

REVISTA ELETRÔNICA



DIREITO À PROVA

REVISTA ELETRÔNICA DO TRT-PR

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DO PARANÁ

PRESIDENTE

Desembargadora
ANA CAROLINA ZAINA

VICE-PRESIDENTE

Desembargador
ARION MAZURKEVIC

CORREGEDORA REGIONAL

Desembargador
MARCO ANTÔNIO VIANNA MANSUR

COORDENAÇÃO

Seção de Editoração e Divulgação
Científica

EDITOR CHEFE

Desembargador
Luiz Eduardo Gunther

EDITOR ASSISTENTE

Patrícia Eliza Dvorak

COLABORADORES

Secretaria Geral da Presidência
Assessoria da Direção Geral

FOTOGRAFIAS E IMAGENS

Assessoria de Comunicação
Acervos digitais (Creative Commons)
iStockphoto LP

Catálogo: Sônia Regina Locatelli - Analista Judiciário - CRB9/546

R454 Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná [recurso eletrônico]. / Tribunal Regional do Trabalho do Paraná. - n. 1 (out. 2011)-
. - Dados eletrônicos. - Curitiba, 2019-

Mensal

ISSN 2238-6114

Modo de acesso: <http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/>

1. Direito do trabalho - periódicos. 2. Processo do trabalho - periódicos.

I. Título

CDU: 331:347.9(05)

Edição temática - Periodicidade Mensal
Ano XI - 2022 - n.111

EDITORIAL

A edição deste mês da Revista trata do Direito à Prova.

Gabriel Henrique Zani Furlan analisa a aplicação do procedimento de antecipação de provas que possui regramento no procedimento comum na seara trabalhista.

Jackeline Stefane Karoline Nogueira Coêlho e Jair Aparecido Cardoso apresentam 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.

Arthur Leopoldino Ferreira Neto e Paulo Sergio João analisam, entre outros pontos, a credibilidade do documento eletrônico em razão de seu suporte abstrato face o suporte material do documento tradicional.

Gabriela Fonseca de Melo demonstra que a doutrina da flexibilização do ônus da prova no âmbito juslaboral já era utilizada desde as mudanças ocorridas, no decorrer do século XX em diante. Nessa esteira, tem o objetivo de mostrar a importância e a finalidade de sua aplicação no processo do trabalho e de comprovar não necessitar de texto legal dispondo sobre a referida doutrina.

Para finalizar, estão disponíveis acórdãos proferidos do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região e do Tribunal Superior do Trabalho sobre o tema.

Desejamos a todos boa leitura!

SUMÁRIO

Artigos

- 7 | A aplicação da produção antecipada de provas na seara trabalhista - Gabriel Henrique Zani Furlan
- 26 | Gravação clandestina como meio de prova no Direito Processual do Trabalho - Jackeline Stefane Karoline Nogueira Coêlho E Jair Aparecido Cardoso
- 37 | A prova documental eletrônica no Processo do Trabalho - validade e valoração - Arthur Leopoldino Ferreira Neto e Paulo Sergio João
- 65 | A dinamização do ônus da prova: uma via certa à obtenção da tutela jurisdicional trabalhista plena - Gabriela Fonseca de Melo

Acórdãos

- 93 | Acórdão - Processo nº 0000096-71.2020.5.09.0411 (RORSum) - 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região - Relator Edmilson Antonio de Lima.
- 101 | Acórdão - Processo nº 0000323-46.2020.5.09.0513 (ROT) - 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região - Relatora Ana Carolina Zaina.
- 112 | Acórdão - Processo nº 0000490-53.2020.5.09.0678 (ROT) - 3ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região - Relatora Thereza Cristina Gosdal.
- 128 | Acórdão - Processo 0000250-40.2021.5.09.0028 (ROT) - 4ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região - Relatora Marlene T. Fuverki Suguimatsu.

Acórdãos

- 146 Acórdão - Processo nº 0001694-10.2017.5.09.0009 (RO) - 5ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região - Relator Sergio Guimarães Sampaio
- 164 Acórdão - Processo nº 0000808-80.2018.5.09.0007 (ROT) - 6ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região - Relatora Sueli Gil El Rafihi.
- 174 Acórdão - Processo nº 0000244-95.2019.5.09.0127 (ROT) - 7ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região - Relator Benedito Xavier da Silva.
- 179 Acórdão - Processo nº 0001078-67.2015.5.09.0021 (AP) - Seção Especializada do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região - Relator Ricardo Bruel da Silveira.
- 183 Acórdão - Processo nº Ag-AIRR-10290-35.2020.5.18.0103 - 2ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho - Relatora Margareth Rodrigues Costa.

A APLICAÇÃO DA PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS NA SEARA TRABALHISTA

Gabriel Henrique Zani Furlan

RESUMO

No presente artigo será analisada a aplicação do procedimento de antecipação de provas que possui regramento no procedimento comum na seara trabalhista. Desse modo, utilizando-se do método hipotético-dedutivo, bem como a análise jurisprudencial, será possível depreender que a produção antecipada de provas é um procedimento que tende a ser mais aplicado na justiça do trabalho diante dos novos requisitos para a petição inicial e das novas disposições sobre sucumbência trazidos com a reforma trabalhista (Lei n. 13.467). Além disso, a nova regulamentação trazida com o novo Código de Processo Civil retirou a natureza cautelar dando uma nova roupagem que pode ser encarada como procedimento de caráter autônomo. Nesse sentido, é possível encontrar na jurisprudência uma certa resistência na aplicação desse novo procedimento diante do conflito ao se analisar sob o aspecto do interesse, mas não acaba sendo uma posição majoritariamente aceita. Assim, esse procedimento é plausível de aplicação na justiça do trabalho, como será debatido, seja em qualquer dos incisos previstos no art. 381 do CPC. Malgrado, há a necessidade de conter alguns requisitos que evitam a aplicação desregrada para evitar aventuras jurídicas.

Palavras-chave: Produção antecipada de prova. Prova. Ônus de prova. Exibição de documentos.

ABSTRACT

In this article, the application of the procedure for anticipation of evidence that has rules in the common procedure in the labor field will be analyzed. In this way, using the hypothetical-deductive method, as well as the jurisprudential analysis, it will be possible to infer that the anticipated production of evidence is a procedure that tends to be more applied in labor justice in view of the new requirements for the initial petition and the new provisions on succumbence brought with the labor reform (Law

Gabriel Henrique Zani Furlan

Mestre em direito na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo.

n. 13,467). In addition, the new regulation brought with the new Civil Procedure Code removed the precautionary nature, giving a new appearance that can be seen as an autonomous procedure. In this sense, it is possible to find in the jurisprudence a certain resistance in the application of this new procedure in the face of the conflict when analyzed under the aspect of interest, but it does not end up being a position that is mostly accepted. Thus, this procedure is plausible for application in labor justice, as will be discussed, whether in any of the items provided for in art. 381 of the CPC. However, there is a need to contain some requirements that avoid unruly application to avoid legal adventures.

Key-words: Early production of evidence. Proof. Burden of proof. Viewing documents.

1 INTRODUÇÃO

A produção antecipada de provas era um procedimento cautelar no Código de Processo Civil de 1973 e, por ter essa natureza, acaba ficando arraigado a hipóteses que deveriam demonstrar "*fumus boni iuris*" e "*periculum in mora*" para serem aceitos. Sabe-se que a omissão da Consolidação das Leis do Trabalho proporcionava uma aplicação do procedimento ali previsto já que havia compatibilidade principiológica. Nesse sentido, durante a aplicação do CPC/73, a análise doutrinária muito mais aproximava o procedimento ali previsto com os argumentos que ditavam a aplicação das tutelas e cautelares genéricas.

Malgrado, o Código de Processo Civil de 2015 trouxe uma nova visão sobre o processo comum, transformando aquele antigo procedimento cautelar secundário em u autônomo disposto nos arts. 381 e seguintes do CPC/2015. Assim, o procedimento cautelar tornou-se uma das diversas hipóteses de um procedimento autônomo e, dessa forma, a produção antecipada perdia, ao menos na maioria das hipóteses previstas, a necessidade de demonstrar "*fumus boni iuris*" e "*periculum in mora*" e se afastando dos argumentos das cautelares genéricas.

Diante disso, um procedimento autônomo que versa sobre provas antecipadas agora, em uma análise incidental sobre a efetividade e celeridade, pode buscar até mesmo uma autocomposição.

Passados dois anos do CPC, a reforma trabalhista (Lei n. 13.467/2017) trouxe

novos requisitos para a petição inicial (art. 840, “*caput*” e parágrafo 1º, CLT), além das novas disposições sobre sucumbência. Dessa forma, analisando de forma hipotética e dedutiva, a produção antecipada de provas é um procedimento que tenderá a maiores aplicações na justiça do trabalho, mesmo que o Pretório Excelso tenha modificado algumas disposições através do julgamento sobre a inconstitucionalidade nos casos sucumbenciais do beneficiário da justiça gratuita através da Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI) 5766 no ano de 2021.

Assim, o objetivo da pesquisa é analisar a aplicação do procedimento de produção antecipada de provas na justiça do trabalho, passando primeiramente pelos conceitos de prova e ônus de prova para entender o que é o objeto desse novo procedimento probatório, passando, posteriormente, a analisar as hipóteses do procedimento propriamente dito.

Por fim, será analisado dois requisitos importantes que visam evitar a utilização desmedida do procedimento na seara trabalhista, evitando o confronto com a condição do interesse, bem como a utilização meramente deturpada desse procedimento autônomo.

2 UMA BREVE PASSAGEM SOBRE OS CONCEITOS DE PROVA E DE ÔNUS DA PROVA

O conceito de prova é complexo, pois trata-se de uma palavra polissêmica¹, ou seja, que assume vários significados. A sua origem do vocábulo em latim “*probatio*”, derivando do verbo “*probare*”, cujo significado é examinar, persuadir, demonstrar.²

O conceito de prova pode ser definido como todo mecanismo que possui aptidão para formar o convencimento do magistrado sobre a existência de um fato alegado, ou seja, um instrumento que visa o convencimento.³ Assim, a prova é “conjunto de oportunidades oferecidas à parte pela Constituição e pela lei, para que possa demonstrar no processo a veracidade do que afirma em relação aos fatos relevantes

1 SCHIAVI, Mauro. Provas no Processo do Trabalho. 4. ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 19.

2 BALDINI, Renato Ornellas. Distribuição dinâmica do ônus da prova no Direito Processual do Trabalho. 2013. 235 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Trabalho)–Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-05122013-093647/pt-br.php>>. Acesso em: 23 jan. 2019. p. 29.

3 SANTOS, Enoque Ribeiro dos; HAJEL FILHO, Ricardo Antonio Bittar. Curso de Direito Processual do Trabalho. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 379

para o julgamento.”⁴

Especificadamente sobre campo processual, o vocábulo possui dois significados: o primeiro refere-se a a atividade desenvolvida pela parte que visa a demonstração da existência ou não do seu direito; o outro é o meio para confirmar ou não a existência do direito.⁵ Diante disso, também pode ser empregada no sentido que corresponde a “meio de prova”, evidenciando os fatos a serem demonstrados em juízo, bem como pode ser utilizada como “convencimento do juiz”, cujo significado está voltado aos elementos constantes nos autos processuais.⁶

O fato é que não há definição legal sobre o conceito de prova o que torna o assunto ainda mais complexo, havendo definições dizem que são “os instrumentos admitidos pelo Direito como idôneos, a demonstrar um fato ou um acontecimento, ou, excepcionalmente, o direito que interessa à parte no processo, destinados à formação da convicção do órgão julgador da demanda.”⁷

Além de um conceito complexo e variado, os instrumentos probatórios também não taxativos o que proporciona cada vez mais novas formas instrumentais no tocante as provas – esse é o caso das provas digitais que atualmente é muito debatido não só pela seara trabalhista, como por todo campo do direito atualmente.

Ademais, é necessário lembrar que a maior finalidade da prova é a formação da convicção do órgão julgador. Diante disso, a “prova assume a condição de um meio retórico, regulado pela lei, dirigido dentro dos parâmetros fixados pelo Direito e de critérios racionais, a convencer o Estado-juiz da validade das proposições, objeto de impugnação, feitas no processo.”⁸

Portanto, na atual concepção, o objetivo evidentemente confunde-se com a finalidade e, ao contrário do que seria o ideal, a produção probatória não visa a reconstrução de fatos sob a ótica da verdade real, mas aproxima-se do convencimento do juiz a qualquer custo o que torna, lamentavelmente, algumas decisões que, no

4 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO; Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 31. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros Editora, 2015, p. 427

5 SAAD, Eduardo Gabriel. Direito Processual do Trabalho. 2. ed. São Paulo: LTr, 1998.

6 LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito Processual do Trabalho. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 734.

7 SCHIAVI, Mauro. Provas no Processo do Trabalho. 4. ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 19.

8 MARINONI; Luiz Guilher; ARENHART, Sérgio Cruz; SANTOS, Gildo dos. A prova no processo civil. 3. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 25 apud SCHIAVI, Mauro. Provas no Processo do Trabalho. 4. ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 25.

mínimo, são difíceis de serem definidas pelo Poder Judiciário.

Prosseguindo, o conceito de ônus de prova refere-se a esfera da liberdade individual que cada uma das partes dentro do próprio processo, fugindo da ideia de obrigação ou sujeição. Assim, parte pode agir em conformidade ou não com a lei, de acordo com sua liberdade já que o cumprimento interessa somente a ela o que torna claramente diferente de obrigação, pois neste caso a sua satisfação interessa a parte contrária que é a titular do direito.⁹

Nessa toada, Marinoni¹⁰ define que “[...] ônus da prova não trata de deveres, atribuídos às partes, ainda que eventualmente possam sobrepor-se as finalidades a que se destinam a regra do ônus probatório e as regras sobre deveres instrutórios atribuídos às partes.” Dessa forma, o ônus da prova relaciona-se com duas características essenciais: a necessidade das partes em demonstrar suas afirmações pelos meios de prova e o dever do juiz em decidir desfavoravelmente a quem deveria ter realizado as provas.¹¹

Esse é o mesmo entendimento de Martins¹², tratando o ônus como um encargo que a parte possui, um risco de não ver esclarecidas suas alegações para o juiz e, conseqüentemente, de não ser vencedora na sua postulação.

Portanto, ônus da prova trata-se de um comportamento processual dirigido a um fim específico, buscando o convencimento do juiz. Esse comportamento deve ser exercido espontaneamente, cujo descumprimento pode acarretar gravames processuais e prejudicar o reconhecimento do direito pleiteado em juízo.

3 A PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS - CONCEITO E HIPÓTESES

Há casos em que a oportunidade probatória não esteja plenamente oferecida durante o próprio caminhar regular do processo, gerando possíveis influências negativas na própria tutela jurisdicional, tornando ainda mais difícil a pacificação do conflito

9 Ibid.

10 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum. São Paulo: RT, 2015b. v. 2. p. 259.

11 PIRES, Líbia da Graça. Teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho. 2011. 249 f. Tese (Doutorado em Direito do Trabalho)–Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-04052012-101854/pt-br.php>>. Acesso em: 23 jan. 2019. p. 63.

12 MARTINS, Sérgio Pinto. Direito Processual do Trabalho. 37. ed, São Paulo: Atlas, 2015, p. 331

através de uma decisão judicial justa e equânime. Alguns exemplos são muito claros e definidos desta falta de plenitude probatória no caminhar regular do processo: saúde debilitada de testemunha principal; fechamento de empresas; queima de arquivos; entre outros exemplos.

Assim, a possibilidade da utilização da produção antecipada de prova como procedimento autônomo é factível através das novas disposições do CPC/2015 que, mesmo após a Lei n. 13.467/2017, não possui previsão específica no texto celetista, obrigando a doutrina a analisar a possibilidade da utilização do processo comum através da aplicação supletiva e subsidiariamente autorizada pelo art. 769 da CLT e art. 15 do CPC.

Nesse diapasão, para a aplicação do procedimento comum, há dois requisitos obrigatórios a serem preenchidos: a omissão e a compatibilidade principiológica. Sobre a omissão, atualmente há duas correntes doutrinárias que se formaram diante da aplicabilidade do processo comum: a corrente restritiva que limita a aplicar o procedimento comum na omissão da legislação processual trabalhista e a evolutiva (sistemática ou ampliativa) que alarga a aplicação para além da ausência de norma, mas através de situações que as lacunas são conhecidas como ontológicas e axiológicas.¹³

Seja qual corrente doutrinária se aplique, não há dúvidas que não há previsão normativa quanto a antecipação da produção probatória na seara laboral, bem como a finalidade desta produção antecipada, quando aplicada corretamente, chega a dar celeridade ao procedimento e, até mesmo, efetividade aos direitos sociais.

Veja, isso é muito claro ao analisar a situação da colheita de prova oral de testemunha debilitada e enferma. Então por que negar, por exemplo, produção probatória e pericial sobre dividendos de comissões em uma situação difícil análise em que a própria forma de cálculo é ocultada pela empresa? Diante disso, beber da fonte comum parece justa e razoável.

Superado tal dificuldade, a análise das hipóteses do que dispõe o art. 381 do CPC é necessária para fazer um paralelo com a seara trabalhista. Nesse sentido, o inciso I do artigo atribui quando haja fundado receio da impossibilidade; o inciso II atribui quando a prova pode viabilizar autocomposição ou solução de conflito e, por fim, o inciso III é quando a prova gere prévio conhecimento de fatos para fundamentar

13 SCHIAVI, Mauro. Manual de Direito Processual do Trabalho. 13. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2018, p. 167

ou não um ajuizamento de ação.¹⁴

É necessário ressaltar novamente que a produção antecipada acabou perdendo a sua natureza cautelar para tornar-se, a partir de 2015, uma ação probatória autônoma.¹⁵

É claramente previsto a possibilidade da produção de prova antes do próprio processo principal sem a necessidade da comprovação do *periculum in mora*¹⁶, algo idêntico ao que aconteceu com a justificação e a exibição de documento já que foram adicionadas a própria produção antecipada de provas, dando origem a essa ação autônoma probatória.¹⁷ Assim sendo, as hipóteses do inciso I remetem às situações dos arts. 847, II e 849, ambos do CPC/1973, quando a produção antecipada de prova tinha natureza cautelar.

É possível visualizar a aplicação do referido inciso no processo do trabalho nos seguintes exemplos: a prova pericial para apuração de insalubridade em local que está na iminência de desativação; a completa alteração de “*lay out*”, inclusive com alteração de maquinário; ou nas situações em que há necessidade de oitiva de testemunha muito idosa ou gravemente enferma; entre outros exemplos.

Dessa forma, o art. 381, I, do atual CPC encampou implicitamente o comando que estava contido no art. 847 do CPC/1973, além de apresentar uma redação que se traduz, na visão do presente artigo, na versão melhorada do art. 849 do CPC/73 já que este antigo artigo se restringia à prova pericial. Nessa vereda, o art. 381 do atual Código de Processo Civil elasteceu as possibilidades da produção antecipada de prova,

14 CPC, Art. 381: A produção antecipada da prova será admitida nos casos em que: I - haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação; II - a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito; III - o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação.

15 “No Código de Processo Civil anterior, a exibição de documentos era veiculada por meio de medida cautelar, no entanto, com o advento do Código de Processo Civil de 2015, a providência almejada pelo apelante deve ser deduzida nos termos dos artigos 381 a 383 cumulados com os artigos 396 a 404 de referido diploma legal. De fato, o Código de Processo Civil aboliu o procedimento cautelar autônomo para a exibição de documento ou coisa (arts. 844 e 845 do CPC/1973). Porém, ainda se revela possível a postulação da medida em caráter preparatório, observando-se o rito da produção antecipada da prova, previsto nos arts. 381 a 383, em conjunto, no que couber, com as disposições dos arts. 396 a 404, todos do CPC/2015. O art. 381, III, desse diploma permite a produção antecipada da prova nos casos em que o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação.” (STJ – AREsp: 1287279 SP 2018/0102297-1, Relator: Ministro LUIS FELIPE SAOMÃO, Data de Publicação: DJ 15/05/2018)

16 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil comentado artigo por artigo. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 676

17 Ibit.

contemplando todos os meios de prova, pois não faz qualquer restrição que o texto do antigo código fazia.

O inciso II do art. 381 do CPC/2015 representa uma inovação legislativa diante da valorização da produção antecipada ao viabilizar uma solução autocompositiva ou outro meio adequado de solução do conflito. Essa é a “medida de caráter adinicial”¹⁸ que objetiva criar condições para que a “conciliação” se efetive o que pode ocorrer na sequência da própria ação de produção antecipada de prova, ou posteriormente no âmbito extrajudicial. Assim, tal hipótese revela-se compatível com o processo do trabalho.

Inclusive, já foi analisado pelo Egrégio Tribunal Regional da 9ª Região, deferindo a produção antecipada, seja pericial e testemunha:

MANDADO DE SEGURANÇA - DEFERIMENTO DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA - PROVA PERICIAL E TESTEMUNHAL - AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSIVIDADE. Aplicam-se subsidiariamente ao processo do trabalho os artigos 381 a 383 do CPC, que estabelecem a possibilidade de produção antecipada da prova, desde que “a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito” (art. 381, II) ou “o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação” (art. 381, III), bastando que a parte Requerente justifique a finalidade da prova, com argumentos plausíveis e coerentes com os fatos articulados. Conforme lecionam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery: “Não só o depoimento pessoal e a prova testemunhal podem ser antecipadas, porquanto a norma autoriza também a antecipação da prova pericial”. Assim, encontrando-se devidamente justificada a necessidade de de sua antecipação e identificados os fatos sobre os quais a prova deveria recair, o deferimento da a produção antecipada de prova pericial e testemunhal, de forma fundamentada, não configura qualquer ilegalidade ou abusividade. Segurança denegada.¹⁹

É claro que não é fácil que seja identificado desde logo que a prova produzida antecipadamente será “suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado” para solução do conflito trabalhista. Nesse sentido, não pode ser confundido por aquele que propõe a demanda autônoma como certeza do êxito,

18 TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. A prova no processo do trabalho. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 1991, p. 143

19 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região (Seção Especializada). Acórdão: 0002040-80.2020.5.09.0000. Relator: ARION MAZURKEVIC. Data de julgamento: 26/01/2021. Publicado no DEJT em 02/02/2021. Disponível em: <<https://url.trt9.jus.br/ghw8o>>. Acesso: 16 jun. 2022.

mas sim uma efetiva análise das condições de lides temerárias e infundadas, além de proporcionar uma consciência das partes na autocomposição.²⁰

Dessa forma, é possível que a utilização desse inciso seja proveitoso, por exemplo, pelo próprio sindicato profissional ou por um grupo de trabalhadores em lides coletivas visando a realização de perícia para se apurar eventual insalubridade no local de trabalho a fim de que o empregador promova a eliminação ou neutralização da condição agressiva no local de trabalho.

A questão delicada residia no custeio da perícia, diante da omissão na legislação processual trabalhista e no próprio Código de Processo Civil. O art.790-B da CLT não resolvia o problema, pois alude a responsabilidade “da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, ainda que beneficiária da justiça gratuita.” Entretanto, o Pretório Excelso modificou o artigo entendendo pela a inconstitucionalidade nos casos sucumbenciais do beneficiário da justiça gratuita através da Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI) 5766 no ano de 2021.

Entretanto, mesmo diante do julgamento do STF, na ação de produção antecipada de prova não há sucumbência e a pretensão reside apenas na própria realização da prova pericial, motivo pelo qual é possível entender que os honorários periciais devem ser suportados pelo requerente, mesmo que seja beneficiária da justiça gratuita e mesmo que a perícia seja favorável já que não haverá parte sucumbente nessa demanda. Dessa forma, pode ser encarada, inclusive, como um mecanismo de controle judicial para que não seja utilizada a antecipação de modo desenfreado e, em eventual lide, poderia ser pensado em um pedido de ressarcimento pelas custas.

Essa linha de entendimento pode ser corroborada e complementada pela corrente jurisprudencial que entende que somente seriam devidos honorários advocatícios se fosse caracterizado o litígio, ou seja, se houvesse a apresentação da

20 AÇÃO DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA. 1. Embora as providências requisitadas pelo autor demandem prova pericial, não se vislumbra que a ausência da produção antecipada de tais provas resultará em impossibilidade de verificação posterior de quaisquer fatos, ou que de sua produção poderá advir autocomposição ou não ajuizamento de ação principal. Patente, portanto, que o caso não se amolda às circunstâncias autorizadoras da ação de produção antecipada de provas (artigo 381 do CPC). 2. A produção antecipada de provas não pode ser utilizada apenas com a finalidade de obtenção da certeza do sucesso de uma futura ação, cabendo à parte autora analisar os riscos advindos da propositura de ação, diante das informações de que dispõe, a fim de se evitar, não apenas eventual condenação ao pagamento de honorários de sucumbência, mas principalmente o acionamento do judiciário com lides temerárias e infundadas. (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região (7ª Turma). Acórdão: 0001108-42.2019.5.09.0513. Relator: ROSEMARIE DIEDRICH S PIMPAO. Data de julgamento: 28/01/2021. Publicado no DEJT em 10/02/2021. Disponível em: <<https://url.trt9.jus.br/07qb0>>. Acesso em: 10 jun. 2022.)

contestação, entretanto, isso não ocorre na grande maioria dos casos.²¹

Prosseguindo na análise do art. 381 do CPC, o próximo inciso sobre a produção antecipada de prova reside no inciso III do art.381 do CPC, segundo o qual referida ação autônoma será admitida quando “o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação”. Essa é outra situação em que, a exemplo daquela contemplada no inciso II, não há necessidade de demonstração dos requisitos típicos da tutela de urgência (*periculum in mora* e *fumus boni iuris*). Sobre isso a doutrina ressalta:

Pelas hipóteses de cabimento previstas nos incisos do art. 381 do Novo CPC e já devidamente analisadas, fica claro que a produção antecipada de prova pode ou não ter natureza cautelar, mas em qualquer hipótese manterá sua autonomia, sendo, portanto, exigido um processo autônomo para a produção da prova de forma antecipada. Portanto, a petição inicial, além de cumprir os requisitos do art. 382 do Novo CPC, deverá atender aos requisitos de qualquer petição inicial.²²

A referência sobre o conhecimento de fatos que sejam possíveis de evitar ajuizamento de ação deve ser entendida sob a ótica do próprio requerente já que poderá, após a tramitação do processo de produção antecipada de prova, decidir se ajuíza ou não a demanda principal, não havendo o que se falar em violação do art. 5º, XXXV, da Constituição da República. Inclusive, a doutrina, ao analisar o que dispõe o CPC/2015 sobre a temática, alerta que “o juiz não deve se pronunciar acerca

21 RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELA RECLAMADA. ACÓRDÃO REGIONAL PUBLICADO NA VIGÊNCIA DAS LEIS NOS 13.015/2014 E 13.467/2017. 1. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. PROVA DOCUMENTAL. AUSÊNCIA DE RESISTÊNCIA NA FASE JUDICIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. IMPOSSIBILIDADE. TRANSCENDÊNCIA JURÍDICA RECONHECIDA. CONHECIMENTO E PROVIMENTO. I. Hipótese em que se discute a possibilidade de condenação ao pagamento de honorários advocatícios em ação de produção antecipada de provas . II. Pelo prisma da transcendência, trata-se de questão jurídica nova, uma vez que se refere à interpretação da legislação trabalhista (art. 791-A, caput , da CLT), sob enfoque em relação ao qual ainda não há jurisprudência consolidada no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho ou em decisão de efeito vinculante no Supremo Tribunal Federal. Logo, reconheço a transcendência jurídica da causa (art. 896-A, § 1º, IV, da CLT). III. No caso, não obstante a Corte Regional tenha consignado haver prova de que a Reclamada foi instada extrajudicialmente pelo Autor para apresentação dos documentos pleiteados na peça de ingresso, não houve litigiosidade judicial, porque, quando determinado pelo Juízo, a Reclamada não opôs resistência à exibição de tais documentos e os forneceu. IV. Comunga-se do entendimento de que os honorários advocatícios na ação de produção antecipada de provas somente seriam devidos se caracterizado o litígio, com a apresentação de contestação, o que não ocorreu no presente caso. V. Recurso de revista de que se conhece, por divergência jurisprudencial, e a que se dá provimento" (RR-182-09.2018.5.09.0671, 4ª Turma, Relator Ministro Alexandre Luiz Ramos, DEJT 21/08/2020

22 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil comentado artigo por artigo. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 679

da ocorrência ou da inoocorrência do fato, nem sobre as respectivas consequências jurídicas".²³

Portanto, isso poderia até mesmo ser incentivado na justiça do trabalho que, durante muitos anos, teve a conciliação como premissa constitucionalmente prevista nos dispositivos que disciplinava esse ramo específico na Constituição de 1988.

4 ANÁLISE DA APLICAÇÃO NA JUSTIÇA DO TRABALHO

Aos poucos está sendo visto a aplicação dessas disposições processuais comuns na justiça do trabalho, como é os referidos casos já citados anteriormente do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região.

Outro exemplo que pode ser dado é o caso julgado pela 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região que deu provimento ao recurso ordinário interposto pelo reclamante afastando a extinção do processo sem resolução do mérito e determinando o retorno dos autos à vara de origem para que fosse realizada a prova pericial pretendida e apuração das causas da enfermidade, exatamente sob o fundamento consagrado no dispositivo supramencionado (art.381, III, CPC).²⁴ Este é um paradigma interessante já que o juízo de primeira instância entendeu que não havia interesse processual pelo fato de o reclamante ter pleno conhecimento dos fatos que

23 GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Manual de Direito Processual Civil. São Paulo: Editora JusPodivm, 2019. p. 478

24 AÇÃO DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA. CPC/2015. O CPC de 2015 criou um verdadeiro procedimento probatório autônomo ou independente, o que tem como corolário o reconhecimento do direito autônomo à prova, no sentido de direito cujo exercício não se vincula necessariamente a um processo judicial instaurado ou a ser instaurado ou a uma situação de perigo em relação à produção de determinada prova. É que, consoante o art. 381, I, II e III, do CPC de 2015, a prova poderá ser produzida de forma antecipada quando: a) haja fundado receio de que venha tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência do processo; b) a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito; c) o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação. Note-se que o CPC de 2015 não tratou do tema ao disciplinar a tutela de urgência, o que significa dizer que a antecipação da prova não depende, necessariamente, da presença do denominado periculum in mora. Esta demonstração somente será exigida quando a pretensão tiver como fundamento o art. 381 do CPC, ou seja, o fundado receio de que venha tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência do processo. Assim, nas hipóteses mencionadas nos incisos II e III do art. 381 do CPC, a prova pode ser produzida com o objetivo de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito ou verificar a existência de fatos que justificar o ajuizamento de demanda, mesmo que não haja fundado receio de que venha tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência do processo. (TRT da 3.ª Região; PJe: 0011701-25.2017.5.03.0075 (RO); Disponibilização: 26/04/2018; Órgão Julgador: Primeira Turma; Redator: Convocado Cleber Lucio de Almeida)

poderiam justificar o ajuizamento da reclamação trabalhista,

Dessa forma, o juiz entendeu que o reclamante estaria apenas objetivando evitar os riscos de uma condenação ao pagamento de honorários periciais e advocatícios, nos termos da Lei n. 13.467/17, já que na produção antecipada de prova não há sentença nem juízo de valor sobre a prova produzida e, portanto, não há sucumbência. Malgrado, como já destacado, juízo de valor não deve ser feito na produção antecipada de provas já que traria nebulosa análise do interesse meritório.

Não é possível negar ou ter conceitos pré-concebidos diante de uma produção antecipada já que o indivíduo deve ser classificado como um sujeito cauteloso e não como alguém que tenta burlar o sistema, isso seria analisar sob uma perspectiva que falha com a boa-fé. Veja, a produção antecipada possibilita que sejam evitadas, inclusive, ações com diversos pedidos que, muitas vezes, acabam beirando o absurdo, bem como evitaria a instrução probatória demasiadamente longa em uma justiça já abarrotada de processos e audiências instrutórias.

Outro precedente do próprio Tribunal Regional da 3ª Região e da mesma 1ª Turma, mas agora com relatoria diferente, seguiu a mesma trilha do anterior, afastando a extinção sem resolução do mérito, para determinar o retorno à origem para o regular prosseguimento do feito, com vistas a ação de exibição de documentos, também ajuizada com fundamento no art. 381, III, do CPC, com o objetivo de compelir o empregador a juntar laudos médicos, exames admissional e demissional, controles de jornada e contracheques de todo o período contratual, bem como fichas de EPI e de registro de empregados.²⁵

25 AÇÃO DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA. CPC/2015. O CPC de 2015 criou um verdadeiro procedimento probatório autônomo ou independente, o que tem como corolário o reconhecimento do direito autônomo à prova, no sentido de direito cujo exercício não se vincula necessariamente a um processo judicial instaurado ou a ser instaurado ou a uma situação de perigo em relação à produção de determinada prova. É que, consoante o art. 381, I, II e III, do CPC de 2015, a prova poderá ser produzida de forma antecipada quando: a) haja fundado receio de que venha tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência do processo; b) a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito; c) o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação. Note-se que o CPC de 2015 não tratou do tema ao disciplinar a tutela de urgência, o que significa dizer que a antecipação da prova não depende, necessariamente, da presença do denominado periculum in mora. Esta demonstração somente será exigida quando a pretensão tiver como fundamento o art. 381 do CPC, ou seja, o fundado receio de que venha tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência do processo. Assim, nas hipóteses mencionadas nos incisos II e III do art. 381 do CPC, a prova pode ser produzida com o objetivo de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito ou verificar a existência de fatos que justificar o ajuizamento de demanda, mesmo que não haja fundado receio de que venha tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência do processo." (TRT da 3ª Região; processo nº 0011701-25.2017.5.03.0075 RO; Órgão julgador: Primeira

É claro que há uma dificuldade diária do magistrado em avaliar cada caso concreto e se há, efetivamente, interesse processual na ação de produção antecipada de prova ou se o autor está utilizando do processo com outros fins os quais são facilmente confundidos como uma mera busca do êxito. Esse será o desafio do Poder Judiciário diante dessas demandas.

Além disso, faz-se necessário assinalar dois aspectos que devem ficar definidos para que sejam evitados a banalização no uso do instituto na Justiça do Trabalho. O primeiro deles é que a prova produzida na ação de produção antecipada de prova não vincula o juízo que vai conhecer de eventual reclamação trabalhista. No processo autônomo aparentemente há o abandono da ideia arraigada ao princípio da identidade física do juiz.

Nesse sentido, a valoração da prova antecipada será feita em sentença na ação principal, com observância da persuasão racional do juiz, não havendo regra que estabeleça a hierarquia entre a prova anteriormente produzida e outros meios de prova que se apresentem na dilação probatória ordinária na demanda principal. Assim, não é possível garantir que o requerente estará livre da sucumbência da ação posteriormente ajuizada.

Além disso, o segundo aspecto é que não é possível afirmar que a ação de produção antecipada de prova suspenda ou interrompa o prazo para ajuizamento da reclamação trabalhista. Talvez esse seja um dos principais problemas para quem pleiteia a ação. Nessa vereda, aparentemente o prazo prescricional para ajuizamento da reclamação trabalhista continuará subordinado ao art.7º, XXIX, da Constituição da República e art.11, §3º, CLT, corroborado pela Sumula 308 do Tribunal Superior do Trabalho.²⁶

Idêntico raciocínio pode ser feito em relação a demandas de outras naturezas e que não se afastam da competência da Justiça do Trabalho, pois o Código de Processo Civil não dispõe acerca da interrupção ou suspensão do prazo prescricional na hipótese. Isso também é verificado no art. 202 do Código Civil que não assegura a interrupção da

.....
Turma; Juiz Convocado Cléber Lúcio de Almeida; Data de julgamento: 23/4/2018). (TRT da 3.ª Região; PJe: 0010251-85.2018.5.03.0148 (RO); Disponibilização: 27/06/2018; Órgão Julgador: Primeira Turma; Relator: Luiz Otavio Linhares Renault)

26 Art.11, §3º, CLT - A interrupção da prescrição somente ocorrerá pelo ajuizamento de reclamação trabalhista, mesmo que em juízo incompetente, ainda que venha a ser extinta sem resolução do mérito, produzindo efeitos apenas em relação aos pedidos idênticos

prescrição com o ajuizamento da ação de produção antecipada de prova que, por sua vez, não possui nem mesmo natureza condenatória.

É nesse sentido que aqui se afasta da doutrina e jurisprudência que não aceita o protesto judicial como forma interruptiva da prescrição. Exemplificando com o raciocínio utilizado na própria decisão monocrática do Ministro Breno Medeiros no julgamento do Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. 680-61.2018.5.14.0091, ao analisar a nova disposição do art.11, §3º, CLT, afirmou que “a nova sistemática é enfática ao restringir a interrupção da prescrição à hipótese de ajuizamento de reclamação trabalhista e, ante a existência de normativo específico na CLT acerca da questão, não se cogita da aplicação do art. 202, II, do Código Civil”.²⁷

Nesse sentido, conforme doutrina e jurisprudência majoritária, o protesto encontra-se encampado na OJ nº 392 da SBDI-1 do TST em razão da inaplicabilidade do § 2º do art. 240 do CPC de 2015.²⁸ Também é possível justificar por seu intrínseco cunho condenatório, já que interrompe a prescrição visando futura ação de natureza condenatória.

Enfim, não busca-se aqui defender ou não o protesto interruptivo, mas não é possível utilizar-se da analogia de argumentos trazidos por quem defende a não interrupção ou não suspensão da prescrição trabalhista pelo protesto judicial.

A produção antecipada de prova traduz ação autônoma que pode ser integrada ao processo do trabalho, por aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, devidamente autorizada pelos arts. 769 da CLT e 15 do CPC. Entretanto, não

27 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Decisão Monocrática. Processo nº TST-AIRR-680-61.2018.5.14.0091. Agravante: FABRICA DE LATICINIOS TAINARA LTDA. Agravado: SINDICATO DOS TRABALHADORES NAS INDÚSTRIAS DE ALIMENTAÇÃO DO ESTADO DE RONDÔNIA - SINTRA - INTRA. Ministro Relator: Breno Medeiros. Julgado em: 28 de abril de 2020. Publicado em 07/05/2020.

28 AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA DO RECLAMADO (BANCO DO BRASIL S.A.). INTERRUÇÃO DA PRESCRIÇÃO BIENAL E QUINQUENAL. PROTESTO JUDICIAL AJUIZADO PELA CONTEC. PLEITO CONCERNENTE ÀS HORAS EXTRAS. Nos termos da Orientação Jurisprudencial nº 392 da SBDI-1, "O protesto judicial é medida aplicável no processo do trabalho, por força do art. 769 da CLT e do art. 15 do CPC de 2015. O ajuizamento da ação, por si só, interrompe o prazo prescricional, em razão da inaplicabilidade do § 2º do art. 240 do CPC de 2015 (§ 2º do art. 219 do CPC de 1973), incompatível com o disposto no art. 841 da CLT". Do que se extrai dos precedentes que ensejaram a edição dessa orientação jurisprudencial, o protesto judicial tem o condão de interromper tanto a prescrição bienal quanto a quinquenal. In casu, consoante se infere das premissas fáticas delineadas pela Corte de origem, o protesto judicial foi ajuizado pela CONTEC em 18/11/2009. Logo, deve-se reconhecer que houve interrupção da prescrição, visto que a Reclamação Trabalhista foi intentada em 14/6/2013, dentro, portanto, do quinquênio que se seguiu à data da interrupção da prescrição. Agravo de Instrumento conhecido e não provido. (ARR - 1210-26.2013.5.03.0001, Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, Data de Julgamento: 13/12/2017, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 19/12/2017).

é possível aceitar que as situações de cabimento, principalmente as descritas nos incisos II e III do art.381 do CPC, sejam utilizadas como artifício para driblar os riscos da sucumbência no processo do trabalho ou agasalhados pela desculpa da rigurosidade das novas exigências para exordial trabalhista advindas da reforma trabalhista.

Nessa vereda, a atual redação dada pela lei 13.467/2017 do art. 840, §1º, CLT estabelece que o pedido deverá ser certo, determinado e com indicação de seu valor, sob pena de extinção sem resolução do mérito (art. 840, §3º, CLT). É nesse raciocínio que se fundamenta que o ajuizamento de uma ação de produção antecipada de prova para identificar a existência e o grau de insalubridade antes do ajuizamento da reclamação.

É claro, há controvérsias sobre isso através da IN 39 e 41 do TST diante da possibilidade de pedido estimado e da atual jurisprudência do TST²⁹ que afirma que se houver ressalva expressa a liquidação fica reservada para o momento da execução. Mesmo assim, é possível que a resolução desse provável conflito venha com a interpretação razoável da exigência da indicação do valor do pedido e isso não pode ser confundido com a exigência de pedido líquido.

Assim sendo, parece que a interpretação mais coesa, ao menos para esse artigo, é a que atribui que a inovação legislativa supramencionada não esteja relacionada ao mero valor da causa, mas sim com a necessidade de indicar a expressão econômica de cada pedido formulado. É nesse sentido que deve ser interpretado que a expressão econômica de cada pedido formulado deverá funcionar como limite para fins de liquidação do julgado, sob pena de violação ao art. 492 do CPC, aplicável subsidiariamente ao processo do trabalho, salvo existência das ressalvas expressas conforme jurisprudência do TST.

Por fim, o art. 382, §4º do CPC atribui que a produção antecipada de prova “não se admitirá defesa ou recurso, salvo contra decisão que indeferir totalmente a

29 "RECURSO DE REVISTA. LEI 13.467/2017. LIMITAÇÃO DO VALOR DA CONDENAÇÃO AO VALOR ATRIBUÍDO À CAUSA. IMPOSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE PEDIDO DE APURAÇÃO POR MEIO DE LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. TRANSCENDÊNCIA POLÍTICA RECONHECIDA. A controvérsia cinge-se acerca da limitação do montante condenatório ao valor da causa estimado na petição inicial. A causa oferece transcendência política, nos termos do art. 896-A, § 1º-A, II, da CLT, uma vez que a jurisprudência pacífica desta Corte é no sentido de que a condenação tem como limite o valor postulado pela parte autora na petição inicial, salvo nos casos em que há ressalva expressa quanto à indicação dos valores por mera estimativa e pedido de apuração por meio de liquidação de sentença. No caso dos autos, extrai-se da inicial que o reclamante requereu o pagamento de horas extraordinárias nos valores lá constantes, com pedido de apuração em liquidação de sentença pela Contadoria Judicial (fl. 15) e afirmou que o valor dado à causa se destina apenas aos efeitos fiscais. Recurso de revista conhecido e provido" (RR-524-49.2019.5.13.0032, 8ª Turma, Relator Ministro Aloysio Correa da Veiga, DEJT 02/09/2022).

produção da prova pleiteada pelo requerente originário” o que na seara trabalhista a decisão final do processo faça mais sentido considerá-la como interlocutória e, assim, aplicar o princípio da irrecorribilidade imediata já que, caso haja conflito, isso será pacificado em autocomposição ou em novo processo, sempre ressaltando a possibilidade do Recurso Ordinário nos casos de indeferimento total da produção da prova pleiteada pelo requerente originário.

CONCLUSÃO

O presente artigo buscou analisar a aplicação do procedimento de antecipação de provas previsto no procedimento comum na seara trabalhista. Nesse sentido, foi possível compreender que o conceito de prova é um tanto quanto conturbado diante da polissemia do termo, podendo se referir ao instrumento de convencimento do juiz, bem como ao meio de prova utilizado e também foi possível entender que o ônus probatório é entendido como uma faculdade processual e não uma obrigação ou estado de sujeição, devendo a parte assumir as consequências de seus atos.

No tocante a produção probatória antecipada, foi possível observar a mudança de paradigma ocorrido com o CPC/2015 transformando o procedimento cautelar secundário em procedimento autônomo cuja natureza cautelar passou a ser apenas uma das hipóteses.

Prosseguindo, foi possível perceber a possibilidade da utilização da produção probatória autônoma na justiça do trabalho em qualquer das hipóteses previstas, bem como, utilizando o método hipotético-dedutivo, bem como a análise empírica e jurisprudencial, foi possível depreender que a produção antecipada de provas é um procedimento que tende a ser mais aplicado na justiça do trabalho diante dos novos requisitos para a petição inicial e das novas disposições sobre sucumbência trazidos com a reforma trabalhista (Lei n. 13.467) e, é claro, sob a ótica da nova decisão do STF.

Diante da tendência da aplicação desse novo procedimento autônomo, foi percebida a necessidade do estabelecimento de dois requisitos que evitam a utilização desenfreada do procedimento autônomo. O primeiro trata-se da prova produzida na ação de produção antecipada de prova não vincular o juízo irár julgar a reclamação trabalhista futura. O segundo aspecto é que não é possível afirmar que a ação de produção antecipada de prova suspenda ou interrompa o prazo para ajuizamento da

reclamação trabalhista.

É claro que esses dois requisitos deverão ser utilizados à luz da perspicácia e experiência do magistrado juiz, evitando o confronto com a condição do interesse.

Portanto, longe de encerrar o debate, mas apenas buscando fomentar o pensamento crítico e empírico, o presente artigo posicionou-se diante da temática proposta, esperando que o judiciário não vede por completo através de conceitos pré-concebidos ante a utilização desse novo procedimento na seara trabalhista, bem como seja perspicaz nas suas decisões para não correr no risco da utilização desenfreada, utilizando dos raciocínios e requisitos aqui destacados como um limite de aplicabilidade, um norte a ser observado por aqueles que pretendam utilizá-lo.

REFERÊNCIAS

BALDINI, Renato Ornellas. **Distribuição dinâmica do ônus da prova no Direito Processual do Trabalho**. 2013. 235 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Trabalho)– Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-05122013-093647/pt-br.php>>. Acesso em: 23 jan. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial n. 1287279 SP 2018/0102297**. Decisão Monocrática. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 15 de maio de 2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/monocraticas/decisoes/?num_registro=201801022971&dt_publicacao=15/05/2018>. Acesso em: 25 de agos. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional da 3ª Região. **Recurso Ordinário n. 0011701-25.2017.5.03.0075**. 1ª Turma. Relator: Juiz Convocado Cleber Lucio de Almeida. Belo Horizonte, 26 de abril de 2018. Disponível em: <<https://pje-consulta.trt3.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0011701-25.2017.5.03.0075>>. Acesso em: 25 de agos. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em **Recurso de Revista n. 1210-26.2013.5.03.0001**. 4ª Turma. Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing. Brasília, 19 de dezembro de 2017. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=1210&digitoTst=26&anoTst=2013&orgaoTst=5&tribunalTst=03&varaTst=0001>>. Acesso em: 25 de agos. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional da 3ª Região. **Recurso Ordinário n. 0010251-85.2018.5.03.0148**. 1ª Turma. Relator: Luiz Otavio Linhares Renault. Belo Horizonte, 27 de junho de 2018. Disponível em: < <https://juris.trt3.jus.br/juris/detalhe.htm?conversationId=2103> >. Acesso em: 25 de agos. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região (Seção Especializada). **Acórdão: 0002040-80.2020.5.09.0000**. Relator: ARION MAZURKEVIC. Data de julgamento: 26/01/2021. Publicado no DEJT em 02/02/2021. Disponível em: <<https://url.trt9.jus.br/ghw8o>>. Acesso: 16 jun. 2022.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região (7ª Turma). **Acórdão: 0001108-42.2019.5.09.0513**. Relator: ROSEMARIE DIEDRICHS PIMPAO. Data de julgamento: 28/01/2021. Publicado no DEJT em 10/02/2021. Disponível em: <<https://url.trt9.jus.br/07qb0>>. Acesso em: 10 jun. 2022

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n 680-61.2018.5.14.0091**. Decisão Monocrática. Ministro Relator: Breno Medeiros. Brasília, 28 de abril de 2020. Disponível em:< <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=680&digitoTst=61&anoTst=2018&orgaoTst=5&tribunalTst=14&varaTst=0091>>. Acesso em: 25 de agos. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n. 182-09.2018.5.09.0671**. 4ª Turma. Relator Ministro Alexandre Luiz Ramos. Brasília, 21 de agosto de 2020. Disponível:<<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm.do?consulta=1&numeroInt=33523&anoInt=2020>>. Acesso em: 25 de agos. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n. 524-49.2019.5.13.0032**, 8ª Turma, Relator Ministro Aloysio Correa da Veiga, DEJT 02/09/2022. Disponível:<<https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/66d123c7718c8eaed33a3fe0b65e777f>>. Acesso em: 20 de set. 2022.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO; Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 31. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros Editora, 2015.

