres negativos e aspectos limitativos do Poder Público, traduzindo a eficácia vertical, inclusive porque há estreita imbricação entre o Estado Democrático de Direito e os direitos fundamentais.

Cabe trazer à baila percuriente afirmação de Hans-P Scheneider, o qual assevera que os direitos fundamentais são “*conditio sine qua non* do Estado constitucional democrático” (SARLET, 2011).

Nesse diapasão, as alegações envolvendo a excepcionalidade da realidade fática ora vivenciada não podem consubstanciar a prática de ofensas aos preceitos constitucionais, sob pena de se caminhar para a instauração de um regime de exceção. Ademais, o devido processo legal substancial impõe respeito aos comandos constitucionais na prática das atividades legislativas, administrativas e jurisdicionais em períodos de crise e excepcionalidade.

A realização de audiências na modalidade presencial é imprescindível para a observância dos princípios do devido processo legal e do acesso à justiça, consagrados no artigo 5º, LIV, LV e XXXV, da CF/88. Nesse sentido, de forma sucessiva, nas eventuais hipóteses de realização da audiência por videoconferência, que seja garantido às partes o direito de concordar ou se insurgir contra a modalidade adotada.

3. Ausência de permissivo legal para realização de audiência de instrução telepresencial

Não bastasse a violação ao acesso à justiça e ao contraditório efetivo, a realização de audiência telepresencial, sobretudo aquelas destinadas à instrução processual trabalhista, carece de subsídio legal e afronta diversos dispositivos da legislação infraconstitucional.

A previsão constante no art. 453 do Código de Processo Civil pode ser vista como o permissivo legal para realização de audiência telepresencial, uma vez que no § 1º resta garantido que “ a oitiva de testemunha que residir em comarca, seção ou subseção judiciária diversa daquela onde tramita o processo poderá ser realizada por meio de videoconferência”. Contudo, o teor do dispositivo não se adequa a todos os casos. Pelos próprios termos do dispositivo é possível reconhecer o evidente o caráter excepcional da medida e que o objetivo se restringe à garantia da produção da prova. Além disso, o legislador estabelece requisitos para sua realização, quais sejam: i) para ouvida de testemunha; ii) que reside em lugar diverso de onde tramita o processo.

Em que pese essa possibilidade, já vimos, em tópico precedente, que um dos exemplos de concretização do acesso à justiça no âmbito infraconstitucional é a previsão do § 2º do mesmo dispositivo, *ipsis litteris*:

§ 2º Os juízos deverão manter equipamento para a transmissão e recepção de sons e imagens a que se refere o § 1º.

Ocorre, contudo, que essa exigência é de impossível cumprimento diante do estado de pandemia ora vigente, da consequente impossibilidade de circulação das pessoas e não funcionamento presencial dos Tribunais Regionais do Trabalho.

Ainda que essa determinação seja implementada por algum tribunal, as pessoas em confinamento compulsório, por integrarem os grupos mais vulneráveis e passíveis de contaminação, teriam que se expor para terem acesso aos equipamentos disponibilizados nas sedes dos tribunais, descumprindo, portanto, as orientações exaradas pelas autoridades sanitárias de isolamento social.

O art. 334, § 7º, do CPC, que também poderia ser apontado como permissivo legal para realização de audiência na modalidade em discussão, permite apenas a realização de “audiência de conciliação ou de mediação por meio eletrônico, nos termos da lei”. E essa previsão tem razão de ser, visto que não há texto de lei vazio (*verba cum effectu sunt accipienda*), ou seja, sem intenção, qual seja: as audiências de conciliação ou de mediação são atos que, comumente, não envolvem aplicação de eventual penalidade em caso de não comparecimento.

Desse modo, o ordenamento pátrio não autoriza a realização de audiências instrutórias ou unas na modalidade pretendida.

O art. 813 da CLT, por sua vez, impede a realização de audiência fora do âmbito do Juízo ou Tribunal, ao consignar o seguinte:

Art. 813 - As audiências dos órgãos da Justiça do Trabalho serão públicas **e realizar-se-ão na sede do Juízo ou Tribunal** em dias úteis previamente fixados, entre 8 (oito) e 18 (dezoito) horas, não podendo ultrapassar 5 (cinco) horas seguidas, salvo quando houver matéria urgente. (grifos aditados).

