

GRAVAÇÃO CLANDESTINA COMO MEIO DE PROVA NO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO

Jackeline Stefane Karoline Nogueira Coêlho

Jair Aparecido Cardoso

RESUMO

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXXV, garante a todos os brasileiros o direito de ação, com o fito de obter judicialmente a composição de conflitos. Destarte, desta garantia fundamental emana o direito à prova, que no processo busca dar suporte para a solução do litígio. Apesar de ser um direito e estar presente no Título Dos Direitos e Garantias Fundamentais, a própria Carta Magna estabelece limites ao direito à produção de provas. Esse limite está presente no artigo 5º, inciso LVI, disciplinando que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos. Sobre a (in) admissibilidade da prova no processo, essa discussão não encontra uniformidade na doutrina. A principal contenda faz referência sobre a possibilidade, ou não, de se admitir exceções quanto à utilização de determinadas provas ilícitas nos meios processuais. Em determinados casos, o embate ganha ainda mais força quando a (in)admissibilidade vier a ofender princípios juridicamente relevantes, como o da dignidade da pessoa humana, direito à privacidade e à intimidade, princípios do valor social do trabalho

Jackeline Stefane Karoline Nogueira Coêlho

Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP/USP). Pós-Graduada em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade Legale. Assessora Jurídica e Advogada Voluntária da Defensoria Pública da União em Ribeirão Preto/SP (jackeline.nogueira.coelho@gmail.com).

Jair Aparecido Cardoso

Professor Livre docente, Presidente da Comissão de Pós-Graduação PPG/FDRP/USP (2022/2023), Presidente da Comissão de Cultura e Extensão CCEX/FDRP/USP (2020/2021), Coordenador do curso de pós-graduação lato-sensu em Direito e Processo do Trabalho, 2014/2024, pesquisador na área de direito e processo do trabalho da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto - USP. Líder do grupo de pesquisa (CNPQ/2010) " A transformação do Direito do Trabalho na sociedade pós-moderna e seus reflexos no mundo do trabalho" FDRP/USP. jaircardoso@usp.br

e de demais direitos fundamentais sociais de natureza trabalhista. Por conseguinte, o presente artigo tem como objetivo apresentar a discussão da (in)admissibilidade da gravação clandestina como meio de prova no direito processual do trabalho, à fim de compreender se ela violaria ou não direitos fundamentais constitucionais, ou se seria uma garantia de proteção ao trabalhador para comprovar determinado fato. Desta forma, busca-se realizar uma análise exaustiva acerca dos seus efeitos, apresentando as discussões doutrinárias e jurisprudencial a respeito do assunto, para assim concluir que o magistrado, valendo-se do princípio da proporcionalidade, poderá ponderar os valores dos direitos materiais conflitantes, considerando que nenhuma garantia constitucional tem valor supremo e absoluto, sendo necessário a análise de caso a caso.

Palavras-chave: gravação clandestina. prova ilícita. garantia constitucional. (in) admissibilidade prova ilícita.

ABSTRACT

The Federal Constitution, in its article 5, item XXXV, guarantees all Brazilians the right of action, with the purpose of obtaining the composition of conflicts judicially. Thus, this fundamental guarantee emanates the right to proof, which in the process seeks to provide support for the solution of the litigation. Although it is a right and present in the Title of Fundamental Rights and Guarantees, the Charter itself establishes limits to the right to produce evidence. This limit is present in article 5, item LVI, ruling that the evidence obtained by illegal means is inadmissible in the process. Regarding the (in) admissibility of the evidence in the process, this discussion does not find uniformity in doctrine. The main contention refers to whether or not exceptions can be made to the use of certain unlawful evidence in proceedings. In certain cases, the clash is even stronger when inadmissibility offends legally relevant principles, such as the dignity of the human person, the right to privacy and privacy, principles of the social value of work and other fundamental social rights of a labor nature. Therefore, this article aims to present the discussion of the (in) admissibility of clandestine recording as a means of proof in labor law, in order to understand whether it violated constitutional fundamental rights, or whether it would guarantee protection to the worker to prove a certain fact. In this way, it is sought to carry out an exhaustive analysis about its effects, presenting the doctrinal and jurisprudential discussions on the subject, in order to

conclude that the magistrate, using the principle of proportionality, can ponder the values of conflicting material rights, considering that no constitutional guarantee has supreme and absolute value, being necessary the case-by-case analysis.