DA SILVA, Homero Batista Mateus. **Comentários à reforma trabalhista**. 2º ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Editora JusPodivm, 2019.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 734.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. São Paulo: RT, 2015b. v. 2. p. 259.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito Processual do Trabalho**. 37. ed, São Paulo: Atlas, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil comentado artigo por artigo**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

PIRES, Líbia da Graça. **Teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho**. 2011. 249 f. Tese (Doutorado em Direito do Trabalho) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-04052012-101854/pt-br.php>>. Acesso em: 23 jan. 2019.

RIBEIRO, Rafael E. PUGLIESE. **Reforma trabalhista comentada**. Porto: Juruá, 2018

SAAD, Eduardo Gabriel. **Direito Processual do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1998.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos; HAJEL FILHO, Ricardo Antonio Bittar. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

SCHIAVI, Mauro. **Provas no Processo do Trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2014

_____, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. 13. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2018.

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 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

A PROVA DOCUMENTAL ELETRÔNICA NO PROCESSO DO TRABALHO VALIDADE E VALORAÇÃO

Arthur Leopoldino Ferreira Neto

Paulo Sergio João

RESUMO

A *Internet* e a revolução da tecnologia da informação, trouxe radical alteração nas relações jurídicas, tanto na forma de armazenamento de dados e troca de informações, quanto na condução dos processos judiciais. Os registros que antes eram realizados em papel, agora são realizados de forma digital, por meio de documentos eletrônicos. Essa facilidade levanta alguns pontos preocupantes. Entre eles, a credibilidade do documento eletrônico em razão de seu suporte abstrato face o suporte material do documento tradicional. Outro ponto é: a tecnologia disposta hoje em dia é suficiente para que possamos equipará-lo ao documento tradicional? A confiabilidade dos documentos eletrônicos está associada à convicção de que este não foi adulterado no caminho entre remetente e destinatário, bem como de que seu autor é quem o subscreve.

Palavras-chave: prova documental eletrônica; documento eletrônico; assinatura digital.

Arthur Leopoldino Ferreira Neto

Mestre em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP, Doutorando em Direito Constitucional pela PUC/SP, Doutorando em Filosofia pela PUC/SP, Professor Assistente da COGEAE da PUC/SP, Sócio do Escritório Ferreira Neto & Tricate Sociedade de Advogados. aferreiraneto@fntadv.com.br

Paulo Sergio João

Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo, Mestre em Direito Social – Université Catholique de Louvain, Bélgica. Coordenador do curso de Especialização em Direito do Trabalho da PUC. Professor de Direito do Trabalho na Faculdade de Direito da FGV. Sócio titular do escritório Paulo Sergio João Advogados. psergio@psjadogados.com.br

ABSTRACT

The Internet with the information technology revolution, has brought a radical change in legal relationships, both in the form of data storage and information exchange, and in the conduct of judicial processes. The records that were previously made on paper, are now carried out digitally, through electronic documents. This facility raises some troubling points. Among them, the credibility of the electronic document because of its abstract support in the face of the material support of the traditional document. Another point is: is the technology nowadays enough that we can equip it with the traditional document? The reliability of electronic documents is associated with the conviction that it has not been adulterated in the path between sender and receiver, and that its author subscribes.

Keywords: electronic documentary evidence; Electronic document; digital signature.

Sumário. 1. Introdução. 2. Conceito de prova. 3. Prova documental. 4. Documento eletrônico. 5. Assinatura digital. 6. Certificação digital. 7. Admissibilidade do documento eletrônico como meio de prova. 8. Valoração da prova eletrônica. 9. Conclusão. 10. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A ciência jurídica nos dias de hoje, demonstrou que, apesar de conservadora, está caminhando em conjunto com os avanços tecnológicos que têm causado forte impacto sobre as mais diversas áreas do conhecimento das relações humanas.

Com o surgimento de novas tecnologias, também surgiram novos meios de comportamento e relacionamento entre as pessoas. Consequentemente, novas relações jurídicas, ou fatos jurídicos, muitas vezes, sem a devida regulação legal.

Em verdade, os operadores do direito sempre demonstraram a característica de serem refratários a novas tecnologias e, em certos aspectos, às mudanças no texto legal concernentes às adaptações a novas circunstâncias tecnológicas.

Cândido Rangel Dinamarco, lembra que, com o advento do Código de Processo Civil de 1939, antigo Decreto-lei 1.608, de 18.9.1939, houve certo desconforto no tocante à validade de documentos e sentenças elaboradas por meio de máquinas

de escrever, com o conseqüente abandono posterior daquelas manuscritas, algo inimaginável nos dias atuais.¹

Dessa forma, não é de hoje que tais mudanças são tratadas com cautela pelos operadores do direito. Ocorre que, nunca antes, o crescimento tecnológico se fez tão presente como nos últimos tempos. Essa expansão trouxe consigo a disseminação e popularização do uso da informática, acompanhada ainda, do desenfreado crescimento da *Internet* trazendo incontáveis desafios para o universo jurídico. A velocidade na troca de informações, somada à desnecessidade de presença física para a celebração de negócios chegou a causar espanto nos sujeitos mais prudentes.

Apesar disso, o documento eletrônico preocupa por sua volatilidade e se a tecnologia disponível é suficiente para sua equiparação com o documento tradicional.

2. CONCEITO DE PROVA

Ao iniciar sua definição de prova, Luiz Guilherme Marinoni² ressalta que: *“Antes de mais nada, impõe-se lembrar que o conceito de prova não é, nem pode ser encontrado exclusivamente no campo do direito. Ao contrário, trata-se de uma noção comum a todos os ramos da ciência, como elemento para a validação dos processos empíricos.”*

Para Pontes de Miranda³ *“as provas destinam-se a convencer da verdade; tal o fim. Aludem a algum enunciado de fato (tema probatório), que se há de provar. Não só tem por fim convencer juízes, nem só se referem a enunciados de fato que se fizeram perante juízes”.*

Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco entendem que depois de deduzida a pretensão em juízo, que pode ou não corresponder à verdade, contrapõem-se a elas as questões efetuadas pela outra parte, que, igualmente, podem ou não corresponder à verdade. A essa dúvida se dá o nome de questões de fato, que deverão ser analisadas e resolvidas pelo juiz da causa, à vista das provas produzidas. Com essa fundamentação, conceitua a prova como sendo “o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou

1 Instituições de Direito Processual Civil. 4. ed. v. 3. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 7

2 Marinoni, Luiz Guilherme e Arenhart, Sergio Cruz (in Prova, 2ª ed. rev. E atual. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011), p. 57 e 59.

3 Comentários ao código de processo civil. Tomo IV. P. 246.

inocorrência dos fatos controvertidos no processo”⁴

Após analisar as diversas definições mencionadas, pode-se dizer que a prova é o meio pelo qual se leva ao conhecimento do magistrado os fatos envolvidos na relação jurídica posta pelas partes litigantes, visando convencê-lo das alegações, para que alcance uma conclusão e entregue, com segurança, a prestação jurisdicional. Esse, inclusive, é o significado trazido pelo art. 369 do CPC/2015.

3. Prova documental

O documento, desde a invenção da escrita, sempre foi tido como o único meio eficaz de tornar imutáveis os registros dos fatos e de declarações.

Com o passar do tempo, levemente se notou uma minimização da importância da escrita. Isso porque, foram surgindo outras formas de armazenamento e transmissão de informações e, aos poucos, foi se adquirindo confiança nos novos métodos.

Nos dias de hoje, com o avanço tecnológico, o papel vem perdendo espaço como método para tornar perene uma informação. Vários são os motivos. Apenas para exemplificar, pode-se mencionar o volume de espaço que ocupam, se comparados com meios eletrônicos de armazenagem, os custos de arquivamento, tendo em vista o espaço necessário e o ambiente controlado, para que não pereçam, entre outros.

Pela simples observação dos avanços tecnológicos ao nosso redor, não seria audácia afirmar que o papel está com seus dias contados. Por óbvio que já se está inegavelmente em momento de transição, no qual utilizar outros meios de armazenagem não é por muitas vezes uma opção, mas sim uma obrigação.

Luiz Guilherme Marinoni, afirma que “constitui o elemento físico do documento, a sua expressão exterior, manifestação concreta e sensível; é, enfim, o elemento material, no qual se imprime a ideia transmitida”.⁵ Concluindo que o suporte do documento não se limita ao papel escrito, isso porque, o que o caracteriza é o fato de ser um elemento real, não importando sua natureza.

4 Teoria Geral do Processo, 17ª ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 348.

5 Comentários ao código de processo civil. 5. v. tomo II . p. 20.

4. Documento eletrônico

Com o avanço da tecnologia e conseqüentemente o aumento do uso de computadores e *Internet* levou o Direito a prestar atenção em formas de regular e conferir eficácia aos novos métodos de registro e troca de informações.

A transformação gerada nos meios de comunicação decorrentes da disseminação do uso da *Internet*, que criou uma forma eficiente e veloz de interação entre as pessoas, independentemente de onde estejam. Dessa forma, como não poderia deixar de ser, os relacionamentos interpessoais sofreram enormes transformações, demandando uma regulação jurídica que não existia.

Com o objetivo de conferir confiabilidade, surgiram algumas propostas de regulamentação dos documentos eletrônicos. A Comissão de Informática da OAB – Seção de São Paulo foi uma das pioneiras ao apresentar o Anteprojeto de Lei, que foi transformado no Projeto de Lei 1483/99 (Institui a fatura eletrônica e a assinatura digital nas transações de “comércio” eletrônico) apensado ao Projeto de Lei nº 1589/1999 (Dispõe sobre o comércio eletrônico, a validade jurídica do documento eletrônico e a assinatura digital, e dá outras providências) e, após apensado ao Projeto de Lei nº 4906/01 que dispõe sobre comércio eletrônico e ao Projeto de Lei nº 672/99, do Senado Federal.

Visando dar alguma regulamentação ao tema, ante a notória morosidade para aprovação de uma lei no Brasil, foi instituída a Medida Provisória 2200-2/2001 e posteriormente em 2006. Para a implementação da informatização do processo judicial, foi publicada a Lei 11.419/2006.

E já existe este tipo de regulamentação em vários países, verificando-se que a regulamentação das assinaturas digitais e documentos eletrônicos é assunto atual, recebendo atenção em todos os cantos do globo.

É cristalino que em virtude dessas novas possibilidades de armazenamento dos dados e/ou informações, o regime de prova exige adequações.

Nota-se, pelo confronto dos conceitos, que a definição do documento tradicional está essencialmente ligada a uma coisa, algo material e fisicamente concreto.

Aperfeiçoada a definição de documento, como sendo o registro de um fato, e incluindo esse prisma no conceito jurídico de documento, torna-se possível, propor mais de uma classificação, diferenciando o documento tradicional do eletrônico, sem o

descharacterizar como documento.

Em contrapartida, como o documento eletrônico não se mantém por meio físico, pode ser definido como uma sequência de *bits*, armazenados em formato digital, não perceptível, senão após serem traduzidos, através de um programa de computador, que seja representativa de um fato, ou de um pensamento. Vale ressaltar que essa representação, assim como no documento tradicional, não precisa, necessariamente, ser um escrito, podendo conferir-lhe diversas outras formas: desenho, fotografia digitalizada, sons, imagens, etc.⁶

Ante o exposto, pode-se considerar o documento eletrônico como uma espécie de documento, com características próprias, uma vez que gerado sem uma base tangível. Assim, não se configura como um novo meio de prova, podendo ser submetido ao regramento já existente (art. 384 do CPC/15) enquanto o novo e necessário regramento não é editado.

E de que maneira são exibidos? Os documentos eletrônicos são guardados de forma digital, não sendo compreensíveis às pessoas, senão com a utilização de equipamentos eletrônicos. Por intermédio de programas, as informações que se encontram em formato de *bits*, são transformadas em linguagem perceptível às pessoas. Ou seja, apesar de armazenado numa base física, suas informações estão registradas num elemento incorpóreo, as quais apenas poderão ser compreendidas com a ajuda de instrumentos eletrônicos capazes de transformar os códigos ali contidos.

5. ASSINATURA DIGITAL

A assinatura digital deriva do gênero assinatura eletrônica, igualmente como, por exemplo: senhas, chancelas mecânicas, biometria, entre outras.

Com sua utilização, garante-se, presumindo-se condições corretas e sadias de uso, a autenticidade na identificação de quem envia a mensagem, ou de quem, por meio dela, deseja manifestar sua vontade, associada à integridade do seu conteúdo.

Para Pedro Rezende “o conceito de assinatura digital originou-se de forma dedutiva. Os arquitetos pioneiros do ciberespaço chegaram a ela pela interpretação

6 Consoante o artigo 2º, I do Substitutivo ao Projeto de Lei nº 4906/2001, define o documento eletrônico como “a informação gerada, enviada, recebida armazenada ou comunicada por meios eletrônicos, ópticos, opto-eletrônicos ou similares”.

de teoremas matemáticos na teoria da informação, uma teoria semiótica desenvolvida por Claude Shannon a partir de 1949. O problema central da teoria é o seguinte. Dada uma sequência de zeros e uns, constituindo a representação digital de um documento, de que meios digitais poderá dispor seu autor para credibilizar a declaração de sua vontade ou autoria, ali nomeada?"⁷

O que se buscava criar, nesse novo mundo, a segurança suficiente que as declarações de vontade, ali manifestadas, fossem aceitas, sem que houvesse a necessidade de se recorrer às testemunhas, que não fazem parte desse universo digital.

As partes envolvidas nessa comunicação teriam que se valer de algo semelhante à assinatura de próprio punho, que pode ser facilmente verificada (reconhecimento de firma), mesmo sem a presença de testemunhas. Contudo, as declarações virtuais de vontade só inspirariam credibilidade se houvesse um método autenticatório que conferisse aos interlocutores, ao menos, uma presunção de confiança.

As chamadas conexões seguras na internet via protocolo SSL, que são identificadas pela presença de um cadeado amarelo em navegadores, são exemplos de utilização desse sistema. Para o estabelecimento de uma conexão desse tipo, o servidor acessado transfere, para o computador do usuário, um certificado digital. A partir daí todas as informações enviadas pelo usuário serão criptografadas com a chave pública recebida e serão transmitidas codificadas pela internet. Dessa forma, somente o servidor acessado, com a chave privada correspondente, poderá decodificar as informações enviadas pelo usuário, tornando a conexão segura para o usuário do navegador em relação à identidade do servidor, e para o servidor em relação à integridade do conteúdo linguístico transmitido.

6. CERTIFICAÇÃO DIGITAL

Permanece ainda a problemática da autenticidade de origem da mensagem. O sistema da assinatura digital baseada na criptografia assimétrica necessita de um instrumento para vincular o autor do documento eletrônico ou mensagem, que se disponha a utilizar sua chave privada para assinar-lhes digitalmente, à chave pública correspondente. O problema da segurança na titularidade, ou confiabilidade na

7 Rezende, Pedro Antonio Dourado de. Entidades certificadoras, Assinaturas eletrônicas e projetos de lei. Disponível em <http://www.cic.unb.br/docentes/pedro/segdadtop.htm> Acesso em 27 jul. 2016

origem da chave pública a ser utilizada para verificação dessas assinaturas precisa ser resolvido. A função de vinculação do autor à sua respectiva chave pública fica reservada para as chamadas entidades ou autoridades certificadoras.

A atividade da autoridade certificadora, basicamente, está centrada na chamada certificação digital. Esses documentos eletrônicos, após digitalmente assinados pela certificadora, são chamados de certificados digitais de chave pública, ou, apenas, certificados digitais. Dessa forma, um certificado digital, devidamente autenticado, garante apenas que a chave e o nome de seu titular são iguais àqueles apresentados na autoridade certificadora.

Essa solução requer a delegação de confiança, na medida que uma pessoa aceita a chave pública de outra, desconhecida para ela, somente porque, uma terceira pessoa, que ela conhece e confia garante que aquela chave pública é realmente da pessoa cuja assinatura deseja verificar. Ou seja, no ambiente digital, uma entidade confiável chamada de autoridade certificadora, assina eletronicamente um documento que pode se chamar de certificado digital, com os dados pessoais de uma pessoa, além da sua chave pública.

7. Admissibilidade do documento eletrônico como meio de prova

Conforme detalhado em capítulo específico, o documento eletrônico, ainda que também sirva para o registro de fatos para perdurarem no futuro, caracteriza-se pela dissociação do seu suporte, isso porque, as informações estão assentadas sobre bits, o que lhe confere mobilidade de transferência entre os possíveis suportes para seu registro e armazenamento, diversamente do documento tradicional.

É claro que seu reconhecimento como meio de prova decorre da lei ou da vontade das partes. Ou seja, a sua admissibilidade como meio de prova provém de previsão no ordenamento jurídico, com fundamento em norma emanada de autoridade competente, observado o processo legislativo.

Apesar de o processo eletrônico ser uma realidade no Brasil, excetuando-se na órbita fiscal⁸, até a publicação da Lei nº 11.419/2006⁹ que dispõe sobre a

8 Instrução normativa SRF Nº 15, de 22 de Dezembro de 1999. Institui os certificados eletrônicos da secretaria da receita federal – SRF e – CPF e – CNPJ “Art. 3º. Os documentos assinados eletronicamente, inclusive pela SRF, mediante a utilização de certificado eletrônico e-CPF e e-CNPJ, consideram-se originais e têm o mesmo valor comprobatório daqueles emitidos em papel e firmados pelos meios convencionais”

9 Art. 11. Os documentos produzidos eletronicamente e juntados aos processos eletrônicos com

informatização do processo judicial, não havia regras jurídicas sobre a valoração probatória do documento eletrônico. A sua admissibilidade como meio prova já estava disposta na Medida Provisória 2.200-2, de 24 de agosto de 2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil, transforma o instituto nacional de tecnologia de informação em autarquia e dá outras providências¹⁰: “Art.10 Consideram-se documentos públicos ou particulares, para todos os fins legais, os documentos eletrônicos de que trata esta medida provisória. § 1º As declarações constantes dos documentos em forma eletrônica produzidos coma utilização de processo de certificação disponibilizado pela ICP-Brasil presumem-se verdadeiros em relação aos signatários, na forma do art. 131 da Lei nº 3.071, de 1º de Janeiro de 1916 – Código Civil. § 2º O disposto nesta medida provisória não obsta a utilização de outro meio de comprovação da autoria e integridade de documentos em forma eletrônica, inclusive os que utilizem certificados não emitidos pela ICP-Brasil, desde que admitido pelas partes como valido ou aceito pela pessoa a quem for oposto o documento.”

Da análise do artigo citado, pode-se extrair que em virtude de sua equiparação legal com os documentos tradicionais, o documento eletrônico poderia ser encarado como prova documental típica, desde que produzidos com a utilização de processo de certificação disponibilizado pela ICP-Brasil.

Pela leitura do art. 219 do Código Civil “as declarações constantes de documentos assinados presumem-se verdadeiras em relação aos signatários”. Conforme se pode verificar, o artigo da Medida Provisória diz a mesma coisa, só que para os documentos eletrônicos. Além disso, se aplicaria ainda a regra do artigo 408 do Código de Processo Civil, que dispõe sobre a presunção da veracidade das declarações constantes do documento particular, escrito e assinado, ou somete assinado.

Ocorre que, a lei condicionou a garantia de integridade, autenticidade, e a

.....
garantia da origem e de seu signatário, na forma estabelecida nesta Lei, serão considerados originais para todos os efeitos legais.

§ 1o Os extratos digitais e os documentos digitalizados e juntados aos autos pelos órgãos da Justiça e seus auxiliares, pelo Ministério Público e seus auxiliares, pelas procuradorias, pelas autoridades policiais, pelas repartições públicas em geral e por advogados públicos e privados têm a mesma força probante dos originais, ressalvada a alegação motivada e fundamentada de adulteração antes ou durante o processo de digitalização.

§ 2o A arguição de falsidade do documento original será processada eletronicamente na forma da lei processual em vigor.

10 A Medida Provisória continua em vigor, por tempo indeterminado, pois editada antes da Emenda Constitucional nº 32 de, 12 de setembro de 2001, que introduziu o § 3º ao artigo 62 da Constituição Federal.

validade jurídica de documento eletrônico à utilização de processos de certificação ou cadastro perante os órgãos do Poder Judiciário, para tanto criou a infraestrutura de chaves públicas - ICP-Brasil – para conferir-lhes tais atributos.

Enquanto o *caput* parece restringir a admissibilidade dos documentos eletrônicos somente para aqueles que forem confeccionados com a utilização dos certificados do ICP- Brasil, o que traria um enorme e perigoso monopólio à Autarquia Federal controladora desta Infraestrutura (art. 12¹¹ da MP 2200-2), confere flexibilidade ao sistema, reconhecendo em seu § 2º, a autonomia das partes para se valerem de outro meio para conferir integridade e autenticidade aos documentos eletrônicos, sem que isso retire a sua característica, podendo, portanto, também ser admitido como prova.

Já com o advento da Lei 11.419/06 e a equiparação dos documentos assinados digitalmente aos originais, bem como conferindo aos documentos digitalizados e juntados aos autos a mesma força probante dos originais, a questão da validade e da valoração ficaram mais estáveis.

A problemática dessa questão está na tentativa de se conferir autenticidade ou a integridade ao documento eletrônico por meio de dispositivos legais, como o fez o legislador. Tais características apenas poderão ser garantidas por instrumentos tecnológicos capazes de atestar a correspondência entre o autor do documento desde e aquele que se apresenta como tal (autenticidade) e da inalterabilidade do documento desde a sua criação até a sua utilização. A eficácia jurídica desse documento será uma consequência das suas características anteriores, assim, íntegro e autêntico, será aceito como prova.

Existem críticos à forma disposta, afirmando que o legislador, ao invés de pretender garantir a validade jurídica dos documentos eletrônicos, deveria limitar-se a reconhecer o seu valor probante, caso preenchidos os requisitos necessários a assegurar a autenticidade e a integridade.

Nesse sentido, a redação do Projeto de Lei¹² que visa regulamentar a questão parece mais coerente: “Art. 1º Esta lei dispõe sobre o valor probante do documento eletrônico e da assinatura digital, institui normas para as transações de comércio

11 “Art. 12 – Fica transformado em autarquia federal, vinculada ao ministério da ciência e tecnologia, o Instituto Nacional de Tecnologia da Informação – ITI com sede no Distrito Federal.”

12 Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=29955>. Acesso em 27 mar. 2016

eletrônico e estabelece sanções administrativas e penais aplicáveis.”

E, no seu artigo 4º, disciplina quais os requisitos que, se preenchidos garantirão a eficácia dos documentos eletrônicos: “Art. 4º As declarações constantes de documento eletrônico presumem-se verdadeiras em relação ao signatário, nos termos do código civil, desde que a assinatura digital: I – Seja única e exclusiva para o documento assinado; II – Seja passível de verificação pública; III – seja gerada com chave privada cuja titularidade esteja certificada por autoridade certificadora credenciada e seja mantida sob exclusivo controle do signatário; IV – Esteja ligada ao documento eletrônico de tal modo que se o conteúdo deste se alterar, a assinatura digital será invalidada; V – Não tenha sido gerada posteriormente à expiração, revogação ou suspensão das chaves.”

De outra forma, mesmo que não houvesse previsão específica de equiparação dos documentos eletrônicos aos documentos tradicionais, a sua admissibilidade como meio de prova estaria amparada pelo art. 369 do Código de Processo Civil, cuja redação admite “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 (...)”

Além disso, caso o documento eletrônico não fosse caracterizado como documento, entraria no rol das provas atípicas¹³.

Augusto Tavares Rosa Marcacini, ao avaliar a questão da autenticidade e integridade do documento eletrônico, sob a ótica das técnicas existentes para assegurar-lhes essas características, entende que não existem impedimentos para a utilização do documento eletrônico como meio de prova ser produzida em juízo: “(...). Nada há a impedir a utilização de documentos eletrônicos, seja como forma para se documentar atos jurídicos, seja como meio de prova a ser produzido em juízo. Até porque, nos termos do artigo 332, do CPC, “todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste código, são hábeis a provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”. Não me parece imoral o uso de documentos eletrônicos, razão pela qual não haveria porque restringir sua utilização. Muito menos ilícito, não afrontado, igualmente, o art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal. Evidentemente

13 Consoante magistério de Nelson Nery Junior (Código de Processo Civil comentado: e legislação extravagante: atualizado até 3 de setembro de 2004. – 8º ed., rev., ampl., e atual. – São Paulo, editora: Revista dos Tribunais, 2004.) “Nada obstante o CC 212 arrolar como meio de prova dos fatos jurídicos a confissão, o documento, a testemunha, a presunção, e a perícia, vigora no processo civil brasileiro a regra da atipicidade dos meios de prova”

além de moralmente legítimo, o meio de prova deve mostrar-se idôneo e permitir o convencimento”¹⁴.

De acordo com Comoglio, Ferri e Taruffo, a representação de documentos não se resume apenas às escriturações ou declarações. Ao invés, abrange imagens, sons, ações e comportamentos, e ainda os “documentos criados através das tecnologias modernas da informação e das comunicações, como os dados inseridos na memória do computador ou transmitidas através de uma rede de informática, e em geral os assim ditos documentos informáticos”¹⁵

Equiparado ao documento tradicional, por óbvio que o documento eletrônico não poderá ser admitido como prova caso tenha sido obtido por meio ilícito (art. 5º, LVI da Constituição Federal).

Uma questão recorrente na Justiça do Trabalho é se o monitoramento de *e-mail* em empresas para a obtenção de provas que justifiquem a aplicação da justa causa na demissão de um empregado, podem ser consideradas obtidas ilicitamente, caso o *e-mail* seja particular do empregado, e, portanto, não admissível no processo? O tema encontra-se pacificado no tocante ao monitoramento do *e-mail* concedido pelo empregador como ferramenta de trabalho. Há algumas decisões, mas a discussão, muitas vezes, cinge-se a violação da correspondência¹⁶ e não na ilicitude da obtenção da prova.

Todavia, quando se trata do *e-mail* corporativo, fornecido pelo empregador, a jurisprudência se inclinou pela legalidade da fiscalização¹⁷.

14 O Documento eletrônico como meio de prova. Disponível em: <<http://augustomarcacini.net/index.php/DireitoInformatica/DocumentoEletronico>>. Acesso em 27 jul. de 2016.

15 Comoglio, Luigi Paolo, Ferri, Corrado e Taruffo, Michele. *Lezioni sul processo civile*. p. 657.

16 AGRAVO DE INSTRUMENTO - PRELIMINAR DE NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - NÃO-OCORRÊNCIA Não há negativa de prestação jurisdicional se o Eg. Tribunal Regional consigna os motivos de seu convencimento. Mera contrariedade das razões do decisum às pretensões da parte não é suficiente a configurar a abstenção da atividade julgadora. UNICIDADE CONTRATUAL - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA Evidenciada a fraude na contratação do Reclamante, mediante empresa interposta, correto é o reconhecimento do vínculo de emprego com a tomadora dos serviços. Inteligência da Súmula nº 331, I, do TST. JUSTA CAUSA O Tribunal de Origem entendeu que o uso de e-mail particular para envio de mensagens pessoais não caracteriza justa causa. Entender diversamente encontra óbice na Súmula nº 126/TST. Agravo de Instrumento a que se nega provimento. (AIRR - 305840-29.2005.5.09.0013, Relatora Ministra: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Data de Julgamento: 06/05/2009, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 22/05/2009)

17 “Resolução contratual. Sistema de comunicação eletrônica. Utilização indevida. Envio de fotos pornográficas. Sigilo de correspondência. Quebra. Inocorrência. Se o e-mail é concedido pelo empregador para o exercício das atividades laborais, não há como equipara-lo às correspondências postais e telefônicas, objetos da tutela constitucional inscrita no art. 5º, inciso XII, da CF. Tratando-se

Resta, ainda, a verificação da integridade e autenticidade dos documentos eletrônicos para sua valoração como prova apesar da lei equipará-lo ao original para todos os efeitos legais. Considerando as especificidades e tecnicidade de sua criação, é essencial a existência de legislação que forneça os contornos necessários para essa valoração nos processos judiciais.

Ante o exposto, pode-se dizer que a regulamentação da utilização dos documentos eletrônicos não é imprescindível para a sua admissibilidade como meio de prova, pois a Lei 11.419/06 e a MP 2002-2, lhe conferem eficácia probatória. Todavia, para a sua apropriada valoração, bem como para a validade das técnicas, que lhes garantirão a autenticidade e integridade (criptografia assimétrica e assinatura digital), é imprescindível a existência de prévia legislação regulamentadora, para que se tenha clareza no tratamento a ser dado para esse meio de prova.

Em 2016 foi publicada a Lei 11.419/2006, que convive conjuntamente com a MP 2002-2, a legislação citada que dispõe sobre a informatização do processo judicial, tendo ainda alterado alguns dispositivos do CPC de 1973, deixa claro, em seu artigo 11¹⁸

.....
de ferramenta de trabalho, e não de benefício contratual indireto, o acesso ao correio eletrônico não se qualifica como espaço eminentemente privado, insuscetível de controle por parte do empregador, titular do poder diretivo e proprietário dos equipamentos e sistemas operados. Por isso o rastreamento do sistema de provisão de acesso à internet, como forma de identificar o responsável pelo envio de fotos pornográficas a partir dos documentos da empresa, não denota quebra de sigilo de correspondência (art. 5º, inciso XII, da CF), igualmente não desqualificando a prova assim obtida (art. 5º, inciso LVI, da CF) nulificando a justa causa aplicada (CLT, art. 482)". (TRT-DF-RO 0504/2002 – Acórdão 3º turma)".

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

§ 1º Os extratos digitais e os documentos digitalizados e juntados aos autos pelos órgãos da Justiça e seus auxiliares, pelo Ministério Público e seus auxiliares, pelas procuradorias, pelas autoridades policiais, pelas repartições públicas em geral e por advogados públicos e privados têm a mesma força probante dos originais, ressalvada a alegação motivada e fundamentada de adulteração antes ou durante o processo de digitalização.

§ 2º A arguição de falsidade do documento original será processada eletronicamente na forma da lei processual em vigor.

§ 3º Os originais dos documentos digitalizados, mencionados no § 2º deste artigo, deverão ser preservados pelo seu detentor até o trânsito em julgado da sentença ou, quando admitida, até o final do prazo para interposição de ação rescisória.

§ 4º (VETADO)

§ 5º Os documentos cuja digitalização seja tecnicamente inviável devido ao grande volume ou por motivo de ilegibilidade deverão ser apresentados ao cartório ou secretaria no prazo de 10 (dez) dias contados do envio de petição eletrônica comunicando o fato, os quais serão devolvidos à parte após o trânsito em julgado.

§ 6º Os documentos digitalizados juntados em processo eletrônico somente estarão disponíveis para acesso por meio da rede externa para suas respectivas partes processuais e para o Ministério Público, respeitado o disposto em lei para as situações de sigilo e de segredo de justiça.

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

Ora, dessa forma, resta nítido que os documentos que atenderem aos requisitos legais serão tidos como válidos e originais.

Conclui-se que não se vislumbra qualquer impedimento à adoção dos documentos eletrônicos como meio de prova, seja pela previsão contida na Medida Provisória nº 2.200-2 e posteriormente na Lei 11.419/06, seja pelo artigo 369 do CPC, que preceitua norma flexível, não restringindo, ou enumerando os meios de prova admitidos, considerando que (i) eles podem ser caracterizados como um documento tradicional, apesar de seu suporte ser diverso; (ii) existe tecnologia eficaz à conferir-lhes autenticidade e integridade e (iii) possuem também à característica da perenidade.

Contudo, para a sua correta valoração, bem como para a validade das técnicas, que lhes garantirão a autenticidade e integridade (criptografia assimétrica e assinatura digital) o §1º do artigo 11 da Lei 11.419/06 trouxe clareza ao tema, deixando os operadores do direito mais tranquilos na utilização, admissão e valoração desses documentos, pois, além de garantir melhores condições para a avaliação do magistrado, não deixando a cargo, apenas, do seu livre convencimento.

A legislação prevê uma presunção relativa (*juris tantum*) de veracidade. Ou seja, o documento eletrônico produzido, juntado ao processo, assinado digitalmente e certificado por autoridade credenciada tem presunção jurídica e técnica de autenticidade e integridade, ou seja, de veracidade, que se limita ao seu signatário, trazendo apenas uma inversão do ônus da prova.

Esse sistema dá ao Juiz menos mobilidade para livremente apreciar a prova, uma vez que a lei confere a ela valor específico, que deverá ser observado pelo magistrado no momento de analisa-la, mesmo porque, nos termos do artigo 374, III, do Código de Processo Civil, independem de prova os fatos em cujo favor milita a presunção de veracidade.

A outra situação está no §2º do artigo 10, no qual estabelece a prova livre para a demonstração de integridade e autenticidade. Essa é a mais sensata regra, pois adota a linha das legislações mais modernas, reconhecendo que os documentos eletrônicos podem servir como meio de prova, mesmo não estando certificados pela ICP-Brasil, ou por qualquer outra autoridade certificadora credenciada.

Observa-se nesse texto a liberdade de utilização de assinaturas digitais, uma vez que o ordenamento jurídico dispensa os certificados da ICP-Brasil, ou de qualquer de suas autoridades credenciadas, para que seja conferida eficácia probatória aos documentos eletrônicos.

A diferença entre as duas situações é que, para a segunda, não haverá presunção de veracidade. Em sendo aceito pelas partes como verdadeiro, não haverá o magistrado que apreciar a prova, pois o fato estará incontroverso, ou nos termos da redação do parágrafo, “admitido pelas partes como valido, ou aceito pela pessoa a quem for oposto o documento”.

O que não se pode confundir é a questão relativa à autenticidade desse documento eletrônico assinado com um par de chaves não certificadas pela ICP-Brasil. Isto é, a prova de que foi efetivamente o titular do certificado digital que assinou o documento, questão que afeta a chave pública utilizada na conferência. Nesse caso a quem for oposto o documento poderá contestar a sua autenticidade, alegando que a chave privada utilizada para assinar o documento não é de sua titularidade.

Havendo impugnação, caberá à parte que produziu o documento o ônus de provar que ele é verdadeiro e que não existe a alegada falsidade no documento. Aí reside a diferença com os documentos produzidos com a utilização de processo de certificação disponibilizado pela ICP-Brasil, pois para esses casos, como há uma presunção de veracidade do documento, há uma inversão do ônus da prova, devendo o signatário, ou aquele contra quem se produziu o documento, comprovar que o documento é autêntico. Sem essa presunção, as regras do ônus da prova são aquelas previstas no artigo 373 e 429 ambos do Código de Processo Civil.

Conclui-se dessa forma, que estando o documento eletrônico assinado com um par de chaves certificado pela ICP-Brasil ou mediante cadastro realizado junto aos órgãos do Poder Judiciário, sobre ele recairá a presunção de veracidade, em relação ao seu autor (art. 10, §1º da MP 2.200-2), ou mais, nos termos da Lei 11.419/06 será considerado original para todos os efeitos legais.

Se o par de chaves não tiver sido certificado pela ICP-Brasil, ao documento também será atribuída eficácia de prova, mas não a presunção de veracidade (§2º, do art. 10). Nesse caso, não haverá a inversão do ônus da prova, cabendo a quem, produziu o documento a comprovação de que ele é autêntico.

Portodo exposto, pode-se dizer que o documento eletrônico, para ter eficácia,

não precisa estar baseado em chaves certificadas por uma autoridade certificadora, mas à assinatura digital precisam ser atribuídas as mesmas garantias aqui enumeradas, devendo ser: (i) única e exclusiva para o documento assinado; (ii) passível de verificação pública, ainda que por uma autoridade certificadora credenciada; (iii) gerada com chave privada cuja titularidade esteja certificada, ainda que por autoridade não credenciada, e mantidas sob o exclusivo controle da ICP-Brasil sob o documento eletrônico de tal modo que se o conteúdo se alterar, a assinatura digital ficará inválida; e (iv) gerada anteriormente à expiração, revogação ou suspensão das chaves.¹⁹ Para melhor ilustrar a discussão sobre o tema, comparando com outros países, vale destacar que na Itália a admissibilidade probatória do documento eletrônico admitida pelo DL nº 10/2002, que em seu artigo 6º dispõe que será conferida eficácia probatória ao documento eletrônico previsto no artigo 2.712 do Código Civil, considerando o fato e a coisa representada.

Nesse ordenamento jurídico a assinatura eletrônica satisfaz o requisito legal de forma escrita e sobre o plano probatório o mesmo documento é livremente válido, observadas suas características objetivas de qualidade e segurança.

Em Portugal, pelo decreto Lei 290-D/99²⁰, alterado pelo decreto Lei do parlamento Europeu e do conselho nº 1999/93/CE, de 13 de Dezembro, também foi concedida eficácia probatória aos documentos eletrônicos, estando assinado com assinatura eletrônica qualificada. Conforme a exposição de motivos do decreto Lei 290-D/99, “o presente diploma, por um lado regula o reconhecimento e o valor jurídico dos documentos eletrônicos e das assinaturas digitais e, por outro lado, confia o controle da atividade e os direitos das entidades certificadoras”.

19 A falta de clareza na definição do documento eletrônico acabou por gerar decisões inusitadas, como: AGRADO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. IRREGULARIDADE DE REPRESENTAÇÃO - SUBSTABELECIMENTO COM ASSINATURA DIGITALIZADA POR MEIO DE ESCANEAMENTO. A tese de violação do artigo 830 da Consolidação das Leis do Trabalho justifica o processamento do recurso de revista. Agravo provido. RECURSO DE REVISTA. IRREGULARIDADE DE REPRESENTAÇÃO - SUBSTABELECIMENTO COM ASSINATURA DIGITALIZADA POR MEIO DE ESCANEAMENTO. O caso em apreço não é o da assinatura digital - que assegura a autenticidade de documentos em meio eletrônico -, mas o da assinatura digitalizada, obtida por meio de escaneamento (processo pelo qual se 'captura' a imagem da firma, transpondo-a para meio eletrônico). Embora a assinatura digitalizada por meio de escaneamento seja hoje cada vez mais usual, sobretudo na esfera privada, fato é que esse procedimento não foi ainda regulamentado, não podendo ser considerado válido no mundo jurídico, até porque não gera mais do que a mera cópia da firma escaneada. Recurso de revista conhecido e provido. Prejudicada a análise dos demais temas. (RR - 105140-83.2002.5.05.0003 , Relator Ministro: Renato de Lacerda Paiva, Data de Julgamento: 13/02/2008, 2ª Turma, Data de Publicação: DJ 07/03/2008)

20 Comissão intersetorial de tecnologia da informação para a administração pública. Disponível em <<http://pj.pt/htm/legislacao/dr/informatica/DL290D99.htm>> Acesso em 21.out. 2016.

Ricardo Lorenzetti afirma que o fato de o documento eletrônico ainda não apresentar a mesma segurança que um documento escrito, ou que permita o comparecimento pessoal do autor, os seus efeitos são limitados e, em geral, as legislações coincidem em excluir de seu campo de aplicação: “os atos que requerem forma especial; os atos personalíssimos ou aqueles para os quais a lei exige a presença de algumas partes; os atos jurídicos relativos ao Direito de família”²¹.

Como se nota o Brasil, apesar de não ser o pioneiro no reconhecimento legal da eficácia jurídica dos documentos eletrônicos, acompanha o contexto mundial, em que pese o reconhecimento ter sido feito inicialmente por uma Medida Provisória e a Lei 11.419/06 não regram a matéria por inteiro. Todavia, a eficácia jurídica do documento eletrônico no Brasil é reconhecida e com a implementação do processo judicial eletrônico, está presente no cotidiano dos operadores do direito.

8. Valoração da prova eletrônica

De tudo que foi abordado, pode-se afirmar com segurança que a valoração da prova eletrônica decorre de dois pontos: a disposição do legislador em conferir força probatória ao documento eletrônico e o nível de segurança técnico, capaz de garantir certeza e confiabilidade no sistema que irá assegurar as características necessárias para que os documentos eletrônicos possam ser corretamente valorados pelo magistrado, na formação de seu convencimento.

Desde que a prova é criada e posteriormente produzida no processo judicial, o magistrado, ao decidir a lide, deverá valorá-la, buscando formar sua convicção sobre os fatos postos pelas partes na ação judicial. Todavia, problemática da valoração do documento eletrônico reside na garantia de que a ele possa ser conferida autenticidade e integridade, capaz de atribuir-lhe credibilidade suficiente para que seja utilizado na formação do convencimento do juiz que o analisa.

A admissão dos documentos eletrônicos como prova, não quer dizer que a todos eles possam ser dados o mesmo valor, pois, diversamente da sua admissibilidade, a valoração traduz a força de convencimento e a carga de informação recebida pelo magistrado no momento de sua avaliação.

Em vista disso, tornou-se fundamental o adequado reconhecimento legal de

21
Comercio eletrônico, p. 135

métodos eficazes para conferir-lhe os requisitos necessários à garantia de segurança da integridade e autenticidade, bem como de sua perenidade, tal como conferido aos documentos tradicionais.

No tocante à perenidade dos documentos eletrônicos, esta é garantida pelo simples fato de também serem registrados numa base física, ainda que intangível, como ocorre com os documentos tradicionais. A segurança do armazenamento é tão, ou mais eficaz, quanto à dos documentos tradicionais, em razão que estes, com o passar do tempo, se deterioram caso não armazenados de forma adequada.

Quanto à integridade, baseia-se na segurança e confiança de que as informações contidas nas mensagens ou dos documentos eletrônicos não foram adulteradas após a sua criação. É óbvio que, um documento, cujo conteúdo não se pode afirmar ser reflexo daquele originalmente criado, não se presta como prova de nenhum fato e/ou declaração, daí a previsão legal para que os originais dos documentos digitalizados sejam preservados pelo seu detentor até o trânsito em julgado da sentença ou, quando admitida, até o final do prazo para interposição de ação rescisória (§3º do art. 11 da lei 11.419/06). Tal certeza precisa ser garantida, para que as relações se revistam de segurança. No documento tradicional as alterações realizadas em seu conteúdo podem muitas vezes ser facilmente detectadas à primeira vista, ou, nas fraudes mais sofisticadas, por meio de exames periciais, pois as alterações deixam indícios.

Como visto anteriormente, nos documentos eletrônicos as fraudes podem ser realizadas sem que sinais sejam encontrados, dificultando, ou até mesmo impedindo que elas sejam identificadas, ainda que se valesse da melhor tecnologia existente na busca da sua prática.

Daí, a técnica encontrada para garantir essa integridade, foi a da assinatura digital, baseada no sistema de criptografia assimétrica, já estudada em capítulo próprio. Com a utilização da assinatura digital baseada na criptografia assimétrica nos documentos eletrônicos, fica assegurado que o conteúdo não foi modificado após sua criação, pois a menor mudança será acusada quando da verificação da assinatura digital.

Todavia, para alguns documentos específicos, cuja lei determina forma específica como, por exemplo, as escrituras públicas, nenhuma validade jurídica pode ser conferida ao documento digital enquanto a legislação não for adaptada, ou mesmo criada.

Nesses casos, o notário é obrigado a escriturar os documentos “em livros

encadernados, que obedecerão aos modelos anexos a esta lei, sujeitos a correição da autoridade judiciária competente” (art. 3º da lei 6.015, de 31.12.1973 – Lei dos Registros Públicos).

Quanto ao requisito autenticidade, que está diretamente relacionada com o conhecimento da autoria do documento. A autenticidade resulta da garantia de que a assinatura digital baseada no sistema de criptografia assimétrica, conferida por uma chave pública, foi obrigatoriamente gerada pela chave privada daquele que se intitula autor do documento. Tal garantia decorre da impossibilidade de se encobrir a chave privada pela fatoração da chave pública.

No mesmo sentido, Marcos da Costa²² discorre sobre os documentos eletrônicos e a assinatura digital comentando sobre a impossibilidade de se descobrir a chave privada por meio da chave pública: “Se uma assinatura digital for validada por determinada chave pública, é porque foi gerada pela chave privada a ela inter-relacionada. Isto porque os sistemas criptográficos partem de cálculos algorítmicos extremamente complexos, de forma, de um lado, a confirmar o inter-relacionamento das duas chaves, ou seja, só a chave pública gerada simultaneamente com a privada pode validar uma assinatura e, de outro, a impedir que, a partir da chave pública, se possa calcular a chave privada correspondente.”

Referidos requisitos de autenticidade e integridade são válidos no plano teórico, mas, não necessariamente efetivos no plano real, pois a sua validade está intimamente condicionada ao sistema criptográfico que irá gerar o par de chaves.

Como examinado, existem diversos padrões criptográficos, e não seria possível afirmar que todos os padrões observam os parâmetros matemáticos com precisão, bem como empregam as técnicas adequadas de segurança. Isso, sem levar em consideração os riscos da existência de sistemas maliciosos, que podem permitir a extração e envio ao autor do sistema de cópias das chaves privadas quando o par for gerado.

Essas questões não foram observadas pelo parágrafo único, do artigo 6º da Medida Provisória 2.200-2, ao dispor que *o par de chaves criptográficas será gerado sempre pelo próprio titular e sua chave privada de assinatura será de seu exclusivo controle, uso e conhecimento.*

Pelo teor do dispositivo citado, o titular poderá obter um certificado digital,

22
Direito em bits. São Paulo: Fiúza Editores, 2004. P. 67

que será o meio de transporte da sua chave pública. A titulação da chave pública do par em um certificado emitido, por uma certificadora credenciada, registra, portanto, a intenção e concordância do seu titular quanto à autenticação da sua vontade nos documentos eletrônicos.

Todavia, como compete ao usuário gerar o par de chaves, conseqüentemente, compete-lhe também a opção pelo padrão criptográfico, que, em tese, poderá não ser o mais seguro, podendo até mesmo conter erros de programação, ou alguma função oculta, prejudicando sua característica essencial: a confidencialidade da chave privada. Por essas razões poderão acarretar o não atendimento das características da autenticidade e integridade, na medida em que a geração dos números aleatórios no sistema da criptografia é o ponto essencial da segurança das chaves. Se, por qualquer motivo, houver um meio de reproduzir o processo de geração das chaves, ou mesmo limitar o espaço de procura dos números gerados, o sistema tornar-se-á inseguro.

Para melhor elucidar o tema, não se pode confundir e nem igualar os diversos momentos de criação de um certificado digital. Em um primeiro momento há a criação do par de chaves, cuja responsabilidade de acordo com a lei, é inteiramente do usuário. Após sua criação é que se poderá obter um certificado digital, que irá, simplesmente, transportar a chave pública.

É aí que se inicia a função das autoridades certificadoras, que podem ser definidas como estruturas de chaves públicas, predispostas a criar uma rede de segurança, que irá permitir a demonstração da titularidade das chaves públicas ali certificadas. Assim, não faz sentido afirmar que as autoridades certificadoras conferem a autenticidade ou a integridade aos documentos eletrônicos, que, como analisado, são auferidas pelo sistema criptográfico usado para se criar o par de chaves.

Assim como ocorre com o documento tradicional, a certificação digital poderá garantir se o documento eletrônico assinado digitalmente foi gerado por quem diz tê-lo feito e apenas isso. Para tais situações, há necessidade de um terceiro alheio à relação que possa certificar a titularidade da chave pública, a fim de que o receptor tenha essa certeza. Como visto, esse terceiro é a Autoridade Certificadora.

Vale deixar claro que a certificação não recai sobre a assinatura, mas sim sobre a chave pública. Decorrendo daí a necessidade de se garantir a qualidade técnica da geração do par de chaves, para se assegurar a autenticidade e a integridade do documento eletrônico assinado digitalmente pelo sistema da criptografia assimétrica.

Assim, a redação do artigo 11 da Lei 11.419/06 em conjunto com o artigo 1º da medida 2.200-2, que pretendem garantir a autenticidade, a integridade e a validade jurídica de documentos eletrônicos, apenas pela instituição da infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP – BRASIL) merecem ressalvas. Isso porque, pelo exposto nesse trabalho, ficou claro que não é a lei, nem muito menos a autoridade certificadora, que poderá conferir aos documentos eletrônicos as características que pretende (autenticidade e integridade).

Dessa forma, tais garantias apenas poderão ser conferidas pelo sistema criptográfico que foi utilizado para a geração do par de chaves. Ou seja, a garantia de autenticidade e a integridade estão inteiramente ligadas à segurança na geração do par de chaves público-privada e, por consequência, do sistema criptográfico de chaves assimétricas utilizado. Caso o documento seja criado com a utilização de um sistema confiável, estará teórica e tecnicamente assegurada a segurança dos documentos eletrônicos, em sendo criado dessa forma, essa garantia não existirá, ainda que a lei disponha de forma contrária, afirmando que ao documento assinado e certificado por uma infraestrutura de chaves públicas seja conferida autenticidade e integridade e, conseqüentemente, eficácia jurídica.

