

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

FERNANDA BRAVO FERNANDES

**O USO DAS REDES SOCIAIS COMO MEIO DE PROVA E SUAS
REPERCUSÕES NO CONTRATO DE TRABALHO**

SÃO PAULO

2017

FERNANDA BRAVO FERNANDES

**O USO DAS REDES SOCIAIS COMO MEIO DE PROVA E SUAS REPERCUSÕES
NO CONTRATO DE TRABALHO**

Monografia apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para aprovação no Curso de Pós- Graduação “Lato Sensu”- Especialização em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho.

Orientador Professor Doutor: Leonel Maschietto

SÃO PAULO

2017

FERNANDA BRAVO FERNANDES

**O USO DAS REDES SOCIAIS COMO MEIO DE PROVA E SUAS REPERCUSÕES
NO CONTRATO DE TRABALHO**

Monografia apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para aprovação no Curso de Pós- Graduação “Lato Sensu”- Especialização em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho.

Aprovado em _____ de 2017.

Nome _____

Titulação _____

Assinatura _____

RESUMO

O presente trabalho tem como estudo os meios de prova e a utilização das redes sociais, que na atualidade tem gerado diversas discussões na utilização durante a jornada de trabalho e como meio de prova, como instrumento da contradita, para a dispensa por justa causa em sua utilização e conteúdo de sua manifestação e as controvérsias existentes sobre o tema do ponto de vista de doutrinadores e na jurisprudência atual.

Palavras - chave: Prova. Princípios. Ônus da Prova. Meios de prova. Justa Causa. Redes Sociais. Lei 11.417/2016. Personalidade. Poder Diretivo.

ABSTRACT

This paper aims to study the evidence and the use of social networks, which today has generated several discussions on the use during the working day and as evidence, as an instrument of contradicted, to dismissal for just cause in their use and content of its manifestation and the existing controversies on the subject from the point of view of doutrinadores and on the decisions today.

Key - words: Evidence. Principles. Burden of Proof. Means of proof. Just Cause. Social Networks. Law 11.417/2016. Personality. Power Directors.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO I - DAS PROVAS	9
1.1 Conceito de prova	9
1.2 Princípios que norteiam a fase probatória.....	11
1.2.1 Princípio do contraditório e ampla defesa	12
1.2.2 Princípio da necessidade da prova	12
1.2.3 Princípio da oralidade.....	12
1.2.4 Princípio da imediação	13
1.2.5 Princípio da busca da verdade real	14
1.2.6 Princípio <i>in dubio pro misero</i>	15
1.2.7 Princípio da lealdade processual e boa-fé.....	15
1.2.8 Princípio da licitude e probidade da prova.....	16
1.2.9 Princípio do livre convencimento motivado do juiz ou persuasão racional	17
1.2.10 Princípio da aquisição processual da prova no processo do trabalho	18
1.2.11 Princípio da aptidão para a prova.....	18
1.2.12 Princípio de acesso á justiça	20
CAPÍTULO II - OBJETO DA PROVA	21
2.1 Objetivo da Prova	21
2.2 Fatos notórios e incontroversos.....	22
2.3 Presunções relativas, absolutas e legais.....	25
CAPÍTULO III - ÔNUS DA PROVA.....	27
3.1 Concepção sobre o ônus da prova.....	27
3.2 Ônus da prova negativo.....	28
3.3 Inversão do ônus da prova.....	30
3.3.1 Momento processual adequado	30

3.4 Distribuição dinâmica da Prova	32
CAPITULO IV - MEIOS DE PROVA	34
4.1 Conceito	34
4.2 Depoimento pessoal	34
4.3 Prova testemunhal	36
4.4 Prova documental	38
4.4.1 Momento Processual Adequado	39
4.4.2 Da autenticidade dos documentos	41
4.4.3 Incidente de falsidade.....	42
CAPÍTULO V - DA UTILIZAÇÃO DAS REDES SOCIAIS COMO MEIO DE PROVA	44
5.1 Da impugnação da prova.....	44
5.2 Situações práticas.....	45
CAPÍTULO VI - DA DISPENSA POR JUSTA CAUSA	47
6.1 Hipóteses e elementos.....	47
6.2 Situações práticas.....	48
CAPÍTULO VII - DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE VERSUS O PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR.....	53
7.1 Dos direitos da personalidade	53
7.2 Do poder diretivo do empregador.....	55
CAPÍTULO VIII - DA UTILIZAÇÃO E DA OBTENÇÃO DE PROVAS OBTIDAS POR MÍDIAS ELETRONICAS DURANTE A JORNADA DE TRABALHO	58
8.1 Significado de mídias eletrônicas.....	58
8.2 Limites de uso	59
8.3 Fiscalização patronal sobre os e-mails	61
8.4 Das provas tecnológicas, gravações e filmagens.....	67

CAPÍTULO IX - DA INFORMATIZAÇÃO DO PROCESSO JUDICIAL APÓS A LEI 11.419/2006	71
10 CONCLUSÃO	77
BIBLIOGRAFIA	80

INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda as questões relacionadas as provas e os meios de prova, as consequências decorrentes do uso das novas tecnologias no trabalho e o que essas mudanças acarretam na vida do trabalhador.

Como é de suma importância os princípios aplicáveis no direito processual do trabalho, discorreremos sobre este assunto os abordando de forma sucinta, mas necessária para o objetivo deste trabalho.

Outro assunto abordado é o do ônus da prova, a inversão do ônus da prova e a atual distribuição dinâmica da prova e o momento processual adequado para essa inversão, ilustramos com casos concretos, como equiparação salarial, horas-extras, recolhimento previdenciários e outros.

Nos meios de prova, além da prova testemunhal, analisamos o momento adequado da apresentação da prova documental, autenticidade, impugnações e incidente de falsidade.

Devido a globalização da tecnologia, o uso de meios eletrônicos, vem facilitando as comunicações, a produção e conseqüentemente a fiscalização patronal.

Assim, essa nova realidade trouxe com ela inúmeras questões no mundo jurídico sobre o poder diretivo do trabalhador frente aos direitos da personalidade.

Abordamos ainda, a questão da utilização dos meios eletrônicos, como e-mail, whatsapp, gravações por câmeras como meio de prova, e sua utilização durante o horário de trabalho.

CAPÍTULO I - DAS PROVAS

1.1 Conceito de prova

Em todo o processo do trabalho, o direito de prova consiste na parte mais relevante a ser discutido em uma ação trabalhista, não só a respeito do ônus a quem compete, mas nas várias concepções e tipos de provas que podem ser produzidos nos autos de um processo trabalhista e sua importância na busca da verdade real.

Reza o artigo 369 do Código de Processo Civil (CPC) que as partes devem produzir todas as provas necessárias pelos meios legais e moralmente legítimas para a busca de seu direito e são destas provas que proveem o convencimento do magistrado e o resultado do processo e consequentemente a sentença, que é prolatada com base na prova produzida pela parte e pelo convencimento do juiz.

Encontramos entre os doutrinadores pátrios diferentes acepções sobre o conceito de provas.

Para Carlos Henrique Bezerra Leite¹, o conceito de prova diz respeito a instrução probatória:

“Nos domínios da ciência jurídica processual, a palavra “prova” também pode ser empregada em diversas acepções. Às vezes, concerne à atuação das partes no processo com o objetivo de evidenciar a existência do fato que pretendem demonstrar em juízo. Neste sentido, utiliza-se a expressão “produzir a prova”.

Na lição de Arnaldo Sussekund² o conceito de prova é amplo e traz outros questionamentos:

“A questão de saber do que seja a prova conduz ao problema do conceito da prova; a de saber o que se prova, ao do objeto da prova; a de saber quem prova, ao ônus da prova; e a de saber qual o valor da prova, ao da avaliação da prova.”

¹ BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. Curso de Direito Processual do Trabalho. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 734.

² SUSSEKIND, Arnaldo. Instituições de Direito do Trabalho. v.2. 18. ed. São Paulo: LTr, 1999. p. 1395.

Para o magistrado e doutrinador Mauro Schiavi³, as provas nada mais são do que um meio para levar a convicção do juiz:

“No nosso sentir, provas 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, destinado á formação da convicção do órgão julgador”

O magistrado ainda dispõe sobre a importância da solução do processo e o fato da prova ser o instrumento de obtenção do resultado, que não só é de importância individual para as partes envolvidas, mas sim para a coletividade, e menciona ainda sobre a observação dos princípios que regem a fase instrutória.

Já no entendimento de Sérgio Pinto Martins⁴, de forma singela conceitua a prova:

“Prova vem do latim probare. Em seu sentido comum significa exame, verificação, reconhecimento pro experiência, demonstração. Provar é convencer alguém sobre alguma coisa, provar é convencer o Juiz sobre os fatos da causa.”

A prova dependendo da circunstância pode ser vista como um instrumento para a obtenção de resultado, como um meio ou atividade das partes, expõe João Humberto Cesário⁵:

“A prova, nesse contexto, é um conceito plurissemântico, que pode ser dialeticamente compreendida, a um só tempo, como meio, atividade e resultado obtido mediante o discurso em contraditório. Dito de outro modo, ele é o ‘resultado’ processual da formação do convencimento judicial, atingido por via da ‘atividade’ probatória desenvolvida pelas partes no curso do processo, que por via do ‘discurso’ jurídico, respeitado o ‘contraditório’, se valem dos ‘meios’ legais e moralmente legítimos ofertados pelo direito, para contribuírem na tarefa que o Estado-juiz possui de resolver o conflito colocado à sua apreciação de modo justo.”

O que podemos extrair das inúmeras definições de prova é a de que o magistrado deve interpretar livremente as provas produzidas, independente da parte que a produziu, e fundamentar nos termos da lei conforme o artigo 371 do CPC o seu convencimento.

³ SCHIAVI, Mauro. Manual de Direito Processual do Trabalho. 7.ed. São Paulo: LTr, 2014. p.621.

⁴ MARTINS, Sérgio Pinto. Direito Processual do Trabalho. 35.ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.325.

⁵ CESÁRIO, João Humberto. Provas no Processo do Trabalho. 1. ed. Cuiabá: Instituto JHC, 2015.

1.2 Princípios que norteiam a fase probatória

O artigo 8^a da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) transmite uma visão restritiva da função dos princípios, porém hoje é reconhecida a função normativa dos princípios e sua importância no direito do trabalho, ensina Marcelo Moura⁶:

“Na atualidade, a teoria geral do direito consagrou a noção de que o princípio não possui somente função supletiva. Após longo processo de evolução do estudo dos princípios, consolidou-se sua classificação como norma jurídica. É correto, portanto, atribuir eficácia normativa aos princípios, que podem ser chamados de normas-princípios, em confronto às denominadas normas-regras.”

Brilhantemente Mauricio Godinho Delgado⁷ define ainda a importância que os princípios possuem para a compreensão das normas que regem o nosso ordenamento jurídico:

“Assim, princípio traduz, de maneira geral, a noção de proposições fundamentais que se formam na consciência das pessoas e grupos sociais, a partir de certa realidade, e que, após formadas, direcionam-se à compreensão, reprodução ou recriação dessa realidade.”

Na definição de Mauro Schiavi⁸ além de darem equilíbrio no ordenamento jurídico preenche lacunas:

“Os princípios também são destinados ao preenchimento de lacunas na legislação processual. Há lacuna quando a lei não disciplina determinada matéria. Desse modo, os princípios, ao lado da analogia, do costume, serão um instrumento destinado a suprir as omissões do ordenamento jurídico processual.”

Para a produção, apreciação e interpretação das provas, necessário discutirmos sobre os princípios que regem a fase processual e suas definições.

⁶ MOURA, Marcelo. Curso de Direito do Trabalho. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.109.

⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 13.ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 184.

⁸ SCHIAVI, Mauro. Provas no Processo do Trabalho. 4.ed. São Paulo: LTr, 2014.p. 38.

1.2.1 Princípio do contraditório e ampla defesa

Este princípio constitucional está disposto no artigo 5^a, LV, da Constituição Federal (CF) e nele está previsto que as partes possuem o direito e dispõem de oportunidade de se manifestar sobre as provas dentro dos momentos processuais próprios que estão dispostos em nossa legislação pátria.

O magistrado e o tribunal possuem ampla liberdade no processo e poderão determinar as diligências que entenderem pertinentes, conforme disposto no artigo 765 da CLT, assim como no artigo 370 do CPC que dispõe que as partes poderão requerer as provas que entenderem necessárias para o deslinde da ação, podendo ou não o juiz negar a sua produção, inclusive quando verificar que a parte que pretenda produzi-la está com intuito de protelar o processo.

1.2.2 Princípio da necessidade da prova

As partes devem fazer provas de suas alegações, ou seja, a prova cabe a quem incumbe o dever de provar o direito pleiteado.

Neste caso, embora o magistrado conduza o processo, ele não pode cercear o direito da parte em produzir a prova, sob risco de configurar cerceamento de produção de prova (artigo 369 do CPC) e ofensa ao devido processo legal(artigo 5º, LIV e LV da Carta Magna)

1.2.3 Princípio da oralidade

Em audiência de instrução poderão as partes apresentar outras provas, é o que trata o artigo 845 da CLT.

O que se extrai deste princípio é que o magistrado em contato com os litigantes e suas testemunhas, através da colheita dos depoimentos e testemunhos, terá uma melhor percepção sobre os fatos, a firmeza e a veracidade das informações, pois embora a colheita seja oral, ela se materializa através da transcrição na ata.

Vale mencionar as considerações de Wilson Ricardo Buquetti Pirota⁹ sobre o princípio da oralidade e sua importância no processo do Trabalho:

“Em primeira instância, o princípio da oralidade revela-se de forma mais acentuada no momento da audiência. A presença da partes e de seus procuradores, diante do juiz, possibilita o amplo debate sobre as possibilidades de conciliação, bem como a resolução célere de incidentes processuais, esclarecimentos de pontos obscuros, coleta de provas orais, apresentação de provas documentais, apresentação de razões finais e conclusão dos autos para julgamento, cuja sentença resultante pode ou não ser proferida na mesma audiência.”

1.2.4 Princípio da imediação

O princípio da imediação está disposto no artigo 848 da CLT, que dispõe que ao juiz é facultado, interrogar as partes se entender necessário, assim como, determinar as provas que entender necessárias, conforme o ônus da prova atribuída a cada parte, conforme reza o artigo 852, D, da CLT.

Este princípio está relacionado também com o princípio do livre convencimento motivado, quando em um depoimento, além da percepção que o magistrado pode ter sobre o depoimento de uma testemunha ou parte e com a percepção da credibilidade do depoimento, poderá valorar a prova a seu contento segundo seu convencimento.