É certo que o § 1º do mesmo dispositivo excepciona e permite a realização de audiência em outro local. Porém, não se pode deixar de interpretar a norma fazendo a distinção da natureza de regra, que, inegavelmente, é a hipótese do *caput*, e de exceção, prevista no § 1º.

Outros dois pontos podem ser suscitados como obstáculos à realização de audiência de forma telepresencial: I) a dificuldade de garantir a segregação e consequente incomunicabilidade quanto ao depoimento das partes e testemunhas, constante do art. 824 consolidado e art. 385, § 2º, do CPC; II) o risco de a testemunha ser orientada ou possuir um rol de perguntas e respostas à sua disposição.

Esses fundamentos, contudo, não são utilizados aqui como justificativa para não realização, visto que constitui regra basilar de hermenêutica que o direito não pode ser interpretado tendo como premissa sua própria violação.

Insta mencionar, outrossim, que a concretização de audiências por videoconferência tem o condão de provocar o descumprimento das orientações

de isolamento social constantes na lei 13.979/20, tendo em vista a precariedade do sistema de informação. Ademais, a consequente impossibilidade de acesso à internet pode estimular o agrupamento presencial, ofendendo, por conseguinte, o Direito fundamental à saúde (art. 196 da CF), uma vez que os atores processuais poderão se deslocar em busca de auxílio, ampliando o risco de contágio, mormente dos trabalhadores, geralmente hipossuficientes economicamente e que não dispõem dos meios necessários para realizar, de forma segura, os atos processuais.

Em que pese as soluções constantes nas resoluções ora tratadas promovam a tutela de servidores do Poder Judiciário e de Magistrados, cumprindo a sua função precípua, por outro lado, estimulam a exposição dos demais atores processuais (advogados, partes, testemunhas e colaboradores dos escritórios de advocacia), contrariando, portanto, as imposições constantes na lei 13.979/20.

Impende destacar que eventuais falhas técnicas ou problemas sistêmicos durante a realização do ato processual não podem ser atribuídas como responsabilidade das partes/patronos, nem podem gerar efeitos jurídicos prejudiciais, tendo em vista que estes não possuem qualquer ingerência nas falhas sistêmicas que porventura aconteçam. A dificuldade, sob esse ponto de vista, diz respeito à impossibilidade de se aferir eventual culpa da parte ou de seu patrono para justificar a aplicação ou afastamento de penalidades.

Os fundamentos legais que podem levar à interpretação de possibilitarem a realização de audiência telepresencial não se sustentam diante dos seus próprios termos para as hipóteses de audiências de instrução e una na seara trabalhista. Além disso, o estado de distanciamento social e não funcionamento físico dos órgãos jurisdicionais obsta o cumprimento de inúmeros dispositivos do ordenamento jurídico pátrio.

4. Direito a participação no processo e cooperação processual

O código de processo civil, em 2015, valorizou a participação efetiva dos atores processuais na formação do processo para que se possa atingir uma prestação jurisdicional efetiva, tornando o processo mais democrático.

É nesse sentido que o art. 6º do NCPC consigna que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

O teor coparticipativo do direito processual civil pátrio demonstra a incorporação ao ordenamento jurídico nacional da noção de “*comunidade de trabalho*” defendida pelo direito alemão (*Arbeitsgemeinschaft*). Ao consagrar em seu art. 6º o dever de cooperação entre os sujeitos do processo, o legislador impôs a consecução de um contraditório colaborativo, mitigando o tradicional caráter adversarial e, em contrapartida, provocando o reconhecimento da corresponsabilidade.

Esse modelo de direção processual proativa demonstra a influência do neoconstitucionalismo na legislação infraconstitucional, compatibilizando o seu conteúdo com os princípios fundamentais. A consagração do princípio da cooperação dá ênfase ao debate entre os sujeitos processuais visando melhorar a qualidade da prestação jurisdicional.

Dessa premissa, se extrai uma nova realidade de processo a partir do NCPC, como o dever de cooperação processual, o novo conceito de decisão surpresa (art. 9º e 10º), a necessidade de comunicação prévia às partes sobre eventual inversão do ônus da prova (art. 373, § 1º), o detalhamento da fundamentação das decisões judiciais (art. 489, § 1º) e a possibilidade de negócios processuais (art. 190).

Na seara juslaboral, por sua vez, não há preceito escrito, de formulação direta, positivando o princípio em tela. Contudo, resta inconteste a sua compatibilidade, frente à feição democrática e de valoração da função/elemento social do processo, com os princípios norteadores do ramo.