No texto titulado Sistema de Pagamento e ICP-Brasil, Pedro Rezende expõe: “Ora, quem pode garantir a autenticidade e a integridade de documentos em forma eletrônica são sistemas criptográficos apropriados (os de pares de chaves assimétricas – pública e privada) operando em condições adequadas, e não a norma jurídica. Em linguagem técnica, o uso do termo “infraestrutura de chaves públicas” se refere a um conjunto desses sistemas e dos meios adequados para a sua operação. Tais sistemas são propriedade de certas formas matemáticas do mundo platônico, de conhecimento público há mais de 24 anos e de domínio público há mais de dois. São sistemas de manipulação de símbolos que obedecem a certas leis semiológicas, mensuráveis enquanto tais sistemas operam em condições adequadas. Tendo sido já descobertas e não sendo criação ou propriedade intelectual ou material do legislador, ou de quem quer que seja, esses sistemas não estão em poder do legislador para serem por ele instituídos no sistema jurídico brasileiro. Estão na bagagem cultural da sociedade, na forma como esta os disponha. O que caberia a uma norma jurídica instituir sobre uma tal infraestrutura seria, apenas, a regulação dos efeitos jurídicos do uso de tais sistemas sob condições adequadas. A norma jurídica não pode, por si só, garantir

integridade e autenticidade digital alguma. São leis semiológicas que garantem. Da mesma forma que não faz sentido uma norma jurídica decretar ou revogar uma lei física, como a lei da gravidade, a lei da relatividade, ou as leis da termodinâmica, estas as que mais se assemelham às leis semiológicas”²³.

Pode-se dizer que a Medida Provisória deveria ter se limitado a conferir apenas valor probatório ao documento eletrônico, em estando presentes os requisitos necessários e garantir-lhes a autenticidade e integridade, assim como bem o fez o substitutivo ao Projeto de Lei nº 4.906, de 2001, no qual está apensado o apresentado pela Ordem dos Advogados do Brasil (PL nº 1589/99), ao dispor, em seu artigo 1º que dispõe “sobre o valor probante do documento eletrônico e da assinatura digital, regula a certificação digital, institui normas para as transações de comércio eletrônico e estabelece sanções administrativas e penais aplicáveis”

Já a Lei 11.419/06 equipara o documento eletrônico que preencha os requisitos de assinatura e criação ali constantes com o original, e foi mais além, conferindo a mesma força probante dos originais.

Com relação ao valor de prova do documento eletrônico, apesar da referida Medida Provisória prever duas situações distintas para a sua valoração, ela não trás as características necessárias para que lhe seja conferida a autenticidade e a integridade. A primeira disposição é encontrada na redação na redação do § 1º, do art. 10. De acordo essa situação as declarações constantes dos documentos eletrônicos presumir-se-ão verdadeiras em relação aos seus signatários, caso o documento tenha sido produzido com a utilização do processo de certificação disponibilizado pela ICP-Brasil²⁴, na forma do artigo 131 do código civil de 1916, cuja redação não foi alterada pelo Novo Código Civil (art. 219).

Prevê a legislação uma presunção seletiva (*juris tantum*) de veracidade dos fatos descritos ou declarados nos documentos eletrônicos assinados com chaves certificadas pela ICP-Brasil. Isto é, o documento eletrônico criado, assinado digitalmente e certificado por autoridade credenciada tem presunção jurídica e técnica

23 Disponível em: <<http://www.cic.unb.br/docentes/pedro/segdadtop.htm>>. Acesso em 21 de Out. de 2016

24 Aqui se entende que a lei quis dar a presunção para os documentos assinados com chaves certificadas pela ICP-Brasil, mesmo porque os documentos são gerados de forma independente do processo de certificação. Após a criação do documento é que ele será digitalmente assinado e aí sim, é que o poderá ser feito com a utilização de um par de chaves certificados pela ICP-Brasil.

de autenticidade e integridade, ou seja, de veracidade, que se limita ao seu signatário.

Essa presunção trará uma inversão do ônus da prova, pois transfere a quem alega a falsidade, a missão de demonstrar e comprovar tal fato ao magistrado e, na falta dessa prova, prevalecerá a presunção legal, de que o documento não é autêntico.

Esse sistema dá menor mobilidade à livre análise da prova, uma vez que a lei confere a ela presunção de veracidade, que deverá ser observada pelo magistrado no momento de analisá-la, mesmo porque, nos termos do artigo 374, III do CPC/15, independem de prova os fatos, em cujo favor milita a presunção de veracidade. Mas, isso não quer dizer que o juiz deverá decidir a demanda exclusivamente com base nessa presunção, pois ela é relativa. No entanto, esta presunção não pode ser considerada com exclusividade, há que vir acompanhada de outros elementos probantes que possam conduzir o julgador à razoável certeza (art. 410. CPC/15), devendo, inclusive, fundamentar sua decisão. A presunção deve ser invocada exclusivamente no conjunto das provas produzidas, em que todos os elementos probantes devem ser avaliados, sem que se verifique o tarifamento e a subestimação dos recursos usuais de prova judiciária, fazendo com que a presunção seja lançada a categoria de prova plena, capaz de, por si só gerar os efeitos nela contidos.

Isto é, se uma parte assina um documento, reconhece como verdadeiro o seu conteúdo. Não obstante haja a presunção de sua veracidade, ela não é absoluta, podendo o signatário impugnar-lhe, alegando que, embora materialmente verdadeiro, não foi criado e assinado por ele. Entretanto, essa presunção faz com que o ônus da prova recaia sobre ele (signatário), que deverá comprovar suas alegações.

Outra situação está na redação do § 2º do artigo 10. Segundo ele, o disposto na medida provisória “não obsta a utilização de outro meio de comprovação da autoria e integridade de documentos em forma eletrônica, inclusive os que utilizem certificados não emitidos pela ICP-Brasil, desde que admitido pelas partes como válido ou aceito pela pessoa a quem for oposto o documento”.

Pode-se dizer que essa foi um dos preceitos mais equilibrados da medida provisória, pois, adotando a linha das legislações mais modernas, reconhece que os documentos eletrônicos podem servir como meio de prova, mesmo não estando certificados pela ICP-Brasil, ou de qualquer de suas autoridades credenciadas, para que-lhe seja conferida eficácia probatória.

O que se pode extrair do texto é que o uso de assinaturas digitais se tornou

livre, sendo reconhecido pelo ordenamento jurídico a dispensa dos certificados da ICP-Brasil, ou de qualquer de suas autoridades credenciadas, para que lhe seja conferida eficácia probatória.

Nesse sentido a Lei 11.419/06 dispensa a utilização do certificado digital nos em que o usuário efetuar cadastro no Poder Judiciário, devendo ser disciplinado por cada órgão, conforme disposto no art. 1º, §2º, III, b.²⁵

Todavia, a comprovação da autenticidade e integridade do documento eletrônico não deveria deixar utilizar a criptografia assimétrica e a assinatura digital com ela produzida, pois como visto em capítulo próprio, essa é a única maneira conhecida que permite equiparar as características dos documentos eletrônicos com aquelas encontradas nos documentos em papel.

A autoria do documento eletrônico envolverá a demonstração da titularidade da chave privada, utilizada para a conferência da assinatura e, essa questão é de fato. Sendo assim, a sua comprovação poderá ser realizada por quaisquer outros meios, não sendo necessária a utilização de nenhum certificado digital, seja ele da ICP-Brasil, ou de suas autoridades credenciadas.

A diferença, para esses casos, é que não haverá presunção de veracidade. Em sendo aceito pelas partes como verdadeiro. Não haverá o magistrado de apreciar a prova, pois o fato estará incontroverso, ou nos termos da redação da norma em análise, “admitido pelas partes como valido, ou aceito pela pessoa a quem for oposto o documento” é a mesma que o assinou, haja vista que os documentos em geral fazem prova contra o signatário. O mero ato de gerar um par de chaves e utilizar a chave privada para assinar digitalmente um documento, já caracteriza, por si só, a aceitação do seu conteúdo, sendo inerente ao ato de assinar. Assim, já se presume aceito pelas partes, inclusive por aquele que o assinou.

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

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

§ 2º Para o disposto nesta Lei, considera-se:

- I - meio eletrônico qualquer forma de armazenamento ou tráfego de documentos e arquivos digitais;
- II - transmissão eletrônica toda forma de comunicação a distância com a utilização de redes de comunicação, preferencialmente a rede mundial de computadores;
- III - assinatura eletrônica as seguintes formas de identificação inequívoca do signatário:
 - a) assinatura digital baseada em certificado digital emitido por Autoridade Certificadora credenciada, na forma de lei específica;
 - b) mediante cadastro de usuário no Poder Judiciário, conforme disciplinado pelos órgãos respectivos.

Não se pode confundir a questão relativa à autenticidade desse documento eletrônico assinado com um par de chaves não certificadas pela ICP-Brasil. Isto é, a prova de que foi realmente o titular do certificado digital que assinou o documento, questão que afeta a chave pública utilizada na conferência. Nesse caso a pessoa a quem for oposto o documento poderá contestar a sua autenticidade, alegando que a chave privada utilizada para assinar o documento não é de sua titularidade.

Nos casos dos documentos assinados mediante cadastro de usuário no Poder Judiciário, como era o caso do SISDOC na Justiça do Trabalho, não havia necessidade de utilização de certificado digital. Todavia, atualmente esse sistema exige a assinatura mediante certificado digital a fim de garantir maior confiabilidade aos atos processuais.

Além da Justiça do Trabalho, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por meio do Juizado Especial Federal, utiliza, há bastante tempo, o sistema de assinatura digital mediante cadastro do interessado. Fica a dúvida se com o início da migração para o PJE – Processo Judicial Eletrônico, o sistema atualmente utilizado no JEF será extinto, ou se irá conviver em harmonia com o PJE.

Não são poucos os Tribunais que, Brasil afora, criaram suas próprias ferramentas de informatização e utilização de assinatura mediando cadastro.

Qualquer que seja a forma de assinatura, por cadastro ou certificado digital, caso seja arguida a falsidade do documento, cabe à parte que produziu o documento o ônus de provar que ele é verdadeiro e que não existe falsidade no documento. Aí reside a diferença com os documentos produzidos com a utilização de processo de certificação disponibilizado pela ICP-Brasil, pois para esses casos, como há uma presunção de veracidade do documento, há uma inversão do ônus da prova, devendo o signatário, ou aquele contra quem se produziu o documento, comprovar que o documento não é autêntico.

Sem essa presunção, as regras do ônus da prova são aquelas previstas no artigo 373 e 429 do Código de Processo Civil.

Dessa forma, nos termos da medida provisória e da Lei 11.419/06, tendo sido o documento eletrônico assinado com um par de chaves certificado pela ICP-Brasil ou mediante cadastro de usuário no Poder Judiciário conforme disciplinado pelos órgãos respectivos, sobre ele recairá a presunção de veracidade e será tido como original, em relação à sua autoria, cabendo ao signatário comprovar que o documento é autêntico,

pois é implícita, com a instrução do documento, a alegação de autenticidade e, portanto, a vinculação do autor ao conteúdo.

Como visto, a alteração do documento eletrônico, quando não aposta assinatura digital, torna sua prova uma tarefa árdua, em razão de não deixar evidências, salvo mediante comprovação por testemunhas ou outras provas.

9. CONCLUSÃO

O momento atual é de ampla discussão sobre a equiparação do documento eletrônico com o documento tradicional, buscando poder usufruir e utilizar-se de todos seus benefícios, uma vez que suas diferenças básicas estão somente em suas formas de materialização e não na informação armazenada, informação esta, que representa o interesse das partes envolvidas.

Verifica-se que a assinatura digital é um grande avanço tecnológico na tentativa de aumentar a segurança dos documentos eletrônicos, visando garantir sua integridade, autenticidade, perenidade do conteúdo e tempestividade. Para os estudiosos e conhecedores da tecnologia, o método de criptografia assimétrica e certificação digital é um modelo de técnica relativamente segura apta a garantir os requisitos básicos da validade jurídica dos documentos eletrônicos. Além disso, vê-se que já há algum tempo o legislador vem tentando agasalhar esse meio de prova, como, por exemplo, pela Medida Provisória 2200-2 de 2001 que instituiu a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil, posteriormente pela Lei 11.419/06 que dispõe sobre a informatização do processo judicial eletrônico, trazendo inclusive alterações para o CPC/73 vigente à época que foram recepcionadas pelo CPC/15, praticamente de forma integral.

A relevância do tema é tanta que foi criada uma seção específica para o processo eletrônico no CPC/15. Percebe-se que o documento digital se fará cada vez mais presente como forma de registro. Todavia, sua ampla utilização além de depender da incessante busca de tecnologias que garantam sua segurança, depende ainda de uma mudança de cultura. Todavia, pode-se dizer que essa mudança é agora, ontem, hoje, e amanhã, diariamente o uso dos meios informáticos é cada vez mais comum em todas as atividades, e se tornam ainda mais necessários na medida em que há o aumento expressivo do volume de informações com o qual os operadores do direito são obrigados a lidar.

10. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, Instituto Nacional de Tecnologia e Informação. **ICP-Brasil**. Disponível em <<http://www.it.gov.br>>. Acesso em 11 out. 2016.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel, **Teoria Geral do Processo**, 17ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado e TARUFFO, Michele. **Lezione sul processo civile**. 2ª ed. Bologna: Il Mulino, 1998.

COSTA, Marcos da; MARCACINI, Augusto Tavares Rosa,. **Direito em bits**. São Paulo: Fiúza Editores, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 4. ed., v. 3. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

LORENZETTI, Ricardo L. **Comércio Eletrônico**. Tradução de Fabiano Menke; como notas de Cláudia Lima Marques. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. **O documento eletrônico como meio de prova**. Disponível em: <<http://augustomarcacini.net>> Acesso em 10 mai. 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao código de processo civil: do processo de conhecimento**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Prova**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao código de processo civil**. 3ª ed., atualização legislativa de Sérgio Bermudes, Rio de Janeiro, Forense, 1996.

NERYJUNIOR, Nelson. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**: 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PORTUGAL, **Comissão intersetorial de tecnologias da informação para a administração pública**. Disponível em <<http://pj.pt/html/legislacao/dr/informatica/DL290D99.htm>> Acesso em 21 out. 2016.

REZENDE, Pedro Antonio Dourado de. **Assinaturas eletrônicas e seus riscos**. Disponível em: <<http://www.cic.unb.br/docentes/pedro/segdadtop.htm>>. Acesso em 27 jul. 2016.

Artigo publicado originalmente na Revista de direito do trabalho, São Paulo, v. 45, n. 206, p. 205-231, out. 2019.

A DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA: UMA VIA CERTA À OBTENÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL TRABALHISTA PLENA

Gabriela Fonseca de Melo

RESUMO

O presente ensaio tem o propósito de demonstrar que a doutrina da flexibilização do ônus da prova no âmbito juslaboral já era utilizada desde as mudanças ocorridas, no decorrer do século XX em diante. O estudo tem o objetivo de mostrar a importância e a finalidade de sua aplicação no processo do trabalho e de comprovar não necessitar de texto legal dispondo sobre a referida doutrina; não obstante, o novel artigo 373, § 1º, do CPC/2015 tem seu valor, pois contextualiza os princípios regentes de justiça e o prisma constitucional dos direitos fundamentais, servindo de alerta aos operadores do direito que ainda insistem em olvidar da existência de casos jurídicos específicos envolvendo o empregado em desvantagem na relação jurídica trabalhista, a exemplo do que ocorreu recentemente no STF acerca da responsabilidade subsidiária em demandas envolvendo terceirização.

Palavras-Chave: Flexibilização – Ônus da prova – Princípios regentes de justiça – Direitos fundamentais – Relação jurídica trabalhista.

ABSTRACT

This essay aims to demonstrate that the doctrine of flexibility of onus of proof in the labor law has been used since the changes occurred during the 20th century onwards. The study aims to show the importance and the purpose of its application in the procedural law and to prove that it does not need the legal text for its existence;

Gabriela Fonseca de Melo

Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), Pós-graduada em Direito Sistemico pela faculdade Innovare e Hellinger Schulle, Pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho pela faculdade Mackenzie de Brasília, Graduada em Direito - UDF Centro Universitário, Servidora Pública no Tribunal Superior do Trabalho, <http://lattes.cnpq.br/3433694666596332>, e-mail: gabimelo70@yahoo.com.br e gabriela.melo@tst.jus.br.

nevertheless, the novel article 373, § 1º, CPC/2015 has its value, since it contextualizes the regent principles of justice and the constitutional prism of fundamental rights, serving as a warning to the law operators who still insist on forgetting the existence of specific cases and certain vulnerable groups, as has recently occurred in the Supreme Court about subsidiary liability in suits involving outsourcing.

Keywords: Flexibility - Burden of proof – Regulative principles of justice – Fundamental rights – Specific legal cases – Employee – Labor legal relationship – Subsidiary liability – Outsourcing.

1. INTROITO

Por meio de uma visão holística do processo do trabalho, é fácil perceber o seu espírito de promover o equilíbrio do vínculo jurídico firmado pelas partes - que já em sua origem encontra-se assimétrico -, com vistas à efetivação de uma tutela jurisdicional justa.

Entre as técnicas processuais que buscam promover tal equilíbrio, tem-se a distribuição do ônus probatório. Este passou por um longo processo evolutivo – cortando etapas históricas anteriores não menos importantes –, desde o assim chamado modelo liberal de Estado em que se concebia o indivíduo como um ser abstrato, universal, indistinto, sem discriminação na fruição de sua liberdade e tampouco era dada a devida importância às desigualdades socioeconômicas. Até esse período, aplicava-se tão somente a partição definida (ou estática) do ônus da prova, construída por Chiovenda, que tinha como pressuposto a igualdade formalmente colocada no plano jurídico, atribuindo ao autor o encargo de provar os fatos constitutivos do seu direito e ao réu os fatos hábeis a modificar, impedir ou extinguir o direito daquele.

Já por volta do final século XIX e início do século XX, as constituições do liberalismo sofrem um processo de decadência, em função das novas exigências sociais e dos imperativos econômicos decorrentes de conflitos armados entre países europeus. A partir daí, ocorre a passagem do Estado constitucional liberal para o Estado constitucional social, da liberdade jurídica (abstrata) para a liberdade fática (concreta) e é quando surgem os direitos intitulados de segunda dimensão – direitos econômicos, sociais e culturais.

O processo do novo Estado constitucional de direito – seja pelo enfoque dado à subordinação da lei a uma constituição rígida, seja pela importância dada às particularidades sociais dos indivíduos – não se deu do mesmo modo e ao mesmo tempo em todas as nações, até os anos 30 prevaleceu o Estado liberal e somente após 1945 (pós-guerra), houve um desenvolvimento mais efetivo em termos de pensamento jurídico voltado ao bem-estar social (*social welfare state*)¹, considerando que houve uma mutação no papel desempenhado pelo Estado-juíz, promotor responsável pela justiça, levando em consideração as condições socioeconômicas dos sujeitos do processo.

Toda essa gama de mudanças na experiência constitucional, quando se desenvolve a teoria dos direitos fundamentais, o aprimoramento da jurisdição constitucional, a função do juiz – visto agora como um personagem proativo, participativo e não mais inerte –, o controle de constitucionalidade das leis e a força normativa da constituição, vem imprimir alterações no modo de criar e operar as práticas processualísticas.

É no contexto do Estado constitucional social que o presente ensaio vem dar alcance ao tema sobre o ônus da prova pensado de forma flexível, dinâmica. Isso porque não mais é possível se conceber a análise do caso sob julgamento desvinculado das necessidades materiais ou das peculiaridades dos sujeitos do processo.

Ademais disso, o estudo em voga permite trazer o esclarecimento quanto ao entendimento, por longo tempo, sedimentado acerca da dinamização do ônus da prova na seara trabalhista. A essência do processo laboral levou a magistratura a uma tomada de consciência e de bom senso ao invocar os princípios da proteção e da aptidão para prova, com o fito de estabelecer o equilíbrio da relação jurídica no tocante à fase instrutória, e, assim, dar às partes a paridade de armas. Por isso, o presente trabalho abraça a postura de não ser necessária a aplicação do artigo 373 do CPC/2015 ao processo do trabalho em razão mesmo da sua regência principiológica firmada e que lhe concede plena autonomia.

Em realidade, o dispositivo legal mencionado, por ser norma de textura

1 Consoante Flávia Piovesan, o *social welfare rights* implica relação do Estado obrigado a garantir adequadamente as condições sociais para todos os indivíduos. Trata-se de uma construção social de responsabilidade governamental (PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 103). Segue a jurista reafirmando as palavras de David M. Trubek que a cláusula *social welfare rights* dá a ideia de proteção aos direitos relacionados ao bem-estar individual e, por isso, essa cláusula (*welfare state*) expressa o que é universal e, portanto, acolhida em todas as nações (Apud PIOVESAN. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 183-184).

aberta, cujo conteúdo mostra-se indeterminado, vem servir de aprimoramento do ordenamento jurídico processual civil, já que contextualiza os princípios constitucionais de relevo a exemplo da igualdade, da equidade, do acesso à justiça, e, até mesmo, do poder-dever de proteção do Estado-juiz. Este terá, por certo, maior mobilidade ou flexibilidade em sua atuação para as peculiaridades da causa.

Além disso, o novel dispositivo legal – diante da sua textualização clara e inequívoca – servirá também de alerta para muitos operadores do direito que, ainda, insistem em olvidar das diferenças materiais e processuais existentes em determinado grupo de sujeitos processuais, a exemplo das relações empregatícias, em especial quando se trata do ônus probatório – se é do empregado ou do empregador-tomador de serviços na terceirização, em que ainda lamentavelmente se vê divergência de entendimento no Supremo Tribunal Federal – tema a ser tratado no último capítulo do ensaio em tela.

Enfim, o novel artigo 373 do CPC/2016, ao positivar o princípio do devido processo legal substancial, vem remover a lacuna normativa e deixar bem esclarecido o fato de que há sujeitos em situação de vulnerabilidade processual e que a eles se exige um tratamento diferenciado. Aí sim reside a sua importância.

2. DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA – UMA NOVIDADE AO PROCESSO DO TRABALHO?

Até certo período da história, o Estado liberal legislativo concebia a lei como sendo genérica, abstrata e universal, em uma sociedade homogênea, direcionada a respeitar a liberdade que seria garantida somente se os homens fossem tratados de maneira formalmente igual, sem relevar, contudo, as desigualdades sociais. Sem se olvidar que esse foi o meio – tratar todos de forma igual - encontrado para aniquilar os privilégios desfrutados pela monarquia absolutista. Assim, a lei deveria ser aplicada da forma como se revelava, nem mais, nem menos. O aplicador do direito sequer poderia se utilizar da interpretação da norma para considerar essas diferenças sociais, ficava adstrito à sua textura².

Nesse sentido, as normas processuais eram vislumbradas a partir dessa

2 MELO, Gabriela Fonseca de. *A necessidade de se mitigar o duplo grau de jurisdição em prol da plena efetividade do direito fundamental à tutela jurisdicional*. Porto Alegre: Revista Brasileira de Direitos Humanos. LEX MAGISTER, v.13, abr.-jun. 2015, p. 78.

concepção de igualdade formal, em que os indivíduos eram tratados de forma igualitária, sem imprimir a eles qualquer tipo de discriminação que pudesse se conformar com a situação concreta, com as necessidades materiais de cada qual. Concebia-se a igualdade à luz estrita da lei. O juiz era apenas *la bouche de la loi* (a boca da lei)³.

A doutrina da distribuição do ônus da prova prevalecente foi a estabelecida por Chiovenda, a qual seguia a diretriz formal da igualdade. Dizia o mestre italiano que:

(...) deve respeitar-se a igualdade das partes no processo, daí resulta que o encargo de afirmar e provar se distribui entre as partes, no sentido de deixar-se à iniciativa de cada uma delas fazer valer os fatos que ela pretende considerados pelo juiz, ou em outros termos, que tem interesse em que sejam por ele considerados como verdadeiros (...)⁴.

Sobre a doutrina da distribuição do ônus da prova, Chiovenda explica que:

Somente quando o autor trazer provas idôneas para demonstrar a existência do fato constitutivo de seu direito, tem o réu de diligenciar, de seu lado, a sua prova. Mas, isto a seu turno pode ocorrer com dois propósitos: a) ou o réu tende somente, como já dissemos, a provar fatos que provam a inexistência do fato provado pelo autor, de modo direto ou indireto (e dizem-se motivos) e temos aí a simples prova

3 Nesse ponto, lembra Daniel Mitidiero que "(...) a experiência francesa oriunda da Revolução concebia os juízes como seres inanimados, que exerciam um poder em realidade inexistente (...) partia-se do pressuposto que a interpretação judicial era meramente declaratória de uma norma preexistente (...), consistente na loi écrite no francês – e de que a sua aplicação resolvia-se em um juízo meramente lógico-dedutivo (...)" (MITIDIERO, Daniel. Precedentes da persuasão à vinculação. São Paulo: RT, 2016, p. 24-25).

4 CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2002, v. 2, p. 448. "Frequentemente, no caso concreto, sente-se a oportunidade de atribuir o ônus da prova a uma das partes, enquanto seria difícil formular uma razão geral para fazê-lo. Não é possível dizer a priori que a repartição da prova seja rigorosamente lógica e justa. Pode-se, talvez, afirmar que a rigor seria justo que o autor provasse tanto a existência dos fatos constitutivos do direito, quanto a não existência dos fatos impeditivos ou extintivos. Mas essa prova seria, no mais das vezes, difícil para os fatos impeditivos, impossível para os fatos extintivos. Pretender tanto do autor equivaleria, quase sempre, a recusar-lhe, logo, a tutela jurídica. É, portanto, antes de tudo, uma razão de oportunidade que compele a repartir o ônus da prova. Mas há mais, para fazê-lo, um princípio de justiça distributiva, o princípio da igualdade das partes. No processo civil, com efeito, prevalece o princípio do dispositivo (...). E, dado que, em regra, como sabemos, às partes incumbe a tarefa de preparar o material de cognição, de alegar e provar ao juiz aquilo que pretendem que ele tome em consideração; dado que o juiz, em regra, não pode ter em conta circunstâncias que não ressaltem dos autos (...)" (Cf. CHIOVENDA, Giuseppe. Op. cit., v. 2, p. 448)

contrária ou contraprova; b) ou o réu, sem excluir o fato provado pelo autor, afirma e prova um outro que lhe elide os efeitos jurídicos, e aí temos a verdadeira prova do réu, a prova da exceção⁵.

E, assim, construiu-se a disciplina da distribuição estática do ônus probatório que prevaleceu até que, a partir das mudanças e exigências sociais e do modelo constitucional rígido de conformação, o Estado constitucional legislativo e jurisdicional compreendessem que tal doutrina vista e aplicada dessa forma era insuficiente para atender e tutelar efetivamente e de forma justa os diversos direitos, os quais exigiam a análise discriminada da circunstância factual de cada caso concreto. Foi a partir da formulação da concepção de um Estado social proativo, imbuído de seu poder-dever legislativo e jurisdicional, autorizado constitucionalmente, que se pôde utilizar da faculdade de ser, ao mesmo tempo, criador e aplicador de normas, considerando as particularidades materiais da espécie *in concreto* e sem se desviar, por óbvio, do texto constitucional.

Entretanto, até certo momento histórico, não havia tal direção e a partição era mesmo estática, observando tão somente uma igualdade formal entre os litigantes. Essa visão estreita acerca da distribuição do ônus probatório perdurou, tratando-se de regulação do processo civil brasileiro, até a vigência do Código de Processo Civil de 1973, apesar de toda a mutação ocorrida com o Estado constitucional, desde o final do século XIX⁶.

A despeito de a normatização da dinâmica do ônus da prova ter sido procedida somente em 2015, os patronos causídicos, mais sintonizados com a nova estrutura

5 Cf. CHIOVENDA, Giuseppe. Op. cit., v. 2, p. 449.

6 Quanto a essa passagem, eis o que Ovídio Baptista da Silva afirma: “embora no plano político o Estado tenha ultrapassado o modelo liberal que serviu de inspiração para a rigidez dos modelos procedimentais, no plano da justiça ainda se crê que o minucioso rigor formal maximiza a segurança processual e a certeza nos julgamentos” (Apud GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Flexibilização procedimental. São Paulo: Atlas, 2008, p. 85). Percebe-se que a justificativa para manter o exacerbado formalismo processual reside no receio de se perder a segurança jurídica e a previsibilidade; por isso, conforme Gajardoni, muitos operadores do direito prendiam-se na ilusão de que para se ter segurança jurídica e previsibilidade, seria necessário recorrer à legalidade e à rigidez formal do procedimento, a fim de que o Estado realizasse o escopo da justiça. E era nessa direção que muitos juristas se pautavam, a exemplo do jurista alemão Karl Engisch quando registra, em seu livro, “A ideia de concretização no direito e nas ciências jurídicas”, em 1953, que “a fim de evitar o arbítrio judicial e garantir e assegurar a liberdade civil, as leis deveriam determinar-se de tal maneira a vincularem univocamente o juiz. Uma indeterminação da lei que permitisse ao juiz converter-se em criador do direito, em legislador, seria contraditória à luz da teoria da divisão dos poderes” (Apud GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Op. cit., p. 83).

social de Estado, já a concebiam e lutavam para que fosse de fato concretizada, tendo em vista as inegáveis mudanças em torno da sociedade, o que os levavam a preparar peças processuais bem mais elaboradas, com um viés humanista, fomentando, de certa maneira, uma gradativa diluição do excessivo formalismo processual⁷.

O estudo acadêmico⁸, envolto a essa nova linha de pensamento acerca de imprimir maior maleabilidade ao sistema processual, foi tomando força e diversos magistrados vanguardistas, até que se positivasse uma norma tratando das diferentes posições jurídicas dos litigantes e como tratá-las, aplicavam os princípios gerais de justiça⁹, com o fim de buscar realmente uma tutela efetiva e justa. Isso significa que

7 Há notícia de que “o formalismo do processo canônico, que foi incorporado pelos tribunais régios no século XII, foi combatido pela própria Igreja no século XIV, no primeiro movimento registrado de flexibilização formal da história. Duas bulas do Papa Clemente V (*Saepe contingit e Dispendiosam*), no século XIV, propunham a substituição do processo canônico tradicional (o *solenis ordo judiciorum*) por um processo menos formal, mais flexível (Apud GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Op. cit., p.78). No Brasil, o jurista baiano José Joaquim Calmon de Passos seguia a trilha rígida da legalidade da forma impondo-a como “solução universal, estando na lei, e somente nela, toda a ordenação da atividade a ser desenvolvida para que o Estado realize os seus fins de justiça” (Apud GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Op. cit., p. 83).

8 Giuseppe Chiovenda toma um passo importante na academia processual quando lança, em sua obra “Princípios de derecho procesal civil”, escrito em 1934-1937, a questão de se definir “se as normas devem ser determinadas pela lei ou se devem deixar determinar pelo juiz em cada caso, segundo as exigências do momento. Na maior parte das leis prevalece o primeiro sistema como o que mais garantias oferece aos litigantes. Certamente, a extensão dos poderes do juiz no tocante à forma é um meio poderoso de simplificação processual (...), mas não é possível senão em proporção da confiança que, em determinado momento, inspira aos cidadãos confiança no sistema judicial” (Apud GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Op. cit., p.78).

9 Note-se que, no Brasil, foi de muita importância a edição do Código de Processo Civil de 1939 e a Lei de Introdução do Código Civil de 1942, pois, respectivamente, os seus artigos 114 e 4º serviram de subsídio para o magistrado, diante da insuficiência processual legislativa, utilizar-se da equidade, da analogia, dos costumes e dos princípios gerais – fontes subsidiárias dedicadas a todos os ramos jurídicos nos casos omissos da lei. Caio Mário, ao abordar sobre os princípios gerais, explica que “o aplicador investiga o pensamento mais alto da cultura jurídica, juntamente com a fixação da orientação geral do ordenamento jurídico, e os traz ao caso concreto (...) Todo direito observa linhas de orientação genérica, premissas implícitas a que o legislador se sujeita, como sejam, as tendências democráticas ou totalitárias, a realização de uma economia capitalista ou socialista, a dados morais essenciais, com a infra-estrutura cristã ou marxista. Descendo ao exame, encontram-se princípios dominantes em certos ramos do direito, como a proteção ao empregado no direito do trabalho ou a flexibilidade do crédito no direito mercantil. A invocação dos princípios gerais de direito faz apelo às inspirações mais altas da humanidade civilizada, e joga com aquelas regras incorporadas ao patrimônio cultural e jurídico da nação, permitindo ao juiz suprir a deficiência legislativa com a adoção de um cânon que o legislador não chegou a ditar sob a forma de preceito, mas que se contém imanente no espírito do sistema jurídico. (...)”. O mestre civilista se debruça ainda mais ao tratar dos princípios gerais de direito, por sua própria importância, e assevera que eles “exigem do juiz um manuseio com instrumentos abstratos e complexos e requerem um trato com ideias de maior teor cultural do que os preceitos singelos de aplicação quotidiana”, acredita, então, que o operador do direito, tendo em vista a generalização dos princípios jurídicos, coloca a equidade como uma “idéia de amenização do rigor da lei. Equiparada ou aproximada ao conceito de justiça ideal, a equidade impede que o rigor dos preceitos se converta em

muitos juízes já não aplicavam a letra da lei pura e simples, como outrora se fizera¹⁰. Em decorrência disso, certamente surgiriam os entendimentos divergentes das cortes superiores e supremas no que toca à partição da carga probatória.

Eis que surge o Código de Defesa do Consumidor, publicado em 1990. Concebeu o processo pensado de maneira vinculada às posições jurídicas das partes e ao direito material, como se pode ver em seu artigo 6º, item VIII, *verbis*:

(...) a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

E, assim, muitos aplicadores de diversos ramos jurídicos começaram a adotar, ainda que subsidiariamente, o referido dispositivo legal, como forma de assegurar o direito material tutelado, ao suprir uma lacuna – do ponto de vista dos que entendiam haver necessidade de uma norma que tratasse do assunto – que vigorava até se editar o novel Código de Processo Civil de 16.3.2015.

Adentrando-se na seara trabalhista, sabe-se que a partir da institucionalização ou oficialização do Direito do Trabalho (e, seguidamente, do processo trabalhista) - produto típico do século XIX, quando se deu toda a mudança necessária à formação

.....
atentado ao próprio direito (...) Nesse sentido, é a justiça do caso dado, pela qual se aplica o direito de forma a satisfazer às necessidades sociais. (...) No direito moderno, às vezes o legislador, querendo evitar o casuísmo, admite que o juiz profira a sua decisão à vista da espécie, e assim faça a justiça que o caso concreto reclama. É por aí que a noção de equidade se avizinha da justiça pura, afeiçoando a decisão à norma não elaborada, mas presente na consciência do julgador. Em tais circunstâncias este fica investido da faculdade de aplicar a norma que estabeleceria se fosse legislador (Cód. De Proc. Civil de 1939, art. 114) (...)” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 54-57).

10 Aqui merece destaque a abordagem feita por Piero Calamandrei, quando escreveu a obra clássica Instituições de Direito Processual Civil, em 1943, sobre a posição do juiz frente a um caso em que não existe lei tratando da hipótese factual: “Em um ordenamento em que predomine o método da formulação do direito para o caso individual, o juiz, no momento em que é chamado a fazer justiça a respeito de uma relação concretamente controvertida, não encontra diante de si uma norma pré-constituída, da qual possa logicamente deduzir, de forma individualizada e concreta, o mandado já potencialmente contido na vontade abstratamente manifestada pelo legislador. Nesse sistema o juiz, não podendo buscar os critérios de sua decisão na lei, que não existe, deve extraí-los diretamente de sua consciência ou, como também se diz, de seu sentimento de equidade natural. Mas isto não significa que o juiz aqui seja livre para decidir segundo seu capricho individual; significa apenas que, nesta hipótese, o juiz confia a si próprio a tarefa de buscar caso por caso a solução que melhor corresponda aos conceitos morais e econômicos predominantes na sociedade em que vive atualmente, e o de ser, por conseguinte, o intérprete fiel das correntes históricas de seu tempo. Compreende-se facilmente que, em semelhante ordenamento, a função do juiz é, sobretudo, uma função de criação do direito” (CALAMANDREI, Piero. Instituições de direito processual civil. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2003. v. 1. p. 105).

do trabalho livre, mas subordinado, e uma nova concepção sócio-político-econômica e jurídica¹¹ – iniciado logo após a Primeira Guerra Mundial (1914-1918) – cujos marcos são a Constituição de Weimar e a criação da OIT, em 1919¹² – inaugurou-se a abordagem acerca dos princípios próprios e de suas regras normativas extremamente especializadas à busca de equilibrar os sujeitos da relação empregatícia, os quais são, por natureza, assimétricos. E daí por diante, pensa-se o Direito do Trabalho de forma a prestigiar a posição jurídica do empregado, materialmente e processualmente mais fragilizado na relação jurídica trabalhista.

Nesse passo, é possível enquadrar a aplicação da flexibilização do ônus da prova dentro da história do direito do trabalho no decorrer dessas mudanças, e, mais proximamente, no século XX em diante, quando o magistrado depara-se com situações fáticas que o levam a aplicar, entre outros princípios, os da igualdade material, de acesso à justiça, da proteção e da aptidão para a prova. No início, tal aplicação era muito incipiente, até porque a visão contratual civilista ainda possuía força suficiente para desviar a finalidade precípua do ramo juslaboral e mesmo porque, até então, a comunidade jurídica ainda estava habituada a pensar estritamente em um processo individualista – concepção liberal do contrato –, sabendo-se que se leva tempo para

11 “A fase das manifestações incipientes ou esparsas inicia-se com a expedição do Peel’s Act (1802), diploma legal inglês, voltado a fixar certas restrições à utilização do trabalho de menores. Essa fase qualifica-se pela existência de leis dirigidas tão somente a reduzir a violência brutal da superexploração empresarial sobre mulheres e menores. Leis de caráter humanitário, de construção assistemática. O espectro normativo trabalhista ainda é disperso – sem originar um ramo jurídico próprio e autônomo (...) A segunda fase do Direito do Trabalho nos países centrais caracteriza-se pela sistematização e consolidação desse ramo jurídico especializado. Estende-se de 1848 até o processo seguinte à Primeira Guerra Mundial, com a criação da OIT e a promulgação da Constituição de Weimar, ambos eventos ocorridos em 1919. O marco inicial dessa segunda fase situa-se não apenas no Manifesto Comunista (1848) como também no movimento de massas denominado cartista, na Inglaterra e, ainda, na Revolução de 1848, na França. Este último processo revolucionário, a propósito, é substantivamente criativo. É que, de fato, ele traduz a primeira grande ação coletiva sistemática dos segmentos dominados na estrutura socioeconômica da época perante a ordem institucional vigorante – agindo os trabalhadores na qualidade de sujeito coletivo típico. Combinadamente a isso, desponta a circunstância de incorporar essa revolução um estuário de reivindicações nitidamente oriundas dos trabalhadores urbanos (...)” (DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. 10 ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 95-96)

12 Cumpre salientar, por oportuno, que a Constituição do México de 1917, segundo Konder Comparato, “foi a primeira a atribuir aos direitos trabalhistas a qualidade de direitos fundamentais, juntamente com as liberdades individuais e os direitos políticos (artis. 5º e 123) (...) A Constituição de Weimar, em 1919, trilhou a mesma via da Carta mexicana, e todas as convenções aprovadas pela então recém-criada Organização Internacional do Trabalho, na Conferência de Washington do mesmo ano de 1919, regularam matérias que já constavam da Constituição mexicana: a limitação da jornada de trabalho, o desemprego, a proteção da maternidade, a idade mínima de admissão de empregados nas fábricas e o trabalho noturno dos menores na indústria”. (COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 190).

uma sociedade aderir ao novo e ser transformada.

E assim foi – até hoje é -, porque, como já foi dito, não há mais o juiz como sendo *la bouche de la loi* (a boca da lei) da época de Montesquieu, mas o juiz pensante, que se utiliza do processo intelectual para realizar os ajustes necessários ao ordenamento jurídico que não é de todo perfeito. Encontra, então, bases nos princípios de justiça e nos direitos fundamentais plasmados na Constituição, com o objetivo de adequar a lei que for aplicada ao caso concreto e o faz quando supre lacunas ou a interpreta adequadamente dando-lhe real sentido, podendo, até mesmo, se for o caso, considerá-la inconstitucional¹³.

Esse novo Estado constitucional de direito – que se descortina a partir do final da década de 40 – tem como característica central a subordinação da legalidade a uma Constituição rígida, que, como expressa Luís Roberto Barroso, constitui o pós-positivismo, porque, em termos filosóficos:

(...) busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais (...)¹⁴.

Já do ponto de vista teórico, o referido constitucionalista ensina que se reconhece a força normativa à Constituição, a sua supremacia (de inspiração americana) – que se fez presente no Brasil¹⁵ no período da década de 80 e se consolidou com a Constituição de 1988 –, expande-se a jurisdição constitucional e diversos países europeus adotam modelos próprios de controle de constitucionalidade e criam tribunais constitucionais, a exemplo da Alemanha (1951) e Itália (1956). E, por último, desenvolve-se o modelo de interpretação jurídica, porquanto o modelo tradicional pautado

13 Cf. MELO, Gabriela Fonseca de. Op. cit., p. 81.

14 SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007, p. 208.

15 Conforme Barroso, no Brasil, “o controle de constitucionalidade existe, em molde incidental, desde a primeira Constituição republicana, de 1891. A denominada ação genérica (ou, atualmente, ação direta), destinada ao controle por via principal – abstrato e concentrado –, foi introduzida pela Emenda Constitucional nº 16, de 1965. Nada obstante, a jurisdição expandiu-se, verdadeiramente, a partir da Constituição de 1988. A causa determinante foi a ampliação do direito de propositura”, que antes era de monopólio do Procurador-Geral da República (Constituição de 1969) (Cf. Barroso, Luís Roberto. Op. Cit., p. 211)

no papel do juiz como simples aplicador da lei mediante subsunção já não satisfaz, tendo em vista que “a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo”, necessitando da análise do juiz com foco nos “fatos relevantes analisados topicamente”. Assim, este se torna um intérprete “co-participante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis” e, diante de uma norma imbuída de conceitos indeterminados, o trabalho interpretativo do magistrado contemporâneo alcança os princípios, as colisões de normas constitucionais, a ponderação e a argumentação¹⁶.

Nota-se, desse modo, uma mudança de paradigma, tanto no que toca à concepção da fonte legal ou do princípio da legalidade – que antes era visto a partir de uma dimensão formal, hoje, há nele conteúdo substancial, quando se pode chamá-lo de princípio da estrita legalidade ou da legalidade substancial –, quanto à atuação do magistrado ou da jurisdição. Quer dizer: antes a lei se encontrava numa posição de superioridade em relação à Constituição, hoje, deve se subordinar a esta; antes, o juiz apenas enquadrava o caso concreto (norma fato) à norma legal em abstrato (norma tipo) ou subsunção – fruto do positivismo kelseniano, hoje, interpreta a norma jurídica e supre as suas omissões ou imperfeições¹⁷.

Ao lado disso, a nova ordem material e processual trabalhista foi tomando forma a partir da construção de princípios próprios, oriundos do estudo jurídico com olhar voltado às motivações que despontavam no plano prático das relações firmadas entre empregador e empregados. E um deles a orientar o Direito processual e material do trabalho é o princípio da proteção que tem por objetivo restabelecer o equilíbrio entre os sujeitos da relação empregatícia, a fim de se alcançar uma real e substantiva igualdade entre as partes, a partir da “compensação da desigualdade econômica desfavorável ao trabalhador com uma proteção jurídica a ele favorável”¹⁸.

Nesse caminho, foi-se construindo um acervo jurídico trabalhista especial – que Jean L’Homme denominou de direito unilateral, porquanto abandonou-se o princípio da igualdade jurídica por meio de compensações e vantagens dirigidas

16 Cf. Barroso, Luís Roberto. Op. cit., p. 210-214.

17 MELO, Gabriela Fonseca de. Op. cit., p. 81.

18 RODRIGUEZ, Américo Plá. Princípios de Direito do Trabalho. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000, p. 85.

unilateralmente a certas categorias de pessoas¹⁹ – direcionado a proteger o contratante economicamente mais débil (o trabalhador), tendo como base fundamental o atingimento da igualdade de fato ao se estabelecer um procedimento lógico de criação de desigualdades à retificação daquelas já existentes²⁰.

Desse modo, verifica-se a adoção gradativa pelo Estado legislador brasileiro do princípio da proteção ao editar normas que incluem direitos sociais do trabalhador ou asseguram certas garantias que proporcionam o equilíbrio da relação jurídica trabalhista – como se pode notar de algumas constituições republicanas, em especial da Carta Política de 1988 e da Consolidação das Leis do Trabalho de 1943.

Em realidade, o princípio da proteção veio dar sustentação ao Direito Laboral – material e instrumental –, pois conforme salienta Plá Rodriguez, “constitui um princípio geral que inspira todas as normas de Direito do Trabalho e que deve ser levado em conta na sua aplicação”²¹; portanto, é possível afirmar ser um princípio normativo²² de imperatividade moral de caráter cogente por guardar a essência do direito positivo trabalhista. Como bem frisou Arnaldo Sussekind, o caráter cogente das normas trabalhistas constitui “elemento indispensável à eficácia da maioria das normas do Direito do Trabalho”²³. Enfim, porque o princípio da proteção constitui vetor dirigente do acervo normativo trabalhista, e, portanto, razão de ser do Direito do Trabalho como um todo, não se há de negar o seu potencial cogente, que alcança toda a sociedade e, portanto, de interesse de ordem pública.

Cumprido esclarecer que o interesse público no Direito do Trabalho não equivale àquele assumido pelo Estado no Direito Administrativo, mas o interesse da sociedade. A professora Ana Virginia Moreira Gomes corroborou tal assertiva ao tratar

19 Apud RODRIGUEZ, Américo Plá. Op. cit., p. 87.

20 Apud RODRIGUEZ, Américo Plá. Op. cit., p. 85. Remissão à Couture que afirmou: “o procedimento lógico de corrigir as desigualdades é o de criar outras desigualdades” (*Algunas nociones fundamentales del Derecho Procesal del Trabajo*, no tomo “Tribunales de Trabajo”, publicado pelo Instituto de Direito do Trabalho da Universidade Nacional do Litoral, Santa Fé, 1944, p. 115).

21 Cf. RODRIGUEZ, Américo Plá. Op. cit., p. 100.

22 Robert Alexy doutrina que os princípios que os princípios e as regras constituem normas, pois “ambos dizem o que deve ser” e “podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Eles podem “ser razões para decisões, isto é, para juízos concretos de dever ser”. (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 87 e 107).

23 SUSSEKIND, Arnaldo; TEIXEIRA, João de Lima. *Instituições de direito do trabalho*. 17. ed. São Paulo: LTr. 1997, p. 206.

do princípio da irrenunciabilidade, além de muito bem afirmar o seguinte: “Por ser o interesse social mais relevante que o de cada indivíduo isoladamente, não se aceita que a força, o vigor da norma trabalhista seja afastado por ato do empregado”²⁴, muito menos do empregador.

O princípio genérico da proteção – que, como visto, está ligado à própria razão de ser do Direito do Trabalho – manifesta-se por meio de três regras ou critérios de aplicação: regra *in dubio, pro operário*; regra da norma mais favorável e regra da condição mais benéfica. A análise do presente texto se restringirá à primeira regra, por ter relação direta com o ônus da prova.

Em sequência, a regra “*in dubio, pro operário*” constitui um critério de interpretação jurídica o qual serve àquela norma que “seja suscetível de entender-se de vários modos, deve-se preferir a interpretação favorável ao trabalhador”²⁵. Assim, busca-se, diante de vários possíveis sentidos extraídos da norma, aquele mais razoável e em conformidade com a intenção protetiva de equiparar as posições jurídicas das partes e, assim, abrandar a desigualdade material existente entre empregado e empregador.

Para a utilização desse critério interpretativo, consoante Deveali e Plá Rodriguez, é necessário obedecer a duas regras, quais sejam: a existência de uma norma e uma dúvida autêntica sobre o alcance da norma. Plá Rodriguez explica que não é o caso de criar a norma ou corrigi-la, nem de sua integração, “somente cabe utilizar esta regra quando existe uma norma e unicamente para determinar-lhe o verdadeiro sentido entre os vários possíveis”²⁶.

O autor uruguaio, à época que escreveu sobre esse princípio e sua aplicabilidade, situava-se ainda sob o manto da visão estritamente napoleônica, em que a interpretação essencialmente literal vigorava. E assim, o pensamento de afirmar que o legislador trabalhista ao criar uma norma, já prevê uma finalidade protetiva, deveria o juiz apenas obedecer aos seus ditames, não poderia criar o direito, apenas interpretar a norma a partir dessa finalidade protetora que o legislador mesmo imprimia à norma – a *ratio legis* ou o espírito da lei. Deveria sim atender de preferência

24 GOMES, Ana Virginia Moreira. Aplicação do princípio protetor no direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2001, p. 65.