Ilustramos com o seguinte acórdão:

INTERVALO INTRAJORNADA - PRINCÍPIO DA IMEDIATIDADE - PROVA TESTEMUNHAL - VALORAÇÃO I - Em nosso sistema processual prevalece o princípio da livre convicção do Juízo frente às provas e aos fatos, que julgará de acordo com sua consciência e o convencimento que as provas lhe trouxeram. Ao Juiz de primeira instância é dado o privilégio do contato direto com as partes e as testemunhas. Ninguém melhor que ele para valorar a prova testemunhal, necessitando, muitas vezes, de fina percepção, sensibilidade e lucidez para esmar a sinceridade do depoimento. II - Logo, se o MM. Juízo a quo, analisando o conjunto probatório dos autos, concluiu que não restou provada a alegada não concessão integral do intervalo intrajornada de 1h, não poderia essa instância recursal seguir em outra direção, mormente à míngua de elementos que, concretamente, indiquem ter havido algum erro de percepção. III - Recurso ordinário da parte autora conhecido e não provido.

⁹ PIROTTA, Wilson Ricardo Buquetti. *Hermenêutica da Prova e Argumentação Jurídica*. 1.ed. São Paulo: LTr, 2015. p.25

TRT-1 - RO: 01003630620165010511, Relator: EVANDRO PEREIRA VALADAO LOPES, Data de Julgamento: 06/12/2016, Quinta Turma, Data de Publicação: 15/12/2016. Disponível em: <[https://jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q= +princípio](https://jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=+princípio)>. Acesso em: 20 dez.2016.

1.2.5 Princípio da busca da verdade real

Este princípio encontra-se disposto no artigo 371 do Código de Processo Civil e artigos 765 e 852-D da CLT, atribuindo ao Juiz liberdade de condução do processo com a busca de elementos que colaborem para a solução do processo e justifiquem a sua decisão.

Dentre os significados do termo “verdade” pelos doutrinadores, embora evitada essa definição nos manuais de direito processual civil e trabalhista, vale colacionar a manifestação de Wilson Ricardo Buquetti Pirotta¹⁰:

“Mesmo com essa sorte de questionamento, os autores prosseguem afirmando que a descoberta da verdade é indispensável para o processo e um dos seus principais objetivos, sendo que, por intermédio do processo, em especial, do processo de conhecimento, o juiz toma consciência sobre os fatos que verdadeiramente ocorreram na realidade vivida pelas partes para, sobre eles, fazer incidir a norma que lhes reserve o ordenamento jurídico.”

E essa busca da verdade real, que nada mais do que é buscar a solução do processo com a valoração do magistrado sobre as provas, é uma das tarefas mais difíceis, e não pode o processo judicial ficar aguardando essa busca pela verdade real, menciona Mauro Schiavi¹¹ e completa:

“Além disso, diante das divergências dos fatos invocados no processo pelas partes, das vicissitudes que enfrenta o processo e da falibilidade humana na interpretação dos fatos, é tarefa das mais difíceis para o julgador apurar a verdade real. Do outro lado, o próprio julgador realiza valoração subjetiva dos fatos e da realidade.”

¹⁰ PIROTTA, Wilson Ricardo Buquetti. *Hermenêutica da Prova e Argumentação Jurídica*. 1 ed. São Paulo: LTr, 2015. p.38.

¹¹ SCHIAVI, Mauro. *Provas no Processo do Trabalho*. 4.ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 24.

1.2.6 Princípio *in dubio pro misero*

Dada a hipossuficiência do trabalhador frente ao empregador, devedor na relação do trabalho, extraiu-se este princípio do *in dubio pro reo*.

Este princípio encontra-se de certa forma, ultrapassado no direito processual do trabalho, em face do princípio da norma mais favorável e o da teoria do ônus da prova que fora se sedimentando durante o tempo, como podemos mencionar nas palavras de Mauricio Godinho Delgado¹²:

“Hoje a teoria do ônus da prova sedimentada no Direito Processual do Trabalho, e o largo espectro de presunções que caracteriza esse ramo especializado do Direito já franqueam, pelo desequilíbrio de ônus probatório imposto às partes (em benefício do prestador de serviço), possibilidades mais eficazes de reprodução, no processo, da verdade real. Em consequência, havendo dúvida do juiz em face do conjunto probatório existente e das presunções aplicáveis, ele deverá decidir em desfavor da parte que tenha o ônus da prova naquele tópico duvidoso, e não segundo a diretriz genérica *in dubio pro operário*.”

Neste sentido ainda completa Marcelo Moura¹³, “Atualmente, a enorme gama de técnicas de interpretação, acompanhada de farta jurisprudência, vem tornando desnecessária a atuação deste princípio. Leia-se: o princípio existe, é aplicável no direito nacional, mas tende a cair em desuso”.

1.2.7 Princípio da lealdade processual e boa-fé

Este princípio decorre de um desdobramento do princípio da boa-fé objetiva constante no código civil, onde as partes para um processo célere, correto e adequado devem entre si manter uma conduta ética, para uma efetiva prestação jurisdicional.

As partes no processo devem agir com boa-fé, arguindo eventuais nulidades na primeira oportunidade em que falar nos autos, e não só os litigantes, como o

¹² DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 13.ed. São Paulo: LTr, 2014. p.211.

¹³ MOURA, Marcelo. Curso de Direito do Trabalho. 1.ed. São Paulo: Sariva, 2014. p.113.

magistrado, ministério público, advogados, peritos, testemunhas e outros operadores do direito.

O Novo Código Civil no artigo 5º.¹⁴, também dispõe sobre a boa-fé entre as partes litigantes, assim como na Constituição Federal, em seu artigo 3º, I, menciona claramente que a lealdade processual está atrelada ao princípio da dignidade humana, para construir uma sociedade livre, justa e solidária.

Embora a Consolidação das Leis do Trabalho seja silente sobre a aplicação deste princípio e nada mencione em seus artigos, esta lacuna é preenchida pelo Código de Processo Civil, e admitida pela jurisprudência pátria:

Ementa Agravo de Instrumento. Má-fé. Custas dispensadas. Deserção não configurada. É dever dos litigantes a atuação processual pautada na boa-fé e lealdade, mediante a exposição dos fatos conforme a verdade, não se podendo admitir que uma parte seja processualmente prejudicada em razão de condutas da parte contrária revestidas de intuito malicioso. a conduta processual da autora, que possa ter se configurado como desleal, trata-se do próprio mérito do recurso ordinário interposto pela ora agravante, razão pela qual somente no momento oportuno, qual seja, análise das razões daquele recurso, será apreciada tal matéria. por ora, apenas para possibilitar o exame do recurso ordinário, dispense a autora do recolhimento das custas processuais impostas na sentença, sem conceder-lhe, entretanto, o benefício da justiça gratuita.

(TRT-19 - AIRO: 00011251320155190005 0001125-13.2015.5.19.0005, Relator: Eliane Arôxa, Data de Publicação: 19/12/2016). Disponível em: <[https://jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q= +princípio](https://jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=)>. Acesso em: 11 jan. 2017.

1.2.8 Princípio da licitude e probidade da prova

Este princípio estabelece que a obtenção de provas que devem ser realizadas de forma lícita, dispõe no artigo 5º, LVI, da Constituição Federal¹⁵.

Ressalta-se que este princípio deve ser analisado conjuntamente com o princípio da proporcionalidade, uma vez que, em alguns processos tal prova, embora obtida ilicitamente, como por exemplo, uma gravação telefônica ou mensagem de texto obtido pelos aplicativos, seja a única forma de provar um fato, situação essa que abordaremos em outro tópico deste trabalho.

¹⁴ Art. 5º do CPC: Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”.

¹⁵ Art. 5º LV, da CP: “São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.”

Assim, necessário verificar em cada caso a prova obtida, observando-se o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade para o acolhimento ou não da prova obtida de forma ilícita e sua valoração e necessidade frente aos autos.

1.2.9 Princípio do livre convencimento motivado do juiz ou persuasão racional

O princípio do livre convencimento motivado está disposto no artigo 765 da Consolidação das Leis do Trabalho e no artigo 371 do Novo Código de Processo Civil, e estabelece que o Juiz deve apreciar e valorar as provas através de seu discernimento e convicção, conduzindo assim o processo com liberdade.

Para ilustrar mencionamos os seguintes acórdãos:

DEPOIMENTO DA TESTEMUNHA. CONVENCIMENTO. CONTEÚDO PROBATÓRIO. O livre convencimento motivado e o princípio da imediatidade privilegiam o julgamento da causa pelo juiz que presidiu a produção de prova, possibilitando-lhe avaliar a sua credibilidade. O juiz é o destinatário da prova, que é produzida para formar o seu convencimento, pelo que sua impressão só deve ser afastada pela instância revisora quando houver flagrante desconexão com os demais elementos dos autos. Recurso não provido. (TRT-1 - RO: 00108922920155010247, Relator: ANTONIO CESAR COUTINHO DAIHA, Data de Julgamento: 05/12/2016, Terceira Turma, Data de Publicação: 19/12/2016) Disponível em: <<https://jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=+testemunha>>. Acesso em: 20 dez.2016.

EMENTA : PROVA EMPRESTADA. UTILIZAÇÃO. AQUIESCÊNCIA DAS PARTES. DESNECESSIDADE. Os princípios do livre convencimento motivado (art. 765 da CLT e art. 371 do CPC/15) e da busca da verdade real asseguram ao juiz ampla liberdade na condução do processo na busca de elementos probatórios que formem o seu convencimento, não estando este vinculado à aquiescência das partes para utilizar a prova emprestada, desde que observados, sempre, os princípios do contraditório e ampla defesa. (TRT18, RO - 0010358-81.2016.5.18.0181, Rel. MARILDA JUNGMAHN GONCALVES DAHER, 2ª TURMA, 15/12/2016). Disponível em: <<https://jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=+testemunha>>. Acesso em: 11 dez.2016.

1.2.10 Princípio da aquisição processual da prova no processo do trabalho

Todas as provas produzidas nos processo uma vez já constante dos autos, passa a ser do processo, independente de quem as produziu, cabendo somente em alguns casos o desentranhamento dessas provas, conforme o disposto do artigo 234 e 432 do Novo CPC.

A importância deste princípio para o magistrado, está na sua valoração para o julgamento da lide, pouco importando quem as produziu, sendo legítima e legal, a prova passa a integrar os autos, e não mais mantêm qualquer vínculo com as partes, não podendo ser questionada a sua autoria ou ônus pelas partes, salvo as exceções legais já mencionadas, e exemplificamos com estes acórdãos:

ÔNUS DA PROVA. O ônus da prova é uma regra de julgamento de sorte que, uma vez produzidas as provas nos autos, deve o Juiz julgar de acordo com a que melhor foi produzida, independentemente da parte que a produziu (princípio da aquisição processual da prova), ou seja, o Juiz somente utilizará das regras do ônus probandi quando não houver provas nos autos ou para desempate (prova dividida). (TRT-2 - RO: 00011007720145020079 SP 00011007720145020079 A28, Relator: IVANI CONTINI BRAMANTE, Data de Julgamento: 03/03/2015, 4ª TURMA, Data de Publicação: 13/03/2015) Disponível em: <<https://jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=+prova>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

RECURSO ORDINÁRIO. PRINCÍPIO DA AQUISIÇÃO PROCESSUAL DA PROVA OU DA COMUNHÃO DA PROVA. Os documentos trazidos aos autos por uma das partes não se restringem tão somente a comprovação dos fatos alegados por esta parte. Pelo princípio da aquisição processual da prova, ou da comunhão da prova, não pertence a prova carreada aos autos à parte que a produziu. A prova é adquirida pelo processo, independentemente de quem a produziu. (TRT-1 - RO: 9665120115010057 RJ, Relator: Alexandre Teixeira de Freitas Bastos Cunha, Data de Julgamento: 29/10/2012, Sétima Turma, Data de Publicação: 2012-11-09). Disponível em: <<https://jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=+prova>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

1.2.11 Princípio da aptidão para a prova

De acordo com este princípio, incumbirá a parte que tiver melhores condições, a produção das provas necessárias para a deslinde do processo, seja quem disponha de melhores condições técnicas ou materiais de produzi-la.

Este princípio é de grande relevância no processo do trabalho, dada a dificuldade que o trabalhador poderá ter para obter as provas necessárias e em contrapartida a facilidade da empregadora na produção de determinadas prova.

Assim, de acordo com este princípio, independe de quem tenha o ônus da prova, caberá o encargo quem melhores condições para prová-la e assim diante deste princípio, houve uma superação da regra geral do ônus da prova, ensina o magistrado Mauro Schiavi¹⁶:

“Trata-se na verdade da superação da regra do ônus da prova prevista nos artigos 818, da CLT e 333, do CPC, à luz dos princípios constitucionais do acesso à justiça, contraditório, ampla defesa e igualdade substancial dos litigantes, uma vez que no processo, em determinadas circunstâncias, a prova pode ser produzida com maior facilidade e efetividade por uma parte a qual não detém o ônus da prova”

De grande importância na atualidade, este princípio encontra-se esculpido em diversos acórdãos do Tribunal Superior do Trabalho, que abaixo mencionamos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. COMPROVAÇÃO DA CULPA IN VIGILANDO. ÔNUS DA PROVA. PRINCÍPIO DA APTIDÃO PARA PROVA. Nos termos do acórdão regional, a condenação do órgão público, tomador da mão de obra, decorreu da inversão do ônus da prova, visto ser o Estado do Rio de Janeiro o detentor dos documentos capazes de demonstrar sua efetiva fiscalização. O Juízo a quo pautou-se no princípio da aptidão para prova. Verifica-se, ademais, que o Regional não se afastou do entendimento exarado pelo STF, no julgamento da ADC n.º 16/DF, o qual previu a necessidade da análise da culpa in vigilando do ente público tomador de serviços. Atribuiu, no entanto, ao segundo Reclamado o ônus de demonstrar que fiscalizou a primeira Reclamada no adimplemento das obrigações trabalhistas. E a decisão que confirmou a responsabilização subsidiária do órgão público calcada no princípio da aptidão para a prova está em consonância com a atual jurisprudência desta Corte Superior. Precedentes. Agravo de Instrumento conhecido e não provido.

(TST - AIRR: 20242220135010283, Relator: Maria de Assis Calsing, Data de Julgamento: 17/02/2016, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 19/02/2016). Disponível em: <<https://jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=ônus+prova>>. Acesso em: 21 jan. 2017.

¹⁶ SCHIAVI, Mauro. Manual de Direito Processual do Trabalho. 7.ed. São Paulo: LTr, 2014. p.637.

1.2.12 Princípio de acesso á justiça

Com relação ao direito á prova, o acesso ao direito á justiça deve ser justa e proteger o seu titular na busca de seu direito, mas sempre em conformidade com o ordenamento jurídico vigente.