Diante das mudanças estruturais provocadas pela pandemia, cabe aos sujeitos processuais, através do diálogo, suscitar a melhor forma para obtenção da justa composição do litígio, de modo que a efetividade e a justiça ganham relevo e se sobrepõem à ideia de celeridade.

É evidente que ao juiz cabe à direção do processo (CLT, 765), mas sem a efetiva participação das partes na formação do seu convencimento e a cooperação dos atores processuais para o estabelecimento das regras a serem seguidas no curso do processo, não se pode falar em prestação jurisdicional justa e em contraditório efetivo, o que implica em evidente violação ao ordenamento jurídico.

Como visto anteriormente, a realização de audiência de forma telepresencial consubstancia uma inovação sem precedentes, aplicada de forma imediata aos atores processuais despreparados para tamanha disrupção. Diante da modificação estrutural, não se pode impor tal prática às partes sem lhes permitir a demonstração de concordância com o novo procedimento, de modo a garantir o direito a não realização dos que se consideram prejudicados.

Por se tratar de uma mudança procedimental significativa, sequer deve ser exigida a apresentação de fundamentação pela parte, sendo suficiente a mera discordância, em atenção à boa-fé processual e garantia dos princípios basilares citados anteriormente.

Diante do exposto, resta inconteste que para a efetivação das audiências de instrução e una na modalidade telepresencial, frente às dificuldades técnicas para a sua regular concretização, anteriormente elencadas, as partes deverão demonstrar a sua concordância, mormente em razão da atipicidade da medida e da possibilidade de obstar a consecução do contraditório e da ampla defesa, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico.

5. Conclusão

Frente à linha de pensamento desenvolvida, sem o objetivo de exaurir o tema, chega-se à conclusão de que os impactos da pandemia são amplos e a calamidade pública instaurada produz diversos efeitos jurídicos nos processos judiciais em curso, consubstanciando um verdadeiro fato jurídico processual.

Diante da substancial alteração socioeconômica provocada pela pandemia, atingindo diametralmente os vínculos jurídicos estabelecidos anteriormente, conclui-se que uma situação de crise testa a capacidade de as instituições reagirem associadas aos ditames constitucionais.

É nesse sentido que não é compreensível ou recomendado determinar a realização de audiência de instrução de forma telepresencial, tendo em vista que estar-se-á privilegiando a celeridade em detrimento de princípios e direitos fundamentais inerentes ao Estado Democrático, como a segurança jurídica, o acesso à justiça e o contraditório efetivo, além da evidente ausência de pressuposto legal e clara violação à dispositivos infraconstitucionais.

Nesse diapasão, objetivando adequar a modalidade à teleologia juslaboral, imperioso que a realização de audiência telepresencial seja uma faculdade, condicionada à anuência das partes, garantindo, dessa forma, que não assumam um ônus demasiado e não enfrentem dificuldades suficientes a caracterizar violação aos direitos fundamentais.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. Disponível em: https://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindade_teorias_gerais_dos_direitos_fundamentais.pdf. Acesso em 29 de maio de 2020

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 336.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. A Atendibilidade dos Fatos Supervenientes no Processo Civil. Coimbra: Almedina, 2012.

HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 3 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais em tempos de pandemia – I. [S. l.], 23 mar. 2020. Acesso em: 18 abr. 2020.

_____. A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva Constitucional. 10ª Ed. Ver.atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.pág-59.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2006.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. Hermenêutica e Interpretação Jurídica. 3 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

SOUSA SANTOS, Boaventura. A cruel pedagogia do vírus, 2020. Disponível <https://www.cpalsocial.org/documentos/927.pdf>. Acesso em: 29 de maio de 2020.págs-5;15 e 21.

WAMBIER, Luiz Rodrigues & WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Anotações sobre a efetividade do processo. Revista dos tribunais. São Paulo, n. 814.

PACHECO, José da Silva. Evolução do processo civil brasileiro: desde as origens até o advento do novo milênio. 2 ed. Rio de Janeiro, Renovar, 1999.

***Igor Teixeira Santos** é advogado. Sócio do Pessoa & Pessoa Advogados Associados. Pós-graduado em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade Baiana de Direito.

***Ana Beatriz Figueiras da Fonseca Lima** é advogada do Pessoa & Pessoa Advogados Associados. Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco e Pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade lbmec-SP.