Keywords: clandestine recording. illicit evidence. constitutional guarantee. (in) admissibility unlawful evidence.

INTRODUÇÃO

A disciplina da prova constitui o ponto primordial do sistema processual, na medida em que reflete a orientação que presidiu as escolhas do legislador e o dilema da busca da verdade e proteção dos interesses do indivíduo e da coletividade.

Não é de hoje que se sabe que a atividade probatória judicial está fortemente entrelaçada com os fatores sociais, políticos e culturais, e seu objetivo não é somente o de buscar a verdade, mas também colaborar para a decisão. Não tardando, essa atividade deve estar pautada em lógicas, éticas, regras jurídicas e psicológicas, cuja inobservância fragmentaria o julgamento e a sociedade no seio da qual ele é realizado.

Sendo tão importante a produção de prova para o processo brasileiro, também se faz necessário discutir sobre sua natureza e espécies. Não diferente, o presente artigo abordará a temática da (in)admissibilidade de prova (i)lícita no direito processual do trabalho, a partir da análise do artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal. Uma das questões levantadas no trabalho trata da ocorrência de colisões entre direitos fundamentais e outros bens dignos de proteção provenientes desse tipo de prova.

Uma parte da doutrina justifica a sua não utilização em contraponto a exigência de uma conduta processual correta dos litigantes, impondo aos mesmos a conformidade com as regras morais e de direito. O tema é ainda controvertido já que de um lado defendem que não se pode tirar proveito de uma conduta antijurídica, e de outro o interesse de assegurar ao processo o resultado justo, não descartando esse tipo de prova.

Por fim, a gravação clandestina será o meio de prova exemplificado no percorrer do artigo, e dele extrairemos a conclusão de que a mesma não visa a causar um mal injusto ao interlocutor insciente, de modo a expor publicamente fatos

inerentes a sua privacidade e sim, prestar-se à defesa de direito, ou seja, o resultado justo do processo.

Apesar do exposto, manifesta-se o entendimento da necessidade de se avaliar caso por caso, a fim de admitir, ou não, uma prova ilícita no processo com o intuito de formar o convencimento do juiz do trabalho, em decorrência das mais diversas peculiaridades que envolvem esse tema.

1 A DISCIPLINA DA PROVA ILÍCITA NO BRASIL: ANÁLISE DO ARTIGO 5º, INCISO LVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXXV, garante a todos os brasileiros o direito de ação, com o fito de obter judicialmente forma de composição de conflitos. Destarte, desta garantia fundamental emana o direito à prova, que no processo busca dar suporte para a solução do litígio.

Apesar de ser um direito e estar presente no Título “Dos Direitos e Garantias Fundamentais” e no Capítulo “Dos Direitos Individuais e Coletivos”, a própria Carta Magna estabelece limites ao direito à produção de provas. Esse limite está presente no artigo 5º, inciso LVI, o qual disciplina que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (BRASIL, 1988).

É necessário, *a priori*, ressaltar que a Legislação Trabalhista não trouxe, em sua redação, a matéria da (in)admissibilidade da prova ilícita no processo trabalhista. Desta forma, nos termos do artigo 769 da Consolidação das Leis do Trabalho “nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título” (BRASIL, 1943).

Sobre a inadmissibilidade da prova ilícita no processo, essa discussão não encontra uniformidade na doutrina. A principal contenda faz referência sobre a possibilidade, ou não, de se admitir exceções quanto à utilização de determinadas provas ilícitas nos meios processuais. Em determinados casos, o embate ganha ainda mais força quando em alguns casos a inadmissibilidade vier a ofender princípios juridicamente relevantes, como o da dignidade da pessoa humana, do valor social do trabalho e de demais direitos fundamentais sociais de natureza trabalhista.

Nesse aspecto, é necessário destrinchar o próprio artigo 5º, inciso LVI da

Constituição Federal a fim de compreender sua natureza, para posteriormente iniciar as discussões em torno da sua mitigação.