Interessante mencionar a observação de Gustavo Filipe Barbosa Garcia¹⁷,

“Entende-se que na atualidade, o acesso a justiça, abrange não apenas o direito constitucional de ação, mas o dever de assegurar à parte que tem razão o direito material postulado, garantindo, de forma efetiva e concreta, a pretensão a que faz jus.”

¹⁷ BARBOSA, Gustavo Felipe Garcia. Novo CPC e Processo do Trabalho. 1ª ed. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2016. p.78.)

CAPÍTULO II - OBJETO DA PROVA

2.1 Objetivo da Prova

Nas palavras de Sérgio Pinto Martins¹⁸ “a prova tem natureza processual, deve ser apresentada no processo, como é forma de demonstrar os negócios jurídicos praticados pelas partes”.

Os fatos relevantes, pertinentes e controvertidos devem ser provados em juízo, e com o intuito de convencer o juiz a respeito, sendo esse o objetivo da prova.

O magistrado tem conhecimento do direito, mas não dos fatos que devem se provados pela parte que pretenda produzi-la e nem todos os fatos são objeto de prova, apenas aqueles que se relacionam com a lide e haja controvérsia e que exijam apreciação judicial, destaca Mauro Schiavi¹⁹:

“O fato probando tem de ser controvertido, isto é, afirmado por uma parte e contestado pela parte contrária. Os fatos não controvertidos, como regra geral não são objeto de prova, pois admitidos como verdadeiros no processo. Não obstante, situações há em que mesmo o fato não contestado pode ser objeto de prova, por exemplo: os fatos que não parecem verossímeis segundo o que ordinariamente acontece ou fora do padrão médio da sociedade, e também os fatos impossíveis ou pouco prováveis.”

Há algumas exceções em matéria de direito que o magistrado não tem obrigação de ter conhecimento obrigatório, como a legislação federal, e deve a parte que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, normas coletivas, e regulamento interno do empregador, provar o seu teor e vigência, assim como os tratados e convenções internacionais.

Com o intuito de complementar as exceções em material de direito, sendo que não há menção desta disposição no processo do trabalho, coleciono as considerações de Carlos Henrique Bezerra Leite²⁰ sobre o tema:

¹⁸ MARTINS, Sérgio Pinto. Direito Processual do Trabalho. 35.ed. São Paulo: Atlas. p. 326.

¹⁹ SCHIAVI, Mauro. Manual de Direito Processual do Trabalho. 7.ed. São Paulo: LTr, 2014.p.626

²⁰ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito Processual do Trabalho. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 755.

“Embora o processo do trabalho não contemple regra semelhante, entendemos com abrigo no artigo 769 da CLT, que o juiz do trabalho também pode, invocando a aplicação analógica do art. 376 do NCPC, determinar que a(as) parte(s) prove(m) o teor e vigência não apenas das referidas espécies normativas, como também dos Acordos Coletivos, Convenções Coletivas, Regulamento Empresariais, Sentenças Normativas ou Direito Compadro que invocar(em) como fundamento jurídico da ação ou da defesa”

2.2 Fatos notórios e incontroversos

O significado de fato notório é obtido junto a doutrina e a jurisprudência, pois a lei é silente á respeito, são fatos ou acontecimentos de uma determinada, região, comunidade ou cidade em determinado período de tempo.

E dispensável pelas partes a apresentação de provas de fatos notórios, confessados pela parte oposta, admitido nos autos como incontroverso, ou cujo valor milita a presunção legal de existência ou veracidade, conforme artigo 374 do Código de Processo Civil.

Fatos notórios são aqueles de conhecimento geral, por uma cidade, região ou até mesmo nacional, de fatos culturais, acontecimentos, situações, porém, o notório pode ser relativo e em algumas situações deve ser provado, “O conceito de fato notório é relativo, pois, se uma das partes sobre ele não tiver conhecimento ou se até mesmo o Juiz dele não conheça, é possível a produção de provas sobrea a própria existência da notoriedade do fato.” estabelece Mauro Schiavi²¹.

E ainda completa sua interpretação: “Acreditamos, ao contrário do que pensam alguns doutrinadores, que o fato notório pode ser contestado. Se for contestado, deixa de ser notório e, portanto, deve ser provado.”

Á título de ilustração sobre o tema mencionamos um julgado sobre fatos notórios:

1. RECURSO DA RECLAMADA. ACIDENTE DE TRABALHO. ATIVIDADE DE RISCO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. De acordo com as provas constantes dos autos, dúvida não há! É evidente o risco na

²¹ SCHIAVI, Mauro. Manual de Direito Processual do Trabalho. 7.ed. São Paulo: LTr, 2014. -p.627.

atividade de manutenção de rodovias, devendo ainda ser considerado que a BR 101, rodovia federal, como é público e notório, tem alto índice de sinistros e mortes decorrentes de acidentes de trânsito. Também não se pode dizer que a hipótese consiste em culpa exclusiva de terceiros, pois cabia a empregadora e também a tomadora proporcionarem aos empregados da 1ª Ré segurança para a prestação de serviços. E nessa condição, o empregado submete-se a risco maior do que aquele a que é submetido o cidadão comum, pois exerce praticamente toda sua jornada em local de risco, onde é maior a probabilidade de ocorrência de acidentes automobilísticos. Assim, há que ser aplicada à espécie a responsabilidade objetiva, como bem decidiu o magistrado a quo. Nos casos em que a empresa empregadora expõe os seus empregados a uma atividade de risco (limpeza de margens de rodovias perigosas), a sua responsabilidade é objetiva, pois, da mesma forma como ela tira proveito do fato de o empregado colocar a vida em risco para que ela cumpra seus contratos e lucre com isto, assim também, em contrapartida, ela deve assumir os ônus pelos eventos danosos que dessa atividade advêm para o empregado. Trata-se da teoria do risco. Recurso conhecido e desprovido. 2. RECURSO DOS RECLAMANTES. 2.1. DANO MATERIAL. MORTE DE EMPREGADO EM LOCAL DE TRABALHO. PENSÃO MENSAL À VIÚVA. DEDUÇÃO DO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. Não há qualquer óbice legal ou constitucional na cumulação do recebimento de indenização decorrente da responsabilidade civil do empregador com o benefício que a viúva recebe da Previdência Social (pensão por morte), inclusive porque tal garantia é assegurada pelo artigo 7º, XXVIII, da Constituição Federal de 1988. Precedentes do TST. A constituição de capital prevista no caput do art. 533 do NCP, que pode ser deferida até de ofício, é uma norma processual e visa garantir o cumprimento da sentença e independe do grau de solvabilidade da empresa devedora. Ademais, este é o meio mais seguro de garantir o efetivo adimplemento das parcelas devidas. Recurso conhecido e parcialmente provido. 2.2. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. QUANTUM INDENIZATÓRIO. MAJORAÇÃO. O valor da condenação por danos morais decorrentes da relação de trabalho será arbitrado pelo juiz de maneira equitativa, a fim de atender ao seu caráter compensatório, pedagógico e preventivo. Considerando-se a situação econômica das rés e a posição social da vítima e o caráter punitivo-pedagógico da reparação, o valor de R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais), para cada autor, atende os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, além de não afetar capacidade financeira das rés e nem causar o enriquecimento das partes demandantes. Recurso conhecido e parcialmente provido. (TRT 17ª R., RO 0500319-16.2014.5.17.0132, 1ª Turma, Rel. Desembargador Cláudio Armando Couce de Menezes, DEJT 27/06/2016). Disponível em: <<https://jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=fatos+notorios>>. Acesso em: 20 dez. 2016.

Outros fatos que não necessitam de prova, mas na verdade é um entedimento relativo, são os fatos afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária, porém, somente se confessado expressamente é dispensável a prova, pois a confissão ficta é relativa, podendo ser elidida por prova em contrário, exemplificamos:

RECURSO ORDINÁRIO. REVELIA. CONFISSÃO FICTA. AUSÊNCIA À AUDIÊNCIA DE PROSSEGUIMENTO. Segundo o artigo 843 da CLT, as partes devem comparecer pessoalmente à audiência, independentemente do comparecimento de seus representantes legais. A ausência do autor à audiência inaugural implica o arquivamento do feito, e da ré, a revelia e consequente pena de confissão. Se se tratar de audiência de prosseguimento em que a parte tenha de prestar depoimento pessoal, a ausência de quaisquer das partes implica a confissão ficta quanto à matéria fática, a qual pode ser elidida pelas provas já existentes nos autos.

(TRT-1 - RO: 00112562020155010079, Relator: FLAVIO ERNESTO RODRIGUES SILVA, Data de Julgamento: 09/11/2016, Décima Turma, Data de Publicação: 20/12/2016). Disponível em:

<<https://jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=confissão+ficta>>. Acesso em: 11 dez.2016.

REVELIA E CONFISSÃO. CONTRAPROVA A FASTAR A PRESUNÇÃO LEGAL. MESMO APLICADA A CONFISSÃO FICTA (CLT, ART. 844). EM FACE DA AUSÊNCIA DO EMPREGADOR À AUDIÊNCIA NA QUAL DEVERIA PRESTAR DEPOIMENTO, ADMITE-SE A PROVA EM CONTRÁRIO, APTA A REFUTAR A PRETENSÃO OBREIRA. HORAS EXTRAS E IN ITINERE. ONUS DA PROVA. POR SER FATO CONSTITUTIVO DE SEU DIREITO, COMPETE AO RECLAMANTE COMPROVAR, NA FORMA ALEGADA, O LABOR EM SOBREJORNADA (CLT, ART. 818 E CPC, 333, I)ÔNUS DO QUAL NÃO SE DESINCUMBIU A CONTENTO. RECURSO ORDINÁRIO CONHECIDO E IMPROVIDO. (RO 80853-35.2014.5.22. 0109, Rel. Desembargadora ENEDINA MARIA GOMES DOS SANTOS, TRT DA 22ª REGIÃO, TRIBUNAL PLENO, julgado em 21/03/2016, publicado em 05/04/2016, p. (TRT-22 - RO: 808533520145220109, Relator: ENEDINA MARIA GOMES DOS SANTOS, Data de Julgamento: 21/03/2016, TRIBUNAL PLENO, Data de Publicação: 05/04/2016).

Disponível em: <<https://jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=confissão+ficta>>. Acesso em: 22 dez.2016.

Quando se trata de fato incontroverso também é dispensável a prova, sendo aquele fato que não foi contestado pela parte e também o fato que foi confessado pelo réu, firmamos como exemplo um recente acórdão do Tribunal Superior do Trabalho:

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. PAGAMENTO ESPONTÂNEO. CARACTERIZAÇÃO DE FATO INCONTROVERSO. PERÍCIA. DESNECESSIDADE. 1. O pagamento espontâneo do adicional de insalubridade permite a ilação de que o empregador, ao menos tacitamente, reconhece que o reclamante desempenha suas atividades em condições insalubres, ensejando, assim, a aplicação, por analogia, do entendimento consubstanciado na Orientação Jurisprudencial n.º 406 da SBDI-I, deste Tribunal Superior. Precedentes. 2. De outro lado, é insuscetível de revisão, em sede extraordinária, a decisão proferida pelo Tribunal Regional à luz da prova carreada aos autos. Somente com o revolvimento do substrato fático-probatório dos autos seria possível afastar a premissa sobre a qual se erigiu a conclusão consagrada pela Corte de origem, no sentido de que o laudo particular confeccionado pela reclamada não abrangeu o setor onde laborava o reclamante, logo não restou comprovada a eliminação ou diminuição a níveis toleráveis do agente insalubre. Incidência da Súmula n.º

126 do Tribunal Superior do Trabalho. 3. Agravo de instrumento não provido.
(TST - AIRR: 147002920075010342, Relator: Lelio Bentes Corrêa, Data de Julgamento: 05/11/2014, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 07/11/2014) Disponível em: <<https://jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=+testemunha>>. Acesso em: 22 dez.2016.

2.3 Presunções relativas, absolutas e legais

O conceito de presunção nas palavras de Mauro Schiavi²² é que:

“A presunção não é propriamente um meio de prova, mas um raciocínio lógico por meio do qual, a partir da existência de determinadas coisas ou situações pela reiteração de suas ocorrências, se passa a acreditar na existência de outras.”

As presunções podem ser relativas (juris et de juris) ou absolutas (juris tantum), sendo que as absolutas não admitem prova em contrário, já as relativas admitem a comprovação contrária a presunção.

A presunção relativa pode ser ilidida por prova em contrário, como da não apresentação dos cartões de ponto, que gera presunção realtiva do horário declinado na inicial, vejamos:

RECURSO DE REVISTA. INTERVALO INTRAJORNADA. SUPRESSÃO PARCIAL. ÔNUS DA PROVA. AUSÊNCIA INJUSTIFICADA DOS CONTROLES DE FREQUÊNCIA. A diretriz perfilhada pela segunda parte do item I da Súmula nº 338 desta Corte é de solar clareza no sentido de que "a não-apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário". In casu, constitui fato incontroverso que a reclamada não colacionou aos autos os controles de frequência. Por outro lado, não se extrai do acórdão regional nenhum elemento probatório capaz de infirmar a veracidade das alegações veiculadas na petição inicial quanto à supressão parcial do intervalo intrajornada, de modo a justificar o indeferimento da pretensão. Recurso de revista conhecido e provido. (TST - RR: 103074520135010053, Relator: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 03/08/2016, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 05/08/2016). Disponível em: <<https://jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=+prova>>. Acesso em: 23 dez.2016.

Se avaliarmos a presunção absoluta em face do princípio da primazia da realidade, ela não dever ser vista com caráter absoluto.

²² SCHIAVI, Mauro. Manual de Direito Processual do Trabalho. 7.ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 628

As presunções podem decorrer da lei ou da experiência comum. A experiência comum diz respeito a livre convicção do juiz sobre as provas, sua avaliação, indícios, a verossimilhança do fato, como menciona Mauro Schiavi²³:

“Por exemplo, numa hipótese em que se discute a existência de relação de emprego, de um lado, reclamante pretende o reconhecimento do vínculo de emprego, de outro lado, a reclamada, em defesa, sustenta a tese de que o reclamante era vendedor autônomo,. A existência de alguns indícios, como, comparecimento a reuniões semanais, existência de cota mínima, área fixa de trabalho, ressarcimento de despesas, que podem autorizar o Juiz do trabalho a reconhecer o vínculo de emprego.”