25 Cf. RODRIGUEZ, Américo Plá. Op. cit., p. 107.

26 Ibidem, p. 111.

a vontade que parte do legislador, como fator de estabilidade e como forma de evitar o desvirtuamento da lei²⁷.

Por isso, somente em caso de dúvida real sobre o alcance da norma escrita, optar-se-ia, entre os vários sentidos ofertados, pelo seu verdadeiro sentido, haja vista que “a finalidade protetora leva o legislador a estender o mais possível a regulamentação tutelar com fórmulas habitualmente meditadas e amplas”, sendo:

(...) necessário entender, melhor ainda, que, se a interpretação duvidosa de uma fórmula deve ser conciliada com o fim e a economia geral da lei, uma lacuna ou um silêncio não deverão ser integrados às pressas, naquele sentido unilateral, porque não se pode excluir a possibilidade de que a lacuna desejada represente uma homenagem ao equilíbrio entre os contratantes²⁸.

Em se tratando de matéria de provas e fatos, diz o jurislaborista uruguaio que a referida regra é plenamente aplicável “em casos de autêntica dúvida para valorar o alcance ou o significado de uma prova. Não para suprir omissões, mas para apreciar adequadamente o conjunto dos elementos probatórios, tendo em conta as diversas circunstâncias do caso”, bem assim, deve se estender “à análise dos fatos já que, em geral, o trabalhador tem muito maior dificuldade do que o empregador para provar certos fatos ou trazer certos dados ou obter certas informações documentais”²⁹.

De igual maneira, a regra é utilizada para resolver o impasse acerca do ônus da prova, especialmente, por se tratar de trabalhador a exigir um tratamento especial, particularizado, tendo em vista as suas condições notórias de desvantagem material em relação ao seu patrão. Bem assim Plá Rodriguez justifica que o tratamento especial conferido ao trabalhador, no tocante ao ônus da prova, não é só por causa da patente:

(...) desigualdade básica das partes, nem somente pelo estado de subordinação em que se encontra muitas vezes o trabalhador, mas também pela natural disponibilidade de meios de prova que tem o empregador e que contrasta com a dificuldade que possui o trabalhador nesse aspecto³⁰.

27 Ibidem, p. 112-113.

28 Cf. RODRIGUEZ, Américo Plá. Op. cit., p. 111.

29 Ibidem, p. 115.

30 Ibidem, p. 116.

O mestre uruguaio cita o levantamento de questões práticas importantes, no concernente à redistribuição do ônus da prova, tecidas pelo Professor Wagner Giglio no IV Congresso Ibero-Americano do Direito do Trabalho e Previdência Social:

Além das dificuldades de assessoramento jurídico e da realização de perícias, já apontadas, a prova testemunhal do trabalhador deve ser colhida de outros empregados, que por definição se encontram subordinados ao empregador, coibindo-lhes a liberdade dos depoimentos: não ignoram as testemunhas que, se suas declarações prejudicarem o patrão, correm risco de perder o emprego. Não fora suficiente, a prova documental, mais segura, raramente pode ser apresentada pelo trabalhador: subordinado às determinações de seus superiores, não tem meios de exigir comprovantes, enquanto a empresa conta com departamento de pessoal, toda uma organização contábil que mantém farta documentação. A prática evidencia que o trabalhador desconhece, regra geral, os dados mais elementares atinentes às condições em que presta serviços: cálculo do salário, montante dos descontos, número de horas extras, etc.³¹.

Nessa trilha, note-se que, até os dias atuais, essas questões vigoram, porquanto têm relação intrínseca com a ética patronal – no tocante à moral e à boa-fé objetiva³². De outra banda, existe o sentimento de medo vivenciado pelo empregado, especialmente, o medo de perder o emprego. Em realidade, essas questões se conectam com a própria estrutura interna do indivíduo como “ser” – o sujeito dotado de sentimentos e emoções e que tem o dever, numa comunidade social, de cooperar

31 Cf. RODRIGUEZ, Américo Plá. Op. cit., p. 116-117.

32 Vitor Frederico Kümpel esclarece a distinção entre boa-fé subjetiva e objetiva: “A boa-fé subjetiva, como o próprio nome diz, é uma situação interior da pessoa, um estado psicológico, em que ela crê estar agindo de forma escondeita. Na realidade, a pessoa está obrando de forma irregular e lesando direito de outrem. A boa-fé subjetiva está fundada na ignorância ou mesmo em um erro sobre a verdadeira situação jurídica. A pessoa é levada a crer na juridicidade de sua conduta (gutter Glauber). Assim, tem-se um estado psicológico de absoluta credibilidade da pessoa, que desconhece as circunstâncias do ato praticado. Esse estado psicológico serve para a aquisição de direitos. Muitos são os institutos em que se verifica a presença da boa-fé subjetiva, podendo ser destacados: a posse (arts. 1.214, 1.217 e 1.219, todos do CC); o usucapião (art. 1.242 do CC); o casamento (art. 1.561 do CC), entre várias outras hipóteses. O estado do sujeito é caracterizado como um mero desconhecimento ou ignorância de certos fatos, porém, também, como um desconhecimento sem culpa ou uma ignorância desculpável. Já a boa-fé objetiva é a padronização de comportamento, tendo por fundamento a honestidade, a fidelidade e a lealdade, exigindo dos sujeitos absoluta correção no modo de proceder. É, dessa forma, um standard, um paradigma objetivo que independe de qualquer estado psicológico. Esse padrão tem de ser seguido, para que as relações jurídicas possam chegar a um bom termo. A boa-fé objetiva, como fator de fidelidade, adquire função de norma positiva, no mesmo plano da lei e dos costumes, e tem por conteúdo a estabilidade do elemento moral. É, portanto, uma regra de comportamento ético-jurídica, tendo absoluta incidência nas relações contratuais” (KÜMPEL, Vitor Frederico. Direito Civil 3: direito dos contratos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 27-28).

se comportando dentro dos padrões do que se considere universalmente correto ou, como se extrai do texto bíblico, agir de modo a não fazer a outrem o que não desejaria que lhe fosse feito³³.

Sabe-se que o litígio, em si, afeta sobremaneira a esfera emocional do indivíduo e, muitas vezes, o que predomina é o instinto de sobrevivência e de preservação da empresa, dos negócios empresariais, especialmente, quando se é desprovido, além do senso ético, do domínio sobre as emoções, gerando comportamentos desequilibrados e que se afastam do conjunto de valores e princípios morais.

Diante disso, não se saberá, dentro de um conflito de interesses, se o empregador terá a capacidade de dominar suas “paixões” e conseguir identificar a conduta correta a ser trilhada em todo o itinerário instrutório. De fato, não é possível prever uma conduta totalmente dentro das regras da moralidade, de modo que se possa acreditar que todos os fatos e provas, ao alcance do empregador, serão de fato transmitidos ou entregues ao Poder Judiciário.

A previsibilidade do indivíduo é uma característica a qual não pode absolutamente ser esperada pelo julgador. Por outro lado, no que toca ao *modus operandi* jurisdicional, é necessário que seja ele previsível, porque assim os resultados, consequentemente, serão também imbuídos de previsibilidade. E isso acontece se for utilizado “modelos mínimos de racionalidade”³⁴. Quer dizer que:

(...) em um caso o juiz é chamado a definir o que não foi decidido pelo legislador e, no outro, tem poder para negar validade às regras legais em face da Constituição ou mesmo para conformá-las às normas constitucionais. Porém, mesmo quando tem simplesmente de aplicar uma regra, o juiz se encontra diante da necessidade de valorar e decidir ou optar, o que significa que tem que traçar, em qualquer dos casos, um raciocínio argumentativo dotado de racionalidade. Só a argumentação racional constitui justificativa aceitável [às opções decisórias]³⁵.

Daí decorre a importância de o magistrado, ao se deparar com um caso,

33 Bíblia Sagrada: Ave Maria. Livro de Tobias, 4:16. Igualmente, essa passagem sintética é extraída da reflexão imprimida por Luis Roberto Barroso quando aborda o “imperativo categórico” de Kant, no que toca a ética, a moral e o dever de se conduzir inspirado por uma máxima que possa ser convertida em lei universal (Cf. BARROSO, Luís Roberto. O novo direito constitucional brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 300-303).

34 MARINONI, Luiz Guilherme. A ética dos precedentes. São Paulo: RT, 2014, p. 67.

35 Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 67-68.

cujas peculiaridades são determinantes à sua avaliação de adequação da norma a ser aplicada, atuar munido de discricionariedade e senso de justiça, em especial, com relação às normas de textura aberta, como a do artigo 373, § 1º, do CPC/2015, em que se confere ao juiz o poder de atribuir o ônus à parte que, a princípio, estaria desincumbida de provar o fato, mas que tem maior facilidade para prová-lo. Então, é previsível que o juiz, diante da notória disparidade dos meios de provas entre os sujeitos da relação jurídica, aplique – espera-se dele – a norma em conformidade com as peculiaridades e especificidades da hipótese concreta e, por consequência, colher-se-ão resultados ou efeitos também previsíveis.

Têm razão Marinoni e Arenhart, em seu novel “Comentários ao Código de Processo Civil, Vol. VI”, quando asseveram que a regra do ônus da prova, ao se dirigir para ao juiz, “importa para formação do seu convencimento (...) e para sua decisão”. A primeira situação “decorre do fato de que o juiz resta convencido – ainda que da verossimilhança – ao reduzir as exigências de prova segundo as necessidades do caso concreto”. Já a segunda, regra de decisão, tem relação com a regra (estática) do ônus da prova a qual “funciona como regra de decisão quando o juiz não forma o seu convencimento ou, em outras palavras, fica em estado de dúvida”. Cabe adicionar que “se não existe dúvida, não há necessidade de aplicar a regra do ônus da prova”³⁶.

Sob o viés da temporalidade, o Ministro do TST, Carlos Alberto Reis de Paula, em sua obra, traz alguns registros que podem auxiliar a situar, mais precisamente no tempo, a linha de pensamento sobre a dinâmica do ônus da prova utilizada na seara trabalhista. Em 1943, Trueba Urbina já dizia que para a aplicação do ônus da prova e sua não inversão, é “desconhecer que la elaboracion del Derecho Procesal del Trabajo se debe a la necesidad de evitar que el litigante mas poderoso, economicamente hablando, pueda desviar y obstaculizar los fines de la justicia social”. Outrossim, em 1956, Porrás Lopez concluía da mesma forma: “la teoria de la inversión de la prueba está inspirada em altísimos principios de interés social”. Já em 1972, quando da realização do IV Congresso Ibero-Americano de Direito do Trabalho e Previdência Social, restou chancelado que:

(...) sendo a inversão do ônus da prova, em favor do empregado, uma das características do direito processual do trabalho, não se deve aplicar

36 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 369 ao 380. São Paulo: RT, 2016, v. 6. p. 233-234.

subsidiariamente, no processo do trabalho, norma do direito processual comum que amplie essa inversão contra o empregado, sobretudo no que respeita à confissão ficta, por ausência de depoimento pessoal do trabalhador³⁷.

Especificamente, no Brasil, o TST edita, em 1985, a Súmula 212 que possibilita textualmente a dinamização do ônus da prova no caso de serem negados a prestação de serviço e o despedimento, que passa a ser do empregador o ônus da prova do término do contrato de trabalho, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado³⁸.

Desde então, a mais alta Corte do Trabalho brasileira concede abertura para os magistrados interpretarem de forma flexível as normas trabalhistas e aquelas oriundas de outros ramos do direito que, de modo subsidiário, pudessem ser aplicadas ao caso concreto, pelo permissivo do artigo 769 da CLT, pautando-se sempre pelos propósitos finalísticos do Direito Processual do Trabalho e com esteio, obviamente, na Constituição Federal.

Não obstante os princípios constitucionais e trabalhistas regentes a autorizarem a flexibilização do ônus da prova no ramo trabalhista, muitos operadores juslaborais começaram a se utilizar, subsidiariamente, do artigo 6º, VIII, do CDC, por pensarem que, na falta de uma norma trabalhista sobre a inversão do ônus da prova, valer-se-iam do referido dispositivo legal, considerando ser também compatível com o Direito Processual do Trabalho. Assim também ocorrerá com a adoção do artigo 373, parágrafo primeiro, do CPC/2015 – crer-se ser uma tendência “costumeira”, talvez...

O professor Manoel Antonio Teixeira Filho sempre contestou a ideia de que existe lacuna na CLT quanto às regras da partição da prova de forma dinâmica ou estática. Reafirma, em seu compêndio “Comentários ao novo Código de Processo Civil sob a perspectiva do processo do trabalho”, que o artigo 818 da CLT é suficiente para solucionar as questões do ônus da prova em matéria trabalhista; e, no caso de o referido dispositivo legal se revelar:

37 Apud PAULA, Carlos Alberto Reis de Paula. A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho. São Paulo: LTr, 2010, p. 138-139.

38 Súmula 212 do TST: Despedimento. Ônus da prova (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. O ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado.

(...) efetivamente insatisfatório para resolver a matéria; nem por isso, todavia, deverá o intérprete, ato contínuo, arremessar-se aos braços do CPC, buscando socorro no art. 373. Constatada que seja a insuficiência do dispositivo processual trabalhista, competirá ao julgador verificar, em concreto, quem estava apto a produzir a prova, segundo os meios e condições de que realmente dispunha, pouco importando que se trate de prova positiva ou negativa ou de que o interesse fosse desta ou daquela parte. Assim, o princípio da aptidão para a prova, a que já se referia Porras López, deve ser eleito como o principal elemento supletivo do processo do trabalho, em cujo âmbito permanecerá em estado de latência, vindo a aflorar sempre que convocado para dirimir eventuais dificuldades em matéria de ônus da prova, proscrevendo-se, em definitivo, a presença incômoda do art. 373 do CPC, que nada mais representa – em última análise – do que uma abstração da realidade prática do processo do trabalho.³⁹

Assevera, ainda, que a inversão consagrada pelo parágrafo primeiro do artigo 373 do CPC/2015 adota o princípio da aptidão para a prova já absorvida pelo processo do trabalho há anos por se ajustar ao seu espírito e disciplina bem específica.⁴⁰

O fato é que a teoria das cargas probatórias dinâmicas já há muito tempo vem sendo adotada pela comunidade juslaboral, seja pela doutrina, seja pela jurisprudência dos tribunais. Isso significa dizer que a Justiça do Trabalho, desde os anos idos pós-revolucionários, sempre foi vanguardista no tratamento da dinâmica do ônus probatório, uma decorrência – evolutiva natural – da exigência cotidiana material dos vínculos empregatícios ao se perceber que o sujeito vulnerável desses vínculos é justamente o empregado.

Isso porque, no caso de omissão de regra processual ou de inexistência de técnica processual adequada ao caso concreto, o juiz já buscava demonstrar as necessidades de direito material, indicando a forma encontrada para solucionar a questão em litígio e, assim, intentava efetivar os princípios de justiça, da proteção, da igualdade material, da aptidão para a prova a partir das diferentes posições jurídicas e das condições técnicas e materiais presentes nas relações trabalhistas.

Nas palavras de Marinoni, demonstra-se que:

(...) determinada situação de direito material deve ser protegida por certo tipo de tutela jurisdicional, e, para que essa modalidade de tutela jurisdicional possa ser

39 TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. Comentários ao novo código de processo civil sob a perspectiva do processo do trabalho. São Paulo: LTr, 2015, p. 501-503.

40 Cf. TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. Op. cit., p. 504.

implementada, deve ser utilizada uma precisa técnica processual.⁴¹

E, no caso do ônus da prova relacionada especificamente com o direito processual do trabalho, o magistrado encontrou suporte nos princípios processuais com respaldo na Constituição Federal para efetivar de forma justa, equânime e digna a tutela jurisdicional trabalhista a partir do enquadramento dessas diferenças e peculiaridades materiais.

Por isso que, a despeito do novel artigo 373, *caput*, § 1º, do CPC/2015, nunca houve necessidade de aguardar a existência de uma norma objetiva (*norma agendi*) à flexibilização do ônus da prova, quando a causa a exigir. Isso porque, no mundo jurídico, os princípios da justiça ou equidade, da igualdade material, e dos demais que desses decorram, servem de subsídio ao operador do direito para tratar causas que requerem tratamento diferenciado.

Nessa mesma direção, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Arenhart defendem o seguinte:

Não existe motivo para supor que a inversão do ônus da prova somente é viável quando prevista em lei. Aliás, a própria norma contida no art. 373 do CPC/2015 não precisaria estar expressamente prevista, pois decorre do bom senso ou do interesse na aplicação da norma de direito material, que requer a presença de certos pressupostos de fato, alguns de interesse daquele que postula a sua atuação e outros daquele que não deseja vê-la efetivada. Recorde-se que o ordenamento alemão não contém norma similar à do art. 373 do CPC/2015, e por isso a doutrina alemã construiu a *Normentheorie*⁴².

Decerto, em se tratando de direito laboral, não há necessidade de consagrar, no direito positivo, a dinâmica do ônus da prova, porquanto o princípio tutelar protetor orienta todo o arcabouço de normas trabalhistas, guardando a própria razão de ser do

41 Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., v. 1, p. 130.

42 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015. 3. ed. São Paulo: RT, 2015. p. 228. Asseveram Marinoni e Arenhart: "A suposição de que a modificação do ônus da prova deveria estar expressa na lei está presa à ideia de que essa, ao limitar o poder do juiz, garantiria a liberdade das partes. Atualmente, contudo, não se deve pretender limitar o poder do juiz, mas sim controlá-lo, e isso não pode ser feito mediante uma previsão legal da conduta judicial, como se a lei pudesse dizer o que o juiz deve fazer para prestar a adequada tutela jurisdicional diante de todas as situações concretas. Como as situações de direito material são várias, deve-se procurar a justiça do caso concreto, o que repele as teses de que a lei poderia controlar o poder do juiz. Esse controle, atualmente, somente pode ser obtido mediante a imposição de uma rígida justificativa racional das decisões, que podem ser auxiliadas por regras como as da proporcionalidade e suas sb-regras". (Cf. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit., p. 246-247).

Direito do Trabalho, que é equilibrar uma relação jurídica assimétrica. Assim, pode-se dizer que encerra, de igual modo, a ideia central flexibilizadora da norma do ônus da prova, disposta no artigo 818 da CLT.

Ademais disso, é de bom alvitre lembrar que o processo do trabalho constitui instrumento a serviço do direito do trabalho. Esta é a razão daquele existir. Como bem expressou Bartoloni Ferro: “El procedimiento no tiene una finalidad em si; nace y vive por y para ele derecho material”⁴³.

E assim se diz haver uma imbricação essencial do princípio protetor com a dinamização do ônus probatório. Isso porque princípios como esse constituem:

(...) imperativos morais que se impuseram pelos meios indicados, a serviço de um pensamento de justiça social, para equilibrar a inferioridade contratual do trabalhador, e que hoje aparecem inclusive refletidos, por vezes, em normas legais e mesmo aludidos em preceitos constitucionais.⁴⁴

E a dinamização do ônus da prova decorre necessariamente dessa ideia fundamental de equidade.

Entretanto, isso não significa dizer que se esteja a concluir que a Justiça do Trabalho seja protecionista. Não! O que se pretende, em realidade, é buscar a neutralidade da relação jurídica trabalhista naturalmente assimétrica, a fim de que se possa alcançar uma justiça social equânime. E esse alcance só se realiza efetivamente quando se faz uma interpretação teleológica das normas com o espírito do direito substancial e processual do trabalho.

Apesar de todo o avançado processo intelectual acerca da argumentação principiológica constitucional e trabalhista como forma de justificar a dinamização do ônus probatório e buscar uma tutela jurisdicional justa a partir das necessidades fáticas do caso concreto, o novel artigo 373, § 1º, do CPC/2015 tem importância, pois veio contextualizar os princípios que permitem a aplicação da dinâmica do *onus probandi*, a partir das necessidades materiais de cada caso concreto, direcionada a todos os ramos jurídicos.

O legislador, sabendo da ausência de uniformidade nas relações jurídicas, trouxe à baila uma norma contendo institutos principiológicos fundamentais, cujos

43 Apud TEXEIRA FILHO, Manoel Antônio. Op. cit., p. 505.

44 Apud RODRIGUEZ, Plá. Op. cit., p. 104.

conceitos são abertos e indeterminados, com o intuito de promover o direito a um processo justo compreendido à luz da Constituição Federal e, por consequência, uma decisão justa.

Pode-se dizer que o legislador agiu bem, pois o seu dever de igualizar na criação do direito não significa, nas lições de Alexy, que ele:

(...) tenha que inserir todos nas mesmas posições jurídicas, nem que ele tenha a responsabilidade de que todos tenham as mesmas características naturais e se encontrem nas mesmas condições fáticas.⁴⁵

Isso porque a igualdade apenas formal produziria normas incompatíveis com sua finalidade, sem sentido e injustas.

Apesar de a teoria da dinâmica da carga probatória, textualizada no § 1º do artigo 373, do CPC/2015, não ser novidade alguma para o ramo juslaboral, o Tribunal Superior do Trabalho, por meio da Instrução Normativa 39, deixa expressa a sua aplicação, por sua compatibilidade, no processo do trabalho.

Por fim, essa teoria foi normatizada em boa hora, com a finalidade de deixar clara a existência de diferenças entre os sujeitos das relações jurídicas e evitar o comportamento persistente dos operadores do direito que ainda não assimilaram essa realidade e continuam tratando as relações jurídicas dissonantes a partir de uma igualdade meramente formal.

3. DIVERGÊNCIA DE POSICIONAMENTO ENTRE A CORTE SUPREMA E A CORTE TRABALHISTA QUANTO AO ÔNUS DA PROVA RECAIR SOBRE O EMPREGADO OU O ENTE PÚBLICO, TOMADOR DE SERVIÇOS, NUMA RELAÇÃO JURÍDICA DERIVADA DA TERCEIRIZAÇÃO

A competitividade do mercado provocou a criação de um modelo empresarial intitulado terceirização, cujo fim é reduzir os custos da mão de obra e especializar os serviços prestados. Trata-se de contratação de pessoas por meio de uma empresa intermediadora, a qual fornece trabalhadores para realizar tarefas à empresa tomadora ou cliente.

Inúmeros casos de terceirização irregular levaram o Tribunal Superior do

45
Cf. ALEXY, Robert. Op. cit., p. 396.

Trabalho a construir jurisprudência, consubstanciada na Súmula 331, contemplando entendimento controvertido acerca da responsabilidade subsidiária aplicada à administração pública. Entendia-se que esta, na condição de tomadora de mão de obra, deveria responder de forma subsidiária e objetiva pelos haveres trabalhistas dos empregados e, para isso, bastava o mero inadimplemento por parte da empresa contratada.

Em 2011, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Constitucionalidade 16, que versa sobre terceirização, acolheu a controvérsia judicial existente em torno da higidez do artigo 7º, parágrafo 1º, da Lei 8.666/1993, e o declarou constitucional, por sua disposição evidente, ao estatuir que a inadimplência do contratado pelos encargos trabalhistas não transfere à entidade pública a responsabilidade pelo pagamento. Também afastou, por inadequação, a tese de responsabilidade objetiva.

Ademais, a Suprema Corte, nessa decisão, prestigiando o postulado da moralidade, ponderou ser aplicável a responsabilidade subjetiva à administração pública. Isso porque se ficar comprovado, nos autos, que ela não exigiu do contratado o cumprimento das condições contratuais licitatórias e não as fiscalizou no decorrer da execução do contrato, deverá responder subsidiariamente, por culpa *in vigilando*, pelos encargos trabalhistas.

A Corte Superior Trabalhista curvou-se à tese encampada no mencionado julgado e alterou a Súmula 331. Consolidou-se, portanto, a posição de ser o ente público responsável subsidiariamente, quando evidenciada a sua culpa na ausência de fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais assumidas pela empresa intermediadora de mão de obra.

Eis a prescrição do novel item V da Súmula 331 do TST:

Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

Após essa alteração, uma gama de recursos chegou ao TST. Muitos deles suscitavam a questão referente ao ônus probatório recair sobre o ente público, tomador de serviço, ou sobre o reclamante quanto à fiscalização no cumprimento do contrato durante a execução dos serviços.

A entidade pública lançava o seu fundamento de que quem alega o fato – ausência de fiscalização – é o empregado e, por isso, deve ele provar esse fato, tudo em conformidade com os artigos 818 da CLT e 333, I, do CPC.

O Tribunal Superior do Trabalho, em sua maioria, não acolheu a referida pretensão recursal, a partir do entendimento no sentido de que compete à Administração Pública o ônus de provar a fiscalização com base nos seguintes fundamentos: 1) a existência de fiscalização do contrato é fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do reclamante; 2) a obrigação de fiscalizar a execução do contrato decorre da lei (artigos 58, III, e 67 da Lei 8.666/1993); e 3) não se pode exigir do trabalhador a prova de fato negativo ou que apresente documentos aos quais não tem acesso, em respeito ao princípio da aptidão para a prova, porquanto exigir do empregado provas que estão em poder do empregador é o mesmo que aplicar a prova diabólica.

Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal não logrou tratar a questão de forma uniforme. A Primeira Turma tem se direcionado no sentido de que a distribuição do ônus da prova não foi objeto de discussão na ADC16 (Rcl 19564 ED, rel. Min. Roberto Barroso, 1ª Turma, DJe-171, divulgado em 15/8/2016, publicado em 16/8/2016; Rcl 13253 AgR-segundo, rel. Min. Rosa Weber, 1ª Turma, DJe-029 divulgado em 16/2/2016, publicado em 17/2/2016, republicação: DJe-038, divulgado em 29/2/2016, publicado em 1/3/2016). Já a Segunda Turma, em posição oposta, enveredou-se para abordar o ônus da prova afirmando que é do empregado o ônus de demonstrar o descumprimento dos deveres de fiscalização por parte da entidade pública, tomadora de serviços (Rcl 22273 AgR, rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, DJe-029, divulgado em 16/2/2016, publicado em 17/2/2016; Rcl 16671 AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, 2ª Turma, divulgado em 31/7/2015, publicado em 3/8/2015).

Cumprido anotar que a decisão firmada na ADC16 nada falou sobre o ônus da prova e nem precisaria falar para perceber que existe uma relação jurídica com características bem peculiares, uma relação que se apresenta dissonante, porque de um lado existe o empregado – sujeito mais vulnerável em termos materiais e processuais

do que o empregador (seja ele prestador ou tomador de serviços) –, e, de outro lado, está presente o ente público, tomador de serviços. É patente a relação de assimetria. Não é possível igualar formalmente esses sujeitos de direito.

Enfim, nessa situação relacionada ao ônus da prova, a postura do STF deveria ser a de adotar, por unanimidade, a tese de repercussão geral da relatora Ministra Rosa Weber, nos autos do RE760931: entender, em suma, que a distribuição do ônus probatório não foi questão abordada, sequer decidida na ADC16, mas apenas que a imputação de responsabilidade subsidiária à Administração Pública pelo inadimplemento, por parte da prestadora de serviços, das obrigações trabalhistas, em caso de ter sido comprovada a culpa, em relação aos deveres legais de fiscalização do contrato de prestação de serviços. Quer dizer: a análise dos princípios que disciplinam o ônus da prova fica a cargo da Corte Trabalhista que aferirá, a partir do acórdão regional, se o Tribunal de origem aplicou corretamente tais princípios.

Isso porque, como já doutrinou exaustivamente Marinoni:

(...) cabe às Cortes Supremas a função de definir o sentido da lei, assim como a sua validade. Depois do pronunciamento da Corte Suprema, por consequência lógica, nenhum juiz ou tribunal, nem mesmo a própria Corte Suprema, poderá resolver caso ou decidir em desatenção ao precedente firmado. Só assim deixará de estar presente a insegurança em relação à aplicação do direito, permitindo-se a prática consciente de uma conduta com ele de acordo e a prévia aceitação da responsabilidade inerente à sua não observância.⁴⁶

Diante de todo o exposto, percebe-se que, a despeito de toda evolução doutrinária e jurisprudencial acerca do ônus da prova, levando-se em conta as diferenças materiais e posições jurídicas dos sujeitos processuais, os magistrados ainda insistem em aplicar a carga probatória de forma estática.

46 Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., v. 1, p. 102-103. Vale adicionar, nesse aspecto, as lições de Daniel Mitidiero de que pelo fato de a Corte Suprema ser modelo de corte cuja função é dar unidade ao Direito por meio de uma interpretação adequada, "(...) é natural que o precedente em que se consubstancia essa interpretação tenha uma eficácia para além das partes do caso concreto do qual derivado e seja dotado de eficácia vinculante, sendo considerado como uma fonte primária do Direito. (...) A Corte Suprema é uma corte de interpretação, cuja missão é formar precedentes. Negar eficácia para além das partes do processo e eficácia vinculante à sua interpretação, portanto, é negar a sua própria razão de existência, tolhendo a Corte Suprema da sua razão de ser dentro do ordenamento jurídico" (MITIDIERO, Daniel. Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 71-72).

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

CALAMANDREI, Piero. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Bookseller, 2003. v. 1.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2002. v. 2.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC**. São Paulo: Atlas, 2008.

GOMES, Ana Virgínia Moreira. **Aplicação do princípio protetor no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2001.

KÜMPEL, Vitor Frederico. **Direito civil 3: direito dos contratos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 1.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**. São Paulo: RT, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção**: de acordo com o CPC de 2015. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao código de processo civil**: artigos 369 ao 380. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 6.

MELO, Gabriela Fonseca de. **A necessidade de se mitigar o duplo grau de jurisdição em prol da plena efetividade do direito fundamental à tutela jurisdicional**. Porto Alegre: Revista Brasileira de Direitos Humanos. LEX MAGISTER, v. 13, abr.-jun. 2015.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas**: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes da persuasão à vinculação**. São Paulo: RT, 2016.

PAULA, Carlos Alberto Reis de Paula. **A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000.

SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **A constitucionalização do direito**: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris

Editora, 2007.

SUSSEKIND, Arnaldo; TEIXEIRA, João de Lima. **Instituições de direito do trabalho**. 17. ed. São Paulo: LTr, 1997.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **Comentários ao novo código de processo civil sob a perspectiva do processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2015.

Publicado originalmente na Edição Especial Reforma Trabalhista, pela *Revista de Direito do Trabalho – RDT*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 43, v. 181, p. 45-70, set. 2017

PROCESSO nº 0000096-71.2020.5.09.0411 (RORSum)

PRODUÇÃO DE PROVA TESTEMUNHAL. DEMANDA COM MESMO OBJETO. PARTE AUTORA QUE ATUA COMO TESTEMUNHA DE OUTRA E VICE-VERSA. INEXISTÊNCIA DE SUSPEIÇÃO. APLICAÇÃO DO ENTENDIMENTO DA SÚMULA Nº 357 DO TST. a existência de demanda com identidade de objeto e/ou que a parte autora de uma demanda tenha sido testemunha de outra e vice-versa, não traduz, necessariamente, o interesse destas no resultado da causa, e, portanto, não as tornam suspeitas, por presunção, cabendo ao juiz, ao inquirir, sopesar a prova e apurar a possível ocorrência de troca de favores, o que não se verifica no caso dos autos. Recurso da autora ao qual se dá provimento no particular.

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de **RECURSO ORDINÁRIO - RITO SUMARÍSSIMO**, provenientes da **MM. 03ª VARA DO TRABALHO DE PARANAGUÁ**, sendo Recorrentes **R. D. F. C., EX. - A. D. R. E. LTDA. e F. F. D. P. LIMITADA** e Recorridos **OS MESMOS**.

RELATÓRIO

Inconformadas com a sentença prolatada em 21/06/2021, complementada pela decisão resolutiva de embargos proferida em 09/07/2021, as partes recorrem a este Tribunal.

O contrato de trabalho “sub judice” teve vigência de 28/03/2018 a 14/01/2019.

A presente ação foi ajuizada no dia 17/02/2020, sendo atribuído à causa o valor de R\$ 10.938,00.

Recurso da segunda ré interposto em 02/07/2021.

Recurso da autora interposto em 16/07/2021.

Recurso da primeira ré interposto em 20/07/2021.

No mais, dispensado o relatório, nos termos do artigo 852-I, “caput”, da CLT.

FUNDAMENTAÇÃO

ADMISSIBILIDADE

Presentes os pressupostos legais de admissibilidade, **CONHEÇO** dos recursos ordinários em procedimento sumaríssimo interpostos, assim como das respectivas contrarrazões.

MÉRITO

RECURSO ORDINÁRIO DA AUTORA

1. Contradita

A autora sustenta que *“o Nobre Juiz de piso deferiu os pedidos obreiros com as provas já produzidas, independente da oitiva da testemunha. Porém, na hipótese das rés recorrerem contra os referidos deferimentos e obterem êxito, requer-se o retorno dos autos para a oitiva da testemunha do autor, pelas razões que se explanará abaixo. Com o devido respeito ao entendimento do MM Juiz de piso, mas não torna suspeita a testemunha o simples fato de estar litigando ou de ter litigado contra o mesmo empregador, já que o artigo 5º, XXXV da Constituição Federal, assegura a todos o acesso ao Poder Judiciário. Aliás, tal matéria já está pacificada pelo C. TST através da súmula 357”. Alega, ainda, que “a testemunha afirmou que ‘não possui amizade íntima com a autora, não frequentam a casa uma da outra, nem possui qualquer interesse no resultado da demanda’. O fato de autora e testemunha figurarem como testemunhas recíprocas não revelam, por si, interesse na solução do litígio ou mesmo “troca de favores”. Assim o acolhimento da contradita incorre em nulidade por cerceamento na produção da prova”. Requer a “declaração de nulidade por cerceamento de defesa do caderno processual para que se afaste a contradita, determinando-se o envio dos autos à origem para a referida oitiva, bem como novo julgamento” (fls. 407/408).*

Analiso.

As hipóteses legais de impedimento e suspeição de testemunha estão dispostas nos art. 829 da CLT e 447 do CPC, “in verbis”:

“Art. 829 da CLT - A testemunha que for parente até o terceiro grau civil, amigo íntimo ou inimigo de qualquer das partes, não prestará compromisso, e seu depoimento valerá como simples informação.

“Art. 447 do CPC - Podem depor como testemunhas todas as pessoas, exceto as incapazes, impedidas ou suspeitas.

§ 1º São incapazes:

I - o interdito por enfermidade ou deficiência mental;

II - o que, acometido por enfermidade ou retardamento mental, ao tempo em que ocorreram os fatos, não podia discerni-los, ou, ao tempo em que deve depor, não está habilitado a transmitir as percepções;

III - o que tiver menos de 16 (dezesesseis) anos;

IV - o cego e o surdo, quando a ciência do fato depender dos sentidos que lhes faltam.

§ 2º São impedidos:

I - o cônjuge, o companheiro, o ascendente e o descendente em qualquer grau e o colateral, até o terceiro grau, de alguma das partes, por consanguinidade ou afinidade, salvo se o exigir o interesse público ou, tratando-se de causa relativa ao estado da pessoa, não se puder obter de outro modo a prova que o juiz repute necessária ao julgamento do mérito;

II - o que é parte na causa;

III - o que intervém em nome de uma parte, como o tutor, o **representante legal da pessoa jurídica**, o juiz, o advogado e outros que assistam ou tenham assistido as partes.

§ 3º São suspeitos:

I - o inimigo da parte ou o seu amigo íntimo;

II - o que tiver interesse no litígio.

§ 4º Sendo necessário, pode o juiz admitir o depoimento das testemunhas menores, impedidas ou suspeitas.

§ 5º Os depoimentos referidos no § 4º serão prestados

independentemente de compromisso, e o juiz lhes atribuirá o valor que possam merecer.” (grifado)

No caso, consta da ata de audiência de instrução (fl. 351):

“(...) PRIMEIRA TESTEMUNHA DO AUTOR: B. A. S., CPF, qualificada oralmente conforme gravação audiovisual.

Contraditada a testemunha sob alegação de troca de favores. Inquirida, disse que não possui amizade íntima com a autora, não frequentam a casa uma da outra, nem possui qualquer interesse no resultado da demanda. Afirmou possuir uma demanda judicial contra as rés, tendo a autora prestado depoimento em seu processo como testemunha e que o escritório que patrocina a autora é o mesmo que patrocinou a sua ação. Acolhe-se a contradita. Protestos do patrono da autora. (...)”

Em relação a testemunha arrolada pela autora, saliento que a existência de demanda com identidade de objeto e/ou que a parte autora de uma demanda tenha sido testemunha de outra e vice-versa, não traduz, necessariamente, o interesse destas no resultado da causa, e, portanto, não as tornam suspeitas, por presunção, cabendo ao juiz, ao inquirir, sopesar a prova e apurar a possível ocorrência de troca de favores, o que não se verifica no caso dos autos.

A jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho encontra-se pacificada nesta matéria, conforme se verifica na Súmula nº 357 do TST e das ementas abaixo:

“(...) 2. INDEFERIMENTO DA CONTRADITA. TESTEMUNHA QUE LITIGA CONTRA O EMPREGADOR. IDENTIDADE DE PEDIDOS. A decisão recorrida foi proferida nos estritos termos da Súmula 357 do TST, não havendo que se cogitar em nulidade do processo. Registre-se que a SBDI-1 desta Corte tem-se manifestado no sentido de que a Súmula 357 do TST alcança até mesmo a hipótese em que os objetos das reclamações trabalhistas da testemunha e do reclamante sejam idênticos. Recurso de revista não conhecido (...)” (TST-RR-62200-24.2007.5.04.0305, Relatora Ministra Dora Maria da Costa, 8ª Turma, DEJT 08-04-2011).

“(...) 2. TESTEMUNHA. AÇÃO CONTRA A MESMA RECLAMADA. SUSPEIÇÃO. INEXISTÊNCIA. A circunstância de o Reclamante ter prestado depoimento em ação proposta pela testemunha somente implica suspeição da depoente caso exista prova contundente de que esta possui interesse no litígio, o que restou afastado pelo Regional. Exegese da Súmula 357/TST. Recurso de revista não conhecido (...)” (TST-RR-95500-28.2007.5.02.0015, Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado, 6ª Turma, DEJT 04-02-2011).

Logicamente, cabe ao Poder Judiciário além de analisar a versão dos fatos relatados pela autora, contrapor essa versão aos fatos narrados pela outra parte, e balizar a questão de acordo com os meios de prova produzidos nos autos. Nessa situação, a parte tem direito de comprovar que os fatos relatados por ela são verdadeiros, e a testemunha trazida deve ser ouvida, justamente para permitir que ela traga sua versão dos fatos. Ao Juízo cabe valorar essa prova com as demais constantes nos autos e a partir daí formar o seu convencimento, nos termos do art. 93 da Constituição e art. 371 do CPC de 2015. Não se pode partir de presunção de que a testemunha tenha interesse em beneficiar a parte autora ou a parte ré, conforme o caso.

O acolhimento da contradita baseado em presunção de troca de favores, ofende não só o princípio segundo o qual a boa-fé se presume, como também o preceito constitucional de que ninguém pode ser considerado culpado senão após sentença transitada em julgado (art. 5º, LVII, da Constituição).

Na hipótese em apreço, entendo que não ficou comprovada a existência de interesse da testemunha B. A. S. no deslinde da causa, ônus que incumbia à parte ré (art. 818, II, da CLT). Não há no feito indícios suficientes a amparar a alegação de suspeição da referida testemunha, até porque o fato de a testemunha e a autora terem ajuizado reclamatória trabalhista em face do mesmo empregador, inclusive com pedidos idênticos, é bastante comum na realidade processual brasileira, pois pode ocorrer que a violação a determinados direitos trabalhistas por parte de um empregador alcance uma quantidade tal de trabalhadores que, por terem presenciado certo problema no ambiente de trabalho, acabam por figurar como testemunhas umas das outras.

Assim, os fatos constatados não tolhem a idoneidade de seu testemunho, pois não configurada nenhuma das modalidades de suspeição listadas no art. 447, § 3º, do CPC/2015 e as situações previstas no art. 829 da CLT.

Em suma, entendo que o acolhimento da contradita e a ausência da oitiva da testemunha acarretou prejuízos processuais à parte autora quanto à produção de meios de prova relacionados à matéria fática em discussão, configurando cerceamento de defesa ou cerceamento de produção de meios de prova, como

queiram. Nessa situação a jurisprudência deste E. Tribunal Regional do Trabalho se inclina pela declaração de nulidade do feito:

TRT-PR-03-11-2009 NULIDADE PROCESSUAL - CERCEAMENTO DE DEFESA - INDEFERIMENTO DE PRODUÇÃO DE PROVA ORAL - O direito à prova é uma decorrência natural do direito subjetivo público de ação, que garante às partes o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Assim, as partes têm direito às provas para interferir no convencimento do Juízo, para alcançar êxito na postulação ou na defesa. O fato de o julgador, após análise da prova documental e oitiva das partes, entender que não existiam pontos controvertidos a esclarecer e, em consequência, indeferir a produção de prova testemunhal, caracteriza cerceamento de defesa, ante a possibilidade de prejuízo à parte. Nulidade que se acolhe para determinar o retorno dos autos à origem para prosseguimento da instrução com a produção da prova testemunhal pretendida (TRT-PR-00736-2008-656-09-00-8-ACO-37453-2009 - 4ª Turma - Relator Desembargador Luiz Celso Napp - publicado no DJPR em 03-11-2009).

NULIDADE DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL - CERCEAMENTO DE DEFESA - RETORNO À ORIGEM - Tendo a parte apresentado insurgência expressa ao indeferimento da produção de prova oral, nos termos do que dispõe o artigo 795, da CLT, mesmo diante de eventual formação de convencimento por parte do órgão julgador, impõe-se a reabertura da instrução processual. (TRT-PR-00056-2006-072-09-00-2-ACO-11968-2009 - Rel. Desembargador Sérgio Murilo Rodrigues Lemos - publicado em 28-04-2009).

No mesmo sentido a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INDEFERIMENTO DE PROVA TESTEMUNHAL. Aparente violação do art. 5º, LV, da Carta Magna, nos moldes da alínea "c" do art. 896 da CLT, a ensejar o provimento do agravo de instrumento, nos termos do art. 3º da Resolução Administrativa nº 928/2003. Agravo de instrumento conhecido e provido. RECURSO DE REVISTA. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INDEFERIMENTO DE PROVA TESTEMUNHAL. Implica nulidade por cerceamento de defesa decisão que não oportuniza a produção da necessária prova oral e é desfavorável à parte que a requereu. Recurso de revista conhecido e provido (Processo: ED-RR - 78640-08.2003.5.10.0002 Data de Julgamento: 06/08/2008, Relatora Ministra: Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, 3ª Turma, Data de Publicação: DJ 05/09/2008).

RECURSO DE REVISTA. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. PROVA TESTEMUNHAL. A prolação imediata da sentença, sem oportunizar a produção da necessária prova oral, com o julgamento do feito desfavorável a quem a requerera, implica a nulidade do feito por cerceamento de defesa que ora se decreta. Recurso de revista provido, no tema (Processo: RR - 788821-72.2001.5.01.5555 Data de Julgamento: 20/06/2007, Relatora Ministra: Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, 6ª Turma, Data de Publicação: DJ 07/03/2008).

Desse modo, **dou provimento ao recurso** para afastar a contradita da testemunha B. A. S. e, uma vez cerceado o direito de produção de prova da autora, **declaro a nulidade processual** suscitada e, por consequência, a **nulidade da sentença**, determinando-se o **retorno dos autos à MM. Vara do Trabalho** de origem para reabertura da instrução processual, a fim de ser ouvida a testemunha B. A. S. e, posteriormente proferida nova sentença, levando-se em conta todos os meios de prova produzidos durante a instrução processual, como entender de direito o Juízo de origem.

Permanecem válidos os depoimentos pessoais já colhidos durante a instrução processual perante o juízo de primeiro grau (PJe Mídias).

Prejudicada a análise dos demais pedidos expostos nos recursos ordinários das partes.

CONCLUSÃO

Em Sessão Virtual realizada nesta data, sob a Presidência do Excelentíssimo Desembargador Edmilson Antonio de Lima; presente o Excelentíssimo Procurador Luiz Renato Camargo Bigarelli, representante do Ministério Público do Trabalho; computados os votos dos Excelentíssimos Desembargadores Edmilson Antonio de Lima, Neide Alves dos Santos e Eliazer Antonio Medeiros;

ACORDAM os Desembargadores da 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, por unanimidade de votos, **CONHECER DOS RECURSOS ORDINÁRIOS EM PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO DAS PARTES**, assim como das respectivas contrarrazões. No mérito, por igual votação, **DAR PROVIMENTO AO RECURSO ORDINÁRIO DA AUTORA**, nos termos da fundamentação, para afastar a contradita da testemunha B. A. S. e, uma vez cerceado o direito de produção de prova da autora, declarar a nulidade processual suscitada e, por consequência, a

nulidade da sentença, determinando-se o retorno dos autos à MM. Vara do Trabalho de origem para reabertura da instrução processual, a fim de ser ouvida a testemunha B. A. S. e, posteriormente proferida nova sentença, levando-se em conta todos os meios de prova produzidos durante a instrução processual, como entender de direito o Juízo de origem, ficando prejudicada a análise dos demais pedidos expostos nos recursos ordinários das partes.

Custas inalteradas, por ora.

Intimem-se.

Curitiba, 7 de outubro de 2021.

EDMILSON ANTONIO DE LIMA
Desembargador Relator

PROCESSO nº 0000323-46.2020.5.09.0513 (ROT)

REJEIÇÃO DE PROVA ORAL EMPRESTADA APENAS EM SENTENÇA. RESTRIÇÃO DE DEFESA. NULIDADE PROCESSUAL CONFIGURADA. RETORNO À ORIGEM. I. A restrição ao direito de defesa ocorre quando há rejeição de produção de prova que seria de manifesta importância para a elucidação dos fatos postos em Juízo. Deve haver inicialmente, prova da restrição nos autos e mais: a parte lesada, deve demonstrar a existência de sério gravame processual (art. 794, da CLT). **II.** Em sede de audiência de instrução, após a oitiva das partes, o d. Juízo de origem consignou o requerimento de prova emprestada pela autora, assim como de quais autos adviria, porém, deixou de se manifestar sobre o acolhimento ou não da adoção postulada. **III.** Em seguida, encerrou a instrução processual em virtude de as partes terem declarado não possuírem outras provas a produzir. **IV.** Apenas em sentença deliberou sobre o ponto, asseverando não ter a demandante especificado quais depoimentos (pessoais ou testemunhais) seriam utilizados como prova, tampouco juntado aos autos a respectiva ata da prova pretendida, pelo que rejeitou a adoção desta. **V.** O procedimento adotado causou prejuízo à parte autora, a qual, por não ter sido devidamente informada do acolhimento ou não da prova emprestada, de forma tempestiva - em audiência -, tampouco da necessidade de juntada da respectiva ata - apesar de a prova oral estar gravada em registro audiovisual no sistema PJe Mídias -, concordou com o encerramento de instrução, quando, por exemplo, caso ciente da negativa, poderia ter requerido a redesignação do ato para oitiva de testemunha a seu convite. **VI.** A demandante teve, no mérito, pedidos rejeitados ante a ausência de comprovação, pelo que não há como se afastar o prejuízo à autora em razão da rejeição da utilização da prova produzida em outros autos apenas em sentença, o que dá azo, diante das particularidades do caso, à alegada nulidade em razão de restrição de defesa. **VII.** Caracterizada a nulidade processual, portanto, a partir

da ausência, em instrução, de decisão sobre o pedido de adoção de prova emprestada, determinando-se o retorno à origem para que seja designada nova audiência de instrução, com decisão sobre o ponto e regular prosseguimento do feito, e conseqüente novo julgamento da causa, como entender de direito o d. Juiz *a quo*. Recurso da autora a que se dá parcial provimento.

RELATÓRIO

V I S T O S, relatados e discutidos estes autos de **RECURSO ORDINÁRIO TRABALHISTA (1009)**, provenientes da **MM. 03ª VARA DO TRABALHO DE LONDRINA**.

Para melhor visualização dos autos digitais, os documentos foram convertidos ao formato PDF e as folhas citadas nesta decisão pertencem a esse arquivo único, em ordem crescente.

A ação foi ajuizada em 16/04/2020. O contrato de trabalho perdurou de 01/12/2010 a 26/04/2018 (CTPS, fl. 30).

Inconformadas com a r. sentença, fls. 908/921, complementada pela decisão resolutiva de embargos, fls. 931/934, ambas proferidas pelo Exmo. Juiz do Trabalho RONALDO PIAZZALUNGA, que acolheu parcialmente os pedidos, recorrem a 2ª ré e a autora.

A 2ª demandada, T. B. S.A., através do RECURSO ORDINÁRIO de fls. 953/965, postula a reforma da r. sentença quanto aos seguintes pontos: a) Responsabilidade Subsidiária; b) Horas Extras - Intervalo Intrajornada.

Contrarrazões apresentadas pela demandante, fls. 1043/1046, de forma tempestiva.