1.1 Natureza Jurídica do artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal

Feitas as considerações iniciais sobre o tema, passa-se a analisar a natureza jurídica do artigo constitucional em debate.

A questão primordial relacionada à natureza do artigo 5º, inciso LVI da Carta Magna se interliga ao problema da ocorrência de colisões entre direitos fundamentais e outros bens dignos de proteção. É necessário, assim, compreender se a disposição se trata de regra ou de princípio e se é possível admitir exceções da premissa da inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos.

Retomando a norma em análise, o dispositivo constitucional traz em seu conteúdo uma norma coercitiva, de caráter proibitivo, impondo uma abstenção, uma obrigação de “não-fazer” aos sujeitos do processo, como bem elenca José Afonso da Silva (2008). Dessa maneira, evidencia a norma em questão tratar-se de uma “regra” e não de um princípio.

Essa definição condiz na assertiva de que as provas serão consideradas lícitas e serão plenamente admitidas no processo, ou, por outro lado serão consideradas ilícitas e não poderão ingressar nos autos. Assim, essa norma ou é aplicada ou não é, representando comandos objetivos no que se convencionou na clara adoção do “tudo ou nada”. Esta é o entendimento de Humberto Ávila (2010), o qual pronuncia que a proibição de prova ilícita não pode ser considerada um princípio.

O Constituinte ao prever que a norma que veda a admissibilidade de prova ilícitas no processo valendo-se de uma regra a fez para a tornar mais dificultosa, isto é:

[...] as razões geradas pelas regras, no confronto com razões contrárias, exigem um ônus maior para serem superadas; [...] as razões geradas pelos princípios, no confronto com razões contrárias, exigem um ônus argumentativo menor para serem superadas (ÁVILA, 2010).

O legislador visava conferir uma maior rigidez formal e material para essa norma, em conformidade com uma realidade próxima em que se observava a utilização de tortura, prisões ilegais e demais métodos espúrios de colheita de prova, durante os

anos de ditadura militar (SARLET, 2007).

Não havendo dúvidas quanto a natureza jurídica da norma estudada, a principal indagação que se faz refere-se aos casos em que ocorrem conflitos entre a “norma-regra” do artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal e outros princípios fundamentais presentes na própria Carta Magna Pátria. Essa discussão, inicialmente, não encontra unanimidade na doutrina e será agora exposta.

Preliminarmente, Virgílio Afonso da Silva (2010) exprime que, quando entram em colisão dois princípios opostos e igualmente válidos no ordenamento jurídico, para saber qual dos dois deve-se aplicar, é necessário os balancear e identificar, no caso concreto, qual princípio possui o maior peso. Este balanceamento seria feito através da proporcionalidade.

Diferentemente dos princípios, as regras seriam aplicadas mediante subsunção, já que são normas que podem sempre ser cumpridas ou não. Ou seja, quando uma regra vale, obrigatoriamente há de se conduzir conforme ela determina:

Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Assim, se não houver o estabelecimento de alguma exceção, as regras serão razões definitivas (ALEXY, 2008).

Desta forma, ocorrendo conflito aparente entre duas regras, apenas um seria aplicável ao caso concreto, sendo a outra desconsiderada. Já os princípios, em casos envolvendo colisões, seriam aplicados na maior medida possível.

Humberto Ávila critica o modelo proposto por Alexy, definindo princípios e regras da seguinte forma:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, prospectivas e com primariamente pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção (ÁVILA, 2010).

Para o autor, as regras seriam normas imediatamente descritivas,

estabelecendo obrigações, permissões e proibições. Os princípios, contrariamente, seriam normas imediatamente finalísticas, estabelecendo um estado das coisas para cuja realização é necessária a adoção de um dado comportamento.

De todo modo, a ponderação de valores não seria aplicável somente aos princípios, mas também é um método cabível em qualquer aplicação de normas, na medida em que qualquer norma possui caráter provisório que poderá ser ultrapassado por razões havidas das mais relevantes pelo aplicador do caso concreto.