Ainda há as presunções legais, que decorrem em de lei, e não deve ser vista como absoluta, frente as demais provas dos autos, como por exemplo, a presunção legal do artigo 62, I, da CLT, do trabalho externo, que pode ser ilidida com prova em contrário, quando comprovado que havia como controlar a jornada do motorista, exemplo:

RECURSO DO RECLAMANTE. HORAS EXTRAS. ATIVIDADE EXTERNA. ARTIGO 62, I, DA CLT. Afasta-se a presunção legal prevista no artigo 62, I, da CLT, quando cabalmente comprovada a possibilidade de fiscalização e controle do horário de trabalho do empregado, ainda que por meios indiretos. Recurso que se dá provimento. (TRT-17 - RO: 00400008420125170014, Relator: DESEMBARGADOR LINO FARIA PETELINKAR, Data de Julgamento: 28/04/2016, Data de Publicação: 06/05/2016). Disponível em: <<https://jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=horas+extras>>. Acesso em: 23 jan. 2017.

Outra presunção legal é das anotações da CTPS, que pode ser ilidida por prova em contrário, conforme estabelece a súmula 12 do TST, mas, neste caso que abaixo ilustramos, não houve prova e a presunção legal é que prevaleceu no julgado:

Ementa Recurso Obreiro. Desvio de função não caracterizado. Quando as atividades desenvolvidas pelo reclamante mostram-se compatíveis com o conteúdo ocupacional presumível de sua função pelo qual foi contratado e, diante da ausência de quadro de carreira organizado, prevalece, nesse caso, a presunção legal inscrita no parágrafo único do artigo 456 da clt, que é expresso ao permitir ao empregador a exigência de qualquer serviço compatível com a condição pessoal do empregado. Apelo Improvido. (TRT-19 - ro: 00003876020155190058 0000387-60.2015.5.19.0058, Relator: Anne Inojosa, Data de Publicação: 17/06/2016). Disponível em: <<https://jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=+desvio>>. Acesso em: 23 jan. 2017.

²³ SCHIAVI, Mauro. Manual de Direito Processual do Trabalho. 7.ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 629.

CAPÍTULO III - ÔNUS DA PROVA

3.1 Concepção sobre o ônus da prova

De grande importância no direito processual do trabalho é a questão de qual parte compete o ônus de provar o seu direito, pois são através das provas que o juiz forma a sua convicção para dar a sua decisão.

As partes têm o dever de provar as suas alegações e os fatos narrados, seja na inicial ou na contestação assim como demais situações que surgirem durante o tramite processual.

O ônus da prova está disposto no artigo 818²⁴ da CLT e deve ser aplicado juntamente com o artigo 373 do NCPC, já pacificado pela Súmula 06, VII, do TST, assim a parte tem obrigação de comprovar os fatos alegados, cabendo ao autor os fatos constitutivos de seu direito, e ao réu os fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do autor, ou seja, a parte que não se desincumbiu de seu ônus, sua pretensão deve ser resistida.

Nas palavras de Mauro Schiavi²⁵, o ônus da prova é dirigido somente às partes, cabendo ao magistrado julgar conforme os elementos e as provas que as partes produziram e informa ainda que a doutrina classifica o ônus em duas vertentes:

“A Doutrina costuma classificar o ônus da prova em subjetivo e objetivo. O primeiro (subjetivo) pertine às partes, que têm o ônus de comprovar os fatos que alegam, segundo as regras de distribuição do ônus d aprova. O segundo (objetivo) é dirigido ao Juiz, pois se reporta ao raciocínio lógico do julgador no ato de decidir, analisando e valorando as provas.”

Importante também transcrever neste trabalho, as considerações de Mauro Schiavi²⁶, sobre os critérios que se extrai do artigo 818 da CLT, já que na sua interpretação literal não prevê diversas situações, como conflito de prova, inexistência de prova e assim dispõe:

²⁴ Art. 818 - A prova das alegações incumbe à parte que as fizer.

²⁵ SCHIAVI, Mauro. Manual de Direito Processual do Trabalho. 7.ed. São Paulo: LTr, 2014. 646.

²⁶ Ibidem, p.647

- “a) o ônus da prova no processo do trabalho é do reclamado, pois ele tem melhores condições de produzir a prova no processo;
- b) o ônus da prova é do reclamante, pois o autor tem a obrigatoriedade de demonstrar em juízo os fatos da inicial;
- c) tanto o reclamante como o empregado devem provar os fatos alegados tanto na inicial como na defesa;
- d) o reclamante deve provar os fatos constitutivos de seu direito, e o reclamado os fatos impeditivos, modificativos e impeditivos do direito do autor.”

Nas palavras de João Humberto Cesário²⁷, o ônus da prova pode ser percebido por dois ângulos, o objetivo e o subjetivo:

“Dito de modo mais claro, o ônus subjetivo da prova se destina aos contendores, na medida que antecipa os fatos relevantes e controvertidos que cada um deles deverá comprovar. Por outro lado, o ônus objetivo da prova se liga à atividade do magistrado, que apreciará livremente as provas produzidas nos autos, independentemente de qual dos litigantes a tenha fabricado.”

Passamos a ilustrar o presente trabalho com as diversas situações com relação ao ônus da prova, vejamos:

3.2 Ônus da prova negativo

Quando o ônus da prova é negativo, há dúvida entre a doutrina e a jurisprudência, a qual das partes compete o ônus de comprovar o fato negativo alegado por uma das partes, em virtude de não haver qualquer discussão em nossa legislação pátria a respeito deste assunto, mas toda afirmação negativa, se reveste de uma afirmação positiva, menciona Mauro Schiavi²⁸:

“Atualmente, a moderna doutrina sustenta que o fato negativo pode ser objeto de prova, pois não há na lei processual nada que inviabilize a prova do fato negativo. Além disso, como dizia Chiovenda, quem faz uma negação, na verdade, realiza uma afirmação. De outro lado, ainda que o ônus da prova pertença ao autor quando o réu nega o fato constitutivo do direito, o réu poderá realizar contra-prova no sentido de que o fato não existiu.”

²⁷ CESÁRIO, João Humberto. Provas no Processo do Trabalho. 1. ed. Cuiabá: Instituto JHC, 2015. p. 127

²⁸ SCHIAVI, Mauro. Manual de Direito Processual do Trabalho. 7.ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 650.

Também na lição de Carlos Henrique Bezerra Leite²⁹:

“Na verdade, toda negação contém, implicitamente, uma afirmação, pois, quando se atribui a um objeto determinado predicado, acaba-se por negar todos os demais predicados contrários ou diversos do mesmo objeto. Assim, por exemplo, ao alegar o empregador que não dispensou o empregado sem justa causa (negação do fato), estará aquele alegando, implicitamente (afirmação), que este abandonou o emprego ou se demitiu”

Assim, no caso de fato negativo, necessário verificar a quem compete o ônus de acordo com o disposto no artigo 818 da CLT e 373 do NCPC, sobre qual direito a quem pleiteia incumbe a prova, conforme já mencionamos, seja a hora extras, equiparação salarial, término do contrato de trabalho e também utilizando-se dos princípios aplicáveis ao direito processual do trabalho, como o princípio da aptidão da prova:

RECURSO DE REVISTA. ISONOMIA. PARCELA -DIFERENCIAL DE MERCADO- PREVISÃO NO PCS/2008. ESTUDOS REGIONAIS E PERIÓDICOS. ÔNUS DA PROVA. FATO NEGATIVO. PRINCÍPIO DA APTIDÃO DA PROVA. RECURSO DE REVISTA. ISONOMIA. PARCELA -DIFERENCIAL DE MERCADO-. PREVISÃO NO PCS/2008. ESTUDOS REGIONAIS E PERIÓDICOS. ÔNUS DA PROVA. FATO NEGATIVO. PRINCÍPIO DA APTIDÃO DA PROVA. A despeito de caber ao autor a prova do fato constitutivo do seu direito, deve se revestir de presunção de veracidade a alegação de um fato negativo, no contexto em que cabe ao réu, por aptidão, realizar a prova. Recurso de revista conhecido e parcialmente provido.

(TST - RR: 1182005020095010081 118200-50.2009.5.01.0081, Relator: Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 23/10/2013, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 25/10/2013). Disponível em:< <https://jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=+prova>>. Acesso em: 15 fev. 2017

RECURSO DE REVISTA - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - SÚMULA Nº 331, ITEM V, DO TST - ÔNUS DA PROVA 1. Nos termos da Súmula nº 331, item V, do Eg. TST, para que o ente público seja responsabilizado subsidiariamente, é necessário evidenciar sua conduta culposa na fiscalização das obrigações contratuais e legais da prestadora dos serviços. 2. Esta Eg. Corte tem decidido que compete à Administração Pública o ônus da prova quanto à fiscalização, considerando que: i) a existência de fiscalização do contrato é fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do Reclamante; ii) a obrigação de fiscalizar a execução do contrato decorre da lei (artigos 58, III, e 67 da Lei nº 8.666/93); e iii) não se pode exigir do trabalhador a prova de fato negativo ou que apresente documentos aos quais não tenha acesso, em atenção ao princípio da aptidão para a prova. Recurso de Revista conhecido e provido. (TST - RR: 9429520125050018, Relator: Maria Cristina Irigoyen

²⁹ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito Processual do Trabalho. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 764.

Peduzzi, Data de Julgamento: 09/03/2016, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 11/03/2016 Disponível em: < <https://jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=ônus+prova>>. Acesso em: 26 jan. 2017

3.3 Inversão do ônus da prova

De início, importante destacar as considerações de Arnaldo Sussekind³⁰, sobre o ônus processual:

“Os atos da parte são, geralmente, de natureza permissiva, não obrigatória. Para a parte, ao contrário do que sucede com os órgãos públicos no processo, não há um dever de agir. Suporta ela, isto sim, as consequências jurídicas do ato ou da omissão. Incumbe-lhe agir no seu próprio interesse. Trata-se de uma obrigação, mas de um ônus; ônus de pedir, de alegar, de contestar, de provar.”

O único artigo que menciona claramente a inversão do ônus da prova é do artigo 6º da Lei 8.078/90, que dispõe sobre o direito do Consumidor, até porque a CLT é omissa neste assunto.

Porém dada a hipossuficiência do trabalhador muitas vezes na obtenção de provas, em algumas circunstâncias é plenamente possível a inversão do ônus da prova, nas palavras de Mauro Schiavi³¹:

“Desse modo, aplica-se perfeitamente ao processo do trabalho a regra de inversão do ônus da prova constante do Código de Defesa do Consumidor, em razão da omissão da CLT e compatibilidade com os princípios que regem o Processo do Trabalho (art. 769 da CLT), máxime o princípio do acesso do trabalhador à justiça.”

3.3.1 Momento processual adequado

Questão bastante debatida é relacionado com o momento processual adequado para a inversão do ônus da prova pelo magistrado, que em algumas

³⁰ SUSSEKIND, Arnaldo. Instituições de Direito do Trabalho. v.2. 18. ed. São Paulo: LTr, 1999. p.1375.

³¹ SCHIAVI, Mauro. Manual de Direito Processual do Trabalho. 7.ed. São Paulo: LTr, 2014. p.653.

situações, tendo como regra o artigo 818 da CLT e 373 do NCPD, deva transferir o encargo para a outra parte.

Mauro Schiavi³² tece comentário que não é uníssono o entendimento dos doutrinadores sobre em que momento processual o juiz deva decidir sobre a inversão do ônus da prova, vejamos

“Discute-se na doutrina e na jurisprudência qual o momento em que o ônus d aprova deva ser invertido pelo Juiz. A lei não disciplina essa questão. Entretanto acreditamos, afim de resguardar o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV, da CF), que a inversão do ônus da prova deva ser levada a efeito pelo Juiz do trabalho antes do início da audiência de instrução, em decisão fundamentada (art. 63, IX, da CF), a fim de qua a parte contra a qual o ônus da prova foi invertido não seja pega de surpresa e produza as provas que entende pertinentes, durante o momento processual oportuno.”

Carlos Henrique Bezerra Leite³³, menciona o seu entendimento de que poderá o juiz inverter o ônus da prova até na sentença e em grau de recurso, vejamos:

“Parece-nos, de toda sorte, que por ser regra de julgamento, cabe ao Juiz, na sentença, fundamentar (CF, art. 93, IX) a respeito de quem era o *onus probandi*, informando, inclusive, a razão que o levou a inverter o ônus probatório para proferir a decisão. Afinal tal declaração, além de atender ao princípio da fundamentação das decisões judiciais, encontra-se em sintonia com os princípio do devido processo legal e da ampla defesa. Como regra de julgamento, pensamos, inclusive, que a declaração de inversão do ônus d aprova pode ocorrer até mesmo no julgamento da demanda em grau de recurso na instância ordinária, isto é, perante Tribunal Regional do Trabalho.”

Assim, também entende Gustavo Felipe Barbosa Garcia³⁴, vedando a decisão surpresa:

“Entende-se por “decisão surpresa” a que, no julgamento final do mérito da causa, em qualquer grau de jurisdição, aplicar fundamento jurídico ou embasar-se em fato não submetido à previa de uma ou de ambas as partes (art. 4º, § 1º, da Instrução Normativa 39/2016 do TST.)

³² Ibidem, p. 653

³³ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito Processual do Trabalho. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 772.

³⁴ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa Garcia. Novo CPC e o Processo do Trabalho. 1.ed. São Paulo: JusPodivm, 2016. p.113..

3.4 Distribuição dinâmica da Prova

Existem dois sistemas de distribuição do ônus da prova entre as partes do processo, o já discutido o estático, determinado pelo legislador e o sistema de distribuição dinâmica do ônus da prova, que caberá a distribuição ao magistrado.

Assim dispõe Daniel Amorim Assumpção Neves³⁵ :

“O sistema brasileiro é híbrido, já que tem regras fixas previstas no art. 373, I e II do Novo CPC, mas que podem ser modificadas, com a redistribuição-inversão da regra legal-pelo juiz no caso concreto, nos termos do § 1º do mesmo dispositivo legal.”

Em diversos casos concretos pode o ônus da prova, que está disposto no artigo 373 do NCPC e artigo 818 da CLT, se tornar difícil ou impossível para um das partes buscar junto ao judiciário a comprovação de seu direito.

O princípio da aptidão da prova, embora já fosse em algumas situações aplicado pelo magistrado do trabalho, ganhou força com o artigo 373 do NCPC, que dispõe que o juiz poderá apreciar a prova independente de quem produziu, transcrevo a observação de João Humberto Cesário³⁶.

“É fundamental saber que relativamente à distribuição do ônus da prova a legislação de regência a princípio traça diretrizes estáticas para a orientação dos atores processuais. Porém a atenuação dessas diretivas rígidas, fundada no princípio da para a prova, vem a cada dia ganhando destaque no Poder Judiciário, tendo atingido com o advento do CPC/2015 o seu apogeu legislativo. “

Assim, o magistrado verificando que uma das partes que não aquele que possui o ônus de produzi-la terá maiores condições, poderá invertê-la de forma que equilibre a relação processual.

³⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil Comentado. 1.ed. 2016. São Paulo: Juspodivm. p. 656.

³⁶ CESÁRIO, João Humberto. Provas no Processo do Trabalho. 1. ed. Cuiabá: Instituto JHC, 2015. p.132.

A teoria da distribuição dinâmica da prova encontra guarida em vários princípios, ensina Carlos Henrique Bezerra Leite³⁷:

“Ao nosso sentir, a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova encontra fundamento nos princípios da dignidade humana (CF, art., 1º, III), da igualdade formal, e substancial das partes (CF, arts. 3º, III, 5º caput), do acesso juncto à justiça (CF, art. 5º, XXXV), da lealdade, boa-fé e veracidade (NCPC, arts. 77, 79, 80, 81 e 139) e da cooperação (NCPC, arts. 378, 379, 386 e 396).”

Sobre a modificação do ônus da prova pela convenção das partes no processo, que esta disposto no parágrafo § 4º do artigo 373, do NCPC, nas palavras Gustavo Filipe Barbosa Garcia³⁸ não se aplica ao processo do trabalho: “Logo, prevalece o entendimento de que essas regras sobre o ônus da prova não são disponíveis, impossibilitando a sua modificação por meio de convenção das partes.”

³⁷ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito Processual do Trabalho. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p.774.

³⁸ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa Garcia. Novo CPC e o Processo do Trabalho. 1.ed. São Paulo: JusPodivm, 2016. p. 41.

CAPITULO IV - MEIOS DE PROVA

4.1 Conceito

Como bem definido por Carlos Henrique Bezerra Leite³⁹:

“Os meios de prova podem ser sintetizados na seguinte pergunta: como provar? A resposta é obtida pela conjugação do art. 5º, LVI, da CF, segundo o qual “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, e do art. 369 do NCPC, que apontam no sentido de que “as partes tem o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.”

4.2 Depoimento pessoal

Conforme o artigo 848 da CLT e o artigo 820 da CLT, o magistrado e as partes poderão requerer o depoimento pessoal de uma das partes ou da outra parte, para que seja interrogada na audiência de instrução e julgamento.

Há diferença entre interrogatório e depoimento pessoal, qual seja, o interrogatório não é meio de prova, é ato privativo entre a parte e o Juiz para obter os fatos relacionados com a causa, não obstante possa as partes realizar reperguntas ao interrogado, mas não tem como finalidade a obtenção da confissão, não se presta para tal ato, já o depoimento pessoal é meio de prova, para obtenção dos fatos da causa, a confissão propriamente dita, ensina Mauro Schiavi⁴⁰:

A finalidade do depoimento pessoal é provocar a confissão, fazendo com que a parte compareça e, pessoalmente, fale sobre os fatos da causa. Por isso, será ela intimada também pessoalmente, constando do mandado que se presumirão confessados os atos contra elas alegados caso não compareça, ou comparecendo, se recuse a depor. Não pode ser imposta a pena de confissão se a parte não for intimada com essa advertência (art. 343, parágrafo único do CPC e Súmula n. 74, I, do C. TST).

³⁹ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito Processual do Trabalho. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 775.

⁴⁰ SCHIAVI, Mauro. Manual de Direito Processual do Trabalho. 7.ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 682.

Para exemplificar mencionamos um exemplo jurisprudencial de um caso concreto em que a reclamada não foi intimada para o depoimento pessoal com a advertência de ser sob pena de confissão e não compareceu e diante dessa omissão na intimação, a sentença foi anulada em sede recursal, vejamos:

RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMANTE. INTIMAÇÃO PESSOAL DA RECLAMADA PARA PRESTAR DEPOIMENTO PESSOAL SOB PENA DE CONFISSÃO. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DA RECLAMADA NA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. REQUERIMENTO AUTURAL DE APLICAÇÃO DA PENA DE CONFISSÃO. IMPROCEDÊNCIA DO PLEITOS VEICULADOS NA EXORDIAL. PROLAÇÃO DE SENTENÇA COM BASE NA ADMISSÃO DE UM FATO INEXISTENTE E NA INEXISTÊNCIA DE UM FATO EFETIVAMENTE OCORRIDO. NULIDADE. RECONHECIMENTO DE OFÍCIO. Considerando que o processo é o meio pelo qual se busca a solução do litígio à luz da verdade real e que é através das provas produzidas nos autos que o juiz busca localizar essa verdade, avaliando-as com observância aos critérios de legalidade, livre convencimento e persuasão racional, constato que, efetivamente, foi subtraído da reclamada o direito de se manifestar em depoimento pessoal e de ver ouvidas as testemunhas eventualmente presentes à audiência de instrução e julgamento para dissipar dúvidas relativas aos fatos alegados na inicial. Recurso Ordinário do reclamante conhecido e prejudicado. (TRT-1 - RO: 00012676620125010023 RJ, Data de Julgamento: 07/06/2016, Quinta Turma, Data de Publicação: 17/06/2016).Disponível em:< <https://jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=+confissão>>. Acesso em: 19 fev. 2017

Esta imposição de intimação para a imposição da pena de confissão está disposta no NCPC no artigo 385 e manteve a disposição de que pode o juiz deferir ou não o depoimento pessoal, porém em raros casos é que pode se negar este depoimento, como se a parte já confessou em defesa, se o que se discute é material de direito, ou que não há controvérsia, porém o magistrado deve ver com cuidado em face do cerceamento de defesa que pode ser alegado pela parte que entender prejudicada pela negativa.

O parágrafo 2º, do citado artigo, também é aplicado no processo do trabalho, quando há a oitiva de uma parte a outra deverá se ausentar da sala de audiência, com exceção se a parte estiver sem a representação de advogado, porque será prejudicada no momento das reperguntas.

Interessante questão sobre a inquirição recíproca das partes encontra-se na obra de Carlos Augusto Bezerra Leite⁴¹, que assim dispõe:

“Ora, inquirir tem o mesmo significado de interrogar, donde se conclui que, se o juiz não interrogar as partes, qualquer delas pode requerer, por seu intermédio, o interrogatório recíproco. Essa nossa posição encontra albergue no princípio da ampla defesa e do contraditório, previsto no art. 5º LV, da CF, devendo a norma infraconstitucional consolidada amoldar-se ao novo direito constitucional processual, permitindo-se, assim, que a parte possa requerer o depoimento pessoal da outra. O requerimento, contudo, poderá ser validamente indeferido, desde que o juiz fundamente a sua decisão, sem que isso configure cerceio do direito de defesa, isto é, desde que a sentença se funde em outros elementos probatórios carreados aos autos.”

4.3 Prova testemunhal

Questão bastante discutida no processo do trabalho diz respeito a testemunha, que em muitos processos pode ser o único tipo de prova a comprovar o direito pleiteado, devendo o magistrado valorar a qualidade e veracidade do depoimento das testemunhas e formar seu livre convencimento, conforme artigo 765 da CLT combinado como artigo 371 do NCPC.

As disposições sobre provas encontram-se nos artigos 819 e seguintes da CLT, mencionamos neste tópico as questões mais relevantes.

Nas palavras de Carlos Henrique Bezerra Leite⁴², quem pode servir como testemunha:

“Quem pode ser testemunha? Pode ser testemunhas toda pessoa natural que esteja em pleno exercício da sua capacidade civil e que, não sendo impedida ou suspeita, tenha conhecimento dos fatos relativos ao conflito de interesses veiculado no processo no qual irá depor.”

A regra geral é de que as pessoas incapazes, suspeitas e impedidas não poderão ser ouvidas como testemunhas, mas conforme artigo 829 da CLT combinado com o artigo 447 do NCPC, essas testemunhas podem ser ouvidas como

⁴¹ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito Processual do Trabalho. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 775.

⁴² Ibidem, p. 780.

informantes, quais sejam, os parentes, em linha reta, colateral ou por afinidade, de qualquer das partes até terceiro grau, conforme artigo 1591 á 1595 do CC.

Esta oitiva será independente de compromisso, e o juiz poderá atribuir a valoração que entender pertinente (art. 447, §§ 4º e 5º do NCPC).

O artigo 228 do CC⁴³, também menciona as hipóteses em que a parte não será ouvida como testemunha, assim como está disposto no artigo 829⁴⁴ da CLT, quais sejam, parentes até terceiro grau, amigo íntimo ou inimigo, também ouvido como informante.

Importante destacar que a pessoa com deficiência, atualmente é admitido o testemunho sob em igualdade de condições com os demais, assegurado os meios para tal fim, assim dispõe na CLT comentada de Gustavo Filipe Barbosa Garcia⁴⁵:

“Nesse sentido, a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, revogou os incisos II e III do art. 228 do Código Civil de 2002, passando, assim, a admitir como testemunhas, aqueles que, por enfermidade ou retardamento mental, não tiverem discernimento para a prática dos atos da vida civil , bem como os cegos e surdos, quando a ciência do fato que se provar dependa dos sentidos que lhes faltam.”

Na audiência de instrução, após a qualificação da testemunha e antes de prestar compromisso, a testemunha pode ser contraditada, conforme o artigo 457, § 1º do NCPC, pelos motivos elencados no artigo 829 da CLT e art. 447, §§ 1º, 2º, 3º, do NCPC.

⁴³ Art. 228. Não podem ser admitidos como testemunhas: I - os menores de dezesseis anos;II - (Revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência);III - (Revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência);IV - o interessado no litígio, o amigo íntimo ou o inimigo capital das partes;V - os cônjuges, os ascendentes, os descendentes e os colaterais, até o terceiro grau de alguma das partes, por consangüinidade, ou afinidade.§ 1º Para a prova de fatos que só elas conheçam, pode o juiz admitir o depoimento das pessoas a que se refere este artigo. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência);§ 2º A pessoa com deficiência poderá testemunhar em igualdade de condições com as demais pessoas, sendo-lhe assegurados todos os recursos de tecnologia assistiva. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência);

⁴⁴ Art. 829 - A testemunha que for parente até o 3º grau civil, amigo íntimo ou inimigo de qualquer das partes, não prestará compromisso, e seu depoimento valerá como simples informação.

⁴⁵ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa Garcia. CLT Comentada. 1.ed. São Paulo: Método, 2015.p. 829.

Questão interessante é o prazo para a arguição da contradita, que obrigatoriamente deve ser antes da audiência de instrução, não podendo em sede de recurso anexar prova de contradita que não foi feita na oportunidade cabível, conforme trecho do referido acórdão:

Não obstante a argumentação expendida nas razões recursais, certo é que não se vislumbra nos autos qualquer cerceamento de defesa pelo indeferimento da juntada de documentos cuja apresentação a própria parte reconhece como extemporânea e que, em tese, provaria o desconhecimento da testemunha do autor sobre a realidade havida no curso do pacto laboral.

Além da reclamada não ter apresentado qualquer contradita quanto à testemunha, após a sua qualificação e antes de ser firmado o compromisso de dizer a verdade, verifica-se da ata de audiência de fls. 18-19 que o encerramento da instrução processual ocorreu com a concordância das partes, se reportando elas inclusive a razões finais remissivas.

Nesse contexto, nítida é a preclusão da oportunidade de insurgência da reclamada, quanto à questão, visto que ela se quedou inerte na primeira oportunidade que teve para questionar a prestabilidade da prova testemunhal – inteligência do art. 795, da CLT.”

(TRT-2 - RO: 00020984420145020435 SP, Relator: SERGIO ROBERTO RODRIGUES, 11ª TURMA, Data de Publicação: 08/03/2016)

À respeito do magistrado ser arrolado como testemunha, diante do disposto no artigo 452 do NCPC, deverá declara-se como impedido se tiver conhecimento dos fatos e que poderá influenciar na decisão, caso em que a parte que o inclui no rol desistir de sua oitiva ou se ele nada souber, mandará excluir o seu nome.

4.4 Prova documental

Sem prejuízo dos documentos digitalizados que serão oportunamente mencionados em outro capítulo deste trabalho, necessário mencionar sobre a prova documental, que não foi um tema muito aprofundado na CLT, sendo disposto apenas em seus artigos 777, 780, 780, 787 e 830.

Assim, supletivamente e subsidiariamente o NCPC é de extrema importância, podendo ser aplicado ao processo do trabalho quando não haja conflito com os procedimentos próprios dispostos na CLT quanto à prova.

4.4.1 Momento Processual Adequado

Com relação ao momento para a produção da prova, para o autor seria acompanhando a inicial (art. 787 da CLT) e do réu na contestação (art. 434 do NCPC).

Assim dispõe o Tribunais Regionais do Trabalho sobre o momento processual da prova:

RECURSO ORDINÁRIO. PROVA DOCUMENTAL. MOMENTO OPORTUNO PARA JUNTADA. PRECLUSÃO. A juntada de documentos pela reclamada deve ocorrer, via de regra, com a defesa. Possibilitar outro momento só se justifica nos casos descritos pelo artigo 435 do NCPC, o que não condiz com a hipótese dos autos. Ultrapassado o momento oportuno para apresentação dos controles de frequência legíveis, precluso está o direito de fazê-lo em sede recursal.

(TRT-1 - RO: 00104617720155010058, Data de Julgamento: 29/11/2016, Oitava Turma, Data de Publicação: 31/01/2017. Disponível em: <<https://jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=prova+documental>>. Acesso em: 19 fev. 2017.

DOCUMENTO - MOMENTO DE PRODUÇÃO DA PROVA - EXTEMPORANEIDADE Inexistindo ordem específica de produção das provas no artigo 845 da CLT, é admissível a juntada de documentos em momento posterior à apresentação da petição inicial, quando, além de ainda não encerrada a fase instrutória, a reclamada, desde a sua citação para integrar a lide, já sabia da existência da aludida prova e que o reclamante a pretendia utilizar, tendo inclusive se manifestado sobre ela na peça de defesa.

(TRT-1 - RO: 00007938020145010264 RJ, Data de Julgamento: 16/02/2016, Quinta Turma, Data de Publicação: 24/02/2016). Disponível em: <<https://jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=prova+documental>>. Acesso em: 19 fev. 2017.