A autora, em seu turno, por meio do RECURSO ORDINÁRIO de fls. 988/1040, pugna pela modificação do r. julgado primeiro quanto aos seguintes temas: a) Indeferimento de Prova Emprestada - Cerceamento de Defesa - Nulidade Processual; b) Remuneração Variável - Diferenças; c) Horas Extras - Tempo à Disposição; d) Intervalo Intrajornada; e) Indenização por Dano Moral; f) Honorários de Sucumbência;

g) Juros e Correção Monetária.

Contrarrrazões apresentadas pelas 2ª, fls. 1049/1055, e 1º, fls. 1056/1067, rés, tempestivamente.

A 1ª ré, L. C. S.A., na petição ID. 4d300a6, pugnou pelo prosseguimento do feito.

Em 11/06/2022, no entanto, em nova petição, ID. e4e43cb, informou que ajuizou ação com pedido de recuperação judicial e, em tutela de urgência, *"foi determinada a suspensão de todas as execuções ajuizadas contra a L. C. e demais empresas que compõem o Grupo A., obstando quaisquer atos de retenção, arresto, penhora, sequestro, busca e apreensão e constrição judicial ou extrajudicial sobre os bens da Reclamada, bem como reconheceu que as empresas em Recuperação Judicial são isentas depósitos recursais para interposição de recursos, não havendo mais a necessidade de garantia do Juízo para futura condenação. Determinou também o Juízo da Recuperação Judicial que eventuais valores dos depósitos recursais trabalhistas sejam mantidos nos respectivos autos, sem que se defira levantamento aos credores trabalhistas"*, conforme decisão de ID. 293e7aa.

Realizou, ante o acima exposto, pedidos.

Os autos não foram remetidos ao Ministério Público do Trabalho, em virtude do disposto nos artigos 28 da Consolidação dos Provimentos da Corregedoria Geral da Justiça do Trabalho e 45 do Regimento Interno deste Tribunal.

FUNDAMENTAÇÃO

ADMISSIBILIDADE

Os recursos e as contrarrrazões foram firmados por procuradores com poderes devidamente outorgados pelas partes (autor, fl. 27; 1ª ré, fls. 147/149; 2ª ré, fls. 36/37).

O preparo, pela 2ª ré, foi regular - custas, fls. 986/987, e depósito recursal efetuado por meio de seguro garantia, observando os requisitos exigidos no ATO CONJUNTO TST.CSJT.CGJT Nº1, DE 16 DE OUTUBRO DE 2019, conforme fls. 966/985. É inexigível da autora.

As partes foram intimadas da decisão resolutive de embargos em 15/07/2021 (expedientes de 1º Grau - PJe). A 2ª ré interpôs o recurso ordinário em 20/07/2021 e a autora, em 21/07/2021, tempestivamente, portanto.

Os tópicos da sentença atacados no recurso impuseram sucumbência, de forma que está presente o interesse em recorrer.

Presentes os pressupostos legais de admissibilidade, **ADMITO** os recursos ordinários da ré T. B. S.A. e da autora.

Petição da 1ª Ré - L. C. S.A. - Suspensão do Feito

Conforme consignado em relatório, a 1ª demandada informou que ajuizou ação com pedido de recuperação judicial e, em tutela de urgência, *“foi determinada a suspensão de todas as execuções ajuizadas contra a L. C. e demais empresas que compõem o Grupo A., obstando quaisquer atos de retenção, arresto, penhora, sequestro, busca e apreensão e constrição judicial ou extrajudicial sobre os bens da Reclamada, bem como reconheceu que as empresas em Recuperação Judicial são isentas depósitos recursais para interposição de recursos, não havendo mais a necessidade de garantia do Juízo para futura condenação. Determinou também o Juízo da Recuperação Judicial que eventuais valores dos depósitos recursais trabalhistas sejam mantidos nos respectivos autos, sem que se defira levantamento aos credores trabalhistas”*, conforme decisão de ID. 293e7aa.

Requeru, tendo em vista o acima exposto, *“a) seja determinada a imediata suspensão deste feito trabalhista; b) seja determinada a imediata abstenção de quaisquer atos de retenção, arresto, penhora, sequestro, busca e apreensão e constrição judicial ou extrajudicial sobre os bens da Reclamada, especialmente bloqueios de contas bancárias; c) seja determinado que eventuais valores dos depósitos recursais deste feito trabalhista permaneçam mantidos nestes autos, sem que se defira levantamento de quaisquer valores; d) seja reconhecida, a partir de 09/06/2022, a isenção de depósitos recursais para a interposição de recursos, bem como reconhecida a desnecessidade de garantia do Juízo para futura condenação”*.

Da r. decisão retrocitada, porém, extrai-se que ainda não houve o deferimento do pedido de recuperação judicial, mas apenas, em caráter liminar, a suspensão de todas as execuções ajuizadas contra a ré, a abstenção de *“quaisquer*

atos de retenção, arresto, penhora, sequestro, busca e apreensão e constrição judicial ou extrajudicial sobre os bens do devedor, oriunda de demandas judiciais ou extrajudiciais cujos créditos ou obrigações sujeitem-se à recuperação judicial”, bem como que “eventuais valores dos depósitos recursais trabalhistas listados pelas partes autoras sejam mantidos nos respectivos autos, sem que se defira levantamento aos credores trabalhistas”.

Tendo em vista, todavia, que o presente feito não se encontra em fase de execução, tampouco possui valores depositados pela demandada, **nada a deferir**.

De toda forma, registro que o deferimento de pedido de recuperação judicial, assim como sua convolação em falência, não obsta o andamento de ações trabalhistas cujos créditos não estejam devidamente liquidados, como se depreende do disposto no art. 52, III, c/c art. 6º, §§ 1º e 2º, da Lei nº 11.101/2005.

Nessa linha de raciocínio dispõe a OJ EX SE nº 28 deste Tribunal Regional, que atribui à Justiça do Trabalho a competência para analisar as execuções trabalhistas contra as empresas com falência decretada ou em recuperação judicial até a fixação dos valores como incontroversos e a expedição da certidão de habilitação do crédito, possibilitando, inclusive, o direcionamento da execução aos sócios responsabilizáveis e codevedores.

Assim, tratando-se de ação trabalhista em fase de conhecimento e sem sentença líquida, ainda que deferido o pedido de recuperação judicial, não haveria que se falar em suspensão do feito, como pretendido.

Cito, por oportuno, as decisões proferidas no mesmo sentido nos autos 0001051-97.2017.5.09.0673 (RO), publicado em 23/05/2019; 0001177-62.2017.5.09.0863 (RO), publicado em 03/10/2018; e 0001015-67.2017.5.09.0863 (RO), publicado em 31/08/2018, todas de minha relatoria.

No que tange ao pedido de isenção relativa a depósitos recursais, por ora, **carece de interesse** a peticionante.

Antecipo a análise da preliminar do recurso da demandante, “Nulidade Processual - Indeferimento de Prova Emprestada”, ante a prejudicialidade observada.

PRELIMINAR**Indeferimento de Prova Emprestada - Cerceamento de Defesa - Nulidade Processual**

Em sede de audiência de instrução, fls. 899/901, após a oitiva da autora e dos prepostos das 1ª e 2ª réis, a demandante requereu a adoção de prova emprestada. As demandadas, porém, não concordaram.

A autora, assim, requereu fosse consignado o número dos autos em ata (000186-96.2020.5.09.0664).

Em seguida, fora declarado pelas partes que não mais havia provas a serem produzidas, ficando encerrada a instrução processual, com razões finais remissivas e sem decisão, pelo d. Magistrado singular, quanto ao acolhimento ou não da prova requerida:

(...)

A parte reclamante requer a produção de prova emprestada. As reclamadas não concordam.

A parte autora requer que seja consignado o número dos autos 000186-96.2020.5.09.0664.

As partes declaram que não têm outras provas a serem produzidas, razão pela qual fica encerrada a instrução processual.

Razões finais remissivas.

Tentativa final conciliatória rejeitada.

(...)

Acerca do ponto, porém, decidiu o d. Magistrado na r. sentença:

PROVA EMPRESTADA

Em audiência, a parte autora requereu a produção de prova emprestada e as reclamadas discordaram da pretensão.

Ainda que consignado em ata o número dos autos que a parte autora pretendida a utilização de prova emprestada, pondero que não especificado quais depoimentos (pessoais ou testemunhais) seriam utilizados como prova, não cabendo ao Juízo supor qual seria a pretensão da reclamante.

Além disso, sequer foram juntados aos autos a respectiva ata da prova pretendida, restando indeferida a produção da prova requerida.

Irresignada, a demandante recorre. Sustenta que, *“Ao ser requerida a utilização de prova emprestada, o MM Juiz nada decidiu, tendo apenas permitido que a Reclamante indicasse o número dos autos que conteriam a prova a ser utilizada. Ainda, além de nada ter decidido sobre a utilização da prova em audiência, o magistrado não determinou que a Reclamante apresentasse a ata do processo a ser utilizado como prova emprestada nos autos, não tendo fixado prazo para apresentação, ou pena pela não apresentação”*.

Ademais, segue, *“Quanto a especificação dos depoimentos a serem utilizados, tendo em vista que nos presentes autos foram colhidos os depoimentos pessoais das partes e não houve oitiva de testemunhas, presume-se que o requerimento de prova emprestada diz respeito à prova produzida nos autos delimitados, qual seja, o depoimento testemunhal. Mesmo que não fosse presumido tal fato, o juízo poderia ter utilizado todos os depoimentos dos autos requeridos como prova emprestada, ao invés de simplesmente não utilizar qualquer depoimento e deixar os presentes autos sem qualquer prova”*.

Ressalta, ainda, que, nos autos 0000186-96.2020.5.09.0664, *“foi ouvida apenas uma testemunha”*.

Desse modo, advoga, *“Evidencia-se o cerceamento de defesa do MM magistrado, que, ao invés de deferir ou indeferir o requerimento, ou requerer a junção dos depoimentos nos autos, para após decidir sobre a utilização deles, apenas constou em ata o número dos autos”*. Com tal procedimento, aponta, *“a procuradora da Reclamante foi impedida até mesmo de constar os protestos em ata, tendo em vista a ausência de decisão sobre a matéria”*.

Aventa aplicáveis ao processo do trabalho os arts. 369 e 372 do CPC e conclui que, *“dos dispositivos apresentados e utilizados como fundamento de*

requerimento da produção de prova emprestada, que não somente é possível a adoção de prova emprestada para casos envolvendo a mesma matéria fática e a mesma empresa Reclamada como deve ser acolhido o requerimento, sob pena de cercear o direito de defesa da parte".

Diante de todo o exposto, pois, pugna pela *"reforma da sentença para se declarar a nulidade dos autos desde o indeferimento da prova emprestada requerida, por claro cerceamento de defesa, pugnando seja tal prova analisada por esta E. Turma do TRT da 9ª Região em acórdão a ser proferido"*.

Subsidiariamente, pleiteia *"declarada a nulidade dos autos desde o indeferimento da prova emprestada requerida, com o conseqüente retorno dos autos ao MM. Juízo de primeiro grau para que profira nova sentença, analisando a prova emprestada"*.

Analiso.

A restrição ao direito de defesa ocorre quando há rejeição de produção de prova que seria de manifesta importância para a elucidação dos fatos postos em Juízo. Deve haver inicialmente, prova da restrição nos autos e mais: a parte lesada, deve demonstrar a existência de sério gravame processual (art. 794, da CLT).

É certo que cabe ao Poder Judiciário analisar a versão dos fatos, conforme narrativa de ambas as partes e apreciar cada versão de acordo com os meios de prova produzidos nos autos, considerando o ônus e a aptidão de cada parte.

Com o Novo Código de Processo Civil foi mitigado o sistema do livre convencimento motivado, com o intuito de vedar uma valoração de provas pautada apenas no subjetivismo, que poderia levar à arbitrariedade no julgamento, mas persiste a formação do convencimento baseada na persuasão racional da prova.

Na audiência de instrução, o d. Juiz, como visto, consignou o requerimento de prova emprestada pela autora, assim como de quais autos adviria (000186-96.2020.5.09.0664), porém, deixou de se manifestar sobre o acolhimento ou não da adoção postulada.

Em seguida, encerrou a instrução processual em virtude de as partes terem

declarado não possuírem outras provas a produzir.

Apenas em sentença deliberou sobre o ponto, asseverando não ter a demandante especificado quais depoimentos (pessoais ou testemunhais) seriam utilizados como prova, tampouco juntado aos autos a respectiva ata da prova pretendida, pelo que indeferiu a adoção desta.

Com todo respeito ao d. Magistrado singular, observo que o procedimento adotado causou prejuízo à parte autora, a qual, por não ter sido devidamente informada do acolhimento ou não da prova emprestada, de forma tempestiva - em audiência -, tampouco da necessidade de juntada da respectiva ata - apesar de a prova oral estar gravada em registro audiovisual no PJe Mídias -, concordou com o encerramento de instrução, quando, por exemplo, caso ciente da negativa, poderia ter requerido a redesignação do ato para oitiva de testemunha a seu convite.

Ademais, observo, da r. sentença, que, por exemplo, fora afastado o pleito relativo ao tempo à disposição sem registro de jornada, aduzido pela autora, em virtude de esta não ter se desincumbido de seu ônus probatório. Outrossim, quanto ao pleito relativo aos danos morais, o MM. Juiz *a quo* apontou que "*era ônus da parte autora comprovar as alegadas condições que dariam ensejo à indenização postulada, ônus do qual não se desincumbiu*".

Nesse contexto, **não há como se afastar o prejuízo à autora em razão da rejeição da utilização da prova produzida em outros autos apenas em sentença**, o que dá azo, ante as particularidades supra, à alegada nulidade em razão de restrição de defesa.

Nos termos do art. 795 da CLT a parte deve arguir a nulidade na primeira oportunidade que tiver para se manifestar nos autos (*As nulidades não serão declaradas senão mediante provocação das partes, as quais deverão argüi-las à primeira vez em que tiverem de falar em audiência ou nos autos*). Ciente do afastamento da prova emprestada apenas em sede de sentença, a parte autora se contrapôs em âmbito recursal, adequadamente, portanto.

Dessa forma, no presente caso, a rejeição da adoção da prova emprestada apenas na r. sentença causou prejuízo à autora.

Consoante decidido por este Colegiado, em recente julgado nos autos 0000770-82.2019.5.09.0088 (ROT), de relatoria do Exmo. Des. Luiz Alves, *"encontrando-se o processo em fase de instrução, é cabível o requerimento de produção de prova emprestada, mesmo após o interrogatório das partes, pois esta faculdade não prejudica o andamento da ação e não prejudica o direito de defesa da parte contrária"*.

Ausente, porém, decisão sobre o ponto na audiência e havendo prejuízo à parte requerente, como demonstrado nos autos, cabível a declaração de nulidade processual, com a conseqüente reabertura da instrução e decisão sobre o requerimento, para regular prosseguimento do feito e novo julgamento da causa, como entender de direito o d. Magistrado de primeiro grau.

Diante desses fundamentos, **dou parcial provimento ao recurso da autora** para declarar a nulidade processual, a partir da ausência, em instrução, de decisão sobre o pedido de adoção de prova emprestada produzida nos autos da reclamação trabalhista nº 0000186-96.2020.5.09.0664, determinando-se o retorno à origem para que seja designada nova audiência de instrução, com decisão sobre o ponto e regular prosseguimento do feito, e conseqüente novo julgamento da causa, como entender de direito o d. Juiz *a quo*.

Prejudicadas as demais pretensões recursais da autora e da 2ª ré.

Acórdão

Em Sessão Virtual realizada nesta data, sob a Presidência da Excelentíssima Desembargadora Ana Carolina Zaina; presente o Excelentíssimo Procurador Jose Cardoso Teixeira Junior, representante do Ministério Público do Trabalho; computados os votos dos Excelentíssimos Desembargadores Ana Carolina Zaina, Luiz Alves e Claudia Cristina Pereira; **ACORDAM** os Desembargadores da 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, por unanimidade de votos, **ADMITIR OS RECURSOS ORDINÁRIOS DA 2ª RÉ, T. B. S.A., E DA AUTORA**. Em análise de preliminar, por igual votação, **DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DA AUTORA** para acolher a preliminar de nulidade processual, por restrição ao direito de defesa, a partir da ausência, em instrução, de decisão sobre o pedido de adoção de prova emprestada produzida nos autos 0000186-96.2020.5.09.0664, determinando-se o retorno à origem para que seja designada nova audiência de instrução, com decisão sobre o ponto e regular prosseguimento do feito, e conseqüente novo

juízo da causa, como entender de direito o d. Juiz *a quo*, prejudicada a análise das demais pretensões recursais da demandante e da 2ª ré. Tudo nos termos da fundamentação.

Sem custas, por ora.

Intimem-se.

Curitiba, 14 de junho de 2022.

ANA CAROLINA ZAINA

Relatora

PROCESSO nº 0000490-53.2020.5.09.0678 (ROT)**RELATÓRIO**

V I S T O S, relatados e discutidos estes autos de **RECURSO ORDINÁRIO**, provenientes da **MM. 1ª VARA DO TRABALHO DE PONTA GROSSA**

Inconformado com a r. sentença de fls. 151-159, proferida pela Exma. Juíza do Trabalho **GIANA MALUCELLI TOZETTO**, que rejeitou os pedidos, o autor C. A. H. interpõe recurso ordinário às fls. 170-179, postulando sua reforma quanto aos seguintes temas: Informação desabonadora - indenização por danos morais.

Custas processuais dispensadas.

Apesar de devidamente intimada, a ré B. D. B. P. Q. LTDA não apresentou contrarrazões.

Os autos não foram encaminhados ao Ministério Público do Trabalho, ante a desnecessidade de seu pronunciamento.

FUNDAMENTAÇÃO**ADMISSIBILIDADE**

Embora o argumento apresentado nos memoriais de fls. 183-184 não tenha sido apresentado de forma oportuna, no prazo para contrarrazões, ressalto que as partes foram intimadas da r. sentença de fls. 151-159 em 12/02/2021 (sexta-feira), conforme expedientes de 1º grau do sistema PJe. Assim, o prazo para interposição de recursos teve início em 18/03/2021 (quinta-feira), isso em razão do feriado do carnaval (15 a 17/02/2021) e transcorreu normalmente até seu sétimo dia (26/02/2021, sexta-feira). Ocorre que, em resposta a ofício da OAB e a requerimento da Amatra IX, o TRT-PR publicou o Ato Conjunto Presidência-Corregedoria nº. 01/2021, em que suspendeu os prazos processuais, as audiências e sessões de Turmas, da Especializada e do Pleno, nas modalidades presencial e virtual de 27/02/2021 a 07/03/2021. Como os prazos voltaram a transcorrer normalmente em 08/03/2021, oitavo dia do prazo legal e data da interposição do recurso de fls. 170-179, não há que falar em intempestividade.

Diante do exposto, presentes os pressupostos legais de admissibilidade, **CONHEÇO** do Recurso Ordinário interposto.

MÉRITO

RECURSO ORDINÁRIO DO AUTOR C. A. H.

1. Informação desabonadora - indenização por danos morais

Sobre o tema, assim foi decidido pelo MM Juízo de origem (fls. 152-158):

DANO MORAL E MATERIAL

O autor foi desligado da empresa em 20 de maio de 2019, após um contrato de um ano de trabalho. Nascido em 1964, ou seja, em seus 56 anos de vida trabalhou um único ano para a reclamada.

O que se vê do currículo do autor é que foi motorista de caminhão truck, com carteira CNH categoria D, não tendo permanecido nos empregos por tempo longo. Está a procura de emprego na função de motorista de caminhão, mas nos primeiros seis meses de procura estava com sua CNH vencida. No emprego imediatamente anterior ao havido na reclamada o reclamante permaneceu somente três meses. Os demais períodos de emprego foram de um, dois no máximo três anos.

Transcrevo do curriculum anexado aos autos pelo reclamante:

R. M. S. Função: Motorista de Truck Salário: R\$ 1.740,00. Admissão: Dezembro de 2017. Desligamento: Fevereiro de 2018.

I. R. Função: Motorista de Truck. Salário: R\$ 2.600,00. Admissão: Janeiro de 2015. Desligamento: Agosto de 2017.

U. C. Função: Motorista de Truck. Salário R\$ 1.821,00. Admissão: Julho de 2014.

M.C.D. P. E S. LTDA - ME: Função: Gerente. Salário: R\$ 2.100,00. Admissão: Agosto de 2011. Desligamento Junho de 2014.

L. G. Função: Motorista de Truck. Salário: R\$ 1.500,00. Admissão: Janeiro de 2010. Desligamento: Janeiro de 2011.

B. T. R. LTDA.Função: Motorista de Truck. Salário: R\$ 13% de Comissão+ R\$.1.000,00 de ajuda de custo. Admissão: Março de 2006. Desligamento: Novembro de 2009

Estes elementos são integrantes do currículo do autor e da pessoa do autor enquanto trabalhador não se afastam no momento de uma análise. Sua carteira é tipo D (esta que informou no currículo e, portanto, a que foi analisada, encontrava-se vencida desde agosto de 2019), não permanece nos empregos por muito tempo, sendo os dois últimos contratos de três meses e um ano. Todos estes elementos não podem ser atribuídos a reclamada. As rescisões contratuais anteriores não são decorrentes de ato da reclamada nem tampouco do trabalho prestado pelo autor junto a reclamada. Outrossim, os currículos foram enviados no segundo semestre do ano de 2019 e no início do ano de 2020. Não há prova nos autos de que houvesse vaga nas empresas para as quais o reclamante enviou currículo sendo prática de costume e, portanto, pública e notória, que é comum as empresas manterem banco de dados de currículos para eventual surgimento de vaga. As empresas ao que se vê dos costumes não se recusam ao recebimento de currículos quando procuradas a tanto. Os currículos aliás, foram enviados por email sequer com resposta pelas empresas ou confirmação de seu recebimento.

O que se tem de concreto nos autos é que o reclamante buscou uma vaga de emprego para a qual não possuía habilitação profissional, vez que a categoria D de sua CNH não lhe habilitava ao caminhão que deveria ser conduzido pelo candidato - prova testemunhal constante dos autos.

Neste aspecto é de se ressaltar que a CNH anexada posteriormente pelo reclamante não é a mesma que inseriu em seu currículo encaminhado as empresas como bem consta da inicial:

C. A. H.

CNH-XXX.XXX.XXX-48

Cat. D

Data de Nascimento XX/XX/1964

Enquanto a CNH juntada pelo autor com validade a partir de fevereiro de 2020 é categoria E, a CNH mencionada no currículo é específica da categoria D.

Outrossim, em se admitindo como prova gravação clandestina há que se admitir os documentos dos ids 08ad42d, fe4ca5c, c981851, os quais dois se tratam de resposta de empresas e um de declaração. Todos referentes a contato que o reclamante teria feito buscando emprego.

Destas empresas, uma não recebeu contato e currículo do autor. As demais não o contrataram por motivos diversos daquele alegado na inicial. Aliás, as empresas demonstram não ter tido contado com a reclamada para fins de avaliação do candidato. A não contratação foi pela preferência de residência em Caçador e pela categoria da carteira do autor ser incompatível com 95% da frota da empresa contratante.

Por fim, a **CNH** que o reclamante insere em seu currículo enviado a partir de setembro de 2019 teve sua **validade expirada** em **15 de agosto de 2019** - Id a7c1e75.

OU seja, os currículos foram enviados entre setembro de 2019 e janeiro de 2020, mas a CNH que consta destes encontrava-se VENCIDA.

O reclamante obteve outra carteira de motorista, desta vez em categoria diversa, o que apenas vem justificar a necessidade vislumbrada pelo mesmo em obter habilitação na categoria E, corroborando as alegações da reclamada.

Esta carteira de trabalho data, no entanto, de fevereiro de 2020.

OU seja, o reclamante não estava habilitado a exercer a função de motorista no período de agosto de 2019 a 07 de fevereiro de 2020, não podendo atribuir este fato a reclamada.

Em resumo.

O autor não comprovou a vinculação de sua não contratação a informações prestadas pela reclamada a respeito de sua pessoa.

O autor sequer comprovou que alguma empresa tenha contactado a reclamada em busca de informações de sua pessoa. Ao contrário, o que consta dos autos é a prova das empresas que não buscaram estas informações e que não contrataram o autor por motivo diverso.

Dos autos consta prova de que o reclamante ao longo de sua vida

profissional não se manteve por muito tempo nos empregos, não tendo constância, sempre contratos de empregos de até dois/três anos, sendo os dois últimos de três meses e um ano respectivamente, fatos que também integram o currículo do autor.

Dos autos também consta que o autor buscou emprego por 6 meses enquanto sequer habilitação de trânsito válida possuía, fato que à evidência representa óbice a sua contratação na função de motorista.

Não obstante, preferiu o autor solicitar a uma pessoa de sua confiança que realizasse uma ligação direta a um ex-colega de trabalho seu, Sr. Paulo.

Este colega recebeu a ligação, mostrou-se confuso com as perguntas, reticente ao dar a resposta e finalmente deu sua impressão pessoal “eu não contrataria”, sem qualquer outra informação.

Este colega de trabalho do autor não representa a empresa. Não integra o setor de RH, não é gerente ou diretor da empresa. Os senhores que atenderam o telefone são integrantes do setor de frotas e logística.

A ligação foi feita pelo reclamante diretamente a este setor, buscando a resposta.

Já eventual ligação de uma empresa terceira que estivesse em busca de informações do autor seria para o telefone da empresa e não a um ramal direto de um setor específico. Ou seja, uma terceira pessoa, que desconhece a sistemática de trabalho da reclamada, sua composição de setores e pessoal, entraria em contato para o numero central da empresa, buscaria o RH, a gerência, ou seja, passaria pela telefonista. Esta a conduta profissional de praxe.

O reclamante dirigiu a ligação na busca da prova. Obteve a resposta individual de um colega, pensamento pessoal do colega e não informação em nome da empresa. Impressão e opinião pessoal em primeira pessoa.

A gravação foi clandestina e ofende a privacidade do trabalhador que não representa a empresa e não está no setor RH, o que inclusive pode ter trazido ao trabalhador em questão situação indesejada no trabalho, por ter extrapolado suas funções emitindo opinião pessoal a respeito de outro trabalhador.

Sequer há como se ter a certeza de que a ligação foi direcionada para colega e amigo do reclamante no intuito de receber a resposta que lhe beneficiaria. Ou se a ligação foi justamente direcionada a pessoa com quem o reclamante teve desentendimentos e dissabores pessoais e portanto, poderia obter resposta favorável a si.

Fato é que do currículo do autor, de sua CTPS não consta o setor onde trabalhou, nem tampouco o nome de seus colegas e seus líderes imediatos no setor. Assim, não há qualquer razoabilidade em se admitir este telefonema dirigido a pessoa do Sr. Paulo.

O telefonema foi para o Sr. Paulo, a pessoa que telefonou pediu especificamente para falar com Sr. Paulo.

Ora, como dito, não há como se estabelecer que a reclamada tenha prestado informações desabonadoras do reclamante a partir desta conversa telefônica juntada aos autos até porque como uma empresa terceira saberia que teria que ligar e pedir para falar com o Sr. Paulo.

O SR. Paulo que atendeu a ligação se mostrou confuso sobre o conteúdo da conversa, disse não estar entendendo o que bem demonstra que não está familiarizado com esta espécie de telefonema, não sendo o responsável por informações tais.

Assim, por todos estes elementos entendo não comprovada a alegação de que a reclamada tenha prestado informações desonrosas do reclamante ou mesmo que tenha responsabilidade pela sua não contratação em outras pretensões de emprego.

Julgo **IMPROCEDENTES** as pretensões do autor em face da reclamada.

O recorrente sustenta, em síntese, que após a rescisão contratual com a reclamada e a celebração de acordo na reclamatória trabalhista que ingressou contra ela, não conseguiu outro emprego, mesmo após diversos processos seletivos em empresa do ramo. Alega que *“o sinal indicador mais comum do fornecimento de más informações maldosas, observa-se quando o trabalhador está passando para a segunda fase de entrevistas de empregos e sem motivos aparentes, a oferta acaba, ou você não*

recebe nenhum feedback de seu emprego atual. Mas se está acontecendo repetidamente, pode ser algo causado por uma referência negativa" (fl. 172).

Aduz que "tentou investigar a realidade a respeito das informações que a reclamada estava dando a seu respeito, ocasião em que através de um telefonema providenciado para a mesma e para falar com o seu antigo chefe, de nome **P. N.**, constatou a realidade dos fatos, **tendo o mesmo referido Paulo, denegrindo a imagem do reclamante**", que "sendo o Sr. Paulo inquirido por telefone, a respeito de que se tratava de empresa onde o reclamante teria deixado currículo e procurando informações para contrata-lo, o mesmo respondeu que **"se fosse eu não contratava!"** e que "em face de tal procedimento da empresa reclamada o autor entendeu porque as empresas que visitou à procura de emprego, não o contratavam, obviamente em decorrência da informação negativa que era dada, sugerindo-lhes para que não o contratassem, denegrindo dolosamente sua imagem, por espírito vingativo, apesar de que apenas exercera o seu direito constitucional de ação que, inclusive, fora acolhido pelo judiciário trabalhista, sancionando a conduta fraudulenta patronal" (fl. 173).

Afirma que "em face de tal conduta maledicente, conduta ilícita da reclamada ao denegrir **DOLOSAMENTE** a imagem do reclamante, recomendando que não fosse contratado por ninguém, obviamente atingiu a sua honra, sua imagem e sua autoestima , pois passou a se considerar um ponto fora da curva, na medida em que sempre foi um ótimo profissional motorista, com grande experiência e - face à conduta ilícita da reclamada - passou a ser olhado como cidadão de segunda categoria, desvalorizado, sem auto confiança, como consequência da conduta dolosa da reclamada que impedia a sua contratação, informando ao coletor de informação curricular que "se fosse eu não contratava"" (fls. 173-174), que é legítimo como meio de prova a gravação de telefone por um dos interlocutores (fls. 177-178) e que "em face de tal procedimento sorrateiro da reclamada - descoberto - o autor compreendeu porque empresas que visitou à procura de emprego, não o contratavam, obviamente em decorrência da informação negativa que era dada, sugerindo lhes para que não o contratassem, denegrindo dolosamente sua imagem, por mero espírito vingativo, apesar de que apenas exercera o seu direito constitucional de ação que, inclusive, fora acolhido pelo judiciário trabalhista, sancionando a primeira conduta fraudulenta da reclamada" (fl. 178).

Aduz que *"apesar de PROVADO CABALMENTE O ATO ILÍCITO, como demonstrado, a r. sentença recorrida fez de tudo para pôr a culpa do desemprego do reclamante nele mesmo, chegando ao cúmulo de analisar a vida pregressa profissional do autor, o fato de ter exercido direito de ação em outras ocasiões, o que é legal e não pode ser interpretado contra o autor/recorrente, isentando a reclamada de qualquer responsabilidade, OLVIDANDO os princípios da proteção e de in dubio pro misero, pois, se há dúvida a respeito da matéria esta deve ser resolvida em favor do hipossuficiente e não da empresa infratora da legislação de regência, como demonstrado"* (fls. 178-179), que *"após olvidar totalmente a gravação da conversa que desabonou integralmente a capacidade profissional do autor e colocar a culpa do desemprego no reclamante, a sentença concluiu, data vênia de forma totalmente injusta"* e que *"por economia processual, o autor se reporta e ratifica as suas razões expendidas às fls. 101 a 110 dos autos, inclusive as decisões jurisprudenciais ali carreadas, assim como se reporta às suas razões finais, de fls. 147 a 150, requerendo sejam apreciadas devidamente por este Tribunal o que, lamentavelmente, parece que não ocorreu em primeiro grau, data vênia"* (fl. 179).

Requer *"A REFORMA DA SENTENÇA e a integral procedência dos pedidos da inicial"* (fl. 179).

Analiso.

A indenização relativa ao dano moral encontra amparo no art. 5º, incisos V e X, da Constituição Federal, vez que garantem serem *"invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação"*. No âmbito infraconstitucional, a indenização por dano moral encontra-se assegurada no art. 186 do Código Civil, o qual dispõe que *"Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito"*. Para a configuração do dano moral, necessária a existência dos seguintes elementos: ato ilícito praticado pelo empregador, dano e nexo de causalidade entre o dano e o ato.

Importante ressaltar que, embora não se trate de figura nova, atualmente a CLT prevê expressamente a reparação pelo dano extrapatrimonial, indicando no art. 223-B que *"Causa dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que*

ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica, as quais são as titulares exclusivas do direito à reparação”.

O ônus de prova quanto aos fatos que amparam o pedido fundado no dano moral pertence à parte autora, conforme artigos 818 da CLT e 373, I, do CPC.

No caso dos autos, o autor apresenta como prova de suas alegações gravação telefônica realizada por terceira pessoa, identificada apenas como uma amiga de sua filha, que teria entrado em contato com o Sr. P. N. , encarregado do setor de logística da empresa reclamada, fazendo-se passar por representante de uma empresa supostamente interessada na contratação do autor e que estaria pedindo referências A prova foi juntada de forma física junto à secretaria da Vara do Trabalho, nos termos da certidão de fl. 97.

Sobre a validade da referida gravação telefônica, peço vênias para transcrever e adotar como razões de decidir, trecho de precedente deste Regional, da lavra do Exmo. Desembargador Ubirajara Carlos Mendes, nos autos ROT 0000184-25.2018.5.09.0009, acórdão publicado em 20/08/2019:

“(…)

O artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal veda expressamente a utilização no processo de provas obtidas por meios ilícitos. Por sua vez, o inciso XII do mesmo dispositivo constitucional considera inviolável o sigilo das comunicações telefônicas, salvo por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal, em reiteradas decisões, tem diferenciado interceptação telefônica de gravação clandestina. A primeira, em regra vedada pela Constituição e, por consequência, inadmissível como meio prova, ocorre quando um terceiro capta determinada conversa telefônica, com ou sem o conhecimento dos interlocutores. Já a gravação é aquela feita por quem participa da conversa (interlocutor), sem a ciência do outro participante.

Nesta hipótese, entende-se que não ocorre violação da privacidade dos envolvidos, a menos que haja causa legal de sigilo ou de reserva da conversação, pois, conforme assentou o Ministro Cezar Peluso no julgamento do RE nº 402717, “... quem revela conversa da qual foi partícipe, como emissor ou receptor, não intercepta, apenas dispõe do que também é seu e, portanto, não subtrai, como se fora terceiro, o sigilo à comunicação ...” (RE 402717, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO,

Segunda Turma, julgado em 02/12/2008, DJe-030 DIVULG 12-02-2009 PUBLIC 13-02-2009 EMENT VOL-02348-04 PP-00650 RTJ VOL-00208-02 PP-00839 RT v. 98, n. 884, 2009, p. 507-515).

Nesse sentido, citam-se os seguintes precedentes do C. TST:

RECURSO DE REVISTA - NÃO REGIDO PELA LEI Nº 13.015 / 2014 - ASSÉDIO MORAL - GRAVAÇÃO TELEFÔNICA POR UM DOS INTERLOCUTORES - LICITUDE DA PROVA. A Jurisprudência prevalecente no Tribunal Superior do Trabalho orienta-se no sentido de que uma gravação telefônica feita por um dos interlocutores não constitui prova ilícita, ainda que sem o Conhecimento do Outro. Trata-se, portanto, de prova lícita apta à comprovação de matérias alegadas pela parte requerente. Precedentes do TST. Recurso de revista conhecido e provido. (...). (Processo: RR - 39800-83.2007.5.02.0042. Órgão Judicante: 7ª Turma. Relator : LUIZ PHILIPPE VIEIRA DE MELLO FILHO. Julgamento: 24/04/2019. Publicação: 03/05/2019).

RECURSO DE REVISTA. (...). INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. PROVA LÍCITA. GRAVAÇÃO DE CONVERSA TELEFÔNICA POR UM DOS INTERLOCUTORES, SEM O CONHECIMENTO DO OUTRO. A proteção constitucional não contém o artigo 5º, inciso XII, da CF, dirige-se à proteção do sigilo e da privacidade dos interlocutores contra a interceptação da conversa por terceiros. Vale dizer, between the interlocutive no há sigilo no theory of communication that establishes between si. Há uma proibição de que, de algum modo, divulgue a comunicação, se não for impregnada de causa legal de sigilo ou de reserva de conversação. Precedentes do STF. Nesse passo, uma gravação de conversa telefônica com o fim de provar que uma empresa deve ser desabonadora de uma empresa profissional do seu ex-empregado, quando consultada, é válida. Recurso de revista não conhecido. (...). (Processo: RR - 1358-87.2012.5.15.0114. Órgão Judicante: 6ª Turma. Relator : AUGUSTO CÉSAR LEITE DE CARVALHO. Julgamento: 30/05/2018. Publicação: 15/06/2018).

RECURSO DE REVISTA. (...). 4. GRAVAÇÃO UNILATERAL DE DIÁLOGO ENTRE PESSOAS, EFETIVADA POR UM PARTICIPANTES. MEIO LÍCITO DE PROVA. NÃO ENQUADRAMENTO NO CONCEITO CENSURADO DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA . Não existe ilicitude na gravação unilateral de diálogo entre pessoas, mesmo que através de uma telefônica ou congênere, desde que se realize uma gravação por um dos interlocutores, ainda que sem conhecimento do (s) outro (s), reserva ou de sigilo. Tal meio de prova pode, sim, ser utilizado em Juízo pelo autor da gravação . Esta medida não pode ser utilizada para interceptar a telefonia, nem para o sigilo telefônico, mas também para os regulados pela Constituição (art. 5º, X, XII

e LVI, CF / 88) . Recurso de revista não conhecido. (...). (Processo: RR - 20100-06.2007.5.03.0136. Órgão Julicante: 3ª Turma. Relator : MAURICIO GODINHO DELGADO. Julgamento: 29/05/2013. Publicação: 07/06/2013).

Nesse contexto, com o devido respeito com o posicionamento da d. Magistrada de origem, tem-se que a aludida gravação deve ser admitida como prova, na medida em que trazida por um de seus interlocutores.

É preciso considerar, igualmente, a dificuldade na produção da prova dos fatos ora examinados e que não existe, no caso concreto, a gravidade que advém do flagrante preparado no âmbito do direito penal. Assim, à luz do princípio da proporcionalidade, que impõe sopesar os interesses da Reclamada com o direito fundamental à prova e com o valor social do trabalho, tem-se que a gravação juntada pela Reclamante não implica ofensa ao art. 5º, incisos XII e LVI, da Constituição Federal.

(...)"

No caso sob análise, segundo confidenciou o autor em seu depoimento pessoal, desconfiado de que a empresa reclamada estava passando informações negativas a seu respeito, pensou em investigar suas suspeitas e fazer uma ligação telefônica pedindo referências suas. Assim, a ligação foi realizada por uma amiga de sua filha. Na gravação a pessoa se identifica como Ana, da empresa ASR Transportes.

Segue a degravação completa da referida ligação:

Primeiro interlocutor (00:01): Alô.

Ana (00:02): Alô

Primeiro interlocutor (00:03): Alô.

Ana (00:04): Oi. Eu gostaria de falar com o Paulo.

Primeiro interlocutor (00:07): Só um minutinho. Quem gostaria?

Ana (00:09): É Ana da ASR.

Primeiro interlocutor (00:12): Só um minutinho.

Paulo (00:47): Alô.

Ana (00:49): Alô. Sr. Paulo?

Paulo (00:50): Alô.

Ana (00:51): Alô.

Paulo (00:52): Isso.

Ana (00:53): Oi.

Paulo (00:52): Oi.

Ana (00:53): Oi.

Ana (00:54): É... Sr. Paulo, eu sou aqui da ASR eu gostaria de uma informação à respeito....

Paulo (00:59): Não estou conseguindo entender, está fazendo eco a ligação...

Ana (01:02): Oi

Ana (01:03): É...eu estou tentando conversar com vocês a respeito de um currículo que a gente tem aqui...O Sr. está conseguindo me ouvi?

Paulo (01:12): Não. Não entendi.

Ana (01:14): Oi, eu precisa de umas informações a respeito de um currículo que eu estou com ele aqui, de uma pessoa que trabalhou ai com vocês.

Paulo (01:23): É como motorista?

Ana (01:25): Isso. Aham, o nome dele é C. A. H. .

Paulo (01:30): Ah... sim. Viu, vou pedir então pra que você dê uma ligadinha, no.... deixa eu ver.....bem, bem eu vou...., da onde que você é?

Ana (01:25): É.....eu sou da empresa ASR Transportes.

Paulo (01:44): Ah... sim. A gente transporta com vocês né, ou transportava né?

Ana (01:48): Aham..

Ana (01:49): Pois é, daí a gente gostaria de ver, porque a gente recebeu um currículo dele aqui, daí a gente tá precisando de umas informações.

Paulo (01:57): Ah... sim. Olha, eu não tenho muita coisa pra te falar, mas eu não contrataria ele.

Ana (02:03): Uhum....Ahhhh

Paulo (02:05): Não posso te falar muita coisa pra te falar, mas eu não contrataria...

Ana (02:08): Ah, então tá bom.

Paulo (02:05): seu eu trabalhasse pra vocês também.

Ana (2:012): Então tá, mas daí vocês teriam alguma coisa assim que desabonasse?

Paulo (02:19): Não, eu não posso te falar né, mas eu não contrataria.

Ana (02:22): Ah, sim, uhummm, mas então tá bom, muito obrigada pela informação, tá?

Paulo (02:28): Então tá. Obrigado você.

Ana (02:29): Tá, tchau, tchau.

Paulo (02:31): Tchau, tchau.

A testemunha Suellen, ouvida a convite da reclamada, telefonista da empresa reclamada, disse que as ligações encaminhadas para a empresa caem numa gravação em que há a opção de digitar o ramal desejado ou de aguardar ser atendida por ela. Afirmou que os pedidos de informações sobre empregados por outras empresas são direcionados ao setor de RH e que não se lembra de ter atendido a referida ligação. E por não ter identificado a gravação da empresa na ligação acredita que, provavelmente, ela tenha sido realizada para o celular do Sr. Paulo, informação confirmada pela segunda testemunha da ré, Sr. M. A., que além disso, confirmou que era de fato um telefone celular e que era ele o primeiro interlocutor, quem atendeu a ligação e conversou com a interlocutora “Ana” antes de passar o aparelho ao Sr. Paulo.

Data venia da MM Juíza de origem, entendo lícita a prova apresentada pelo autor, pois análoga à prova colhida pelo próprio interlocutor, e não guarda qualquer semelhança à ilícita interceptação clandestina. Portanto, a disponibilização ao autor do conteúdo da referida ligação, pela interlocutora “Ana”, não fere o art. 5º, XII e LVI, da Constituição Federal.

Em que pese o encarregado de logística da empresa, Sr. Paulo, tenha sido enfático ao dizer “*eu não contrataria*”, observa-se que ele evitou fazer comentário específico sobre os motivos da sua afirmação, mesmo tendo sido provocado pela interlocutora “Ana” sobre possível informação adicional. Passa-se, então, a analisar se a informação colhida da referida ligação tinha potencial para impactar no insucesso do autor na conquista de um novo emprego, se passada a outros potenciais empregadores.

A reclamada alegou em sua manifestação de fls. 141-143, que a CNH do autor sob o nº XXX.XXX.XXX-48, que constou do currículo do autor (fls. 45-46) encaminhado a várias empresas, entre 12/08/2019 e 29/07/2020 (fls. 30-44 e 47), além de vencida em 15/08/2019, era categoria “D”, mais limitante do que a categoria “E”. E que o autor só emitiu nova CNH, desta vez, categoria “E”, em 07/02/2020, ou seja, durante os quase 6 (seis) meses em que esteve se candidatando a vagas de emprego, o autor não se deu conta que seu insucesso poderia estar ligado à irregularidade e à categoria de sua CNH.

Observa-se também que a reclamada consultou algumas das empresas que o autor relacionou em sua petição inicial, que teria procurado para candidatar-se a vagas de emprego e recebeu as seguintes respostas:

a) C. V. L. Ltda: *"o referido trabalhador passou em nossa empresa em 29/08/2019 realizando entrevista, testes e demais procedimentos com vistas a contratação a uma vaga para motorista, porém, não chegou a se qualificar por conta da categoria de sua CNH, que era "D" e a necessidade da empresa era profissional habilitado a categoria "E", **uma vez que mais de 95% de sua frota** é composta por veículos acoplados com reboque e semireboque, cuja capacidade de transporte é mais de 6.000kg em seu peso bruto total, bem como pela pouca experiência como motorista carreteiro profissional"* (fl. 87);

b) T.: Frente ao questionamento do escritório que representa a reclamada, a representante do RH da referida empresa encaminhou a seguinte resposta *"Não consta em nossos arquivos nenhum teste ou ficha de solicitação de emprego neste nome"* (fl. 88).

c) T.: Por email o representante do RH da empresa disse que *"No dia 04/09/2019 entrevistamos o Sr. C. A. H. para vaga de motorista. Infelizmente não temos mais os formulários de entrevista e resultados de testes arquivados para lhe passar. Arquivamos apenas por três meses, por motivos de espaço físico. Mas em nossa planilha de controle o motivo registrado pela não aprovação foi que naquele momento estávamos dando preferência em contratar pessoas que residiam na cidade de Caçador e no endereço do Sr. C. A. H. constava que o mesmo residia em Ponta Grossa - PR. Por esse motivo deixamos de chamá-lo para a próxima etapa do processo seletivo, então não chegamos nem entrar em contato com as empresas anteriores para pedir referências pois o mesmo não concluiu todas as etapas do nosso processo de seleção"* (fls. 90-91).

Em complemento a essas informações, a reclamada arrolou como uma de suas testemunhas, representante do RH da empresa C. V. L., Sra. M. d. P. R. D. G., que em audiência confirmou que *"o autor não foi aprovado porque não atendia às exigências, a principal delas é a categoria da CNH"*.

Diante de todo o exposto, observo que a hipótese em exame se reveste de particularidades que afastam a conclusão de que o autor, de fato, perdeu

oportunidades de emprego em razão de más referências dadas pela reclamada, ou mesmo, individualmente pelo Sr. P. N..

É possível identificar do conjunto probatório que outras circunstâncias, em especial o vencimento da CNH e a ausência de habilitação na categoria “E”, com a emissão de nova CNH categoria “E” apenas em 07/02/2020, foram determinantes para a não contratação do autor. Se o autor não tinha a habilitação válida necessária para as vagas às quais se estava candidatando, não poderia mesmo ser contratado, independentemente de qualquer coisa que dissesse a reclamada a seu respeito e não obstante não seja lícito à reclamada dar informações desabonadoras de seus ex empregados. Bastaria à reclamada dizer que não dá informações acerca de ex-empregados, confirmando dados apenas, se trabalhou, qual período e qual função. O novo empregador sempre terá o contrato de experiência para conhecer o empregado. E o trabalhador que encontrou dificuldades num contexto de trabalho, pode não as encontrar em outro, ou pode estar em outro momento da vida, no qual possa ser um bom empregado, se de fato não se saiu bem perante o antigo empregador. A empresa não tem nada a ganhar passando informações desabonadoras de ex empregados, mas pode ter muito a perder. E não tem direito de lesar o trabalhador em razão de uma postura vingativa. Além disso ela responde pelos atos de seus prepostos, ainda que o contato possa ter ocorrido diretamente no celular do Sr. Paulo, como alega.

Na hipótese em exame, apenas porque não restou comprovado o nexo de causalidade entre a conduta da empresa, ou mesmo do Sr. P. N. , evidenciada na ligação telefônica e o insucesso do autor na busca por um novo emprego, havendo nos autos evidências de que a não contratação decorreu da ausência de habilitação válida do autor para as vagas às quais estava se candidatando, deixa-se de reconhecer o direito à indenização por danos morais.

Rejeito a pretensão do recorrente.

ACÓRDÃO

Em Sessão Virtual realizada nesta data, sob a Presidência Regimental da Excelentíssima Desembargadora Thereza Cristina Gosdal; presente a Excelentíssima Procuradora Darlene Borges Dorneles, representante do Ministério Público do

Trabalho; computados os votos dos Excelentíssimos Desembargadores Thereza Cristina Gosdal, Adilson Luiz Funez e Aramis de Souza Silveira; **ACORDAM** os Desembargadores da 3ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, por unanimidade de votos, **CONHECER DO RECURSO ORDINÁRIO DO AUTOR C. A. H.** . No mérito, por igual votação, **NEGAR-LHE PROVIMENTO**, nos termos da fundamentação.

Custas inalteradas.

Intimem-se.

Curitiba, 9 de junho de 2021.