Com tal característica, em que pese tratar-se o artigo 5º, LVI da Constituição Federal de uma regra jurídica, poder-se-á aplicar a proporcionalidade e a ponderação de bens em casos concretos em que se verifique o choque de valores constitucionais com vedação das provas ilícitas.

Isso poderá se dar em razão das especificidades do caso em questão e que, como ressalta Robert Alexy, a regra sempre estará embasada em um princípio que poderá ser sopesado no caso concreto, ou nos limites definidos acima por Humberto Ávila.

Em conformidade com todo o exposto neste tópico, e levando em consideração a cognição de Humberto Ávila (2010), apesar de ser corrente a ideia de que a proporcionalidade só seria aplicável no caso de colisão de princípios, se no caso concreto ficar evidente que a aplicação da regra acabaria por ferir a sua própria razão de existir, esta não deverá ser aplicada. Nessa situação, é evidente a necessidade de se fazer a ponderação de direitos fundamentais em choque mesmo em face de uma regra constitucional, desde que verificada a imprescindibilidade de assim atuar com vistas a prestigiar a norma. Isso comumente ocorre em casos de adoção da “prova ilícita *pro réu*”, por exemplo.

2 GRAVAÇÕES CLANDESTINAS E SUA UTILIZAÇÃO COMO PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO

As gravações clandestinas, também denominadas de unilaterais ou ambientais, serão consideradas, para a análise do artigo, as gravações de comunicação entre presentes ou comunicação eletrônica, realizadas por um dos interlocutores com o desconhecimento do outro.

Diferentemente do instituto da interceptação telefônica, na qual nenhum

dos dialogados possuem ciência da invasão da privacidade sofrida, as gravações clandestinas são aquelas em que a captação e a gravação de conversa pessoal, ambiental ou telefônica se dão concomitantemente com a conversa em curso; realizando-se por intermédio de um dos interlocutores.

No mesmo sentido, Alexandre de Moraes distingue a interceptação telefônica e a gravação clandestina:

Diferentemente da gravação resultante de interceptação telefônica, as gravações clandestinas são aquelas em que a captação e gravação de conversa pessoal, ambiental ou telefônica, se dão no mesmo momento em que a captação e gravação de conversa pessoal, ambiental ou telefônica, se dão no mesmo momento em que a conversa se realiza, feita por um dos interlocutores, ou por terceira pessoa com seu consentimento, sem que haja conhecimento dos demais interlocutores. Dessa forma, não se confunde interceptação telefônica com gravação clandestina de conversa telefônica, pois, enquanto na primeira nenhum dos interlocutores tem ciência da invasão da privacidade, na segunda um deles tem pleno conhecimento de que a gravação se realiza (Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional. São Paulo, 2002, p. 242 a 243)

A principal discussão sobre esse tipo de gravação é se ela afrontaria o direito à intimidade e privacidade e se a mesma se enquadraria no art. 5º, XII da CF. Ou seja, indaga-se se o desconhecimento de um dos interlocutores de gravação de sons ambientais ou eletrônicos sem o conhecimento do outro viola os princípios da privacidade e da liceidade dos meios de prova, previstos respectivamente nos incisos X e LVI da art. 5º da Constituição Federal.

A discussão se esse tipo de gravação seria ou não uma prova ilícita em decorrência da quebra do direito à privacidade ganhou discussões no Supremo Tribunal Federal. Em uma AP 307-3/DF, o Ministro Carlos Velloso, proferiu o seguinte entendimento:

Faço distinção entre gravação efetuada por terceiro, que intercepta conversa de umas pessoas, da gravação que se faz para documentar uma conversa entre duas pessoas. Neste caso, não tenho como ofendido preceito constitucional e nem tenho como ilícita a prova, dado que não há, na ordem jurídica brasileira, nenhuma lei que impeça a gravação feita por um dos interlocutores de uma conversa, inclusive para documentar o texto dessa conversa, futuramente. (...) Nenhum homem de bem gravará uma conversa que tenha tipo com outrem, sem quer dê conhecimento ao seu interlocutor, de que a conversa está sendo gravada. Mas a questão fica no campo ético. Não há proibição legal.