Neste sentido também o C. Tribunal Superior do Trabalho:

"RECURSO DE REVISTA 1 - (omissis) 2 - APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS. ACORDOS COLETIVOS QUE TRATAVAM SOBRE A COMPENSAÇÃO DE HORÁRIO. MOMENTO OPORTUNO. ART. 396 DO CPC. **Cabe à parte, sob pena de preclusão, a apresentação em contestação de todos os documentos existentes que possam provar seus argumentos** (art. 396 do CPC). Porém, é lícito proceder a juntada de documentos após a contestação, desde que sejam novos, seja para fazer prova de fatos ocorridos após o momento para defesa, seja para contrapor outros documentos produzidos nos autos. Dessa forma, em ambas as exceções, constitui pressuposto indispensável para a juntada que o documento seja novo, ou seja, não seja pré-constituído (art. 397 do CPC). No entanto, na hipótese dos autos, os acordos coletivos poderiam ter sido juntados pela reclamada no momento processual oportuno (contestação). Assim, o mencionado documento é prova pré-

existente, não podendo ser considerado prova nova. Por consequência lógica, não é possível proceder a sua juntada em momento processual posterior, em virtude da preclusão operada. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido." (RR - 97700-71.2007.5.15.0071, Relatora Ministra: Delaíde Miranda Arantes, Data de Julgamento: 04/05/2016, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 06/05/2016) Disponível em:< <https://jusbrasil.com.br/jurisprudencia/> busca?q=prova+documental>. Acesso em: 19 fev. 2017

Comenta ainda Marly A. Cardone⁴⁶:

"Além dos documentos que devem instruir a inicial e a defesa, o processo trabalhista permite a juntada, aos autos, em audiência, de outros documentos que, por involuntária, omissão ou impossibilidade ou impertinência (a juntada não era oportuna), de início não tiverem sido anexados à peça inaugural e à defesa (CLT, art. 845). Enquanto estiver em curso a fase instrutória, é permitida a juntada de documentos, segundo orientação que não nos parece dominante (CPC, art. 397; NCPC, art. 435).

Conforme o artigo 435 do NCPC, a qualquer momento podem as partes juntar documentos novos para contrapor documentos ou a fatos ocorridos depois dos articulados, e assim, conforme § 1º do artigo 437 do NCPC, sempre que uma das partes requerer a juntada de novo documento, o juiz deve dar vista a outra parte no prazo de 15 dias e adotar uma das posturas do 436 do NCPC.

Neste caso, diante do artigo 435 do NCPC, necessário verificar a boa-fé da parte no momento do pedido de juntada deste novo documento, como observa João Humberto Cesário⁴⁷:

"Demais disso, de acordo com o parágrafo único do antedito dispositivo, admitir-se-á também a juntada posterior de documentos formados após a petição inicial ou a contestação, bem como dos que se tornaram conhecidos, acessíveis ou disponíveis após esses atos, cabendo à parte

O que pode se concluir dos dispositivos mencionados e que a juntada de prova só poderia ser feita até sentença, porém, em sede recursal pode ser excepcionalmente juntando novo documento, conforme disposto na Súmula 8 do TST, porém, sempre devendo a outra parte de manifestar sobre este novo documento para não caracterizar cerceamento de defesa.

⁴⁶ CARDONE, Marly A.. Advocacia Trabalhista. 21.ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 78.

⁴⁷ CESÁRIO, João Humberto. Provas no Processo do Trabalho. 1. ed. Cuiabá: Instituto JHC, 2015. p.208.

Mencionamos um trecho de acordo:

“Com efeito, o referido documento anexado ao recurso ordinário não se trata de documento novo. Saliento que a juntada de documentos deve ser efetivada, no curso da instrução processual. A juntada de documento faz parte da dilação probatória. Então, os documentos devem, via de regra, serem juntados com a inicial e defesa. É vedada a oferta de prova documental após o encerramento da instrução processual. Operou-se a preclusão. A juntada de forma extemporânea somente se justifica no caso de documentos produzidos após a sentença ou de comprovada incapacidade de acesso na ocasião oportuna, nos exatos termos da Súmula nº 8 do C. TST, que não é o caso do aludido documento: “Juntada de documento. A juntada de documentos na fase recursal só se justifica quando provado o justo impedimento para sua oportuna apresentação ou se referir a fato posterior à sentença”.

(TRT-2 - RO: 00022834320145020060 SP, Relator: IARA RAMIRES DA SILVA DE CASTRO, 12ª TURMA, Data de Publicação: 18/03/2016)
Disponível em:

<<https://jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=prova+documental>>.

Acesso em: 19 fev. 2017

4.4.2 Da autenticidade dos documentos

Após a alteração no ano de 2009 do artigo 830 da CLT, pode ser declarado pelo próprio advogado as cópias simples dos documentos sob sua responsabilidade e havendo impugnação do documento, conforme parágrafo único do mesmo artigo, a parte apresentará o original ou a cópia autenticada ao serventuário que conferirá a autenticidade e certificará no processo.

Divergência entre os doutrinadores diz respeito ao jus postulandi e a própria parte declarar a autenticidade, Mauro Schiavi⁴⁸, alega que a própria parte pode conferir a autenticidade nesses casos:

“Embora silente a lei, se a parte estiver sem advogado, fazendo exercício do jus postulandi previsto no art.791 da CLT, pensamos que a própria parte poderá declarar a autenticidade do documento juntado sem autenticação, pela interpretação sistemática e teleológica dos arts. 830 e 791 da CLT, considerando-se que a finalidade da lei é desburocratizar o processo e prestigiar os princípios da simplicidade e economia processuais.”

Já Carlos Henrique Bezerra Leite⁴⁹, não concorda com esta posição e menciona:

⁴⁸ SCHIAVI, Mauro. Provas no Processo do Trabalho. 4.ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 166.

“Parece-nos que somente o advogado está autorizado a declarar a autenticidade da cópia do documento apresentado como prova, não sendo estendida tal prerrogativa à parte, ainda que litigue pessoalmente (*jus postulandi*).”

E afirma ainda que há provas na justiça do trabalho que só documentos escritos são reconhecidos como forma de prova:

“Registre-se que, não obstante o direito material do trabalho permitir até mesmo o contrato tácito ou verbal (CLT, art. 442), a própria CLT abre exceções quanto a alguns atos cuja prova escrita (documental) é imprescindível, como, por exemplo, para a comprovação: pagamento de salários (CLT, art. 464); do acordo de prorrogação de jornada (CLT, art. 59); a concessão ou pagamento das férias (CLT, arts. 135 e 145, § único); a concessão do descanso da gestante (CLT, art. 392) etc. Em toso esses casos, nenhum outro meio de prova distinto do documental surtirá efeito). “

Também há outras formalidades inseridas dentro da prova documental escrita para sua validade, como por exemplo, pedido de demissão do empregado após 01 ano de trabalho na mesma empregadora é válida somente com a assistência do sindicato de classe, assim como, no termo de pagamento de verbas rescisórias deve estar discriminado quais verbas estão sendo pagas.

4.4.3 Incidente de falsidade

A CLT é omissa com relação ao incidente de falsidade, desta forma aplica-se supletivamente o art. 430⁵⁰ do NCPC.

Os artigos 431, 432 e 433 dispõem sobre a forma de arquição da falsidade, que pode ser resolvida como questão incidental ou principal e deve ser fundamentada, inclusive com os meios que provará a falsidade do documento, e depois de ouvida a parte no prazo de 15 dias, será realizado o exame pericial, se a parte concordar em retirá-lo.

⁴⁹ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito Processual do Trabalho. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p.786--787.

⁵⁰ Art.430: A falsidade deve ser suscitada na contestação, na réplica ou no prazo de 15 (quinze) dias, contado a partir da intimação da juntada do documento aos autos. Parágrafo único. Uma vez arguida, a falsidade será resolvida como questão incidental, salvo se a parte requerer que o juiz a decida como questão principal, nos termos do inciso II do art. 19.

Há duas formas de falsidade, a falsidade material, que nada mais é do que na forma do documento, em sua formação propriamente dita e a falsidade ideológica, quando o documento é verdadeiro em sua forma mas, seu conteúdo não, revelando um fato inverídico, e nas palavras de Mauro Schiavi⁵¹ exemplifica:

“Embora a lei não faça distinção, pensamos que somente a falsidade material possa ser invocada no incidente de falsidade, pois somente esta é passível de ser demonstrada pelo exame pericial. A falsidade ideológica pode ser demonstrada por qualquer meio de prova admitido em direito, mas não pela perícia.”

⁵¹ SCHIAVI, Mauro. Provas no Processo do Trabalho. 4.ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 170.

CAPÍTULO V - DA UTILIZAÇÃO DAS REDES SOCIAIS COMO MEIO DE PROVA

5.1 Da impugnação da prova

Questão bastante discutida é a utilização das redes sociais como facebook, whatsapp, twitter e outras redes sociais online como meio de prova, tanto na questão de provas de salário, hora extras e outros direitos, mas também para a contradita de testemunhas.

Inicialmente é necessário verificar se houve ou não impugnação dessas provas pela outra parte, ensina João Humberto Cesário⁵²:

“É de se concluir, com efeito, que se a cópia de uma mensagem enviada por email (ou mesmo por instrumentos de comunicação instantânea como, por exemplo, o aplicativo WhatsApp) for veiculada como prova no aderno processual, o juiz deverá tomá-la por válida, se a parte contra quem foi produzida não impugná-la. Tal possibilidade se reforçará se o magistrado notar, pelas circunstâncias dos autos que a comunicação eletrônica era comum entre os litigantes.”

Para ilustrar o assunto menciono recente acórdão do Desembargador Carlos Henrique Bezerra Leite, onde houve reconhecimento pelo preposto da conversa e que não foi impugnada pela parte, vejamos:

REGISTRO DE DIÁLOGO VIA APLICATIVO DE CELULAR WHATSAPP CONSIDERADOS FIDEDIGNOS PELO JUÍZO. PROVA IDÔNEA. É idônea a prova do extravio da CTPS pela reclamada, flagrada nos registros dos diálogos, via aplicativo WhatsApp, no celular da reclamante, porque também comprovado em audiência que o diálogo foi travado com um representante do Serviço de Recursos Humanos da empresa. DANOS MORAIS. RETENÇÃO DA CTPS. Aconduta do empregador ao extraviar a CTPS da reclamante representa fato capaz de causar prejuízos de ordem social e econômica ao empregado, bem como de atentar contra a sua dignidade. Isto porque a CTPS é o documento destinado ao registro das anotações do contrato de trabalho, da identificação e da qualificação civil do trabalhador (art. 16 da CLT) e reflete toda a sua trajetória profissional, repercutindo na sua imagem, honra e projeção pessoal. (TRT 17ª R., RO 0001261-49.2015.5.17.0010, Rel. Desembargador Carlos Henrique Bezerra Leite, DEJT 17/05/2016). Disponível em: < <https://jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=+whatsapp>>. Acesso em: 25 fev. 2017.

⁵² CESÁRIO, João Humberto. Provas no Processo do Trabalho. 1. ed. Cuiabá: Instituto JHC, 2015. p.62.

A impugnação neste caso é essencial para que não seja dada validade a sua veracidade e conteúdo, mencionamos trecho de acórdão nos exatos termos:

“Também foi juntada uma mensagem enviada pelo autor à ré via *Whatsapp* em 31.12.2014, na qual deseja feliz natal e, logo em seguida, informa que não irá mais trabalhar (Id 685e0c2). O reclamante não impugnou especificamente esse documento e tampouco a informação da defesa de que não prestou mais serviços à ré a partir de 19.12.2014. Logo, é razoável concluir que o último dia laborado pelo autor foi 18.12.2014 e que ele pediu demissão no dia 31.12.2014, sendo indevido o pagamento do saldo de salários de janeiro/2015 (09 dias). (TRT-4 - ROPS: 00200464520155040261 RS 0020046-45.2015.5.04.0261, Relator: Ricardo Hofmeister De Almeida Martins Costa, Data de Julgamento: 09/11/2015, 11ª Turma). Disponível em: < <https://jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=+whatsapp>>. Acesso em: 25 fev. 2017.

5.2 Situações práticas

Um caso concreto que ilustramos com trecho de acórdão diz respeito a grupo de whatsapp corporativo da empresa e a cobrança exarcebada de metas e ofensas principalmente neste tipo de rede social online, pode gerar um direito ao dano moral por constrangimento ao reclamante:

“A testemunha Wanessa foi clara ao afirmar que “presenciei Paula chamando o reclamante de vendedor “meia-boca” porque ele estava com dificuldade de atingir as metas pelo acúmulo das funções de consultor de vendas e CVL; a mesma coisa foi dita pela gerente ao reclamante no grupo corporativo no whatsapp” (fl. 108). TRT-2 - RO: 00015132020145020070 SP 00015132020145020070 A28, Relator: MANOEL ARIANO, Data de Julgamento: 10/12/2015, 14ª TURMA, Data de Publicação: 18/12/2015) Disponível em: <<https://jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=+whatsapp>>. Acesso em: 25 fev. 2017.

Nesta outra situação, o magistrado entendeu pelo não reconhecimento do assédio com base na conversa entre as partes pelo aplicativo, pois não havia obrigatoriedade de sua utilização no trabalho e entende que o WhatsApp é um meio informal de conversa, onde impera a emoção, não reconhecendo como meio de comunicação formal, vejamos:

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ASSÉDIO SEXUAL. NÃO CARACTERIZADO. PROVA BASEADA NA UTILIZAÇÃO DO APLICATIVO "WHATSAPP" NA COMUNICAÇÃO ENTRE RECLAMANTE E SUPOSTO AGRESSOR. A caracterização do assédio ocorre quando o assediador, mediante convites ou investidas, normalmente reiteradas, limita a liberdade sexual do assediado. Na lição de VÓLIA BOMFIM CASSAR, "a paquera, o

namoro, a iniciativa de se declarar para alguém, um convite para sair, para almoçar, para jantar, efetuado entre colegas de trabalho ou entre patrão e empregado, não enseja, por si só o assédio". Ademais, a caracterização do assédio sexual pressupõe nítida oposição da vítima, o que não ficou demonstrado nestes autos, notadamente considerado a prova juntada com a inicial, consistente em diálogos da reclamante com o suposto agressor via whatsapp. Aqui é importante ressaltar que inexistem provas de que as reclamadas tenham imposto o uso do referido aplicativo como ferramenta de comunicação entre os empregados para viabilizar a execução do trabalho. Para tanto, a empresa forneceu aparelho telefônico, cuja função primordial é a comunicação por meio de ligações. Não se olvida que o "whatsapp" é uma ferramenta que possibilita a comunicação rápida, mas também apresenta alto nível de informalidade nos diálogos, o que se revela pelo uso de linguagem coloquial e de "emoções" sendo certo que o referido aplicativo transmite mais do que informações: ele transmite emoções. Assim, embora relativamente útil, qualquer usuário do whatsapp possui plena consciência de que o aplicativo definitivamente não é a melhor forma para se manter uma comunicação estritamente formal e profissional, notadamente diante da suspeita de assédio sexual. (TRT-3 - RO: 01582201401003006 0001582-11.2014.5.03.0010, Relator: Joao Bosco Pinto Lara, Nona Turma, Data de Publicação:21/01/2016). Disponível em: <<https://jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=+whatsapp>>. Acesso em: 25 fev. 2017.

Portanto, o que podemos extrair das diversas decisões mencionadas, é que a impugnação pela parte é fator importante em caso de apresentação de provas obtidas pelas redes sociais.