THEREZA CRISTINA GOSDAL
Relatora

PROCESSO 0000250-40.2021.5.09.0028 (ROT)

PRODUÇÃO DE PROVA ORAL. INDEFERIMENTO. PREJUÍZO DEMONSTRADO. CERCEIO AO DIREITO DE PRODUÇÃO DE PROVA. OFENSA ÀS GARANTIAS DO CONTRADITÓRIO, DA AMPLA DEFESA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. NULIDADE PROCESSUAL. Os poderes de direção do processo conferidos ao juiz não se sobrepõem às garantias constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, previstas no art. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal. A imposição de formalidade não prevista em lei, que dificulte ou impeça a produção de prova oral necessária ou útil para o deslinde da controvérsia constitui cerceio do direito de produzir prova. Nulidade processual reconhecida. Recurso do autor a que se dá provimento.

I - RELATÓRIO

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de **RECURSO ORDINÁRIO TRABALHISTA**, provenientes da **19ª VARA DO TRABALHO DE CURITIBA**.

Para facilitar a visualização dos documentos, destaca-se que as folhas mencionadas nesta decisão dizem respeito ao número sequencial de folhas dos autos baixados integralmente em PDF.

Da sentença de fls. 193/206 recorre o autor. Pretende modificação quanto aos seguintes itens: a) justiça gratuita; b) nulidade processual - cerceio ao direito de defesa - indeferimento de produção de prova oral; c) dispensa por justa causa; d) jornada de trabalho - horas extras; e) abatimento de valores pagos; f) correção monetária; e g) honorários de sucumbência.

Custas indevidas.

Contrarrazões apresentadas pelas rés (fls. 242/251).

Em conformidade com a Consolidação dos Provimentos da Corregedoria-

Geral da Justiça do Trabalho e a teor do disposto no art. 45 do Regimento Interno deste Tribunal os presentes autos não foram enviados ao Ministério Público do Trabalho.

Informações relevantes: a) data do ajuizamento da ação: 31/03/2021 (fl. 02); e b) período contratual: de 02/09/2019 a 27/08/2020 (TRCT de fl. 28); c) data de interposição do recurso: 06/09/2021 (fl. 221).

II - FUNDAMENTAÇÃO

ADMISSIBILIDADE

Presentes os pressupostos legais de admissibilidade, **CONHEÇO DO RECURSO ORDINÁRIO** interposto. Contrarrazões foram regularmente apresentadas.

MÉRITO

Nulidade processual - cerceio ao direito de defesa - indeferimento de produção de prova oral (análise preferencial em razão da matéria)

Na sentença recorrida o Juízo de origem rejeitou a arguição de nulidade processual apresentada pelo autor, relacionada com o indeferimento de produção de prova oral, pelos seguintes fundamentos (fls. 193/194):

Tendo em vista que as partes não indicaram o objeto da prova oral a ser produzida, determinei o encerramento da instrução processual, decisão contra a qual protestaram as partes, tese renovada pelas requeridas em razões finais.

Conforme preconiza o artigo 769 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), “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”.

Em razão das limitações de atuação jurisdicional advindas da Pandemia do Covid-19, de amplo conhecimento da comunidade jurídica e que provocou a atuação dos órgãos da Justiça do Trabalho e também do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), visando dar andamento ao processo com efetividade, assinei prazo para as rés apresentassem resposta e, para ambos os litigantes, especificarem as provas a produzir.

O item “4” do despacho de fls. 73/74 expressamente advertiu que as partes deveriam se manifestar de forma específica quanto ao objeto da prova e não apenas em relação ao meio de prova.

É preciso destacar que nenhuma serventia há em meramente impugnar documentos que acompanham a defesa e ratificar os termos da petição inicial, considerados os termos do despacho supramencionado.

Note-se que o procedimento em nada difere do que se faz no início da audiência de instrução ou UNA (quando se trata de procedimento sumaríssimo), quando o Juízo delimita os pontos controvertidos objeto de prova (fatos alegados por uma parte e não anuídos pela outra). Apenas e tão somente o ato processual, diante do cenário excepcional em que nos encontramos, foi praticado via petição e não oralmente.

Ante a preclusão operada, o processo está apto a julgamento (Código de Processo Civil/CPC, art. 355).

O autor recorre. Alega que houve cerceio ao direito de produção de provas com o indeferimento de prova oral; que não houve audiência de instrução; que apresentou protestos antipreclusivos oportunamente; que é “vedado ao juiz estabelecer hipótese de perempção, quando inexistente fundamento legal para tanto”; que obstar a produção de provas significa negar a cidadania do trabalhador, porque se nega o adequado acesso à justiça, como meio de efetivação de seus direitos; que a audiência em prosseguimento é um dos momentos em que a parte exerce seu direito fundamental à produção de provas, especialmente com os depoimentos pessoal e testemunhal; que a postura do magistrado foi equivocada e não se coaduna com as garantias do Estado de Direito; que a restrição à produção de provas por ato arbitrário, como o ocorrido não pode prevalecer; que o direito à produção de provas “é uma das vertentes dos princípios do contraditório e do devido processo legal, previstos nos incisos LIV e LV do art. 5º da CF e sua observância é necessária para que se efetive a garantia de acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CF)”; que há ofensa aos princípios mencionados e a prova oral era essencial para comprovar o motivo da dispensa, a jornada de trabalho, as despesas com veículo, entre outros aspectos; que os pedidos foram julgados quase todos improcedentes porque foi obstado o seu direito à produção de provas; e que deve ser reconhecida a nulidade da sentença, nos termos do art. 794 da CLT. Pede que seja declarada nula a sentença e que os autos retornem à origem para que seja reaberta a instrução processual, realizada audiência, e possibilitada a produção de provas em relação aos fatos alegados na petição inicial.

Observa-se nos autos que foi apresentada a petição inicial e o Juízo de origem proferiu o despacho de fls. 73/74 nos seguintes termos:

1. Retirem-se os autos de pauta e os encaminhem ao Centro Judiciário de Métodos Consensuais de Solução de Disputas para tentativa de conciliação;

2. Não obtido êxito, com fulcro no artigo 335 do Código de Processo Civil (CPC), cite-se a parte reclamada para que apresente resposta, acompanhada dos documentos pertinentes, no prazo de 15 (quinze) dias, sob pena de revelia e confissão quanto à matéria de fato;

3. Após, intime-se a parte autora para que se manifeste sobre a resposta apresentada, notadamente as preliminares e os documentos que a acompanham, no prazo de 15 (quinze) dias (CPC, art. 350);

4. Nos mesmos prazos, e de forma DESTACADA, deverão as partes indicar as provas que pretendem produzir, sua pertinência e finalidade, de modo fundamentado e específico, ou seja, o OBJETO da prova e não somente o MEIO de prova, sob pena de preclusão;

5. Em seguida, venham conclusos para:

a) Julgamento conforme o estado do processo; ou

b) Decisão de saneamento e organização do processo, com designação, se for o caso, de audiência de instrução, da qual serão intimadas as partes. (destaques acrescidos)

As rés apresentaram contestação (fls. 92/100) e o autor apresentou impugnação a ela e aos documentos anexados pelas rés (fls. 152/160). O autor não se pronunciou de forma específica em relação às provas, nos termos do ponto 4 do despacho referido.

Por outro lado, na manifestação o autor impugnou de forma detalhada os documentos apresentados e, em algumas passagens, deixou claro que as provas que ainda pretendia produzir nos autos também demonstrariam a veracidade de suas alegações, a exemplo do que afirmou no tocante ao pedido de reversão da dispensa por justa causa, em que consignou: “Conforme ficará provado durante a instrução processual (...)” (fl. 153). O autor também consignou que reiterava os termos da petição inicial (fl. 160).

Sem que fosse realizada audiência de instrução o Juízo de origem proferiu o despacho de fls. 162/163, em que consignou que estaria preclusa a oportunidade de as partes produzirem outras provas, como se observa:

1. No despacho de ID a5e9c48, busquei traçar diretrizes claras acerca do trâmite processual, após tentativa inexitosa de conciliação, assinando, assim, prazo para a reclamada apresentar defesa, e, após, para manifestação da parte autora sobre documentos que viessem a acompanhar a resposta, bem como para especificações de provas que pretendessem produzir;
2. Há uma determinação clara no referido despacho: as partes deveriam indicar de forma DESTACADA, as provas que pretendiam produzir. Quando o despacho menciona “pertinência e finalidade” e “OBJETO” da prova, nada mais quer relevar que o evidente: qual fato se pretende provar, qual o objetivo de se tentar extrair a confissão e tomar depoimento de testemunhas, o que se pretende provar.
3. Pois bem. A contestação e a impugnação apresentadas pelas partes não mencionam intenção de produção de prova oral, quanto menos indicam de forma destacada objeto de prova que pretendem produzir.
4. Diante disso, evidentemente está preclusa a oportunidade de as partes produzirem outras provas.
5. Intime-se a reclamada para, querendo, manifestar-se acerca do demonstrativo de horas extras juntado pelo autor (ID 34d8d2e), no prazo de 5 (cinco) dias;
6. Após a manifestação ou decorrido o prazo, encerro a instrução processual.
7. Razões finais, querendo, em 5 (cinco) dias; (destaques acrescentados)

Na sequência, o autor se manifestou e arguiu a nulidade processual (fls. 166/168). Alegou que não caberia declarar preclusão quanto à produção de provas; que foi tolhido indevidamente no seu direito de produzir provas necessárias ao esclarecimento dos fatos; e que foram violados os princípios do devido processo legal, do contraditório e a garantia de acesso à justiça, previstos na Constituição Federal.

O pedido de declaração de nulidade processual foi rejeitado na sentença, como visto.

Com o devido respeito ao juízo de primeiro grau, deve ser declarada a nulidade do processo.

Observa-se, primeiro, que a arguição de nulidade ocorreu na primeira

oportunidade que cabia ao autor falar nos autos, o que atende ao disposto no art. 795, *caput*, da CLT (Art. 795. As nulidades não serão declaradas senão mediante provocação das partes, as quais deverão argui-las à primeira vez em que tiverem de falar em audiência ou nos autos.) e ao art. 278, *caput*, do CPC (Art. 278. A nulidade dos atos deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão.) e afasta eventual preclusão quanto a esse aspecto.

Em segundo, por força do caráter publicista do processo confere-se ao juiz poderes de direção e por esta razão não fica obrigado a acatar toda e qualquer pretensão probatória das partes. Contudo, esse poder encontra limites e não pode se sobrepor aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. O reconhecimento do cerceio se impõe quando se indefere produção de prova necessária ou útil para a solução da controvérsia o mais próximo possível da verdade real. Não é razoável que o magistrado imponha empecilhos ou crie formalidades não previstas em lei e que dificultem ou obstem o direito da parte de produzir provas, notadamente se considerado o princípio da simplicidade que deve nortear o processo do trabalho.

Em terceiro, observa-se nos autos que o autor apresentou a sua versão dos fatos e, desde a petição inicial, requereu que lhe fosse possibilitado provar o alegado “por todos os meios de prova em direito admitidas, notadamente depoimento pessoal do representante legal das reclamadas, oitiva de testemunhas, juntada de documentos (...)” (fl. 20). Esse requerimento formulado na petição inicial mostra-se suficiente para evidenciar que o autor pretendia se valer da prova oral para a comprovar os fatos alegados e que o requereu oportunamente. Tudo o que se seguiu foram formalidades criadas pelo magistrado, que, se por um lado, muitas vezes são necessárias para a devida ordem no processo, por outro, encontram limites exatamente no ponto em que forem capazes de criar obstáculos e cercear o direito ao contraditório e à ampla defesa.

Quarto, observa-se que diversas alegações da petição inicial estão relacionadas a fatos que poderiam ser elucidados por meio da prova oral, a exemplo da validade ou não da dispensa por justa causa, a jornada de trabalho praticada e se o autor utilizava veículo próprio para realizar as suas atividades. É evidente

que a prova oral seria útil e necessária para a formação do convencimento e para o deslinde da controvérsia.

Com o devido respeito, a exigência contida no despacho de fls. 73/74 foge à razoabilidade e impõe formalismo exacerbado, que não se coaduna com os princípios e normas constitucionais relativos à ampla defesa e os que vigoram nesta Justiça Especializada.

Não há obrigação legal para que as partes declinem de forma antecipada à realização da audiência, de modo fundamentado e específico o objeto das provas que pretendem produzir, a sua pertinência e finalidade. Análise quanto a esses aspectos, em geral, é realizada pelo Juízo no momento da audiência, em diálogo com as partes e seus advogados, em observância aos princípios da oralidade, simplicidade, imediatidade e cooperação processual, e não mediante instauração de incidente prévio à audiência. Trata-se, a toda evidência, de tentativa de formalizar ao máximo o processo do trabalho, atitude que não se compatibiliza com seu espírito.

Por fim, a relação entre a prova oral que o autor pretendia produzir e os fatos por ele alegados, bem como a sua pertinência para a solução da lide, são autoevidentes, o que torna totalmente desnecessário o requerimento na forma exigida no despacho.

O art. 820 da CLT estabelece que “(...) as partes e testemunhas serão inquiridas pelo juiz ou presidente, podendo ser reinquiridas, por seu intermédio, a requerimento dos vogais, das partes, seus representantes ou advogados” (destaques acrescidos), de modo que, em regra, não há margem para se reconhecer a ocorrência de preclusão quanto à inquirição das partes e testemunhas.

O art. 825 da CLT, por sua vez, estabelece que “(...) as testemunhas comparecerão a audiência independentemente de notificação ou intimação”.

Os arts. 442 e 443 do CPC preveem a admissibilidade da prova testemunhal, sempre que possível, exceto quando o fato já estiver comprovado por documento ou confirmado pela confissão ou quando o fato possa ser comprovado exclusivamente por documentos ou perícia (Art. 442. A prova testemunhal é sempre admissível, não

dispondo a lei de modo diverso. Art. 443. O juiz indeferirá a inquirição de testemunhas sobre fatos: I - já provados por documento ou confissão da parte; II - que só por documento ou por exame pericial puderem ser provados.). Na hipótese, não se verifica nenhuma das situações elencadas no art. 443 do CPC.

Diante desse cenário, não se pode admitir a ocorrência de preclusão quanto ao requerimento de produção de prova oral.

Conclui-se que o autor foi impedido arbitrariamente de exercer o seu direito de produção de prova e que houve violação dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal (art. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal).

O prejuízo processual sofrido pelo autor é manifesto, porque diversas de suas pretensões foram rejeitadas na sentença e poderiam, eventualmente, ter outra conclusão, a depender da prova oral, que seria importante para a elucidação dos fatos. A situação atende ao disposto no art. 794 da CLT (Art. 794 - Nos processos sujeitos à apreciação da Justiça do Trabalho só haverá nulidade quando resultar dos atos inquinados manifesto prejuízo às partes litigantes.).

Por essas considerações, fica reconhecida a nulidade processual desde o despacho de fls. 162/163, em que o Julgador de origem rejeitou a possibilidade de produção de novas provas, e que atinge todos os atos posteriores, inclusive a sentença proferida (Art. 798 da CLT - A nulidade do ato não prejudicará senão os posteriores que dele dependam ou sejam consequência). Devem os autos retornar ao juízo de origem para que se possibilite a ambas as partes a produção de provas, especialmente a prova oral, e para que seja prolatada nova nova sentença.

Nesse sentido já se manifestou esta Turma em situação semelhante, no acórdão proferido nos autos 0000262-54-2021-5-09-0028 (ROT), publicado em 10/12/2021, de relatoria do Des. Ricardo Bruel da Silveira, em que foram expostos os seguintes fundamentos:

O ponto central da discussão neste capítulo cinge-se em saber se o indeferimento, pelo Juízo a quo, da oitiva das partes autora e ré, e testemunhas convidadas por ambos os litigantes, ocasionou nulidade processual, por cerceamento do direito de defesa, à luz do art. 5º, inciso LV, da CF.

O reclamante aduz, em prol da sua tese, que:

(...)

Analiso.

A caracterização do cerceamento do direito de defesa está jungida às hipóteses em que determinada prova, cuja produção fora indeferida pelo Juízo, revelava-se indispensável ao desfecho da controvérsia.

Observa-se, ademais, que se desvela a negativa de prestação jurisdicional, quando o Juízo deixa de examinar questão relevante para julgamento do processo, nulificando, assim, a decisão (CF, art. 93, IX; CLT, art. 832 e CPC, art. 489).

Dessa afirmação depreende-se que a negativa de prestação jurisdicional, por cerceamento do direito de defesa, pode decorrer da violação aos princípios do acesso à Justiça, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório (CF, art. 5º, XXXV, LIV e LV).

A CF, no rol de direitos e garantias individuais, prevê o amplo acesso à Justiça, uma vez que "(...) XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

O texto, de inspiração garantista, assegura, ainda, aos litigantes em processo judicial, o due process of law, prescrevendo que "LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal" (art. 5º, inciso LIV).

Por fim, e ainda no catálogo de direitos fundamentais processuais constitucionais, encontra-se o princípio do contraditório e ampla defesa, segundo o qual, "LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes." (grifos acrescentados)

Analisando o significado de cada um de tais princípios, o processualista Mauro Schiavi, sustenta:

"(...) O acesso à justiça não deve ser entendido e interpretado apenas como o direito a ter uma demanda apreciada por um juiz imparcial, mas sim como acesso à ordem jurídica justa, composta por princípios e regras justas e razoáveis que possibilitem ao cidadão, tanto no polo ativo, como no passivo de uma demanda, ter acesso a um conjunto de regras processuais que sejam aptas a possibilitar o ingresso da demanda em Juízo, bem como a possibilidade de influir na convicção do Juízo, de recorrer da decisão, bem como de materializar, em prazo razoável, o direito concedido na sentença (fl. 94).

(...) O devido processo legal consiste no direito que tem o cidadão

de ser processado por regras já existentes e que sejam devidamente observadas pelo Judiciário (...) Pelo princípio do devido processo legal, ao cidadão deve ser concedido um conjunto prévio de regras processuais, previstas na lei, a fim de que ele possa postular sua pretensão em Juízo e o réu possa apresentar seu direito de defesa, valendo-se dos instrumentos processuais previstos em lei, não podendo ser surpreendido pela arbitrariedade do julgador.” (fl. 88).

(...) O contraditório tem suporte no caráter bilateral do processo. O autor propõe a ação (tese), o réu, a defesa (antítese) e o juiz profere a decisão (síntese). Dois elementos preponderam no contraditório: a) informação; e b) reação. Desse modo, a parte deve ter ciência dos atos processuais e a faculdade de praticar os atos que a lei lhe permite. Além disso, a moderna doutrina tem defendido que o contraditório também propicia à parte o direito fundamental de influir na convicção do julgador, participando ativamente do processo (fl. 95). (“Curso de Direito Processual do Trabalho”. 11.ª edição. São Paulo: LTr, 2016, págs. 88, 94, 95) (grifos acrescentados)

Ademais, a legislação infraconstitucional prevê regras para a oitiva de partes e testemunhas, por ocasião da instrução processual, cuja inobservância macula a decisão judicial de nulidade insanável (CLT, arts. 820, 848, §§ 1º e 2º, CPC, art. 361 e incisos).

Traçado o panorama jurídico-normativo, e doutrinário, acerca da matéria em foco, passa-se à análise da moldura fático-probatória delineada nos autos.

A parte autora ingressou com reclamatória deduzindo, dentre outros pedidos, a condenação da reclamada ao pagamento de diferenças salariais por acúmulo de função, além do pleito de horas extras, trabalhadas e fictas intervalares (Petição inicial, fls. 2/7).

O Juízo de origem, após tentativa frustrada de conciliação entre as partes, em audiência de conciliação virtual, proferiu o seguinte despacho saneador, verbis:

“1. Inexitosa a conciliação, com fulcro no artigo 335 do Código de Processo Civil (CPC), cite-se a parte reclamada para que apresente resposta, acompanhada dos documentos pertinentes, no prazo de 15 (quinze) dias, sob pena de revelia e confissão quanto à matéria de fato;

2. Após, intime-se a parte autora para que se manifeste sobre a resposta apresentada, notadamente as preliminares e os documentos que a acompanham, no prazo de 15 (quinze) dias (CPC, art. 350);

3. Nos mesmos prazos, e de forma destacada, deverão as partes indicar as provas que pretendem produzir, sua pertinência e finalidade, de modo fundamentado e específico, ou seja, o objeto da prova e não

somente o meio de prova, sob pena de preclusão;

4. Em seguida, venham conclusos para:

a) Julgamento conforme o estado do processo; ou

b) Decisão de saneamento e organização do processo, com designação, se for o caso, de audiência de instrução, da qual serão intimadas as partes” (Despacho, fls. 71/72)

Em resposta, o reclamante manifestou-se nestes termos, acerca do despacho de fls. 71/72, verbis:

“(…) Tendo em vista que há matéria fática que precisa ser esclarecida e comprovada, a parte autora desde já informa que pretende ouvir o representante legal da reclamada e também oitiva de testemunhas para fins de comprovação dos fatos alegados na inicial”. (Manifestação, fl. 73) (grifos acrescentados)

A reclamada, por sua vez, apresentou defesa às fls. 74/88, impugnando as pretensões autorais, e assim se manifestando quanto ao despacho de fls. 71/72, verbis:

“(…) pretende a Reclamada provar as suas alegações através do depoimento pessoal do Reclamante, sob pena de confesso, de prova documental, testemunhal e demais meios de prova em direito admitidos”. (grifos acrescentados)

O Juízo de origem indeferiu a produção probatória requerida por ambas as partes, sob os seguintes fundamentos, verbis:

“(…) 1. No despacho de id-d62c280, busquei traçar diretrizes claras acerca do trâmite processual, após tentativa inexitosa de conciliação, assinando, assim, prazo para a reclamada apresentar defesa, e, logicamente, somente depois, para manifestação da parte autora sobre documentos que viessem a acompanhar a resposta, bem como para especificações de provas que pretendesse produzir;

2. Há uma sequência lógica no despacho de ID d62c280: primeiro, prazo para defesa (porque sem defesa, se fosse o caso, não haveria necessidade de manifestação; em um segundo momento, prazo para a parte autora se manifestar (havendo defesa e documentos); em uma terceira oportunidade, depois de deduzido o pedido e sendo este contestado, especificação das provas. Já não seria necessário alertar, mas ainda assim o fiz: não bastava dizer que se pretendia ouvir a parte contrária e testemunhas. Quando o despacho menciona “pertinência e finalidade” e “objeto” da prova, nada mais quer relevar que o evidente: qual fato se pretende provar, qual o objetivo de se tentar extrair a confissão e tomar depoimento de testemunhas, o que

se pretende provar.

3. Pois bem. Não obstante, em sua manifestação (ID 55a17b1), antes da apresentação da defesa - não retificada quando da petição de ID 1e7c55e -, a parte reclamante, de forma singela, assinala: "Tendo em vista que há matéria fática que precisa ser esclarecida e comprovada, a parte autora desde já informa que pretende ouvir o representante legal da reclamada e também oitiva de testemunhas para fins de comprovação dos fatos alegados na inicial".

4. Sem surpresa, colho da contestação: "Pretende a Reclamada provar as suas alegações através do depoimento pessoal do Reclamante, sob pena de confesso, de prova documental, testemunhal e demais meios de prova em direito admitidos" (ID. c8b0e43 - Pág. 15);

5. Evidentemente, está preclusa a oportunidade de as partes produzirem outras provas, pelo que encerro a instrução processual;

6. Razões finais, querendo, em 48 (quarenta e oito) horas;

7. Para julgamento, designo 30 de julho de 2021, às 21h45min (Tribunal Superior do Trabalho/TST, Súm. nº 197)". (Despacho, fl. 375/376) (grifos acrescidos)

Em razões finais, ambas as partes impugnam o despacho de fls. 375/376.

Arguiram que o indeferimento de produção de prova oral requerida de forma tempestiva, oportuna e fundamentada, caracterizou inequívoco cerceamento do direito de defesa, deduzindo protestos antipreclusivos. (Razões finais, fls. 379/383 e 386/387).

Na sentença, o Juízo a quo afastou o pedido de nulidade deduzido por ambas as partes, em razões finais, por cerceamento do direito de defesa, sob a alegação de que, verbis:

"(...) As partes se insurgem contra a decisão judicial que declarou preclusa a oportunidade para produzirem provas, e alegam nulidade processual por cerceio de defesa.

Sem razão.

Foi dado aos litigantes a devida oportunidade para a especificação das provas que pretendessem produzir, conforme explicitado no despacho ID d621c280, item 3, in verbis:

"(...)3. Nos mesmos prazos, e de forma destacada, deverão as partes indicar as provas que pretendem produzir, sua pertinência e finalidade, de modo fundamentado e específico, ou seja, o objeto da prova e não somente o meio de prova, sob pena de preclusão".

Fato é que as partes, mesmo advertidas de forma expressa, deixaram encerrar a instrução processual sem indicar, pontualmente, as provas que pretendiam produzir, deixando incidir a preclusão declarada.

Rejeito a preliminar". (Sentença, fls. 392/393)

No mérito, quanto às matérias que dependiam da produção de prova oral, o Juízo de origem julgou improcedentes os pleitos de diferenças salariais por acúmulo de função e horas extras com espeque na invalidade dos registros lançados nos controles de ponto, matérias eminentemente fáticas (Sentença, fls. 394/396).

O reclamante, em razões de recurso, sustenta que o indeferimento de produção de prova oral, requerida de forma tempestiva, oportuna e fundamentada, caracterizou inequívoco cerceamento do direito de defesa, nulificando, portanto, a sentença.

Em decorrência do exposto, requereu a declaração de nulidade da decisão a quo, com espeque no art. 5º, incisos XXXV, LIV e LV, da CF, com a remessa dos autos à origem, a fim de que fosse reaberta a instrução processual, com a designação da oitiva das partes e testemunhas, proferindo-se, após, novo julgamento como entender de direito. (Razões de recurso ordinário, fls. 414/416).

Analisada a moldura fático-probatória da controvérsia, passa-se à decisão.

Na condição de destinatário da atividade probatória, compete ao Juiz garantir igualdade de tratamento às partes, velando pela célere e justa solução do conflito de interesses (CPC, art. 139 e CF, art. 5º, inciso LXXVIII, CLT, art. 765).

Desse modo, o deferimento ou a rejeição de diligências e requerimentos probatórios produzidos pelas partes não representa, de per si, causa de nulidade processual.

Com efeito, o Juiz encontra-se investido do dever-poder de dispensar as diligências inúteis à solução da causa (CLT, art. 765 da CLT c/c CPC, art. 371).

Todavia, os poderes-deveres instrutórios do Juízo, amparados pelos arts. 765 da CLT c/c 371 do CPC, não são absolutos.

Nesse contexto, não se insere no âmbito do dever-poder do Juízo na condução da audiência, o indeferimento da oitiva das partes e testemunhas se resultar, de tal proceder, grave prejuízo à instrução probatória (CF, art. 5º, inciso LV).

Cumprido ainda destacar que nulo é o julgamento fundado no ônus

da prova, sem que se dê oportunidade à parte de ministrar ao Julgador subsídios suficientes para influenciar em sua decisão.

E, no caso em análise, dos pedidos rejeitados na sentença, sobressai nítida a existência de interesse do reclamante na produção da prova oral.

Não se tratava, pois, de prova inútil, meramente protelatória, desnecessária ou irrelevante ao deslinde da controvérsia.

À guisa de exemplo, o pleito de condenação ao pagamento de horas extras, com fundamento na nulidade dos registros de jornada, foi julgado improcedente com base no ônus da prova.

Consoante a decisão proferida pelo Juízo a quo:

“(...) Por força dos arts. 818 da CLT e 333, inciso I do CPC, aplicado à seara trabalhista subsidiariamente, cabe ao reclamante a prova de suas alegações e dos fatos constitutivos de seus direitos. Portanto, **é ônus do empregado demonstrar que trabalhava em regime de sobrejornada.**

No caso, a reclamada trouxe aos autos os controles de horário do reclamante, documentos que a despeito de impugnados, **não foram infirmados ou desconstituídos por outro meio probatório**, assim considerados válidos quanto à frequência e jornadas efetivamente praticadas, inclusive intervalos”. (Sentença, fl. 1.446) (grifos acrescentados)

Como bem observou o Juízo de origem, “(...) é ônus do empregado demonstrar que trabalhava em regime de sobrejornada”, encargo processual que a parte autora somente poderá se desincumbir mediante a produção de prova oral, que lhe foi negada.

Desse modo, considerando o ônus imputado ao reclamante (CPC, art. 373, inciso II), a produção de prova oral, completa e integral, revelava-se imprescindível para demonstrar a veracidade de suas alegações.

Cumprido, ainda, destacar que a oitiva de testemunhas é faculdade das partes, cuja negativa pelo Juízo apenas é possível caso vise à prova de “(...) fatos notórios, afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária, admitidos no processo como incontroversos, em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade” (CPC, art. 374, incisos I a IV), não se vislumbrando tais hipóteses, no presente caso.

Assim, não há margem para que o Juízo indefira o depoimento de testemunhas, exceto nas hipóteses previstas no artigo 374, incisos I a IV, do mesmo Código, aplicável à esfera processual laboral (CPC, art. 15 c/c CLT, art. 769).

Não é demais ressaltar, também, que nos termos do art. 820 da CLT

“(…) as partes e testemunhas serão inquiridas pelo juiz ou presidente, podendo ser reinquiridas, por seu intermédio, a requerimento dos vogais, das partes, seus representantes ou advogados”, inexistindo margem para que a Autoridade Judicial declare preclusa a oitiva das partes, sem o consentimento delas, salvo as hipóteses legais.

A seu turno, de acordo com a redação do art. 825 da CLT “(…) as testemunhas comparecerão a audiência independentemente de notificação ou intimação”.

Nessa quadra, ausente na lei processual de regência obrigatoriedade de as partes declinarem, antecipadamente à realização da audiência de instrução, o objeto da prova, sua pertinência e finalidade, como fixado pelo Juízo a quo.

Seguindo essa linha de raciocínio, a pertinência e finalidade da prova, consoante a praxe que vigora nesta Justiça Especializada, deverá ser objeto de análise pelo Juízo na audiência, em diálogo com as partes e seus advogados, e com apoio nos princípios da oralidade, imediatidade e cooperação processual, jamais em procedimento prévio, mediante instauração de incidente processual que não encontra previsão no ordenamento processual laboral.

É de rigor destacar que inexistente na seara processual laboral o instituto do “Do Saneamento e da Organização do Processo”, objeto da Seção IV, art. 357, incisos e parágrafos, do CPC.

Nada obstante, ainda que se entendesse pela aplicação do instituto do saneamento ao processo do trabalho, a delimitação do objeto da prova e a verificação da necessidade de produção de prova oral, deveria ser realizada mediante “(…) designação audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações”. (CPC, art. 357, § 3º) (grifos acrescentados)

Atente-se, ainda, para o fato de que as partes, agindo de boa-fé, manifestaram interesse na produção probatória, fornecendo as informações requeridas pelo Juízo no despacho de fls. 71/72, inclusive quanto ao objeto da prova oral, qual seja, demonstrar os fatos narrados na petição inicial e defesa, razão pela qual não se pode concluir pela preclusão no caso em análise, como entendeu o Juízo a quo.

De modo que, o procedimento adotado pelo Juízo de origem, porque não amparado no ordenamento jurídico processual laboral, violou o princípio do devido processo legal; e, ao indeferir o depoimento recíproco das partes e a oitiva de testemunhas, resultou em nulidade processual insanável.

A principiologia que rege o Direito Processual do Trabalho se volta,

sobretudo, para a concretização da máxima efetividade do processo, na linha do que preconiza o postulado da instrumentalidade das formas.

Imbuído desse propósito, o indeferimento da oitiva das partes e testemunhas, pelo suposto não atendimento de pressupostos procedimentais criados pelo Juízo instrutor do processo, sem amparo no ordenamento jurídico processual, deve ser afastado, por causar inequívoco prejuízo ao exercício do direito constitucional de ação.

Prevalece, pois, no âmbito desta Justiça Especializada a informalidade quanto à prática dos atos processuais, cujos requisitos, para o seu exercício, não podem ser exacerbados pelo julgador, sob pena de representar grave violação ao livre acesso ao Judiciário e ao direito constitucional de ação, mormente diante da regra, vigente em âmbito processual laboral, de que as partes poderão litigar sem a assistência de advogado (CLT, art. 791).

Nesse passo, os pressupostos procedimentais para saneamento do processo devem ser fixados com parcimônia e razoabilidade.

Revela-se, portanto, nítida a violação aos princípios do acesso à ordem jurídica justa, do devido processo legal, do contraditório e ampla defesa, insculpidos nos incisos XXXV, LIV e LV do art. 5º da CF, bem como, nos arts. 794, 820, 825, parágrafo único, 848 e parágrafos, da CLT e, por fim, no art. 9º, 10, 361 e incisos, 374 e incisos do CPC.

Dessa digressão jurídico-factual, infere-se o manifesto prejuízo às partes autora e ré, que tiveram a produção de prova oral indeferida pelo Juízo de origem, de sorte que a nulidade, tal como postulada, deverá ser decretada, nos termos do art. 794 da CLT.

Nessa mesma esteira de entendimento, a Subseção II Especializada em Dissídios Individuais (SBDI-II), proferiu a seguinte decisão, verbis:

“(…) CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INDEFERIMENTO DE OITIVA DE TESTEMUNHA. 1. Nos termos do art. 765 da CLT, os Juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas. Ainda no mesmo sentido está posto o art. 130 do CPC/73, ao dispor que caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias. Embora tais preceitos, que dão efetividade ao princípio da duração razoável do processo, consagrado no art. 5º, LXXVIII, da Carta Magna, garantam ao magistrado a liberdade na condução do processo, tal prerrogativa não pode ser exercida de forma arbitrária, sob pena de negar-se

vigência aos princípios da ampla defesa e do contraditório e do devido processo legal, também norteadores da atuação do Estado-juiz. 2. Nessa esteira, tem-se que o indeferimento de pedido de produção de prova é legítimo se encontrar lastro no estado instrutório dos autos ou se for inútil para a demonstração do fato pretendido. Configura-se, porém, o cerceamento do direito de defesa, se a fundamentação da improcedência da ação se apoia na ausência da demonstração de fatos por elementos de prova cuja produção foi negada à parte. (...). Recurso ordinário conhecido e provido.” (RO 0000546-43.2015.5.06.0000; Subseção II Especializada em Dissídios Individuais; Rel. Min. Alberto Bresciani; DEJT 21/10/2016; Pág. 211) (grifos acrescentados)

Nesse mesmo sentido, precedentes desta 4ª Turma, oriundos do ROT nº 0000574-50-2018-5-09-0411, Rel. Des. Luiz Eduardo Gunther, DEJT 09/09/2019, ROT nº 0001342-66-2017-5-09-0651, Rel. Des. Marcus Aurelio Lopes, Rev. Des. Luiz Eduardo Gunther, DEJT 30/11/2020, ROT nº 0001423-77-2017-5-09-0016, Rel. Des. Luiz Eduardo Gunther, acórdão sob minha revisão, DEJT 1º/12/2020, ROT nº 0000428-44-2020-5-09-0021, Rel. Des. Luiz Eduardo Gunther, Rev. Des. Ricardo Tadeu Marques da Fonseca, DEJT 06/08/2021 e ROT nº 0001523-17-2017-5-09-0021, Rel. Des. Marlene Teresinha Fuverki Suguimatsu, DEJT 14/05/2020, cuja ratio decidendi deste último julgado peço vênia para adotar, em acréscimo, como razão de decidir, verbis:

“(...) NULIDADE PROCESSUAL. CERCEIO AO DIREITO DE PRODUÇÃO DE PROVA. (...) DISPENSA DE TESTEMUNHA IMPRESCINDÍVEL À PROVA DOS FATOS. Havendo matéria fática controvertida, que encontra nos depoimentos testemunhais o mais comum e relevante meio de prova - como são as discussões sobre o exercício de cargo de confiança e jornada de trabalho - a garantia do amplo contraditório, consagrada no inciso LV do artigo 5º da Constituição é preceito que se impõe. Ao Magistrado incumbe buscar a verdade real dos fatos, visando proferir um julgamento justo (...)”. (grifos acrescentados)

Ante o exposto, pedindo vênia, dou provimento ao recurso do reclamante para, acolhendo a arguição de nulidade do ato judicial de indeferimento de produção de prova oral, e de todos os posteriores, determinar o retorno dos autos à origem, a fim de que seja reaberta a instrução processual, para a oitiva das partes autora e ré, e das testemunhas de ambas as partes, na forma do art. 825 da CLT, proferindo o Juízo a quo nova decisão, como entender de direito.

Prejudicada, por ora, a análise dos demais tópicos do recurso da parte reclamante.

Acolho a preliminar arguida para declarar a nulidade processual a partir do despacho de fls. 162/163, que atingirá todos os atos posteriores, inclusive a

sentença proferida, e determinar o retorno dos autos à Vara de origem para que seja reaberta a instrução processual e possibilitado às partes produzir prova oral e outras que forem consideradas úteis e necessárias, bem como, que seja prolatada nova sentença.

Fica totalmente prejudicada a análise das demais matérias apresentadas no recurso, que deverão ser reiteradas na eventualidade de outro recurso ser interposto após a nova sentença a ser proferida.

III - CONCLUSÃO

Em Sessão Telepresencial realizada nesta data, sob a Presidência da Excelentíssima Desembargadora Marlene Teresinha Fuverki Suguimatsu; presente o Excelentíssimo Procurador Luiz Renato Camargo Bigarelli, representante do Ministério Público do Trabalho; computados os votos dos Excelentíssimos Desembargadores Marlene Teresinha Fuverki Suguimatsu, Luiz Eduardo Gunther e Ricardo Tadeu Marques da Fonseca; **ACORDAM** os Desembargadores da 4ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, por unanimidade de votos, **EM CONHECER DO RECURSO ORDINÁRIO DO AUTOR**. No mérito, por igual votação, **EM DAR-LHE PROVIMENTO** para declarar a nulidade processual a partir do despacho de fls. 162/163, que atingirá todos os atos posteriores, inclusive a sentença proferida, e determinar o retorno dos autos à Vara de origem para que seja reaberta a instrução processual e possibilitado às partes produzir prova oral e outras provas consideradas úteis e necessárias, bem como seja prolatada nova sentença, ficando integralmente prejudicada a análise das demais matérias apresentadas no recurso; tudo nos termos da fundamentação.

Custas inalteradas, por ora.

Intimem-se.

Curitiba, 30 de março de 2022.

MARLENE T. FUVERKI SUGUIMATSU
Desembargadora Relatora

PROCESSO nº 0001694-10.2017.5.09.0009 (RO)

PROVA LÍCITA. GRAVAÇÃO REALIZADA POR UM DOS INTERLOCUTORES EM REUNIÃO DE TRABALHO - Tendo a gravação sido realizada por um dos interlocutores que se encontrava em uma reunião de trabalho, esta pode ser admitida como prova lícita, desde que identificado o interlocutor, cujas falas irão acarretar na produção da prova, a despeito do seu consentimento ou conhecimento, não sendo este o caso previsto no inciso LVI, do artigo 5º, da CF. Recurso ordinário da reclamada a que se conhece e a que se nega provimento no particular.

RELATÓRIO

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de **RECURSO ORDINÁRIO**, provenientes da **09º VARA DO TRABALHO DE CURITIBA - PR**.

Inconformadas com a r. sentença de fls. 149/156, proferida pelo Exmo. Juiz do Trabalho **EDUARDO MILLEO BARACAT**, que rejeitou a preliminar arguida e acolheu parcialmente os pedidos formulados na inicial, recorrem as partes.

O autor **M. I. F.** por meio do recurso ordinário de fls. 188/192, postula a reforma da r. sentença quanto aos seguintes itens: **a)** Vínculo empregatício; e **b)** Valor atribuído à gratificação.

A ré **F. G. H. Ltda - ME** por meio do recurso ordinário adesivo de fls. 195/200, postula a reforma da r. sentença quanto aos seguintes itens: **a)** Prova ilícita; **b)** Gorjetas; e **c)** Ofício MPF - Crime de falso testemunho.

Tempestivo o recurso do autor (ciência da sentença em 25/04/2019 e protocolo das razões de recurso em 29/04/2019) e as contrarrazões apresentadas pela ré às fls. 211/213 (intimação do recurso em 13/05/2019 e protocolo das contrarrazões em 23/05/2019), o recurso ordinário adesivo da ré (intimação do recurso em 13/05/2019 e protocolo das razões de recurso em 23/05/2019) o autor devidamente intimado à fl. 214 não apresentou contrarrazões.

Custas recolhidas e depósito recursal efetuado pela ré conforme previsto no art. 899, §9º da CLT, às fls. 207/210. Regular a representação processual (do autor, à fl. 33; da ré à fl. 93).

Não houve apresentação de Parecer pela Procuradoria Regional do Trabalho, em virtude do art. 28 da Consolidação dos Provimentos da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho, cumulado com o disposto no art. 45 do Regimento Interno deste E. Tribunal Regional do Trabalho (com redação dada pelo art. 4º, da RA n.º 008/2008).

A numeração das folhas dos autos apresenta-se em ordem crescente de numeração em razão da conversão dos documentos ao modo PDF.

FUNDAMENTAÇÃO

ADMISSIBILIDADE

Presentes os pressupostos legais de admissibilidade, **CONHECE-SE** do recurso ordinário interposto pelo Autor e do recurso ordinário adesivo interposto pela Ré, assim como das respectivas contrarrazões.

MÉRITO

RECURSO DA RÉ F. G. H. Ltda - ME

Análise anterior em razão da matéria.

Prova ilícita

A reclamada se insurge contra a r. sentença, aduzindo que a gravação trazida aos autos pelo reclamante se trata de uma prova ilícita, pois teria sido realizada de forma clandestina, pelo que não poderia ser utilizada como meio de prova nos autos; e que devem ser respeitados os incisos X e XII, do artigo 5º, da CF.

Postula seja a referida gravação afastada como meio de prova a ser utilizada nos autos.

Analisa-se.

Constou o seguinte na r. sentença:

“(...) A Ré sustenta a ilicitude na gravação realizada pela parte Autora.

Pois bem.

Conforme entendimento predominante na jurisprudência, **a gravação realizada por um dos interlocutores**, no caso o Reclamante, sem conhecimento do outro, **quando ausente causa legal de sigilo**, não é considerada prova ilícita. Dessa forma, sem razão a tese patronal:

‘GRAVAÇÃO REALIZADA POR UM DOS INTERLOCUTORES. LICITUDE DE PROVA. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO. A gravação, seja de conversa ou ligação telefônica, não deve ser considerada prova ilícita se for realizada por um de seus interlocutores. **A ilicitude existe apenas no caso de gravação realizada por terceiro não participante, situação não admitida pela Lei 9.296/1996, por configurada a chamada ‘escuta’ ou ‘interceptação’, admissível apenas com autorização judicial.** Trata-se de entendimento pacificado, como bem observou a Desembargadora Fátima Terezinha Loro Ledra Machado nos autos TRT-PR-03478-2003-020-09-00-8 (Acórdão da 3ª Turma, de nº. 19163-2006, publicado em 30-06-2006), ao afirmar que **‘o STF, o STJ e o TST firmaram o entendimento de que gravação de conversa telefônica pode ser tida como prova válida, desde que uma das partes, na ação, seja interlocutora na conversa gravada, mesmo que sem o conhecimento do outro’.** (TRT-PR-19976-2006-012-09-00-0-ACO-12094-2009 - 3A. TURMA - Relator: CÁSSIO COLOMBO FILHO - Publicado no DJPR em 28-04-2009).

Assim, rejeito. (...)” (fls. 149/150).

A gravação de áudio, desde que realizada por um dos interlocutores, **é meio de prova lícito** e independe, para sua validade ou licitude, de autorização do outro interlocutor. Não há ofensa aos incisos XIII e LVI do art. 5º da Constituição Federal. Nesse sentido, as seguintes decisões do C. TST e deste C. TRT:

“RECURSO DE REVISTA. (...) 4. GRAVAÇÃO UNILATERAL DE DIÁLOGO ENTRE PESSOAS, EFETIVADA POR UM PARTICIPANTE. MEIO LÍCITO DE PROVA. NÃO ENQUADRAMENTO NO CONCEITO CENSURADO DE - INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA- Não existe ilicitude na gravação unilateral de diálogo entre pessoas, mesmo pela via telefônica ou congênere, **desde que realizada a gravação por um dos interlocutores, ainda que sem conhecimento do(s) outro(s), e desde que não haja causa legal específica de reserva ou de sigilo. Tal meio de prova pode, sim, ser utilizado em Juízo pelo autor da gravação. Essa conduta e tal meio probatório não se confunde com a interceptação telefônica, nem fere o sigilo telefônico, ambos regulados pela Constituição (art. 5º, X, XII e LVI, CF/88). Recurso de revista não conhecido.** (...) (TST - RR - 20100-06.2007.5.03.0136 Data de Julgamento: 29/05/2013, Relator Ministro: Mauricio Godinho

Delgado, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 07/06/2013).”

“GRAVAÇÃO REALIZADA POR UM DOS INTERLOCUTORES - CONVERSA - LICITUDE DA PROVA - Ainda que a gravação tenha sido realizada por apenas um dos interlocutores, a despeito do consentimento ou conhecimento da outra pessoa, a fim de repelir conduta ilícita do outro, não se enquadra na vedação constante do art. 5º LVI da CF, porquanto constituir exercício regular do direito e de legítima defesa. Recurso Ordinário do reclamado ao qual se nega provimento quanto a este aspecto (3ª Turma. RO autos nº 04191-2012-018-09-00-0 - publicado em 29/04/2014. Relator Exmo. Des. Archimedes Castro Campos Junior)”.

No caso, o reclamante apresentou três mídias “Cd-r”, por este referidas na petição inicial, nos seguintes termos:

“(…) O Reclamante esclarece preliminarmente, que os dados do CNPJ da Reclamada não são os mesmos porque devido a motivos alheios ao conhecimento do Reclamante, a Empresa trocou de CNPJ, foi esclarecido que seria por conta de um enquadramento fiscal diferente, mas asseguramos, que apesar de na CTPS estar outro CNPJ, o reclamante trabalhou na empresa que indicamos. A troca de CNPJ foi informada pela Gerente da Empresa, **e a gravação na qual ela repassa essa informação encontra-se acostada aos autos**. Podemos ouvir claramente a explicação no arquivo áudio 1 no tempo 8:30. (...)”

O que ocorria na prática era que as gorjetas que recebia, eram rateadas entre todos os funcionários da Reclamada, inclusive com os que exerciam cargos de gerência. Além disso, o dinheiro recebido pelo Reclamante a título de gorjeta, ainda era usado para o pagamento de contas da Reclamada, para compensar eventuais quebras de caixa, e até mesmo para custear copos quebrados e talheres furtados ou que desapareciam, **conforme pode ser comprovado em gravação de áudio acostada aos autos (áudio 4 nos tempos: 0:20 - 0:35 - 1:10 - 1:55)**. (...)”

O reclamante trabalhou de fato até o dia 8 de maio de 2016, quando foi demitido sem justa causa, e com a ordem de encerrar suas atividades imediatamente. **Em nenhum momento da gravação acostada aos autos, ouvimos qualquer discussão sobre o cumprimento de aviso prévio**. (...)” (fls. 06, 12, e 21/22).

A este propósito, a inclusão das referidas gravações nos autos foi certificada à fl. 85, nos seguintes termos: *“DECLARO que, nesta data, recebi a mídia (CD) por meio do procurador da parte AUTORA Dr. L. M. F. sob nº 88557, mediante recibo nos presentes autos e depusitei em local próprio nesta secretaria”* (fl. 85).

Analisando as referidas gravações, verifica-se que claramente o reclamante se trata de um dos interlocutores destas, isto pelo fato de este ser de nacionalidade portuguesa e possuir sotaque linguístico, o que nitidamente o identifica, bem como que a voz contida no áudio gravado é a mesma de quando ele prestou depoimento em audiência, gravado pelo sistema PJE-mídias.

Logo, não houve ilegalidade nas gravações.

Nada a deferir.

Gorjetas

Análise conjunta com o tópico “Valor atribuído à gratificação”, constante do recurso do reclamante, ante a similaridade de matérias.

A reclamada se insurge contra a r. sentença, aduzindo que o reclamante não se desincumbiu do seu ônus probatório de comprovar a existência de diferenças nos pagamentos de gorjetas ou de descontos no que refere à quebra de caixa e extravio de materiais, bem como de que a gorjeta era paga a todos os funcionários, mesmo não sendo garçons; que não há prova de que as gravações trazidas aos autos pelo reclamante tenham sido feitas no local de trabalho; e que o depoimento da testemunha C. comprovou que não existiam comissões ou descontos relativos ao extravio de materiais no salário dos seus empregados.

Pleiteia sejam excluídos da condenação os reflexos decorrentes da integração das comissões/gorjetas ao salário do reclamante, bem como também seja excluída da condenação a restituição de descontos relativos à quebra de materiais e extravio/furto de utensílios.