Decisões mais recentes do e. STF vêm entendendo que o direito à privacidade, nesses casos, não é absoluto, podendo ser ponderado os interesses no caso concreto. Não é de hoje que a doutrina brasileira entende cabível a mitigação do princípio da privacidade em favor de outros princípios constitucionais na análise do caso concreto.

De um lado, é certo que no ordenamento jurídico brasileiro só existem dois casos de permissão de gravação clandestina: Lei do Crime Organizado e na Lei do Tóxicos. Os que assim defendem, entendem que as declarações espontâneas clandestinamente gravadas constituem prova ilícita, em razão da violação do direito à intimidade e do princípio da não autoincriminação. Sustentam ser inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telefônicas, já que sua divulgação e gravação seria feita sem o conhecimento do outro interlocutor.

Em sentido oposto, entende-se que a gravação clandestina não deveria ser considerada como prova ilícita, por não haver vedação quanto à sua utilização. Em verdade, a gravação realizada por um dos interlocutores, que deseja documentar a sua conversação com outrem, não configura ato ilícito, ainda que este desconheça a sua ocorrência, porquanto o interlocutor conversa de forma direta e fala voluntariamente e intencionalmente com aquele, correndo o risco de que o que disse poderá ser testemunhado em juízo ou gravado.

Luiz Francisco Torquato Avolio (Provas ilícitas. São Paulo, RT, 1995) apresenta que o termo “clandestino” não deve ser confundido com ilicitude. Afirma o autor que qualquer pessoa tem o direito de gravar a sua própria conversa, haja ou não conhecimento da parte de seu interlocutor. Os interesses relevantes devem ser suficientemente relevantes para ensejar o sacrifício da privacidade.

Outrossim, a informação obtida pela gravação telefônica clandestina não visa a causar mal injusto ao interlocutor insciente, de modo a expor publicamente fatos inerentes à sua privacidade.

Mas ao contrário, presta-se tão somente para a defesa de seu direito, que de outro modo não poderia ser exercido em sua plenitude. A informação trazida a juízo, a toda evidência, não pode ser assimilada como uma violação de direito de personalidade dos reclamados.

Generalizar a proibição de gravação clandestina de forma absoluta poderia gerar inclusive maiores prejuízos ao princípio ético da justiça e de obtenção da verdade real, fim último do processo.

CONCLUSÃO

Como analisado, a possibilidade de produção de prova no processo judicial brasileiro é um direito que emana de uma garantia constitucional conferida a todos os que litigam. Destarte, a mesma Carta Magna veda a prova ilícita no processo, quando essa regra fere a sua própria razão de existir ao se opor a outro dispositivo constitucional.

Nesse sentido, a (in)admissibilidade da prova ilícita no Direito Processual do Trabalho também deveria ser interpretada conforme o caso concreto. Foi então feita uma análise do tratamento dado por cada um dos processos ao tema da prova ilícita, não existindo disposição específica do tema no processo do trabalho.

Por fim, adentrou-se à análise da posição da jurisprudência trabalhista em relação ao tema. Chegou-se à conclusão que os tribunais já fizeram análises com a finalidade de excluir o caráter ilícito de determinadas provas a fim de que pudessem ser admitidas no processo, como foi o caso da gravação clandestina.

Por ser um trabalho que envolve divergências doutrinárias e diversas discussões nos mais variados ramos do direito, sua conclusão não se presta a exatidão. Caso a caso, é preciso analisar as peculiaridades postas em cada contexto específico e assim utilizar o princípio da proporcionalidade para se ter o resultado justo do processo.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 11 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm>. Acesso em: 22 maio 2018.

_____. Decreto-Lei nº 5.452, de 01 de maio de 1943. Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 01 maio 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452compilado.htm>.

gov.br/ccivil_03/decretolei/Del5452.htm >. Acesso em: 26 maio 2018.

FLORIAN, Eugênio. **De las pruebas penales**. Bogotá: Editorial Temis, 1968. Tomo I. Extraído da tese de mestrado de Camila Franchiotto Cecarelli. Prova ilícita por derivação no direito processual penal brasileiro. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. Sigilo nas comunicações. Aspecto processual penal. **Boletim IBCCRIM**, n. 49, dez. 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

Publicado originalmente nos Anais Franca, SP : FCHS/UNESP, 2018