CAPÍTULO VI - DA DISPENSA POR JUSTA CAUSA

6.1 Hipóteses e elementos

Outra questão bastante discutida diz respeito a dispensa por justa causa com base em provas obtidas pela rede social.

Os motivos para a dispensa sem justa causa encontram-se dispostos no artigo 482 da CLT, e é uma forma de dispensa onerosa ao trabalhador, portanto, necessário verificar se os requisitos encontram-se preenchidos para que esta forma de dispensa possa ser aplicada ao trabalhador.

Na lição de Marcelo Moura⁵³, a justa causa e a falta grave só se distinguem pela forma do procedimento da dispensa, sendo que para a apuração da falta grave depende do procedimento de inquérito para os estáveis:

“A doutrina costuma distinguir justa causa e falta grave, ainda que alguns apontem as duas expressões sinônimas. Majoritariamente, a distinção é aceita. Entende-se por justa causa a conduta dolosa ou culposa do empregado não estável que justifique o rompimento do contrato, sem direito à indenização. Já a falta grave é uma justa causa praticada com maior intensidade, que justifica o rompimento culposo do empregado estável, atendendo-se as formalidades legais.”

Os elementos e requisitos para sua aplicação são o nexo causal, a adequação ou proporcionalidade, a imediatidade, singularidade na punição, não discriminação e que tenha caráter pedagógico.

As hipóteses constantes do artigo 482 em suas alíneas são: a) atos de improbidade; b) incontinência de conduta ou mau procedimento; c) negociação habitual; d) condenação criminal; e) desídia; f) embriaguez habitual ou em serviço; g) violação de segredo da empresa; h) indisciplina e insubordinação; i) abandono de emprego; j) ofensas físicas ou morais contra colega de trabalho; k) ofensas físicas ou morais contra o empregador; l) prática constante de jogos de azar; parágrafo único, atos atentatórios à segurança nacional.

⁵³ MOURA, Marcelo. Curso de Direito do Trabalho. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 296.

6.2 Situações práticas

Assim, tanto na dispensa por justa causa, ou até mesmo em caso de dano moral, com fundamento em provas obtidas de rede social, deve se tomar uma série de precauções e conforme já mencionado, de início verificar se houve impugnação da prova pela parte contrária ou se houve reconhecimento do documento, ou até mesmo confissão em depoimento pessoal:

Ilustro abaixo trecho de acórdão do TRT da 2ª Região, onde o próprio reclamante reconheceu como verídica a conversa, não impugnando o seu conteúdo:

Alegou a primeira reclamada que o reclamante apresentou conduta antiprofissional, imprópria, praticou atos de racismo, bem como ameaçou o sócio da empresa, tudo devidamente registrado através de conversas do autor com outros funcionários através do Whatsapp. Afirmou que os colegas, temerosos com a atitude e ameaças por parte do reclamante levaram ao conhecimento dos superiores o que estava acontecendo (fls. 72/75). Juntou, em volume de documentos apartado, 95 páginas de conversas através do meio eletrônico indicado (Whatsapp.) entre o reclamante e alguns colegas. O reclamante, em depoimento pessoal à fl. 213, reconhece como verdadeira a conversa entabulada à partir de fl. 174 do volume de documentos.” (TRT-2 - RO: 00031097320135020070 SP 00031097320135020070 A28, Relator: REGINA CELI VIEIRA FERRO, Data de Julgamento: 14/04/2015, 10ª TURMA, Data de Publicação: 29/04/2015). Disponível em: <<https://jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=+whatsapp>>. Acesso em: 26 fev. 2017

Menciono também um recente acórdão onde houveram ofensas ao superior hierárquico em conversas pelo Whatsapp e consequentemente dispensa por justa causa deste funcionário:

RECURSO DO RECLAMANTE. JUSTA CAUSA. ATO LESIVO À HONRA E BOA FAMA DO EMPREGADOR PRATICADO PELO EMPREGADO. COMENTÁRIOS DEPRECIATIVOS SOBRE SUPERIOR HIERÁRQUICO PUBLICADO EM REDE SOCIAL (WHATSAPP). APLICAÇÃO DO ART. 482, ALÍNEA K, DA CLT. A relação de emprego tem como um de seus pilares a confiança entre as partes, a qual se desdobra nos deveres de boa-fé e lealdade, que devem ser observados mesmo fora da jornada de trabalho e do local da prestação de serviços. No caso concreto, ao publicar em rede social ("Whatsapp") comentários depreciativos sobre os superiores hierárquicos, o reclamante praticou ato lesivo à sua honra e boa fama, mormente quando se considera a repercussão e o alcance que a informação pode ter por conta do meio em que foi divulgada, o que autoriza a aplicação da justa causa pelo empregador, com fulcro no art. 482, k, da CLT. Recurso conhecido e improvido. (TRT-11 00019775720145110017, Relator: AUDALIPHAL HILDEBRANDO DA SILVA, Gabinete do

Desembargador Audaiphil Hildebrando da Silva). Disponível em:< <https://jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=+whatsapp>>. Acesso em: 26 fev. 2017

Outra decisão interessante, neste caso não houve a dispensa por justa causa pelo fato de o reclamante ter divulgado um boletim de ocorrência em rede social (facebook):

DISPENSA POR JUSTA CAUSA. ABANDONO DE EMPREGO. DIVULGAÇÃO DE BOLETIM DE OCORRÊNCIA EM REDES SOCIAIS. A dispensa por justa causa, por envolver grave violação dos deveres contratuais no âmbito da relação de emprego, exige prova robusta e inequívoca para sua configuração, consistindo ônus do empregador que a invoca a sua demonstração em juízo, a teor do disposto nos arts. 818 da CLT e 333, II, do CPC. No caso dos autos, não tendo a reconvinda/consignante apresentado elementos de prova suficientes à comprovação das suas alegações de abandono de emprego, correta a sentença ao afastar a justa causa aplicada ao consignado/reconvinte. E o fato de publicar boletim de ocorrência na rede social Facebook e divulgar em grupo fechado do aplicativo Whatsapp não enseja razão suficiente para dispensa por justa causa, visto que se trata de um documento público e o seu conteúdo era verdadeiro, segundo depoimento da própria preposta. SALÁRIO POR FORA. ÔNUS DA PROVA. Constitui ônus do reconvinte/consignado provar a percepção de salário diverso do registrado em sua CTPS e TRCT, por ser fato constitutivo de seu direito, a teor do art. 818, da CLT, c/c o art. 333, I, do CPC. (TRT-7 - RO: 00018668120145070018, Relator: FERNANDA MARIA UCHOA DE ALBUQUERQUE, Data de Julgamento: 19/10/2015, Data de Publicação: 20/10/2015). Disponível em:< <https://jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=+whatsapp>>. Acesso em: 26 fev. 2017

Como se infere dessa decisão do TST, há de se verificar outras provas para verificar se a justa causa foi corretamente aplicada, como neste caso, em troca e e-mail entre colegas:

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. REVERSÃO DA JUSTA CAUSA. MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA Nº 126 DO TST. No caso em análise, o Tribunal Regional manteve a reversão da justa causa por entender que a reclamada agiu com rigor excessivo, considerando que não há qualquer mácula na carreira do reclamante nos sete anos em que trabalhou na empresa e o contexto em que a correspondência eletrônica considerada inadequada foi enviada pelo reclamante a alguns colegas. O Regional consignou que houve troca de e-mail entre alguns empregados da empresa, questionando um serviço realizado pelo reclamante, sem que ele fosse envolvido na discussão, o que lhe causou descontentamento. Ainda de acordo com a decisão regional, "a correspondência eletrônica enviada pelo autor à reclamada e a colegas e que culminou na justa causa (id. 1641676), contém certa animosidade e palavras inadequadas ao ambiente de trabalho. No entanto, não verifico a intenção do autor em ofender a ré ou seus colegas. O conteúdo do e-mail denota que o autor estava estressado com a situação havida, bem como, tem contornos de desabafo". O TRT também registrou que o reclamante

reconheceu o excesso no seu comportamento e pediu desculpas em outro e-mail. Nessas condições, tem-se que a decisão regional que manteve a reversão da justa causa está amparada nos elementos probatórios dos autos, que não estão sujeitos a revisão nesta instância recursal de natureza extraordinária, conforme teor da Súmula nº 126 do TST. Recurso de revista não conhecido. MULTA DO ARTIGO 477, § 8º, DA CLT. DEVIDA. PAGAMENTO DAS VERBAS RESCISÓRIAS COM ATRASO. O artigo 477 da CLT dispõe que o não pagamento das parcelas constantes do termo de rescisão contratual no prazo de dez dias, previsto no § 6º, enseja o pagamento da multa, consoante o disposto no § 8º. Nota-se, portanto, que o fundamento para a condenação à multa é o pagamento fora do prazo legal. No caso, diferentemente do que sustenta a reclamada, o Regional consignou que o pagamento total das verbas rescisórias foi feito depois do prazo legal. Decisão regional que não merece reparos. Recurso de revista não conhecido. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. INEXISTÊNCIA DE ASSISTÊNCIA SINDICAL. É incabível o deferimento de honorários advocatícios à parte não assistida por seu sindicato, consoante o disposto no item I da Súmula nº 219 do TST, in verbis: "HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO I - Na Justiça do Trabalho, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios, nunca superiores a 15% (quinze por cento), não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte, concomitantemente: a) estar assistida por sindicato da categoria profissional; b) comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família. (art. 14, § 1º, da Lei nº 5.584/1970). (ex-OJ nº 305da SBDI-I)." Recurso de revista conhecido e provido. (TST - RR: 216327220135040331, Relator: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 15/06/2016, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 17/06/2016) Disponível em: < <https://jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=+e-mail> >. Acesso em: 26 fev. 2017

Já ofensa á empregadora sem a devida gradação da pena, fez com que o TST anulasse uma dispensa com justa causa:

TERCEIRIZAÇÃO. EMPRESA DE PROCESSAMENTO DE DADOS. VÍNCULO DIRETO COM O TOMADOR DE SERVIÇOS NÃO RECONHECIDO. SÚMULA Nº 126 DO TST. No caso, o Tribunal de origem consignou que, em depoimento, o autor admitiu que desenvolvia programas de pagamento, cobranças e arrecadação para o banco reclamado, no seu estabelecimento, mas que, após julho de 2008, continuou trabalhando para a TCS, primeira ré, em sua sede em Barueri, local em que comparecia mensalmente para a realização das reuniões dos membros da CIPA, evidenciando-se, pois, a ausência de veracidade da alegação inicial de que o autor havia trabalhado para o Banco Santander durante todo o pacto laboral. Além disso, registrou que o próprio autor se colocou como empregado atuante da primeira reclamada, TCS, membro da CIPA e com acesso a informações confidenciais. Ressalta-se que o reclamante ainda pleiteou equiparação salarial com empregada da primeira ré, e não com os do banco reclamado. Portanto, o Regional, com base no conjunto fático-probatório dos autos, concluiu não ter havido fraude na contratação do autor, além de a atividade por ele exercida ser considerada "especializada" (processamento de dados) e não inserida na "atividade-fim" do banco reclamado. Assim, para se chegar a conclusão diversa, seria necessário o revolvimento de matéria fática probatória, análise impossível em instância recursal de natureza extraordinária, na forma da Súmula nº 126 do TST. Recurso de revista não conhecido. "RECURSO DE REVISTA - JUSTA

CAUSA - MAU PROCEDIMENTO - CRITICA À EMPRESA EM COMENTÁRIO NA INTERNET - DESRESPEITO À GRADAÇÃO DA PENA - MÁ APLICAÇÃO DO ARTIGO 482, B, DA CLT. A justa causa é a maior penalidade aplicável ao empregado, exigindo prova robusta para sua caracterização e a proporcionalidade da medida. Portanto, quando se fala em justa causa e pena disciplinar, quer-se referir ao sentido da importância e intensidade na prática da infração, que é verificada através da proporcionalidade entre ato faltoso e a punição; non bis in idem; arrependimento útil e avaliação da gravidade. Ao demitir por justa causa o empregado que teceu críticas à conduta empresarial em site de informação na internet, sem observância da necessária gradação da pena, a Reclamada exerceu seus poderes empresariais de forma autoritária, ilegal e desproporcional. Vislumbrada, portanto, a má aplicação do artigo 482, b, da CLT, ao caso presente. Recurso de Revista conhecido e provido. RECURSO DE REVISTA - JUSTA CAUSA - INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - AFRONTA AO ARTIGO 5º, X, DA CF. O ordenamento jurídico celetista prevê a demissão por justa causa, preconizando, assim, a dispensa em tais moldes dentro do poder diretivo do empregador. Por conseguinte, não é apenas o fato de a empresa dispensar o empregado, mas a atitude abusiva no ato da dispensa que determinará a existência de lesão à honra e à imagem do trabalhador, que deve ser provada. No caso dos autos, é de clareza solar que a atitude da Recorrida foi abusiva e ilícita, sendo evidentes os danos morais causados ao autor, eis que lhe foi imputada injustamente a aplicação de penalidade máxima, afetando, certamente, seus atributos pessoais, como o bom nome, a boa fama, a reputação e a moral, tanto é que buscou a tutela do Estado. Portanto, resta caracterizada a afronta ao artigo 5º, X, da CF. Recurso de revista conhecido e provido." (TST - RR: 2074006320095020203, Data de Julgamento: 10/08/2016, Data de Publicação: DEJT 16/09/2016). Disponível em:< <https://jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=+whatsapp>>. Acesso em: 26 fev. 2017

O que vale nestes casos é realmente verificar o conjunto probatório para aferir a veracidade do conteúdo e a procedência desta prova, menciona João Humberto Cesário⁵⁴:

"O fundamental a se destacar é que provas desta natureza geralmente não carregam consigo a certeza de autoria, pois principalmente em ambientes como o do antigo Orkut e do contemporâneo Facebook são comuns os perfis que não passam de fakes (perfis falsos). Tais espécies probatórias, assim, em regra clamam pela complementação emanada de outros elementos, como a prova oral, tanto na modalidade do depoimento pessoal quanto da oitiva de testemunhas"

Sobre o tema a quem compete o ônus da prova em caso de justa causa, vale destacar as considerações de Mauro Schiavi⁵⁵:

⁵⁴ CESÁRIO, João Humberto. Provas no Processo do Trabalho. 1. ed. Cuiabá: Instituto JHC, 2015. P. 274.

⁵⁵ SCHIAVI, Mauro. Provas no Processo do Trabalho. 4.ed. São Paulo: LTr, 2014.p.232.