Por fim, *“pugna pela reforma para que seja afastada a determinação de expedição de ofício ao MPT”* (fl. 198).

O reclamante, por sua vez, também se insurge contra a r. sentença, alegando que o critério adotado pelo r. Juízo *a quo* para o cálculo das gorjetas está incorreto; e que a *“testemunha Cleide, confirmou no seu depoimento que o tíquete médio era em torno de R\$ 30,00 a R\$ 35,00, e que a casa tinha entre 3 e 5 garçons (...), de modo que se cada garçom atendesse cerca de 8 mesas por noite, com a média de 3 pessoas, com o*

tíquete de R\$ 33,00, teríamos o valor da conta aproximado por mesa de R\$ 100,00 (cem reais), com uma gorjeta de R\$ 10,00 por mesa, ou seja, de acordo com o magistrado de primeiro grau, durante o mês inteiro o recorrente deveria ter atendido 10 mesas" (fls. 191/192).

Postula seja o "valor da gorjeta (...) recalculado pelo menos com o valor equivalente ao atendimento de 10 mesas por dia, uma vez que a empresa está sempre lotada", e, por consequência, "o valor das gorjetas se aproxime da realidade e seja calculada em R\$ 100,00 reais por dia, 26 dias por mês, bem como todos os reflexos cabíveis" (fl. 192).

Analisa-se.

O MM. Juízo de origem, por ter identificado que uma das vozes contida na gravação do "CD-r" 01, trazido aos autos pelo reclamante, **era da testemunha Cleide, a qual também é gerente da reclamada**, e que tais gravações ocorreram em uma reunião (mídias 1 e 3), na qual a sra. C. deixa claro que existiam comissões pagas aos funcionários na forma de gorjetas próprias e impróprias, e que o extravio/furto/quebra de utensílios do restaurante por parte de clientes eram descontados das comissões percebidas pelos trabalhadores, bem como que a sra. C. mencionou em tal gravação que havia o pagamento de comissões em metas individuais e em equipe, contrariando totalmente o seu próprio depoimento, prestado em Juízo, como testemunha, **concluiu que "havia gorjetas compulsórias cobradas pela ré na conta e distribuídas entre os empregados"**, e que, **"ante a média salarial do autor, estipula-se, com base na aplicação por analogia do art. 460 da CLT, que a média mensal recebida pelo autor a título de gorjetas, próprias e impróprias, era de 20% do salário base mensal, conforme recibos de pagamento"**, condenando a reclamada, nos termos da súmula 354 do c. TST, no pagamento de **"reflexos das gorjetas em férias acrescidas de 1/3, 13º salário e FGTS (11,2%)"**, ante a integração da mesma ao salário (fl. 151).

Também condenou a reclamada a **"restituir ao autor os valores descontados das gorjetas para custear despesas com quebra de copos, furto de talheres e diferença de caixa, visto que essas despesas estavam relacionadas ao risco da atividade econômica, e não poderiam ser suportadas pelo empregado (CLT, art. 2º)"**, entendendo, por fim, que **"Como esses descontos eram realizados sobre as gorjetas de todos os empregados,**

estipula-se que correspondessem a 10% do valor mensal que cada um recebia a título de gorjetas, inclusive o autor.” (fls. 151/152).

Por fim destacou o seguinte:

“(…) De acordo com as mídias trazidas aos autos, observa-se a prática pela ré, ao menos, de duas irregularidades.

A primeira, a de rescindir, formalmente, os contratos de trabalho de todos os empregados e readmiti-los em seguida, em razão da alteração na estrutura jurídica da empresa. Infração dos arts. 10 e 448 da CLT.

A segunda, a de utilizar as gorjetas cobradas sobre as contas para custear gastos com quebras de copos, furtos de talheres e diferenças de caixas.

Oficie-se o MPT-PR para tomar as medidas que entender cabíveis (...)” (fl. 156).

Estabelece o art. 457, caput, da CLT, que a remuneração do empregado compreende, para todos os efeitos legais, *“além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber”*. Por sua vez, o § 3º do mesmo artigo considera gorjeta ***“não só a importância espontaneamente dada pelo cliente ao empregado, como também o valor cobrado pela empresa, como serviço ou adicional, a qualquer título, e destinado à distribuição aos empregados”*** (Redação dada pela Lei nº 13.419, de 2017).

Em seu depoimento, o reclamante declarou que:

“(…) recebia valores que não constavam no holerite, que era uma comissão referente à taxa de 10% do que o cliente pagava para a empresa, que eram divididas para todos os funcionários; (...) que tal quantia era paga em dinheiro; que havia um ou outro funcionário que recebia por meio de depósito bancário; (...) que este pagamento era feito no mesmo dia para todos os funcionários, sendo que não era paga somente para os garçons; que era o mesmo valor para todo mundo; (...) que recebia em torno de R\$ 900,00 por mês de comissão; que não sabe precisar quantos clientes atendia, mas que eram muitos por dia; que o tíquete médio era entre R\$ 30,00 e R\$ 35,00; que eram entre 3 e 5 garçons que trabalhavam por dia, isto porque tinha três fixos, mais dois ‘taxas’ mais ou menos, os quais não vinham trabalhar

todos os dias (...)” (Gravação Audiovisual - PJE - mídias).

Por sua vez, a testemunha C. disse o seguinte:

“(...) trabalha para a reclamada **desde março de 2014**; que trabalhou junto com o reclamante na loja da Av. Comendador Franco, 438x, Curitiba - Pr; que o nome fantasia da reclamada é ‘J. P. Ltda’; (...) que não havia cobrança de 10% sobre a conta dos clientes; que havia a possibilidade de os clientes darem gorjeta, de forma espontânea aos garçons; que não sabe qual era o valor destas gorjetas que eram pagas pelos clientes; que poderiam ser entre 5 e 10 reais; que quem decidia quanto seria este valor era o cliente; **que tanto o cliente, quanto o garçom não informavam este valor à empresa**; (...) **que nunca foi cobrado de funcionário descontos de extravio/quebras de utensílios do restaurante**; (...) **que caso tenha havido uma reunião, que tratou do assunto, ela não teria feito menção de que haveria descontos no salário dos funcionários em decorrência de utensílios quebrados/furtados/extraviados**; que provavelmente apenas houve uma orientação na reunião no sentido de que os funcionários cuidem dos utensílios que são utilizados ‘na casa’; que não se recorda desta reunião; (...) **que não havia desconto de comissão**; (...)” (Gravação Audiovisual - PJE - mídias).

A princípio, o depoimento da testemunha C. não comprova as alegações feitas pelo reclamante, no entanto, analisando-se a mídia anexada aos autos com a inicial, chega-se a outra conclusão.

Neste sentido, ouvindo-se a gravação “Track01” existente no “CD-r” nº 01, de fato, verifica-se se tratar de uma reunião, na qual uma pessoa do gênero feminino **com a voz idêntica a da testemunha Cleide** está falando e passando várias orientações aos funcionários da reclamada, mencionando o nome “Marco” (reclamante - 1’26”), bem como se identificando **ela própria a certa altura da gravação como C. (5’07” e 7’24”)**.

Na referida gravação a sra. C. ainda mencionou que “(...) *tem dúvida de salário, tem dúvida de **comissão**, tem dúvida de ‘não sei o quê’, **é Cleide, C. está aqui**, não é a Ivanilde que vai resolver o seu problema, qualquer dúvida que você tenha de **comissão**, de salário, eu estou aqui*” (11’03” até 11’16”); que **“eu só estou preocupada que o mês que vem a gente vai tentar manter o mesmo nível de comissão para vocês, senão...”** (12’12” a 12’22”).

Na gravação "Track03", também do "CD-r" nº 01, a Sra. C. ainda referiu que: "(...) da questão dos talheres, hoje mais uma vez eu gastei R\$ 400,00 em **copos**, mais R\$ 400,00, em **talheres**, isso encarece (inaudível) para cima da nossa comissão. Então é assim, **é custo, é copo... a gente entende que acontece uma coisa ou outra que acaba quebrando, ainda mais estes copos que são super sensíveis, mas tem que tomar cuidado, tá? Tem que ter uma cautela maior porque isso aí vai influenciar tudo na comissão. Tudo que estou tentando desejar a vocês é que vocês tenham uma comissão decente, isso porque o salário não é alto, né? Então o que mais fortalece o nosso salário aqui na casa é a nossa comissão.** Então tudo isso isso daí não é para quebrar, **o que é quebrado é descontado da nossa comissão.** Se é por lei ou não é, a empresa desconta, tá? isso é claro (inaudível) E a mesma coisa é a taxa, então é por isso que estou tentando, e estou sendo super chata em relação a isso, por conta desta situação. Tem que controlar" (004" até 01'03").

Após, alguns dos empregados da reclamada questionaram quanto aos talheres, que não seria culpa deles o extravio/furto/quebra, pois todo dia os talheres sumiam, ou ficam escondidos debaixo da bandeja e se extraviavam, apesar de eles observarem tal fato sempre, sendo que então a sra. C. mencionou o seguinte: "Não se pode dizer que é um ou outro, mas pode acontecer falha (...) Eu, não estou brigando com vocês, estou apenas pedindo para vocês ajudarem. Sabe, porque, assim, gente não é justo. É mesma coisa quando vocês verem uns 'demoninhos' quebrando os brinquedos, dá uma olhadinha com cara feia faz eles pararem, porque **isso tudo entra como quebra de caixa para a gente**; certo? Então é assim, não é que eu estou brigando, eu estou pedindo para vocês me ajudarem a controlar. Você falar e controlar os taxas que estão indo (trabalhar) com vocês. (inaudível). Por que quem não está aqui fixo não está preocupado em ficar recebendo no final do mês, ela (a pessoa) está preocupada em receber a taxa e ir embora. Isto por que (inaudível) é parceira e ela sabe. Comigo ela é (inaudível), até o momento. **Eu também peço que vocês, por favor me ajudem, porque eu não quero chegar no final do mês e vocês estarem recebendo uma comissão baixa, porque a gente está tendo muita despesa aqui na casa.** (...)" (1'04" até 02'36").

Ao contrário do aduzido pela reclamada nas suas razões recursais, está claro que as referidas gravações foram feitas no local de trabalho do reclamante, possivelmente durante uma ou mais reuniões, isto porque além do reclamante e da sra. Cleide, outras pessoas, as quais, ao que tudo indica, são funcionários da reclamada, também se pronunciavam durante as referidas gravações, mencionando

questões relativas ao labor na reclamada, sendo que quem comanda a referida reunião é a sra. Cleide.

Ademais, mesmo que a reunião tivesse sido realizada em outro local que não a sede da reclamada, é possível identificar pelo menos dois interlocutores nessas gravações, ou seja, o reclamante e a sra. Cleide, os quais claramente tratam de situações envolvendo o labor na reclamada, de modo que pouco importa o local onde a referida reunião foi realizada.

Em outra senda, não é o caso de as referidas gravações se tratarem de meros indícios de que a sra. C. faltou com a verdade em seu depoimento prestado nos presentes, **mas de prova cabal**, isto por que o reclamante é um dos seus interlocutores em ambos os áudios, o que, como se viu no tópico anterior, atesta a validade da prova como sendo lícita, bem como que a própria sra. C. se identifica durante a gravação e que não havia qualquer impedimento legal para que a referida gravação fosse realizada pelo reclamante.

Quanto ao contido nos áudios, ante o teor dos mesmos, também está claro que a sra. Cleide, por se tratar da gerente da reclamada, **confessou tanto a existência das comissões**, as quais se relacionavam às gorjetas próprias e impróprias percebidas pelo reclamante e demais garçons, **quanto à questão envolvendo os valores que eram descontados das referidas comissões no caso de quebras/furtos/extravios de utensílios do restaurante.**

Portanto, a reclamada não possui razão na sua insurgência recursal, uma vez que, por meio, das gravações trazidas aos autos pelo reclamante, ficou evidenciado que existiam comissões pagas pela reclamada que se relacionavam às gorjetas, bem como que havia desconto ilegal nas referidas comissões pela perda/quebra/furto de utensílios utilizados pelos clientes da reclamada.

Desta forma, reconhecido o pagamento e a natureza salarial das comissões/gorjetas, cabível a integração à remuneração da reclamante e os reflexos decorrentes, bem como também é devida a restituição de valores descontados nos termos definidos na r. sentença.

Com relação à insurgência recursal do reclamante, destaca-se o entendimento adotado na decisão proferida pelo Exmo. Desembargador Ney Fernando Olivé

Malhadas, no julgamento do Recurso Ordinário de nº 0010552-46.2016.5.09.0015, publicado no DJ em 22/04/2019, a quem peço vênia para transcrever:

"[...] Conforme leciona Vólia Bomfim Cassar:

'As gorjetas, ou outras espécies de pagamento indireto, são concedidas por terceiro com a finalidade de estimular, agradar ou obter vantagens com o trabalho prestado pelo empregado. Só o faz porque o trabalhador está executando seus serviços naquele estabelecimento.

Neste sentido, a natureza jurídica da gorjeta é uma gratificação paga pelo terceiro (e não pelo empregador) ao empregado, em virtude do serviço que é prestado durante seu expediente de trabalho.

(...)

É comum os empregados ajustarem o rateio das gorjetas. A praxe do mercado demonstra que os garçons ficam com 7%, os comins e ajudantes com 2% e o cozinheiro com 1%. Não há qualquer ilegalidade nesta prática, pois decorre do costume ou do ajuste, mesmo que tácito.' (in Curso de Direito do Trabalho, Impetus, 5ª Ed., 2011. p. 806 e 809 - grifos nossos).

Assim, via de regra, considerando o costume de pagamento de tal parcela, comungo do entendimento singular de que não há 'qualquer fundamento legal, convencional ou contratual a amparar a pretensão de que a totalidade do montante pago a esse título seja destinada ao garçom que atendeu determinada mesa. Ao revés, normalmente tais valores são objeto de rateio, tanto entre os próprios garçons como entre os trabalhadores da cozinha. Tal é razoável, pois certamente a qualidade da experiência do cliente, no restaurante - e, por consequência, a probabilidade de que este se disponha a pagar a taxa de serviço de 10% - passa não apenas pela atuação do garçom que o atende, mas, em certa medida, pelo trabalho de todo o staff do restaurante, em especial dos trabalhadores da cozinha'.

Da mesma forma, cita-se como precedente: RO 0001670-83.2016.5.09.0019, de relatoria do Exmo Desembargador Altino Pedrozo dos Santos, publicado em 24/07/2018, da 7ª Turma deste TRT 9ª Região.

De qualquer maneira, o pedido feito pelo reclamante nas suas razões recursais (R\$ 2.600,00) é descabido, mesmo porque ele próprio mencionou em seu depoimento que "**recebia em torno de R\$ 900,00 por mês de comissão**", valor que é R\$ 1.700,00 inferior ao por ele sugerido nas razões recursais.

Desta feita, em que pese a sra. C. ter confessado nos áudios gravados e anexados aos autos que tanto o reclamante percebia comissões, quanto eram descontados valores ilegalmente destas comissões, é razoável que se estabeleça que o valor da comissão do reclamante era de 20% do seu salário, bem como que os descontos ocorridos eram no percentual de 10% destas comissões, isto porque tal valor era rateado entre todos os funcionários da reclamada, o que, por certo diminuía o valor das comissões, não tendo o reclamante, sequer se desincumbido do seu ônus probatório de comprovar que recebia R\$ 900,00 mensais a título de comissões (conforme o afirmado por ele em seu depoimento).

Ademais, se ressalta que o fato de o valor das comissões ser rateado por todos os funcionários, prática que é legal e justa, e que por certo acarreta na diminuição do valor das comissões/gorjetas que o reclamante perceberia, caso somente os garçons recebessem tal gratificação.

Destaca-se também ser razoável a aplicação do artigo 460, da CLT (*“Na falta de estipulação do salário ou não havendo prova sobre a importância ajustada, o empregado terá direito a perceber salário igual ao daquela que, na mesma empresa, fizer serviço equivalente ou do que for habitualmente pago para serviço semelhante”*) ao caso dos autos; bem como da súmula 354, do c. TST (*“As gorjetas, cobradas pelo empregador na nota de serviço ou oferecidas espontaneamente pelos clientes, integram a remuneração do empregado, não servindo de base de cálculo para as parcelas de aviso-prévio, adicional noturno, horas extras e repouso semanal remunerado”*), perdurando o decidido na r. sentença, também neste sentido.

Por fim, com relação ao pedido feito pela reclamada, no sentido de ser excluída da condenação a expedição de ofício ao MPT, além de se constatar, conforme o acima transcrito, que havia prática da reclamada de utilizar gorjetas percebidas pelos seus funcionários para custear despesas com utensílios furtados/quebrados/extraviados, na gravação feita pelo reclamante (“CDr 01”, “Track01”) a sra. C. afirmou o seguinte: *“A empresa vai fazer mudança na razão social, o motivo que me foi passado é que a empresa deixou de ser ‘simples’, e a empresa que é ‘simples’ de pequeno porte comporta até nove empregados registrados somente e a nossa empresa tem dezesseis, tá? E isso a nível de fiscalização da Receita Federal ‘barrou’, não pode, então a empresa vai ter que mudar todos os tributos, todos os impostos, porque ela deixou de ser pequena, para ser de médio porte. **Por esse motivo, quem é registrado vai ter que fazer uma rescisão, a empresa vai ter que fazer uma rescisão com todos, certo? Com todos,***

pagando devidamente o que tem que ser pago, nesse período em que vocês vão ficar sem carteira. Vai sujar a carteira? não vejo como sujar, isto porque a empresa vai tirar vocês de uma e por vocês em uma outra empresa" (Alguém questionou se iria apenas trocar o CNPJ e a sra. C. respondeu que sim). (8'31" até 9'16").

Depois a sra. C. continuou: *"Para mudar tudo tenho que tirar vocês, para fechar uma empresa eu tenho que tirar tudo o que eu tenho nela... 'Ah é eu tenho mês de casa, você também', 'ah eu teu 7 meses, você também', 'ah eu tenho um ano, você também', 'ah você tem sete dia, você também'* (risos) (...) ***Isso aconteceu há dois anos atrás, não sei por qual motivo, mas aconteceu. Estou oficializando isto para vocês. Quando acontece isso? no final do mês. Certo? Até o final deste mês tem que acontecer isso. Data certa eu não sei. Ah eu vou receber?. Vai receber tudo o que é por direito, conforme o tempo de carteira que vocês tem. OK? E não é assim, é uma situação que não era para acontecer, mas aconteceu e tem que fazer, senão a empresa aplica a multa (sic) e o negócio vai...*** (inaudível)" (9'17" até 10'18").

Logo, ante a fraude praticada pela reclamada, é o caso de se oficiar o Ministério Público do Trabalho, nos termos da r. sentença.

Conclusão.

Nega-se provimento aos recursos ordinários do reclamante e da reclamada.

Ofício MPF - Crime de falso testemunho

A reclamada se insurge contra a r. sentença aduzindo que a sra. Cleide, em seu depoimento prestado em Juízo, teria respondido apenas o que ela se lembrava; que não há prova nos autos de que ela fosse uma das interlocutoras das gravações; que *"o fato da testemunha não ter ouvido sequer a conversação na qual estaria inserida, impediu à mesma de explicar qual o contexto ou quais os motivos que levaram às afirmações feitas"*; e que inexistente nos autos qualquer evidência de que a referida testemunha teria alterado a verdade dos fatos em seu depoimento (fl. 198).

Pleiteia seja afastada a determinação de expedição de ofício ao MPF para apuração do crime de falso testemunho, cometido pela sra. C. C..

Analisa-se.

O MM. Juízo de origem, por considerar que *“Pelas mídias juntadas aos autos pelo autor, observa-se que a ré cobrava dos clientes o adicional de contas e, em parte, distribuía-os entre os empregados, sem considerá-las na remuneração. Além disso, de acordo com as gravações, a própria sra. C. informa que a ré descontava das gorjetas (chamada de comissões), os valores relativos a copos quebrados, talheres furtados e quebra de caixa”*; e que *“A testemunha C. C., advertida e compromissada, em juízo, ao ser indagada negou que a ré cobrasse sobre as contas o referido adicional de contas ou descontasse valores relativos a quebras das gorjetas. Constata-se, assim, que a testemunha C. faltou com a verdade perante o Juízo”*, determinou que fosse oficiado ao *“Ministério Público Federal, ante os indícios de falso testemunho da testemunha C. C., para que tome as providências que entender cabíveis”* (fls. 155/156).

Na hipótese dos autos, embora não se possa dizer que a sra. C. não negou expressamente que havia uma comissão que era paga aos empregados da reclamada, e que se referia às gorjetas obtidas pelos garçons, esta mencionou em seu depoimento que ***“nunca foi cobrado de funcionário descontos de extravio/quebras de utensílios do restaurante”***, sendo que o conteúdo da gravação feita pelo reclamante indica exatamente o contrário.

A determinação de expedição de ofício às autoridades competentes é dever do magistrado ante a ocorrência de eventual crime. A situação dos autos envolve potencial crime previsto no art. 342 do Código Penal.

Portanto, adequada a determinação do MM. Juízo de base, que se limitou a ordenar a expedição de ofício ao MPF, noticiando eventual ocorrência de crime de falso testemunho, de forma que caberá a tal órgão se manifestar sobre a existência de indício de crime e necessidade de apuração dos fatos.

Sobre o tema, cita-se o seguinte precedente deste E. Tribunal: RO 09928-2009-663-09-00-9, acórdão publicado em 08/04/2011, de relatoria da Exma. Des. Sueli Gil El Rafihi, contando com a seguinte ementa:

“CRIME DE FALSO TESTEMUNHO - ENCAMINHAMENTO, DE OFÍCIO, AO MINISTÉRIO PÚBLICO, PELO JUIZ DE PRIMEIRO GRAU- O crime de falso testemunho tem previsão no Código Penal no Título XI (“Dos crimes contra a administração pública”), Capítulo III (“Dos crimes contra a administração da justiça”), artigo 342, obrigando o magistrado - diferentemente da faculdade conferida ao cidadão comum pelo § 3º do artigo 5º do CPP-, a informar ao órgão competente a ocorrência de

falsas declarações pelas testemunhas. Logo, verificada, a existência, em tese, da conduta delituosa - eis que nitidamente contraditória a testemunha, buscando visivelmente beneficiar a parte que a arrolou -, nada mais fez, o magistrado, do que se valer do poder-dever de bem conduzir a relação processual. Sentença que se mantém.”

Mantém-se.

RECURSO DO AUTOR M. I. F.

Vínculo empregatício. Tempo de serviço

O reclamante se insurge contra a r. sentença, aduzindo que a prova oral comprovou o fato de que ele manteve vínculo de emprego com a reclamada desde 03/03/2015; e que por meio do endereço eletrônico “https://www.tripadvisor.com.br/Restaurant_Review-g303441-d6622779-Reviews-or370-F._G._H.-Curitiba_State_of_Parana.html” é possível identificar um elogio de um cliente feito ao reclamante na data de 25/07/2015, o que comprovaria que este possuía vínculo de emprego com a reclamada, já antes do registro em CTPS.

Postula seja reconhecido o vínculo empregatício deste com a reclamada, nos termos pleiteados na inicial.

Analisa-se.

O MM. Juízo de origem, por considerar que não ficou caracterizada na relação existente entre o reclamante e a reclamada no período entre 03/03/2015 e 05/01/2016 a habitualidade na prestação de serviços, rejeitou o pleito inicial de reconhecimento de vínculo empregatício relativamente ao referido período.

Para o reconhecimento do vínculo de emprego, é essencial o preenchimento de todos os requisitos do artigo 3º da CLT, que considera empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salários. Logo, cinco são os requisitos imprescindíveis para a caracterização do vínculo empregatício: prestação de serviços por pessoa física, pessoalidade, **não-eventualidade**, onerosidade e subordinação.

Na petição inicial, o reclamante aduziu o seguinte:

“(...) Em 3 março de 2015, o Reclamante foi contratado como garçom freelancer, trabalhando por dia na empresa Reclamada, ocorre que

desde o primeiro dia prestou serviços como garçom contratado, a Empresa tinha como política chamar alguns ajudantes contratados esporadicamente para exercer a função de cumim, os quais auxiliavam os garçons em dias em que grande movimento.

Desde o início o reclamante já recebia salário, e não diárias, e trabalhou desde março de 2015 até o dia 05 de janeiro de 2016 sem nenhum tipo de registro. Durante esse período, recebia apenas o valor do salário combinado, não tinha direito ao pagamento correto das gorjetas, ou qualquer outro benefício, mesmo cumprindo TODOS os requisitos que caracterizam a relação de trabalho, sendo prestado por pessoa física, na pessoa do Reclamante, ele era subordinado a Gerência da Reclamada, mediante pagamento, e trabalhava na mesma escala de trabalho dos demais funcionários, seis dias por semana.

Em 05 de Janeiro de 2016, foi registrado, com o salário de R\$ 1.063,37 (mil e sessenta e três reais e trinta e sete centavos).

Trabalhou efetivamente até o dia 8 de maio de 2016, quando foi demitido sem justa causa. Posteriormente foi homologada uma rescisão, sem a presença de um representante do sindicato, nem um advogado, e sem uma acuidade e comprometimento com os fatos ocorridos, uma vez que a rescisão apresenta uma série de erros que abordaremos em seguida (...)” (fl. 06).

Em contestação, a reclamada negou as alegações feitas pelo reclamante, aduzindo ainda que *“O reclamante, antes da sua contratação em 05.01.2016, trabalhou de forma eventual e por recebimento de diárias, mais conhecido como ‘taxa’, em não mais do que duas oportunidades semanais, principalmente em finais de semana. A prestação de serviços em tela é absolutamente comum no ramo de bares e restaurantes, sendo que o autor, quando eventualmente convocado, recebia o valor fixo de R\$ 60,00 por dia”* (fl. 98).

Nos termos dos artigos 818, I, da CLT, e 373, I, do CPC, incumbia ao reclamante a prova de suas alegações e, nos termos do inciso II do referido artigo, cabia à reclamada comprovação dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do reclamante.

Portanto, incumbia ao obreiro comprovar que preenchia os requisitos necessários para a caracterização de vínculo empregatício, bem como incumbia à reclamada a comprovação do fato impeditivo do direito do reclamante, uma vez que, apesar de ter negado o vínculo empregatício, admitiu a prestação de serviços.

Em seu depoimento, o reclamante declarou que:

“(...) iniciou a prestação de serviços em meados de março de 2015; que fazia ‘taxa’; que ‘taxa’ é como se fosse um extra, que ia todo dia fixo, e que a empresa pagava por fora; que era chamado todo dia; que pagavam a remuneração diariamente em tais ocasiões; que pagavam R\$ 80,00 por dia; que foi registrado em 06/01/2016; que não houve alteração das funções depois que foi registrado; que houve alteração no horário, pois passou a entrar em torno de 30 minutos mais cedo (...)” (Gravação audiovisual - PJE mídias).

Por sua vez, a testemunha C. asseverou que:

“(...) o reclamante fazia trabalho esporádico com a reclamada desde setembro de 2015; que eventualmente ele fazia ‘taxa’ em finais de semana; que em janeiro de 2016 ele foi efetivado, pois surgiu uma oportunidade de vaga efetiva na casa; (...)” (Gravação audiovisual - PJE mídias).

Nas gravações trazidas aos autos pelo reclamante não existe qualquer afirmação feita pela sra. Cleide, no sentido de desmentir o por ela afirmado em audiência.

Desta feita, o conteúdo do depoimento da testemunha Cleide, única a prestar depoimento nos autos, não deixa dúvidas de que o reclamante, até janeiro de 2016, prestava serviços apenas de forma esporádica à reclamada, faltando o requisito da não eventualidade para que se caracterizasse o vínculo empregatício entre as partes no período almejado pelo reclamante, tal qual como foi concluído na r. sentença.

Existe outra gravação anexada pelo reclamante, no qual o seu procurador conversa, por meio de uma ligação telefônica, com uma pessoa chamada “Bruno”, na qual este último afirma que antes de o reclamante laborar com carteira assinada, este laborava como “taxa”, mas que ao contrário dos outros “taxas”, o obreiro era chamado pela reclamada para ir trabalhar todos os dias.

Todavia, ao contrário, das gravações que contêm os áudios da sra. Cleide, esta última gravação não pode ter sua autenticidade presumida, isto porque não há prova de que um dos seus interlocutores, de fato, fora empregado da reclamada, bem como porque tais declarações não foram prestadas pelo sr. Bruno em Juízo, pois, se realmente o reclamante julgasse que o depoimento desta pessoa fosse corroborar

com a sua tese, deveria tê-la arrolado nos autos como testemunha, o que não o fez, incorrendo em preclusão, não sendo o caso, portanto, de presumir que uma ligação telefônica feita pelo procurador do obreiro a um suposto funcionário da reclamada possa gozar de presunção de veracidade.

Por fim, o elogio feito por cliente da reclamada ao reclamante, mencionado por este nas suas razões recursais apenas indica que o obreiro pode ter prestado serviços à reclamada em data próxima a 25/07/2015 como “taxa”, não comprovando de forma cabal a habitualidade na prestação de serviços, e muito menos que este possuía vínculo empregatício com a reclamada na referida data.

Logo, **nada a deferir.**

Valor atribuído à gratificação

Tópico analisado em conjunto com o recurso da reclamada.

Nega-se provimento.

CONCLUSÃO

Em Sessão Extraordinária realizada nesta data, sob a Presidência do Excelentíssimo Desembargador Sergio Guimaraes Sampaio; presente a Excelentíssima Procuradora Darlene Borges Dorneles, representante do Ministério Público do Trabalho; computados os votos dos Excelentíssimos Desembargadores Sergio Guimaraes Sampaio, Archimedes Castro Campos Junior e Marco Antonio Vianna Mansur; **ACORDAM** os Desembargadores da 5ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, por unanimidade de votos, **EM CONHECER DOS RECURSOS ORDINÁRIOS DAS PARTES**, assim como das respectivas contrarrazões. No mérito, por igual votação, **EM NEGAR-LHES PROVIMENTO**, nos termos da fundamentação.

Custas inalteradas.

Intimem-se.

Curitiba, 17 de dezembro de 2019.

SÉRGIO GUIMARÃES SAMPAIO

Relator

PROCESSO nº 0000808-80.2018.5.09.0007 (ROT)

CERCEAMENTO DE DEFESA. INDEFERIMENTO DE ADOÇÃO DE PROVA EMPRESTADA. INDEFERIMENTO DE PERGUNTAS REFERENTES À PROVA EMPRESTADA REQUERIDA. NULIDADE. Embora seja admissível a utilização de prova emprestada no processo do trabalho, a sua validade não depende da anuência da parte adversa. Com esteio nos preceitos constitucionais é fundamental apenas que se oportunize o contraditório às partes. Portanto, perfeitamente possível a utilização de prova emprestada no processo do trabalho quando se constata, como no caso, a pertinência da prova. No caso, diante da semelhança nas condições fáticas dos processos e das discrepâncias existentes entre os depoimentos colhidos nos autos em que se requer a utilização como prova emprestada e no presente feito, o indeferimento da prova emprestada, assim como das indagações relacionadas ao teor dos depoimentos prestados naqueles autos, importaram prejuízo ao contraditório e à ampla defesa do autor, em afronta aos termos do artigo 5º, LV, da Constituição Federal, razão pela qual foi declarada a nulidade processual. Sentença reformada.

RELATÓRIO

V I S T O S, relatados e discutidos estes autos de **RECURSO ORDINÁRIO TRABALHISTA (1009)**, provenientes da **MM. 07ª VARA DO TRABALHO DE CURITIBA**.

Inconformada com a r. sentença, complementada pela decisão resolutiva de embargos, ambas proferidas pela Exma. Juíza do Trabalho FABIANA MEYENBERG VIEIRA, que acolheu parcialmente os pedidos, recorrem as partes, tempestivamente.

O recorrente M. D. S. J. D. P., através do RECURSO ORDINÁRIO, postula a reforma da r. sentença quanto aos seguintes pedidos: a) responsabilidade subsidiária; b) juros e correção monetária; c) honorários sucumbenciais.

O recolhimento do depósito recursal e das custas processuais não foi

efetuado, conforme a previsão constante no art. 1º, IV e VI, do Decreto-lei nº 779/69.

Contrarrazões apresentadas pelo autor.

O recorrente M. C. , através do RECURSO ORDINÁRIO, postula a reforma da r. sentença quanto aos seguintes pedidos: a) nulidade processual por cerceamento de defesa - negativa de utilização de prova emprestada e indeferimento de perguntas; b) jornada de trabalho; c) tempo à disposição - troca de uniforme; d) intervalo interjornada; e) intervalo intrajornada; f) adicional noturno e hora noturna; g) descontos indevidos; h) multa convencional; i) dano moral; j) litigância de má-fé; k) limitação da condenação aos valores indicados na petição inicial; l) honorários advocatícios; m) correção monetária.

Custas dispensadas.

Depósito recursal não efetuado.

Contrarrazões apresentadas pelo primeiro réu.

O Ministério Público do Trabalho, pelo d. Procurador(a) Viviane Dockhorn Weffort, opinou no sentido de acolher a preliminar de nulidade processual por cerceamento de defesa.

Informo que as remissões às folhas do processo, feitas neste acórdão, levarão em conta sua ordem de apresentação no arquivo PDF que decorre da exportação integral dos autos (“Download de documentos em PDF”), em ordem crescente, a fim de facilitar sua localização pelo leitor.

FUNDAMENTAÇÃO

ADMISSIBILIDADE

Presentes os pressupostos legais de admissibilidade, ADMITO os recursos ordinários das partes, bem assim as regulares contrarrazões.

DIREITO INTERTEMPORAL

Esclareça-se, de plano, com o fim de evitar a oposição desnecessária de embargos declaratórios, que as normas de direito material contidas na Lei

13.467/2017 e na Medida Provisória 808 serão aplicadas apenas aos fatos ocorridos após as suas respectivas datas de vigência. Sob o aspecto processual, a aplicação dessas normas respeitará os atos já praticados e as situações consolidadas sob a vigência da lei revogada (arts. 14 e 15, do NCPC, c/c art. 769, da CLT).

MÉRITO

Recurso do autor

Análise invertida, por lógica processual.

nulidade processual por cerceamento de defesa - negativa de utilização de prova emprestada e indeferimento de perguntas

O autor sustenta a existência de nulidade processual por cerceamento de defesa, diante do indeferimento de utilização de prova emprestada requerida e do indeferimento de perguntas às testemunhas. Alega que não é necessária a concordância da parte contrária para utilização da prova emprestada, mas tão somente que haja possibilidade desta se manifestar quanto ao teor de tal prova. Afirma que os depoimentos prestados nos autos da prova emprestada possuem eficácia para favorecer a sua tese, sendo justamente por essa razão que as rés não concordaram com a utilização da prova emprestada. Sustenta que nos autos dos quais se requer a utilização da prova emprestada (0000894-94.2018.5.09.0122) a instrução foi realizada em 19/06/2019 e a sentença proferida em 17/07/2019. Aduz que foram acolhidos muitos pedidos formulados pelo autor daqueles autos com base na prova oral produzida. Argumenta que a instrução no presente processo foi realizada em 01/08/2019, ou seja, após a sentença proferida naqueles autos, sendo que por essa razão a 1ª ré trouxe preposto e testemunha diferentes. Por fim, informa que a r. Julgadora, antes mesmo de dar início à oitiva das testemunhas, advertiu que perguntas formuladas às testemunhas referentes à instrução dos autos 0000894-94.2018.5.09.0122, não seriam permitidas. Por tais razões alega que teve cerceado seu direito de defesa, do contraditório, e do devido processo legal. Requer seja acolhida a preliminar de nulidade processual, anulando a r. sentença, determinando o retorno dos autos à Vara do Trabalho de origem para reabertura da instrução processual, a fim de que seja possibilitada a admissão da utilização da instrução e sentença dos autos da RT nº 0000894-94.2018.5.09.0122 como prova emprestada, bem como seja possibilitado ao seu patrono formular perguntas às testemunhas

referentes a instrução dos autos 0000894-94.2018.5.09.0122.

Com razão.

O autor formulou pedido para utilização da prova emprestada produzida nos autos 0000894-94.2018.5.09.0122, por meio da petição de fls. 6201/6203.

Na audiência realizada em 02/07/2019 (fls. 6210/6211) o pedido foi reiterado. Contudo, a r. Julgadora indeferiu a utilização da prova emprestada sob o fundamento de que a reclamada não concordava com a juntada:

“O reclamante requer a utilização de prova emprestada juntada aos autos, com o que não concorda a reclamada. **Este juízo entende que a prova emprestada só é aceitável e houver a concordância de ambas as partes, pelo o que indefiro o pedido de utilização de prova emprestada.** Protestos pelo reclamante.”. (destaquei)

Em prosseguimento, na audiência realizada em 01/08/2019 (fls. 6234/6235) a r. Julgadora, antes mesmo de dar início à oitiva das testemunhas, advertiu que perguntas formuladas às testemunhas referentes a instrução dos autos 0000894-94.2018.5.09.0122 não seriam permitidas:

“Tendo em vista que a ata de audiência dos autos 0000894-94.2018.5.09.0122 não foi admitida como prova emprestada pela reclamada, desde já advirto ao reclamante que **não serão permitidas perguntas que tenha como intuito fazer com que a testemunha confirme ou não o que disse naqueles autos.** No entanto, o autor poderá refazer as perguntas realizadas naqueles autos para as testemunhas, pelo que não há o que se falar em limitação ao direito de ampla defesa. Protestos pelo reclamante, no prazo de 10 dias.”. (destaquei)

Por fim, constou da r. sentença:

“DOCUMENTOS JUNTADOS AOS AUTOS

A parte autora apresentou nas fls. 6205/6208 ata da audiência realizada nos autos nº 0000894-94.2018.5.09.0122, pretendendo em manifestação de fls. 6201/6203 e fls. 6212/6220 a utilização como prova emprestada, alegando tratar-se de casos similares.

A Ré não concordou com a utilização da prova emprestada.

Nos termos do art. 372 do CPC, cabe ao juiz atribuir o valor que

considerar adequado a prova emprestada produzida, sendo necessário observar o contraditório, para que tenha a oportunidade de produzir contraprova em face dessas novas provas, sob pena de cerceamento de defesa.

Entendo que os depoimentos prestados pelas partes e testemunhas em outra relação processual, com eficácia para favorecer a tese do Demandante, **não podem ser adotados como prova emprestada sem concordância expressa da Ré, o que inexistente neste caso.**

Assim, pelos motivos expostos e diante dos termos do artigo 372 do CPC, não admito a prova emprestada requerida pelo Autor.”. (destaquei)

O direito à produção de provas, de fato, não é absoluto, e em se tratando de alegação de nulidade, o processo do trabalho encontra norte cardinal no artigo 794 da CLT (“Nos processos sujeitos à apreciação da Justiça do Trabalho só haverá nulidade quando resultar dos atos inquinados manifesto prejuízo às partes litigantes”), que incorpora o princípio do prejuízo, ou seja, não se declara nulidade se, da situação processual impugnada, não resultar prejuízo à parte que alega. Regra que incide inclusive sobre a prova oral, tanto no indeferimento de perguntas quanto no indeferimento de oitiva de determinada testemunha, estando no âmbito de decisão do magistrado instrutor tal decisão, bastando, para tanto, que o faça de forma fundamentada.

A existência de prejuízo, assim, é condição sine qua non para a declaração de nulidade, posicionamento, a propósito, bastante condizente com os princípios norteadores do processo do trabalho, lembrando-se, de forma especial, o da celeridade, umbilicalmente ligado à efetividade da prestação jurisdicional, finalidade última a ser alcançada em qualquer ramo do Direito, mas que muito mais se acentua nessa seara, diante do caráter alimentar das verbas trabalhistas.

Além disso, o art. 795 da CLT consagra o princípio da convalidação, ao estabelecer que “as nulidades não serão declaradas senão mediante provocação das partes, as quais deverão argui-las à primeira vez em que tiverem de falar em audiência ou nos autos”. Nessa linha, leciona o eminente doutrinador Mauro Schiavi que “se as nulidades não forem invocadas no momento processual oportuno, haverá a convalidação do ato inválido, também chamada pela doutrina de preclusão de se invocar a nulidade” (Manual de Direito Processual do Trabalho. São Paulo: LTr, 2009, p. 356).

Iniciando-se pela questão da **tempestividade** para alegação da nulidade, verifico que **o autor apresentou protestos** tanto na audiência que indeferiu a utilização da prova emprestada quanto na audiência que indeferiu as perguntas referentes aos autos 0000894-94.2018.5.09.0122 (fl. 615) e, em razões finais, arguiu nulidade processual por cerceamento de prova.

Esclareça-se que o atual entendimento majoritário desta Turma é de que os simples protestos apresentados em audiência são suficientes para afastar os efeitos da preclusão, nos termos do voto divergente do revisor, Exmo. Des. Sergio Murilo Rodrigues Lemos, nos autos de RO 01534-2011-653-09-00-0, não havendo, assim, exigência de renovação da arguição de nulidade, bastando que esteja presente nas razões de recurso ordinário.

Quanto à configuração da nulidade propriamente, sob a vertente do prejuízo, esse faz-se também presente.

Em relação à utilização da prova emprestada, não se desconhece que o art. 372 do CPC estabelece que “O juiz **poderá** admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório”.

Como se nota, trata-se de **faculdade legal** reservada ao magistrado que conduz o processo, o qual, se admitir a prova emprestada, deverá oportunizar o devido contraditório.

Observo que nem poderia o referido dispositivo legal conter expressão que determinasse ao julgador adotar a prova emprestada, uma vez que este possui as prerrogativas legais de direção do processo e de produção de provas, nos termos do art. 765 da CLT (“Os Juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas”) e do art. 370 do CPC, subsidiariamente aplicável ao processo do trabalho por força do art. 769 da CLT.

Dessa forma, o julgador poderá deixar de admitir a prova emprestada se, por exemplo, entender desnecessária ao julgamento do mérito. Entretanto, tal juízo de admissibilidade, conforme entendimento deste Colegiado sobre o ponto, deve ser feito de forma **contextualizada**.

Contudo, no caso do presente feito, a argumentação da r. Julgadora para o indeferimento da utilização da prova emprestada **fundase exclusivamente no fato de a parte contrária não ter concordado com a utilização**, com o que não se pode concordar.

Embora seja admissível a utilização de prova emprestada no processo do trabalho, **a sua validade não depende da anuência da parte adversa**. Com esteio nos preceitos constitucionais é fundamental apenas que se oportunize o contraditório às partes. Nesse sentido, os seguintes precedentes do c. TST:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. PROCESSO SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014 E ANTERIOR À LEI Nº 13.467/2017. 1) PRELIMINAR DE NULIDADE POR CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. UTILIZAÇÃO DE PROVA EMPRESTADA. 2) PARCELA DENOMINADA “PRÊMIO PRODUTIVIDADE”. NATUREZA JURÍDICA. PAGAMENTO HABITUAL. INTEGRAÇÃO AO SALÁRIO. SÚMULA 126/TST. 3) TEMPO À DISPOSIÇÃO. SÚMULA 429/TST. 4) PAUSAS PSICOFISIOLÓGICAS DA NR 36. MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 126/TST. 5) HORAS EXTRAS. REGIME DE COMPENSAÇÃO DE HORÁRIOS OU DE BANCO DE HORAS. NÃO COMPROVAÇÃO. MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 126/TST. 6) DIFERENÇAS EM PAGAMENTO DE ADICIONAL NOTURNO. MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 126/TST. 7) MULTA CONVENCIONAL. 8) RECOLHIMENTOS FISCAIS E PREVIDENCIÁRIOS. Esta Corte tem autorizado a utilização da prova emprestada quando houver identidade entre os fatos a serem provados e a participação da parte adversa na produção probatória, preservando-se, assim, os princípios da ampla defesa e do contraditório. Naturalmente que a prova não ostenta valor absoluto, tendo de ser sopesada pelo Magistrado em face do conjunto probatório existente. Julgados desta Corte. Agravo de instrumento desprovido. (Processo: AIRR - 10119-81.2016.5.18.0018 Data de Julgamento: 26/06/2018, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 29/06/2018).

RECURSO DE REVISTA. QUESTÃO PRELIMINAR. HORAS EXTRAORDINÁRIAS. INTERVALO INTRAJORNADA. DESPACHO DE ADMISSIBILIDADE PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA IN 40 DO TST. Não se aprecia tema recursal em relação ao qual foi denegado seguimento ao recurso de revista, na vigência da Instrução Normativa nº 40 do TST, quando a parte recorrente deixa de impugnar a decisão, mediante interposição de agravo de instrumento, diante da preclusão ocorrida. NULIDADE POR CERCEAMENTO DE DEFESA. PROVA EMPRESTADA. CONCORDÂNCIA DA PARTE CONTRÁRIA. DESNECESSIDADE. A ausência de concordância quanto à utilização da prova emprestada não é suficiente para caracterizar a nulidade por cerceamento de

defesa arguida pela reclamada. **Prevalece nesta Corte Superior o entendimento de que, desde que haja identidade com a lide, o deferimento da utilização da prova emprestada pelo Julgador não pressupõe a concordância da parte contrária, devendo apenas ser observado o contraditório**, na forma do art. 372 do CPC/15, o que ocorreu. Recurso de revista de que não se conhece. (Processo: RR - 10246-31.2016.5.03.0149 Data de Julgamento: 20/06/2018, Relatora Desembargadora Convocada: Cilene Ferreira Amaro Santos, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 22/06/2018). (destaquei)

Portanto, perfeitamente possível a utilização de prova emprestada no processo do trabalho quando se constata, como no caso, a pertinência da prova.

Isso porque **nos autos em que produzida a prova que o autor busca utilizar como prova emprestada figuram os mesmos réus deste processo (Intersept Vigilância e M. D. S. J. D. P.) e as condições fáticas são semelhantes ao caso presente (mesma função, local, horário e empregador/tomador de serviços), tendo sido observado o contraditório, haja vista que as reclamadas participaram da audiência realizada.**

Ademais, como destacou o representante do MPT, “as discrepâncias existentes entre os depoimentos colhidos na RTOrd. 0000894-94.2018.5.09.0122 (prova emprestada) e no presente feito merecem valoração adequada. Naqueles autos, os prepostos da 1ª e 2ª reclamadas foram ouvidos e corroboraram a tese inaugural em vários pontos. A título exemplificativo, naqueles autos, o preposto da primeira reclamada, Sr. C. K. , admitiu que “o autor não podia se apresentar para o trabalho uniformizado e também não poderia deixá-lo uniformizado” (ID. f03ec07 - Pág. 2) e a testemunha J. d. J. A., indagado se a “ré considerava erro de anotação em cartão-ponto constar o horário 23h45min quando o horário contratual do autor era 24h, disse:” é erro” (ID. f03ec07 - Pág. 3); no entanto, na hipótese em apreço, a testemunha da ré, Sr. M. R. F. L., disse que “a maioria (dos trabalhadores) já vai uniformizado de casa” (PJE Mídias - 12- min34) e que o labor em sobre jornada “era lançada em horas extras” (PJE Mídias - 15- min37).”.

Logo, o indeferimento da prova emprestada, assim como das indagações relacionadas ao teor dos depoimentos prestados naqueles autos, como ocorrido, importam prejuízo ao contraditório e à ampla defesa, em afronta aos termos do artigo 5º, LV, da Constituição Federal.

Não se desconhece que cabe ao juiz definir quais as provas úteis e necessárias ao deslinde da controvérsia instaurada, o que legitima o veto a atos processuais impertinentes. Porém, no caso, há plausível fundamento da parte em pretender não seja encerrada a instrução sem a devida análise da prova emprestada requerida. Assim, manifesto o prejuízo ao direito de defesa da parte (artigo 794, da CLT).

Dessa forma, juridicamente insustentáveis os indeferimentos perpetrados, bem como observadas as condições legais relativas ao instituto da nulidade processual, imperativo o retorno dos autos à origem, para prosseguimento da instrução processual, possibilitando-se a utilização da instrução e sentença dos autos 0000894-94.2018.5.09.0122 como prova emprestada bem como possibilitando-se ao patrono do autor formular perguntas referentes à instrução realizada nos autos 0000894-94.2018.5.09.0122 às testemunhas deste processo, evitando qualquer resquício de pré-julgamento.

Nesse contexto, **DOU PROVIMENTO**, para acolher a preliminar de nulidade por cerceamento de defesa para declarar nulos os atos processuais praticados desde a audiência de instrução de fls. 6210/6211. Determina-se, assim, o retorno dos autos à MM. Vara de origem para que se proceda a regular instrução processual, possibilitando-se a utilização da instrução e sentença dos autos 0000894-94.2018.5.09.0122 como prova emprestada, bem como possibilitando-se ao patrono do autor formular perguntas referentes à instrução realizada nos autos 0000894-94.2018.5.09.0122 às testemunhas deste processo. Fica prejudicada a análise dos demais pleitos recursais.

ACÓRDÃO

Em Sessão Virtual realizada nesta data, sob a Presidência do Excelentíssimo Desembargador Francisco Roberto Ermel; presente a Excelentíssima Procuradora Viviane Dockhorn Weffort, representante do Ministério Público do Trabalho; computados os votos dos Excelentíssimos Desembargadores Sueli Gil El Rafihi, Arnor Lima Neto e Francisco Roberto Ermel; **ACORDAM** os Desembargadores da 6ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, por unanimidade de votos, EM ADMITIR OS RECURSOS ORDINÁRIOS DAS PARTES, assim como as respectivas contrarrazões. No mérito, por igual votação, EM DAR PROVIMENTO AO RECURSO ORDINÁRIO DO AUTOR para, nos termos da fundamentação, declarar a nulidade por cerceamento

de defesa, determinando-se o retorno dos autos à MM. Vara de origem para que se proceda a regular instrução processual, possibilitando-se a utilização da instrução e sentença dos autos 0000894-94.2018.5.09.0122 como prova emprestada bem como possibilitando-se ao patrono do autor formular perguntas referentes à instrução realizada nos autos 0000894-94.2018.5.09.0122 às testemunhas deste processo, ficando prejudicados os demais tópicos recursais e o Recurso Ordinário do réu M. D. S. J. D. P..

Intimem-se.

Curitiba, 10 de fevereiro de 2021.

SUELI GIL EL RAFIHI
Relator

PROCESSO nº 0000244-95.2019.5.09.0127 (ROT)

NULIDADE PROCESSUAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. INDEFERIMENTO DA OITIVA DE TESTEMUNHA NECESSÁRIA PARA O DESLINDE DA DEMANDA. Quanto ao ônus probatório, verificado prejuízo processual à autora diante do indeferimento da segunda testemunha por ela indicada, impõe-se decretar a nulidade processual, por cerceamento de defesa. Ainda que as mesmas matérias tenham sido indagadas à testemunha ouvida, a prova indeferida poderia alterar o resultado da demanda, de modo que se entende salutar assegurar à parte o direito de fazer prova de suas alegações, afastando, assim, eventual ofensa à garantia do devido processo legal (Constituição Federal, art. 5.º, LIV e LV). **Preliminar de nulidade arguida pela autora acolhida.**

RELATÓRIO

V I S T O S, relatados e discutidos estes autos de **RECURSO ORDINÁRIO TRABALHISTA (1009)**, provenientes da **MM. 4ª VARA DO TRABALHO DE LONDRINA**.

Consta da petição inicial que a autora foi admitida em 22/07/2010, na função de vendedora, sendo dispensada em 27/03/2019, sem justa causa.

A ação foi ajuizada em 04/06/2019.

A sentença ID. 3697135, complementada pela decisão de embargos de declaração ID. 1a338eb, ambas proferidas pela Exma. Juíza do Trabalho karla Grace Mesquita Izidio, julgou parcialmente procedente para deferir o pagamento de FGTS.

A ré e a autora recorrem - ID. acf38a2 e ID. cd8e16b.

Preparo recursal efetuado - ID. c35ff27 - pág. 1 e ID. c35ff27 - pág. 3.

Contrarrazões apresentadas - ID. d5a6eb7 e ID. 99e90ab.

É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

ADMISSIBILIDADE

Presentes os pressupostos de admissibilidade, **CONHEÇO DO RECURSO ORDINÁRIO** da ré e da autora, assim como das contrarrazões.

MÉRITO

Recurso de F. M. M.

Análise preferencial em razão da prejudicialidade da matéria

CERCEAMENTO DE DEFESA

A autora sustenta que o indeferimento da oitiva de testemunha, referente à jornada de trabalho, cerceou-lhe o direito de defesa (art. 5º, LIV, LV, e LVI, da CF/88), razão pela qual requer seja declarada a nulidade da sentença e o retorno dos autos à vara de origem para que seja reaberta a audiência de instrução *"no tocante à jornada de trabalho"* - ID. cd8e16b - pág. 3.

Consta da ata de audiência - ID. 335322e - pág. 1:

"Para racionalizar o registro audiovisual da prova oral a ser produzida, as perguntas às partes, testemunhas e demais depoentes serão realizadas em bloco, conforme ordem dos pontos controvertidos a seguir delimitados:

- 1) comissões;
- 2) dispensa discriminatória;
- 3) jornada.

Foi colhido o depoimento pessoal da parte reclamante. Depoimento gravado.

Foi colhido o depoimento do preposto/sócia da parte reclamada.

Depoimento gravado.

Primeira testemunha da reclamante: M. M. L. d. S., brasileira, CPF XXX.XXX.XXX-48, residente e domiciliado em Londrina à Rua I. P. F., XXX. Advertida e compromissada. Depoimento gravado.

A reclamante pretendia ouvia a Sra.. A. C. para fins de prova quanto

a jornada e comissões o que resta indeferido, pois os pontos já foram abordados pela testemunha anterior.

Protestos pela autora.

Primeira testemunha do reclamado: G. R. D. J., brasileiro, casado,. CPF XXX.XXX.XXX-64, residente e domiciliado em Londrina à Rua C. E., XX. Advertida e compromissada. Depoimento gravado.

As partes não têm outras provas a produzir.

Fica encerrada a instrução processual.”.

Com razão.

O motivo determinante para o indeferimento da segunda testemunha indicada pela autora foi a suposta desnecessidade de ouvi-la por entender a magistrada de origem que as declarações da primeira seriam suficientes para esclarecer os pontos controvertidos.

No caso, entende-se que o indeferimento da oitiva da segunda testemunha acarretou prejuízo à recorrente, pois apesar de as mesmas matérias terem sido indagadas à primeira testemunha, a prova indeferida poderia alterar o resultado da demanda, de modo que se entende salutar assegurar à parte o direito de fazer prova de suas alegações, pois não é admissível que a magistrada obste a produção de provas, sob pena de violação do art. 5º, LV, da CF.

Ressalta-se que a produção da prova é um direito das partes, conforme se extrai do art. 818, da CLT, inclusive com a redação dada pela Lei 13.467/2017. Aliás, o CPC no seu artigo 369 é bem enfático: *“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 que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz”.*

A norma contida no art. 821, da CLT dispõe que *“cada uma das partes não poderá indicar mais de 3 testemunhas”.* Isto vale dizer, que é dado a cada uma delas ouvir até três testemunhas sobre os fatos controvertidos.

Por evidente, o juiz tem o poder-dever de avaliar da necessidade da produção de determinada prova no que se refere a sua utilidade. Porém, deverá exercê-lo com extrema racionalidade para que não haja prejuízo processual às partes,

já que sobre estas recai o ônus da prova. O juiz deve adotar as medidas processuais previstas para que o direito probatório das partes seja exercido plenamente, segundo a regularidade processual (CPC, arts. 7º, 378 e 379).

É dizer, o juiz pode indeferir, mediante decisão fundamentada, as diligências **inúteis ou meramente protelatórias**, conforme art. 370, parágrafo único, do CPC/2015. Ademais, o art. 443 do mesmo diploma normativo prevê que “o juiz indeferirá a inquirição de testemunhas sobre fatos: I - já provados por documento ou confissão da parte; II - que só por documento ou por exame pericial puderem ser provados”.

No entanto, a presente situação não se encaixa em nenhuma dessas hipóteses. No caso, repise-se, a oitava da segunda testemunha poderia, ao menos em tese, contribuir para a confirmação dos fatos alegados pela autora, de forma que o seu indeferimento enseja cerceamento de defesa.

Assim, **acolhe-se a preliminar de nulidade por cerceamento de defesa, para declarar nula a audiência realizada no dia 25/05/2021** (ID. 335322e) no que tange ao indeferimento da oitava de A. C. e determinar o retorno dos autos à origem para reabertura da instrução processual, a fim de que seja ouvida a referida testemunha no que toca à jornada de trabalho e a prolação de nova sentença, conforme se entender de direito.

Fica prejudicada a análise do mérito do recurso da autora e da reclamada, assim como a análise das contrarrazões.

ACÓRDÃO

Em Sessão Híbrida - Presencial/Telepresencial realizada nesta data, sob a Presidência da Excelentíssima Desembargadora Rosemarie Diedrichs Pimpao; presente a Excelentíssima Procuradora Andrea Ehlke, representante do Ministério Público do Trabalho; computados os votos dos Excelentíssimos Desembargadores Benedito Xavier da Silva, Eduardo Milleo Baracat e Rosemarie Diedrichs Pimpao, sustentou oralmente o advogado Jose Affonso Dallegrove Neto inscrito pela parte recorrente F. M. M., acompanhou o julgamento a advogada Danielle Hidalgo Cavalcanti de Albuquerque inscrita pela parte recorrente E. P. E. Ltda; **ACORDAM** os Desembargadores da 7ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região,

por unanimidade de votos, **EM CONHECER DO RECURSO ORDINÁRIO** da ré e da autora, assim como das contrarrazões. No mérito, por igual votação, **EM DAR PROVIMENTO AO RECURSO ORDINÁRIO** da autora para declarar nula a audiência realizada no dia no dia 25/05/2021 (ID. 335322e) no que tange ao indeferimento de a oitiva de A. C. e determinar o retorno dos autos à origem para reabertura da instrução processual, a fim de que seja ouvida a referida testemunha no que toca à jornada de trabalho e a prolação de nova sentença, conforme se entender de direito. Por conseguinte, resta prejudicado o exame dos demais pontos de insurgência das partes. Tudo nos termos da fundamentação.

Custas a serem fixadas oportunamente.

Intimem-se.

Curitiba, 31 de março de 2022.

BENEDITO XAVIER DA SILVA

Relator

PROCESSO nº 0001078-67.2015.5.09.0021 (AP)

AGRAVO DE PETIÇÃO. PEDIDO DE INSPEÇÃO PARA VERIFICAÇÃO DA PROPRIEDADE DO BEM. DEFERIMENTO. Diante das alegações do exequente de que o bem encontra-se no pátio de empresa terceira, mas que é de propriedade da devedora, considerando que as consultas realizadas foram apenas formais, por meio de convênios deste Tribunal, mostra-se razoável acolher pedido sucessivo de que seja realizada inspeção judicial para verificação do real proprietário. Eventual constatação de que o bem pertence à devedora, é possível concluir que ela tenta ocultar seu patrimônio, em fraude. Agravo de petição conhecido e provido.

RELATÓRIO

A remissão às folhas refere-se à paginação obtida pela exportação do processo, em ordem crescente, mediante download de documentos em formato PDF.

O exequente, inconformado com a decisão de fls. 409/410, proferida pelo Exmo. Juiz Sandro Antônio dos Santos, ingressa com agravo de petição pretendendo a sua reforma com apoio nas razões de fls. 413/421.

Intimados, os executados não apresentaram contraminuta.

Não houve remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho porque os interesses em causa não justificam a sua intervenção nesta oportunidade.

É, em síntese, o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

ADMISSIBILIDADE

Dispõe o item I da OJ EX SE 08: *“Despacho e decisão interlocutória. Não cabe agravo de petição de despacho ou decisão interlocutória, ressalvadas as hipóteses em que estes atos se equiparam à decisão terminativa do feito, com óbice ao prosseguimento da execução, ou quando a pretensão recursal não pode ser manejada posteriormente”.*

O exequente se insurge contra o seguinte despacho que indeferiu a

penhora de bem:

- “1. De acordo com a consulta juntada no Id e2b7f91, o endereço indicado pelo autor (Rua Almerinda Silveira Coelho, nº 861, Jardim Rebouças, Maringá) está em nome da empresa GERMOJESCHI COMERCIO DE METAIS EIRELI CNPJ 08.363.452/0001-40 (ALUMINIOS MARINGA) junto ao cadastro da COPEL. Referida empresa não consta do polo passivo, nem possui sócios em comum com a reclamada.
2. A notificação da empresa ré (LK ARNO LTDA - ME) foi realizada no endereço AVENIDA COLOMBO, 8427.
3. O veículo indicado à penhora está registrado em nome de terceiro e o autor não apresentou qualquer prova de que pertence aos réus e o endereço indicado, conforme constatado acima, não é sede da empresa ré. Indefere-se o requerimento, portanto.
4. Intime-se a parte autora para que, em 30 (trinta) dias, indique meios efetivos ao prosseguimento da execução.” (fls. 409/410).

Analisando o caderno processual, verifico diversas tentativas infrutíferas de constrição patrimonial dos executados, através da consulta aos convênios Bacenjud, Infojud, Renajud, ARISP, CENSEC, CCS.

Neste contexto, reputo a decisão de fls. 409/410 como obstáculo ao prosseguimento da execução, amoldando-se, assim, à exceção que possibilita o agravo de petição em face de decisão interlocutória prevista no item I da OJ EX SE 08.

Tratando-se de agravo de petição do exequente, desnecessária a delimitação de valores (OJ EX SE 13, I, da Seção Especializada).

Atendidos os pressupostos legais de admissibilidade, conheço do agravo de petição.

MÉRITO

INDEFERIMENTO DA PENHORA E INSPEÇÃO JUDICIAL

Os fundamentos da decisão impugnada encontram-se transcritos na “Admissibilidade”, ao qual se reporta.

Insatisfeito com a decisão que indeferiu a penhora do caminhão SCANIA/L111, placa ICV-1XXX, ano 1977, o agravante pede a reforma.

Alega cerceamento do direito à produção de prova, porquanto solicitou ao Juízo *a quo* uma inspeção judicial por Oficial de Justiça até o local em que se encontra o caminhão, a fim de obter esclarecimentos quanto ao bem ser pertencente à empresa agravada. Pugna *“pela reforma do decisório, e conseqüente deferimento da inspeção judicial, restabelecendo-se o processo”* (fl. 420).

A insurgência constante nas razões recursais diz respeito à não realização de inspeção judicial requerida às fls. 404/405, através da qual o exequente pretende provar que determinado caminhão (SCANIA/L111, placa ICV-1XXX, ano 1977) pertence aos executados, e então, conseqüentemente, obter o deferimento da penhora.

Reexaminando o caso, peço vênia para adotar como razões de decidir o voto divergente proposto pela Exma. Des. Marlene Teresinha Fuverki Suguimatsu, por compartilhar do mesmo entendimento, nos seguintes termos:

“Apresento divergência por entender que não se configurou a preclusão, devendo ser analisado o mérito da pretensão do exequente.

Na petição de id. 025a69b o exequente indicou para garantia da execução um veículo de placa ICV 1XXX. Pediu a penhora e, havendo necessidade, também inspeção judicial por Oficial de Justiça e no endereço indicado na petição, para que pudesse esclarecer sobre a propriedade do veículo.

Na decisão recorrida o juízo de primeiro grau ponderou que no endereço indicado pelo autor encontra-se empresa diversa, que não é parte na execução e que a notificação da executada ocorreu em local diverso. Fundamentou também que o veículo encontra-se registrado em nome de terceiro e que não há prova de que pertence aos executados, além do endereço indicado como sendo o da localização do bem não é da devedora. De forma genérica assim decidiu: “Indefere-se o requerimento, portanto”.

Diante do fatos mencionados na decisão, entendo que o indeferimento abrangeu não apenas o pedido de penhora, como também o de inspeção judicial. Não vislumbro preclusão, ou que o exequente devesse opor embargos de declaração quanto ao pedido de inspeção. Os fundamentos seriam exatamente os mesmos: que no local há outra empresa que não a devedora; que esta foi citada em local diverso; e que o bem indicado encontra-se formalmente em nome de terceiro que não responde pela execução. Considero, portanto, inexistente preclusão.

Afastada a preclusão, diante das alegações da parte de que o bem

encontra-se no pátio de empresa terceira, mas que é de propriedade da devedora, e uma vez que as consultas realizadas pela servidora foram apenas formais, nos cadastros a partir de convênios deste Tribunal, entendo razoável acolher o pedido sucessivo de que seja realizada inspeção judicial para verificar se, de fato, o bem pertence à devedora, embora em nome de terceiro e localizada também em endereço de terceiro. Em eventual constatação de que o bem pertence à devedora, é possível concluir que ela tenta ocultar seu patrimônio, em fraude.

Por essas razões, proponho **provimento parcial** para que seja realizada a inspeção judicial requerida pelo exequente.”

Em face do exposto, dou provimento parcial para determinar que se realize inspeção judicial no local informado pelo exequente, a fim de verificar a real propriedade do veículo indicado.

ACÓRDÃO

Em Sessão Presencial realizada nesta data, sob a Presidência do Excelentíssimo Desembargador Adilson Luiz Funez; presente a Excelentíssima Procuradora Renee Araujo Machado, representante do Ministério Público do Trabalho; computados os votos dos Excelentíssimos Desembargadores Ricardo Bruel da Silveira (Relator), Marcus Aurelio Lopes, Luiz Alves, Marlene Teresinha Fuverki Suguimatsu (Revisor), Archimedes Castro Campos Junior, Neide Alves dos Santos, Adilson Luiz Funez e Ilse Marcelina Bernardi Lora; em férias os Excelentíssimos Desembargadores Ricardo Tadeu Marques da Fonseca, Eliazer Antonio Medeiros e Célio Horst Waldraff, ausentes justificadamente os Excelentíssimos Desembargadores Aramis de Souza Silveira e Thereza Cristina Gosdal; **ACORDAM** os Desembargadores da Seção Especializada do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, por unanimidade de votos, **CONHECER DO AGRAVO DE PETIÇÃO**. No mérito, por igual votação, **DAR-LHE PROVIMENTO** para determinar que se realize inspeção judicial no local informado pelo exequente, a fim de verificar a real propriedade do veículo indicado.

Custas na forma da lei.

Intimem-se.

Curitiba, 17 de maio de 2022.

RICARDO BRUEL DA SILVEIRA

Relator

PROCESSO Nº TST-Ag-AIRR-10290-35.2020.5.18.0103

AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA – PROVA LÍCITA – ÁUDIO E MENSAGENS EM APLICATIVO – UTILIZAÇÃO POR UM DOS INTERLOCUTORES SEM O CONHECIMENTO DO OUTRO – VALIDADE DA PROVA.

1. A utilização por um dos interlocutores de áudio e de texto recebido por meio de aplicativo de mensagens é prova lícita e pode ser utilizada em juízo, visto que entre as partes envolvidas não há sigilo de comunicação.

2. A inviolabilidade do sigilo das comunicações de dados, prevista no art. 5º, XII, da Constituição Federal, está direcionada à interceptação de conversa por terceiros estranhos ao diálogo, o que não é o caso dos autos.

DIFERENÇAS SALARIAIS – PAGAMENTO DO SALÁRIO EM VALOR INFERIOR AO PISO DA CATEGORIA – REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS. No caso, o Tribunal Regional, com base no conjunto fático-probatório existente nos autos, especialmente a prova documental e testemunhal, verificou que o reclamante recebeu salário em valor inferior ao piso da categoria. É inadmissível recurso de revista em que, para chegar à conclusão pretendida pelos recorrentes, seja imprescindível o reexame do contexto fático-probatório dos autos. Incide a Súmula nº 126 do TST.

MULTA PROCESSUAL POR PROTELAÇÃO – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA. A multa processual prevista no art. 1.026, § 2º, do CPC/2015 tem aplicação quando a oposição de embargos de declaração for manifestamente protelatória e infundada. Considerando que os reclamados pretendiam apenas rever as teses já analisadas e a conclusão da sentença, impossível afastar a condenação ao pagamento da multa processual por protelação.

Agravo interno desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo em Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº **TST-Ag-AIRR-10290-35.2020.5.18.0103**, em que são Agravantes

P. R. D. S. G. - EIRELI E OUTROS e é Agravado **J. P. M. B.**.

Em decisão singular, o agravo de instrumento dos reclamados teve provimento negado.

Os reclamados interpõem agravo interno contra essa decisão monocrática. Transcorrido *in albis* o prazo para a apresentação de contraminuta. É o relatório.

V O T O

1 - CONHECIMENTO

Conheço do agravo dos reclamados, porque presentes os pressupostos legais de admissibilidade.

2 - MÉRITO

Em primeiro lugar, cumpre esclarecer que somente as questões e os fundamentos jurídicos trazidos no apelo de revista e adequadamente reiterados nas razões do agravo de instrumento e do agravo interno podem ser apreciados nesta oportunidade, em observância ao instituto processual da preclusão, aos princípios da devolutividade e da delimitação recursal e considerando a impossibilidade de inovação recursal.

2.1 - JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE A QUO - NULIDADE

Os agravantes alegam que a decisão de admissibilidade é nula, porquanto não apresentou fundamentação adequada.

Com efeito, o juízo de admissibilidade do recurso de revista executado pelo órgão regional constitui procedimento previsto em lei, precisamente no art. 896, § 1º, da CLT.

O juízo de admissibilidade dúplice da insurgência de revista exige que o Tribunal Regional analise previamente os pressupostos extrínsecos e intrínsecos do apelo, inclusive a aferição de violação de dispositivo legal e de divergência jurisprudencial.

A decisão proferida pelo juízo *a quo* tem caráter precário e não tem o condão de vincular o juízo *ad quem*, por isso, assegura-se à parte, em caso de denegação do seguimento do recurso, a faculdade de ver reexaminada a decisão por meio do competente agravo de instrumento, na forma do art. 897, "b", da CLT, via efetivamente

utilizada pelos reclamados.

O *decisum* de admissibilidade não tem a obrigação de esgotar ou aprofundar em toda a argumentação jurídica trazida no recurso de revista, visto que o Tribunal Superior do Trabalho é quem deve dar a palavra final sobre a viabilidade ou não apelo de revista.

Aliás, a regular interposição do agravo de instrumento finda por denotar o uso pelos reclamados de todos os meios e recursos inerentes à ampla defesa e ao contraditório, em estrita obediência à legislação processual vigente e aos pertinentes postulados constitucionais, não havendo prejuízo para a parte.

A negativa de seguimento do recurso de revista dos reclamados pelo Tribunal Regional foi absolutamente legal e regular.

Por conseguinte, não tem sucesso o agravo neste ponto.

Nego provimento.

2.2 – PROVA – LICITUDE – ÁUDIO E MENSAGENS EM APLICATIVO

Por meio de decisão singular, o agravo de instrumento dos reclamados teve provimento negado.

Os reclamados, no agravo interno, reiteram a alegação de ofensa ao art. 5º, X e LVI, da Constituição Federal.

Argumentam que é ilícita a prova produzida pelo reclamante, visto que a mídia (gravação de áudio) e os *prints* de tela do aplicativo de mensagens *WhatsApp* foram realizadas sem a prévia autorização judicial e sem o conhecimento do interlocutor.

Aduz também que a conversa não foi degravada, não é possível identificar o interlocutor e a veracidade do áudio é questionável.

O Tribunal Regional reconheceu a validade da prova apresentada pelo autor. Confira-se, fls. 1215-1216:

Além disso, os áudios carreados pelo reclamante confirmam que o valor recebido por ele a título de salário era de R\$2.400,00, e não aquele estampado nos holerites juntados pelas reclamadas.

As impugnações tendentes a demonstrar a impossibilidade de utilização de tais áudios como elemento de prova não prosperam.

O C. TST, com base na jurisprudência emanada do E. STF, tem entendido que a gravação de conversa por um dos interlocutores, a fim de repelir conduta ilícita do outro, não se enquadra na vedação prevista no art. 5º, LVI, da Constituição Federal, constituindo exercício regular de direito. Nesse sentido o seguinte julgado daquele Tribunal Superior:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO ANTES DA

LEI Nº 13.015/2014. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. XINGAMENTOS. GRAVAÇÃO DE CONVERSA POR UM DOS INTERLOCUTORES. PROVA LÍCITA. O Tribunal Regional manteve a sentença que condenou a reclamada ao pagamento de indenização por danos morais, eis que durante a dispensa do empregado, o preposto excedeu seu poder hierárquico e disciplinar ao chamar o reclamante de 'vagabundo'. O Eg. Tribunal de origem não embasou sua decisão tão somente Na prova em questão, mas também na prova oral produzida nos autos. Ora, o Supremo Tribunal Federal já firmou entendimento no sentido de que a gravação de conversa por um dos interlocutores, a fim de repelir conduta ilícita do outro, não se enquadra na vedação prevista no art. 5º LVI, da Constituição Federal. Ademais, a adoção de entendimento diverso, como pretendido pela reclamada, a fim de se afastar a existência do dano e a sua consequente reparação, implicaria, necessariamente, revolvimento do contexto probatório delineado nos autos, atraindo, assim, o óbice da Súmula 126 do TST. Precedentes do STF e do TST. Incólumes os arts. 5º, XI e LVI, da Constituição Federal, 333 do CPC/73. Agravo de Instrumento conhecido e desprovido." (AIRR-792-88.2011.5.03.0153, Relatora Ministra Maria Helena Mallmann, 2º Turma, DEJT 24/06/2016; grifei)

O E. STF, de fato, nos autos da RE-583.937, fixou a tese de Repercussão Geral nº 237 prevendo que "É lícita a prova consistente em gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro".

Prosseguindo, ao contrário do afirmado no recurso, as conversas foram sim degravadas pelo autor e a assertiva de que a Sra. Ivonice não trabalhava para as empresas resta infirmada pelo teor da prova testemunhal produzida, mormente pelo primeiro depoimento acima transcrito, prestado pela testemunha D. M. S., que trabalhou na mesma loja com o reclamante e confirmou que a Sra. Ivonice laborava no setor de RH das reclamadas, tendo afirmado inclusive que recebeu da Sra. Ivonice o TRCT no momento de sua rescisão contratual.

As alegações das reclamadas de que não reconhecem como sendo a voz da Sra. Ivonice nas gravações e, bem assim, de que não há como se verificar se houve alguma adulteração ou edição nos áudios ou se não ocorreu uma prévia articulação entre duas pessoas de forma a produzir a gravação para ser utilizada no presente processo não socorrem as rés. A respeito disso, cabe notar que, como fundamentado na sentença, as citadas alegações são genéricas, sem especificação dos trechos/pontos eventualmente modificados/combinados, em desobediência ao texto legal albergado sob o art. 436, parágrafo único, do CPC; as reclamadas não produziram provas aptas a comprovar suas alegações, ônus que lhes incumbia; e, por fim, tendo sido impugnada a identificação de uma interlocutora (Sra. Ivonice), cabia às reclamadas postular a realização de perícia técnica ou produzir prova apta a comprovar sua alegação, o que não foi feito.

Diante disso, merece ser mantida incólume a decisão recorrida.

Nego provimento.

Com efeito, nos termos do art. 369 do CPC/2015, a prova da veracidade dos fatos aduzidos pelo autor pode ser realizada por todos os meios legais e moralmente legítimos.

De fato, o art. 5º, XII, da Constituição Federal estabelece, como regra, a inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas e de dados.

Ocorre que, tal inviolabilidade está direcionada à interceptação da conversa por terceiros estranhos ao diálogo.

Não há óbice normativo para a gravação da conversação, em áudio ou escrita, por um dos interlocutores, porque entre as partes envolvidas não há sigilo de comunicação, sendo desnecessário o prévio conhecimento da gravação pela outra pessoa.

É certo que o áudio e o texto enviados pelas partes por meio do aplicativo de mensagens *WhatsApp* podem ser exibidos em juízo como meio de prova por um dos interlocutores, sem a necessidade de comunicação prévia da outra parte acerca da gravação, até porque a comunicação fica registrada no aplicativo mensageiro e está disponível para ambos interlocutores.

Não há ilicitude na demonstração em juízo de fatos a partir de correspondência eletrônica recebida pelo destinatário, que pode fazer qualquer uso não vedado pelo ordenamento jurídico vigente.

Ressalte-se que não houve apreensão do telefone, acesso indevido ou interceptação por terceiros das comunicações enviadas pelas partes por meio do aplicativo de mensagens, mas apenas utilização da comunicação por um dos interlocutores, legítimo detentor do conteúdo da mensagem.

Aliás, o STF já se pronunciou sobre a validade e a possibilidade de utilização como prova da gravação da conversa telefônica por um dos interlocutores, ainda que sem o conhecimento do outro (gravação clandestina):

PROCESSUAL CIVIL. SEGUNDO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. COMPROVAÇÃO TARDIA DE TEMPESTIVIDADE. POSSIBILIDADE. MATÉRIA DECIDIDA PELO TRIBUNAL PLENO NO RE 626.358 AGR, MIN. CEZAR PELUSO, DJE DE 23/08/2012. INTERPOSIÇÃO DE RECURSO CONTRA DECISÃO QUE DÁ PROVIMENTO A AGRAVO DE INSTRUMENTO. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL QUE DISCUTE O PRÓPRIO CONHECIMENTO DO RECURSO. GRAVAÇÃO TELEFÔNICA REALIZADA POR UM DOS INTERLOCUTORES. LICITUDE. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO COMO PROVA EM PROCESSO JUDICIAL. PRECEDENTES. 1. É pacífico na jurisprudência do STF o entendimento de que não há ilicitude em gravação telefônica realizada por um dos interlocutores sem

o conhecimento do outro, podendo ela ser utilizada como prova em processo judicial. 2. O STF, em caso análogo, decidiu que é admissível o uso, como meio de prova, de gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro (RE 583937 QO-RG, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, DJe de 18-12-2009). 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AI 602724 AgR-segundo, 2ª Turma, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, DJe-164 DIVULG 21-08-2013 PUBLIC 22-08-2013)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. 1. GRAVAÇÃO DE CONVERSA TELEFÔNICA REALIZADA POR UM DOS INTERLOCUTORES. UTILIZAÇÃO EM PROCESSO JUDICIAL. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2. CONTROVÉRSIA REFERENTE À NECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVA. ALEGAÇÃO DE OFENSA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INEXISTÊNCIA. 1. É lícita a prova produzida a partir de gravação de conversa telefônica feita por um dos interlocutores, quando não existir causa legal de sigilo ou de reserva da conversação. 2. Não caracteriza cerceamento de defesa a decisão que, motivadamente, indefere determinada diligência probatória. Precedentes: AIs 382.214, da relatoria do ministro Celso de Mello; e 144.548-AgR, da relatoria do ministro Sepúlveda Pertence. Agravo regimental desprovido. (RE 630944 AgR, 2ª Turma, Rel. Min. AYRES BRITTO, DJe-239 DIVULG 16-12-2011 PUBLIC 19-12-2011)

CONSTITUCIONAL. PROCESSO CIVIL AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. GRAVAÇÃO. CONVERSA TELEFÔNICA FEITA POR UM DOS INTERLOCUTORES, SEM CONHECIMENTO DO OUTRO. INEXISTÊNCIA DE CAUSA LEGAL DE SIGILO OU DE RESERVA DE CONVERSAÇÃO. LICITUDE DA PROVA. ART. 5º, XII e LVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. A gravação de conversa telefônica feita por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, quando ausente causa legal de sigilo ou de reserva da conversação não é considerada prova ilícita. Precedentes. 2. Agravo regimental improvido. (AI 578858 AgR, 2ª Turma, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJe-162 DIVULG 27-08-2009 PUBLIC 28-08-2009)

Nesta mesma linha foi firmado o Tema Repercussão Geral nº 237 do STF:

É lícita a prova consistente em gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro.

O posicionamento do TST é nessa exata linha:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. GRAVAÇÃO DE CONVERSA REALIZADA POR UM DOS INTERLOCUTORES. MEIO DE PROVA. LICITUDE. A jurisprudência

desta Corte Superior, na mesma linha de raciocínio do STF, entende que a gravação clandestina, aquela realizada por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro, destinada a comprovação de fatos, não constitui prova ilícita. Precedentes. (...) (AIRR-344-87.2015.5.02.0029, 2ª Turma, Rel. Min. Maria Helena Mallmann, DEJT de 4/5/2018)

AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO EM RECURSO DE REVISTA. GRAVAÇÃO DE MÍDIA DESTINADA À COMPROVAÇÃO DE FATOS EM JUÍZO. ATO DE IMPROBIDADE. DEMISSÃO POR JUSTA CAUSA. LICITUDE. NULIDADE POR CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CARACTERIZADA. O reclamante pretende rever a justa causa que lhe foi aplicada, alegando que a gravação utilizada como meio de prova é ilícita, pois “encontra-se incompleta parecendo haver montagens”. A Corte Regional consignou que “ademais, não há espaço para se falar em nulidade da gravação/desgravação utilizada como meio de prova, haja vista ser pacífico na jurisprudência a aceitação desse caminho, desde que procedido de forma idônea, correta, justa, e longe de coação ou qualquer outra atitude do empregador que leve o empregado e ser forçado a dizer o que não ocorrera. A gravação feita pela empresa encontra-se dentro dos parâmetros legais a ser utilizada como meio de prova”. Esta Corte consolidou o entendimento de que é lícita a gravação de mídia feita por um dos interlocutores, com a finalidade de comprovar determinados fatos em Juízo e independentemente do conhecimento da parte contrária, porquanto não protegida pelo direito fundamental ao sigilo, previsto no inciso XII do artigo 5º da Constituição da República (precedentes). Ademais, para se chegar à conclusão de que a gravação fora adulterada, seria necessário o reexame dos fatos e provas, procedimento que encontra óbice na Súmula nº 126 do TST. Agravo de instrumento desprovido. (AIRR-726-52.2016.5.13.0025, 2ª Turma, Rel. Min. José Roberto Freire Pimenta, DEJT de 22/6/2018)

(...) AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA - CONVERSA - GRAVAÇÃO FEITA POR UM DOS INTERLOCUTORES - PROVA ILÍCITA NÃO CARACTERIZADA. O Supremo Tribunal Federal já firmou entendimento no sentido de que a gravação de conversa por um dos interlocutores, a fim de repelir conduta ilícita do outro, não se enquadra na vedação prevista no art. 5º LVI, da Carta Magna, constituindo exercício regular de direito. Agravo de instrumento desprovido. (AIRR-308240-42.2001.5.09.0664, 1ª Turma, Rel. Min. Vieira de Mello Filho, DEJT de 31/10/2008)

(...) GRAVAÇÃO TELEFÔNICA EFETUADA POR UM DOS INTERLOCUTORES. VALIDADE DA PROVA. RESCISÃO CONTRATUAL POR JUSTA CAUSA. DIVULGAÇÃO A TERCEIROS. INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. A tese empresarial é que as “conversas telefônicas” utilizadas pelo reclamante para embasar seu pedido de indenização por danos morais, não são admitidas pelo ordenamento jurídico, por serem ilícitas. O entendimento desta Corte é no sentido da licitude de gravação de conversa realizada

por um dos interlocutores, o que obsta o seguimento da revista (art. 896, § 4º, da CLT e Súmula nº 333/TST). Quanto ao dano moral, intangível o quadro fático delineado pelo TRT de que o reclamante tem encontrado dificuldades na sua recolocação no mercado de trabalho, em virtude das informações prestadas pela reclamada, não se vislumbrando as violações apontadas, por restar configurado o dano moral. Outrossim, em relação ao quantum indenizatório do dano moral, o valor de R\$ 15.000,00, fixado pelo acórdão, está de acordo com o art. 944 do CC, segundo o qual a indenização mede-se pela extensão do dano. Agravo de instrumento desprovido. (AIRR-14-49.2010.5.02.0261, 7ª Turma, Rel. Desembargador Convocado Arnaldo Boson Paes, DEJT de 6/3/2015)

(...) INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. PROVA LÍCITA. GRAVAÇÃO DE CONVERSA TELEFÔNICA POR UM DOS INTERLOCUTORES, SEM O CONHECIMENTO DO OUTRO. A proteção constitucional estabelecida no artigo 5º, inciso XII, da CF, dirige-se à proteção do sigilo e privacidade dos interlocutores contra interceptação da conversa por terceiros. Vale dizer, entre os interlocutores não há sigilo no teor da comunicação que estabelecem entre si. Não há proibição de que algum deles divulgue o teor dessa comunicação, se essa não estiver impregnada de causa legal de sigilo ou de reserva da conversação. Precedentes do STF. Nesse passo, a gravação de conversa telefônica com o fim de provar que a empresa prestava informações desabonadoras da conduta profissional do seu ex-empregado, quando consultada, é válida. Recurso de revista não conhecido. (...) (RR-1358-87.2012.5.15.0114, 6ª Turma, Rel. Min. Augusto César Leite de Carvalho, DEJT de 15/6/2018)

RECURSO DE REVISTA. GRAVAÇÃO DE CONVERSA TELEFÔNICA. AUSÊNCIA DE CONSENTIMENTO DOS INTERLOCUTORES. LICITUDE DA PROVA. O STF já firmou entendimento no sentido de que a gravação feita por um dos interlocutores da conversa telefônica, a fim de comprovar fatos em juízo, ainda que sem o conhecimento da outra parte, não se confunde com a garantia constitucional prevista no art. 5º, XII, da CF, que trata especificamente da captação de conversa feita por um terceiro. Desse modo, não se trata de interceptação ilícita, podendo ser utilizada processualmente como meio lícito de prova. Precedentes do STF e do TST. Recurso de revista não conhecido. (...) (RR-1430-42.2011.5.09.0093, 8ª Turma, Rel. Min. Márcio Eurico Vitral Amaro, DEJT de 25/5/2018)

(...) 4. GRAVAÇÃO UNILATERAL DE DIÁLOGO ENTRE PESSOAS, EFETIVADA POR UM PARTICIPANTES. MEIO LÍCITO DE PROVA. NÃO ENQUADRAMENTO NO CONCEITO CENSURADO DE -INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA-. Não existe ilicitude na gravação unilateral de diálogo entre pessoas, mesmo pela via telefônica ou congênere, desde que realizada a gravação por um dos interlocutores, ainda que sem conhecimento do(s) outro(s), e desde que não haja causa legal específica de reserva ou de sigilo. Tal meio de prova pode, sim, ser utilizado em Juízo pelo autor da gravação.

Essa conduta e tal meio probatório não se confunde com a interceptação telefônica, nem fere o sigilo telefônico, ambos regulados pela Constituição (art. 5º, X, XII e LVI, CF/88). Recurso de revista não conhecido. (...) (RR-20100-06.2007.5.03.0136, 3ª Turma, Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, DEJT de 7/6/2013)

No presente caso, o Tribunal Regional considerou válida como prova as gravações de áudio e as mensagens de aplicativo (*WhatsApp*) recebidas pelo reclamante em conversa com a Sra. Ivonice, integrante do setor de recursos humanos dos reclamados.

Logo, é imperioso reconhecer a licitude e validade da prova apresentada pelo reclamante.

No mais, os reclamados não comprovaram as suas alegações com relação ao conteúdo da prova (não era a Sra. Ivonice nas gravações e adulteração ou edição do áudio). Nos termos do art. 373, II, do CPC/2015, compete ao réu o ônus da prova em relação ao fato impeditivo, extintivo ou modificativo do direito do autor, o que não ocorreu.

Portanto, não tem viabilidade o agravo dos reclamados neste ponto, visto que a tese recursal está superada pelo entendimento consolidado no STF e no TST. Incide a Súmula nº 333 do TST.

Nego provimento.

2.3 – DIFERENÇAS SALARIAIS – PISO SALARIAL DA CATEGORIA

Na decisão agravada constou que o agravo de instrumento dos reclamados não tem viabilidade.

No agravo interno, os reclamados argumentam que não é necessário o reexame dos fatos e provas da causa e reiteram a alegação de ofensa aos arts. 373, II, do CPC/2015 e 818 da CLT.

Alegam que não são devidas diferenças salariais, porquanto o reclamante não comprovou ter recebido salário em valor inferior ao contratado, sendo válidos os contracheques apresentados e assinados pelo empregado.

No caso, o Tribunal Regional, ao decidir o litígio, empreendeu acurada e detalhada análise do acervo probatório para a formação de seu convencimento – mormente a prova documental e testemunhal –, e concluiu que o reclamante não recebeu o piso salarial da categoria e os contracheques eram de “fachada”, não espelhando a realidade.

Confira-se o teor do acórdão regional, a fls. 1213-1215:

Sem razão.

Embora os contracheques, mormente quando assinados pelo empregado, gozem de presunção de veracidade, podem eles ser infirmados por prova robusta em contrário, o que realmente ocorreu no presente caso.

De fato, como bem fundamentado na decisão recorrida, as provas documentais e orais trazidas ao feito, analisadas em seu conjunto, são suficientes para dirimir a questão, pois amparam por completo as alegações obreiras.

O reclamante, já com a inicial, juntou cópias de contracheques (ID-a163146 - Pág. 1, ID-673c859 - Pág. 1/3 e ID-e08deb7 - Pág. 1/3) relativos aos contratos de fachada relacionados às segunda e terceira reclamadas, os quais comprovam a conduta do grupo econômico em produzir holerites sem que houvesse pagamento da quantia lá estampada.

A prova testemunhal produzida por iniciativa do reclamante também corrobora a tese exordial quanto à obrigação de os empregados das reclamadas assinarem dois contracheques, sendo um com o valor real do salário e outro com um valor falso, para atender interesses financeiros/fiscais/administrativos das empresas. Vejamos:

“Que a depoente foi empregada da segunda reclamada Descontão Comércio de Medicamentos de 12 de Agosto a 5 de outubro de 2019, na função de caixa; que a depoente recebia o equivalente a um salário mínimo; (...) que a depoente pediu conta e quem entregou o TRCT para a depoente foi a senhora Ivonice; (...) que a depoente informa que trabalhava numa drogaria com o nome de fantasia Descontão; que essa drogaria ficava situada na Avenida Presidente Vargas, 684, e era a mesma loja em que trabalhava o reclamante; (...) que a depoente informa que quando recebia pagamento assinava 2 holerites: que em um holerite vinha o valor de R\$ 1.200,00 e no outro holerite vinha o valor de um salário mínimo: que a depoente informa que só ficava de posse de cópia do recibo de pagamento no valor de R\$ 1.200,00; (...) que a Ivonice nunca trabalhou na farmácia onde laborava a depoente; que a Ivonice trabalhava na farmácia de baixo, onde ficava sediado o RH das reclamadas.” (testemunha D. M. S., ID-44251d2 - Págs. 5/6; grifei)

“(...) que o depoente informa que o seu salário real era de R\$ 2.400,00 de salário fixo mais comissão de 5%; que o depoente assinava holerite onde constava o salário fixo e as comissões e não ficava de posse de uma cópia desse holerite, contudo depoente afirma que assinava um segundo holerite onde plantava o piso da categoria dos farmacêuticos e que esse segundo holerite era apresentado junto à fiscalização, sendo que o depoente ficava de posse desse segundo holerite fictício: que ao ser perguntado se o depoente tem conhecimento se com os farmacêuticos das demais reclamadas acontecia da mesma forma, o depoente informa que documentalmente o depoente não tem conhecimento, mas que por conversas com os colegas da mesma profissão ficava sabendo que

com eles também ocorria de assinar em dois holerites com valores diversos e receberem salário em valor inferior ao piso da categoria; (...).” (testemunha N. N. S. J., ID- 44251 d2 - Págs. 6/7; grifei)

Além disso, os áudios carreados pelo reclamante confirmam que o valor recebido por ele a título de salário era de R\$2.400,00, e não aquele estampado nos holerites juntados pelas reclamadas.

As impugnações tendentes a demonstrar a impossibilidade de utilização de tais áudios como elemento de prova não prosperam.

É certo que os Tribunais Regionais são soberanos na avaliação do conjunto fático-probatório.

Os recursos de natureza extraordinária não podem constituir sucedâneo para o revolvimento do arcabouço probante. Ao Tribunal Superior do Trabalho, Corte revisora, cabe somente a apreciação das questões de direito.

Ultrapassar e infirmar essa conclusão alcançadas no acórdão recorrido – pagamento dos salários em valor inferior ao piso da categoria – demandaria o reexame dos fatos e das provas presentes nos autos, o que é descabido na estreita via extraordinária.

Incide a Súmula nº 126 do TST.

Diante desse quadro fático, impossível o acolhimento dessa pretensão recursal.

Nego provimento.

2.4 – MULTA POR PROTELAÇÃO – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS EM PRIMEIRA INSTÂNCIA

A decisão agravada negou provimento ao agravo de instrumento quanto à multa aplicada no julgamento dos embargos de declaração em primeira instância.

No agravo interno, os reclamados reiteram a ofensa ao art. 5º, LIV e LV, da Carta Magna.

Sustentam ser imprópria a aplicação de multa por protelação pelo magistrado de primeiro grau no julgamento dos embargos de declaração, porquanto os embargos declaratórios não tinham caráter protelatório e a parte pretendia apenas obter a manifestação expressa sobre as teses suscitadas.

Com efeito, o art. 1.026, § 2º, do CPC/2015 é impositivo no sentido de que, ante a apresentação de embargos de declaração manifestamente protelatórios e infundados, o juízo condenará o embargante a pagar multa não excedente a 2% sobre o valor atualizado da causa.

No caso, constata-se que não havia na sentença as omissões apontadas

pelos reclamados nos seus embargos de declaração, e sim mero inconformismo com o desfecho da lide.

É certo que as questões aventadas pelos agravantes nos seus embargos de declaração contra a sentença, já haviam sido devidamente examinadas pelo juízo singular, ao definir o direito do reclamante aos benefícios da justiça gratuita; os critérios de cálculo da correção monetária e dos juros de mora; o pagamento do adicional noturno; e a exigibilidade dos honorários advocatícios.

Aliás, considerando o efeito devolutivo em profundidade do recurso ordinário, ainda que a sentença não tenha apreciado por inteiro todas as matérias deduzidas nos autos, o apelo ordinário é o meio processual adequado para dirimir a questão, não se fazendo necessária a oposição dos embargos aclaratórios.

Resta, portanto, demonstrada a inequívoca intenção dos reclamados de, por meio da arguição de defeitos no julgado, obter a reapreciação das teses definidas na sentença.

A multa prevista no art. 1.026, § 2º, do CPC/2015 é dever-poder conferido ao juiz que, verificando o descabimento da medida e o intuito de protelação do feito, deverá dela se utilizar.

Visto que nada justificava a oposição dos embargos de declaração e que a pretensão da embargante era apenas rever a conclusão do julgado, a imposição da multa não pode ser considerada equivocada.

Dessa forma, a oposição dos embargos de declaração visando ao pronunciamento sobre matéria já analisada na decisão embargada afigura-se protelatória e passível de multa, com o fito de evitar manobras tendentes à retardação dos trâmites processuais.

Por conseguinte, impossível afastar a condenação ao pagamento da multa por protelação.

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo interno dos reclamados.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da 2ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do agravo interno e, no mérito, negar-lhe provimento.

Brasília, 22 de junho de 2022.

Firmado por assinatura digital (MP 2.200-2/2001)

MARGARETH RODRIGUES COSTA
Desembargadora Convocada Relatora

NORMAS PARA PUBLICAÇÃO

Prezados autores,

A Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Revista Científica de periodicidade mensal é divulgada exclusivamente por meio eletrônico a partir do site www.trt9.jus.br. Adota temática singular a cada edição e se destina a publicar artigos acórdãos, sentenças, condensa entendimentos jurisprudenciais sumulados ou organizados em orientações, resenhas, convida para publicação observadas as seguintes normas.

1. Os artigos ou decisões devem ser encaminhados à análise do Conselho Editorial, para o e-mail revistaeletronica@trt9.jus.br
2. Os artigos serão técnico-científicos, focados na área temática de cada edição específica, sendo divulgada a sequência dos temas eleitos pela Escola Judicial do TRT-9ª Região, mediante consulta;
3. Os artigos encaminhados à Revista Eletrônica devem estar digitados na versão do aplicativo Word, fonte ARIAL corpo 12, espaçamento entrelinhas 1,5, modelo justificado, com títulos e subtítulos em maiúsculas alinhados à esquerda, em negrito. A primeira lauda conterá o título do artigo, nome, titulação completa do autor, referência acerca da publicação original ou sobre seu ineditismo;
4. Os artigos encaminhados à publicação deverão ter de preferência entre 10 e 15 laudas, incluídas as referências bibliográficas. As referências deverão obedecer as normas ABNT. Os artigos conterão citações bibliográficas numeradas, notas de rodapé ordenadas e referências bibliográficas observarão normas vigentes da ABNT, reservando-se o Conselho Editorial da Revista Eletrônica o direito de adaptar eventuais inconsistências, além de estar autorizado a proceder revisões ortográficas, se existentes;
5. A publicação dos artigos não implicará remuneração a seus autores, que ao submeterem o texto à análise autorizam sua eventual publicação, sendo obrigação do Conselho Editorial informá-los assim que divulgada a Revista Eletrônica;
6. O envio de artigos ou decisões não pressupõe automática publicação, sendo sua efetiva adequação ao conteúdo temático de cada edição da Revista Eletrônica pertencente ao juízo crítico-científico do Conselho Editorial, orientado pelo Desembargador que organiza as pesquisas voltadas à publicação.
7. Dúvidas a respeito das normas para publicação serão dirimidas por e-mails encaminhados à revistaeletronica@trt9.jus.br

Respeitosamente.

CONSELHO EDITORIAL



TRT-9ª REGIÃO