“Compete, como regra, ao empregador o ônus da prova da justa causa, pois é fato impeditivo, ao recebimento das verbas rescisórias e o princípio da continuidade do contrato de trabalho milita em prol do empregado (art. 333, II, do CPC e Súmula n. 212 do TST. Em restritas hipóteses, o ônus da prova é do empregado, como, por exemplo, no caso de briga em serviço do empregado com outro colega, mas o primeiro alega legítima defesa. Como a legítima defesa foi um ato impeditivo invocado pelo próprio trabalhador, o ônus da prova é dele.”

Necessário adentramos também na questão aplicação da justa causa em caso de indevido uso do e-mail, que no tocante a fiscalização, será adentrado em capítulo próprio, mas obtendo essa prova, a empregadora não só deve, como pode dispensar por justa causa em virtude do desvio de finalidade no fornecimento da ferramenta de trabalho.

CAPÍTULO VII - DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE VERSUS O PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR

7.1 Dos direitos da personalidade

Na atualidade, onde a concorrência entre as empresas são grandes, busca-se a produtividade e qualidade nos produtos e com isso o uso de novas tecnologias no trabalho acarretou um impacto nos contratos de trabalho, trazendo á tona questões sobre a privacidade do trabalhador.

Para discutirmos o assunto, necessário abordarmos os direitos da personalidade, direito fundamental disposto no artigo 5º, inciso X, da CF e sua relação com o contrato de trabalho.

Dentre os direitos da personalidade mais importantes com relação ao contrato de trabalho sobre o tema que abordamos é o direito á intimidade e a vida privada e além desses direitos estarem previstos na Constituição Federal, há varias disposições no Código Civil, Código Penal e em legislação especial.

O empregado quando celebra o contrato de trabalho, embora subordinado, não renuncia ao seu direito á inviolabilidade de sua intimidade e vida privada, comenta Oraci Maria Grasselli⁵⁶:

“Falar em subordinação significa, assim, falar em limitação à autonomia do trabalhador, que transfere ao empregador o poder de dirigir a prestação pessoal dos serviços. Contudo, as limitações da vontade não podem gerar restrições à sua liberdade enquanto pessoa humana e cidadão, portador de direitos fundamentais.”

Em sintonia Alice Monteiro de Barros⁵⁷ comenta:

“Assim, embora o Direito do Trabalho, no Brasil (CLT) não fizesse menção aos direitos à intimidade e à privacidade, por constituírem espécie dos “direitos da personalidade” consagrados na Constituição, já eram oponíveis

⁵⁶ GRASSELLI, Oraci Maria. Internet, Correio Eletrônico e Intimidade do Trabalhador. 1.ed. São Paulo: LTr, 2011. P. 32.

⁵⁷ BARROS, Alice Monteiro de. Proteção à Intimidade do Empregado. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009. p.38.

contra o empregador, devendo ser respeitados, independentemente de encontra-se o titular desses direitos dentro do estabelecimento empresarial. É que a inserção do obreiro no processo produtivo não lhe retira os direitos da personalidade, cujo exercício pressupõe liberdades civis (art. 14).”

Dentro dos direitos da personalidade estão implícitos outros direitos, que devem ser observados frente ao direito diretivo do empregador, menciona Oraci Maria Grasselli⁵⁸:

“Em suma estão previstos na Constituição Brasileira, sem prejuízo dos direitos implícitos, os seguintes direitos da personalidade: direito á vida; direito á liberdade; direito á intimidade (privacidade); direito á vida privada (privacidade); direito á honra (reputação); direito á imagem (privacidade); direito moral de autor; direito ao sigilo (privacidade); direito á identificação pessoal; direito à integridade física e psíquica.”

Ao examinar a questão das novas tecnologias disponíveis no local de trabalho e aos trabalhadores e as mudanças constantes nas relações, Laert Mantovani Junior⁵⁹ também faz menção a outros direitos da personalidade que devem ser observados e esclarece:

“A sociedade evolui de forma rápida, a evolução tecnológica propicia um crescimento e mudanças profundas nas diversas áreas do conhecimento; o que é considerado atual hoje se torna obsoleto amanhã . Neste mundo de alterações constantes, as relações sociais não são imunes, pelo contrário, fazem parte do todo e sofrem de forma direta toda essa evolução. Neste Contexto, considerar os direitos da personalidade somente aqueles positivados seria despir a pessoa humana da proteção necessária para o pleno desenvolvimento.”

Completando ainda Laert ⁶⁰ dispõe que:

“O direito á intimidade e privacidade, elevado á categoria de direito fundamental pela Constituição Federal (art. 5º, X) e incluído expressamente no Código Civil entre os direitos da personalidade e, sendo estes, considerados manifestação da própria dignidade humana, não podem ser relegados a uma mera expectativa direito; pelo contrário, devem ser preservados de tal forma que somente poderiam sofrer intromissões em casos excepcionais.

⁵⁸ GRASSELLI, Oraci Maria. Internet, Correio Eletrônico e Intimidade do Trabalhador. 1.ed. São Paulo: LTr, 2011. p.40.

⁵⁹ MANTOVANI JUNIOR, Laert. O Direito Constitucional à Intimidade e à Vida Privada do Empregado e o Poder Diretivo do Empregador. 1.ed. São Paulo: LTr, 2010. P.23.

⁶⁰ Ibidem, p. 31

Ressalta-se ainda que o mesmo princípio de proteção á intimidade e a vida privada do trabalhador, além da Constituição Federal, este importante princípio está contido também no artigo 12 da Declaração Universal dos Direitos Humanos que assim dispõe “Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques a sua reputação.

Entre as normas já mencionadas de proteção ao trabalhador frente ao poder diretivo do empregado, não podemos deixar e mencionar sobre as normas internacionais de proteção ao trabalho, nas palavras de Juliana Augusta Medeiros de Barros⁶¹:

“A própria Organização internacional do Trabalho (OIT) tem se dedicado, mediante ações de âmbito global e regional, à promoção do trabalho digno, decente e produtivo, em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade, como mecanismo para combater as formas de trabalho que atentem contra os direitos fundamentais mínimos dos trabalhadores, incluindo-se aí obviamente o aviltamento aos direitos da personalidade dos empregados. Afinal, só por meio do trabalho digno pode o indivíduo conscientemente, além de ter uma fonte de renda, contribuir para o avanço socioeconômico, crescer pessoalmente e oferecer recursos para suas famílias e suas comunidades.”

7.2 Do poder diretivo do empregador

Empregador e empregado encontra-se definido na CLT em seus artigos 2º e 3º, onde a subordinação e o poder diretivo são as principais características para a discussão do que permitido ou vedado ao empregado e ao empregador.

Como bem se posiciona Leonel Maschietto e Ricardo Pereira de Freitas Guimarães⁶² ao dispor sobre a colisão que pode haver entre o poder diretivo e o direito a privacidade do trabalhador:

“Podemos notar aí uma colisão entre o direito de privacidade do empregado-cidadão e o poder potestativo do empregador, e isso é natural quando se trata da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, já que esta eficácia não é absoluta, mas limitada.”

⁶¹ BARROS, Juliana Augusta Medeiros de. A Utilização de Meios Eletrônicos no Ambiente de Trabalho. 1.ed. São Paulo: LTr, 2012. p.267.

⁶² GUIMARÃES, Ricardo Pereira de Freitas; MASCHIETTO, Leonel. Os Direitos de Privacidade do Trabalhador e a Fiscalização do Empregador sobre suas Mensagens de Internet. In: BRANDÃO, Cláudio (Org). Os Direitos Fundamentais, o direito e o Processo do Trabalho. JusPODIVM, 2010.

Quando o empregado celebra um contrato de trabalho, há vedações pela empregadora, diante dos direitos da personalidade, assim, dispõe Oraci Maria Grasselli⁶³:

“Assim, é vedado ao empregador: discriminar o trabalhador (inciso I e VIII); obrigá-lo a fazer ou não fazer algo senão em virtude de lei (inciso II); submetê-lo a tortura e a tratamento desumano ou degradante (inciso III); impedir a manifestação do seu pensamento (inciso IV); violar sua liberdade de consciência e crença (inciso VI), bem como a sua intimidade, honra, imagem, e vida privada (inciso x); obrigá-lo a associar-se ou impedi-lo de o fazer (incisos XVI, XVII, XX); obstar o seu acesso à justiça (incisos XXXIV e XXXV), dentre outros.”

Alice de Barros Monteiro⁶⁴ expõe sobre o tema suas considerações sobre o poder diretivo do empregador e as limitações ao direito à intimidade:

“A inserção do empregado no ambiente de trabalho não lhe retira os direitos da personalidade, dos quais o direito à intimidade constitui uma espécie. O empregado, ao ser submetido ao poder diretivo do empregador, por certo, sofre algumas limitações em seu direito à intimidade. É indamiável, entretanto, que a ação do empregador se amplie a ponto de ferir a dignidade da pessoa humana. Como se vê, não é o fato de o empregado subordinar-se ao empregador ou de deter este último o poder diretivo que irá justificar a tutela à intimidade no local de trabalho, do contrário haveria uma degeneração da subordinação jurídica em um estado de sujeição do empregado.”

Na mesma linha de entendimento o Ministro do TST Pedro Paulo Teixeira Manus⁶⁵, p. 246:

“O cotejo entre o direito à privacidade do empregado e o poder diretivo do empregador decorre do fato de que, embora a relação entre as partes seja contractual, não se trata de um vínculo perfeito, pois o empregado está submetido ao poder diretivo do empregador, já que presta serviços de forma subordinada, cumprindo as ordens emanadas daquele. O empregador dá ordens ao empregado, que, por sua vez, está obrigado a cumpri-las, salvo se estranhas ao contrato de trabalho. Assim, faz-se necessário um limite ao poder diretivo do empregador, adequando-o aos princípios do Direito do Trabalho.”

⁶³ GRASSELLI, Oraci Maria. Internet, Correio Eletrônico e Intimidade do Trabalhador. 1.ed. São Paulo: LTr, 2011. p.63.

⁶⁴ BARROS, Alice Monteiro de. Proteção à Intimidade do Empregado. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009. P.25.

⁶⁵ MANUS, Pedro Paulo Teixeira. A privacidade do Empregado e o Poder Diretivo do Empregador. Revista do Advogado. São Paulo. Ano XXXIII, nº 121, Nov. 2013.

O principal observação com relação ao poder diretivo do empregador é no momento em que haja conflito entre o poder diretivo e um direito fundamental, como o direito a intimidade ou ao segredo das comunicações, nestes casos deve ser aplicado o princípio da proporcionalidade.

Nas palavras de Oraci Maria Grasselli⁶⁶:

“O poder de controle jamais poderá vir dissociado de circunstâncias especiais que justifiquem a medida adotada, dentre elas, a crença de um interesse empresarial específico, explícito e legítimo. Em qualquer caso, as medidas adotadas devem se caracterizar por imprescindíveis e necessárias ao fim perseguido, e que ocasionem a menor repercussão possível sobre o direito do empregado.

Sobre o poder diretivo do empregador, Alice Monteiro de Barros⁶⁷, dispõe sobre a dificuldade sobre o tema do poder diretivo e seus limites perante os direitos do trabalhador:

“Logo, o legislador ordinário, reconhecendo o poder diretivo, legitima a limitação da esfera de intimidade do empregado, imposta pelas exigências do desenvolvimento da atividade laboral, mas o poder de direção também está sujeito a limites, alias, inderrogáveis, como o respeito à dignidade do empregado e à liberdade que lhe é reconhecida no plano constitucional. A dificuldade consiste em estabelecer limites entre o direito à intimidade do trabalhador e o direito de dirigir a atividade do empregado, conferido pelo art. 2º da CLT. Aliás, a jurisprudência tem revelado a dificuldade, na prática de definir até onde esse poder de direção é exercido legitimamente, como boa administração de pessoal, e a partir de quando ele se torna intolerável, por implicar invasão da intimidade dos empregados.”

Portanto, o próprio fundamento do poder diretivo é o contrato de trabalho estabelecido entre as partes, onde o empregador visa proteger o direito de propriedade e dos bens produzidos e desta forma está diretamente incidindo na relação entre patrão e empregados e dispondo de meio para sua fiscalização, como veremos no capítulo a seguir.

⁶⁶ GRASSELLI, Oraci Maria. Internet, Correio Eletrônico e Intimidade do Trabalhador. 1.ed. São Paulo: LTr, 2011. p.75.

⁶⁷ BARROS, Alice Monteiro de. Proteção à Intimidade do Empregado. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009. p.73.

CAPÍTULO VIII - DA UTILIZAÇÃO E DA OBTENÇÃO DE PROVAS OBTIDAS POR MÍDIAS ELETRÔNICAS DURANTE A JORNADA DE TRABALHO

8.1 Significado de mídias eletrônicas

Iniciamos com o significado de “Mídias eletrônicas”⁶⁸ que:

“Refere-se ao conjunto de meios de comunicação que necessita de recursos eletrônicos ou eletromecânicos para que o usuário final (audiência ou público) tenha acesso aos conteúdos - de vídeo ou áudio, gravados ou transmitidos em tempo real. A maior parte das novas mídias é digital, embora a mídia eletrônica também possa ter formato analógico. Qualquer equipamento usado no processo de comunicação eletrônico (e.g. televisão, rádio, telefone, computador pessoal, videogame) pode ser incluído na categoria mídia eletrônica”

No mundo atual, as mídias digitais, como o computador e o aparelho celular passaram a serem ferramentas essenciais no trabalho e os impactos das novas tecnologias a essa nova realidade trouxe diversas questões a serem debatidas pelo mundo jurídico, sobre o poder diretivo do empregador e os direitos fundamentais do empregado, comenta Ricardo Pereira de Freitas Guimarães⁶⁹:

“Contudo, nos dias atuais, enfrentamos questões difíceis (hard cases), geralmente vinculadas a direitos ditos inespecíficos, em que empregados são revistados com suposta violação de sua intimidade, discussões sobre a privacidade ou não dos e-mails, debates sobre doenças psíquicas muitas vezes oriundas do desgaste emocional aviltante causado pelo trabalho, a existência ou não de assédio moral e sexual em diversas situações corporativas, entre outros tantos exemplos.”

Juliana Augusta Medeiros de Barros⁷⁰, ainda completa sobre a dificuldade da avaliação em um caso concreto de utilização dos meios eletrônicos dentre os vários princípios constitucionais cabíveis e que devem ser respeitados:

“Em relação à colisão entre os direitos fundamentais à intimidade e à privacidade do empregado e o poder diretivo do empregador, em virtude da utilização de meios eletrônicos no ambiente de trabalho, não é fácil

⁶⁸In:Wikipédia, A Enciclopédia Livre. Disponível em:

<https://pt.wikipedia.org/wiki/M%C3%ADdia_eletr%C3%B4nica> Acesso em 19 fev.2017.

⁶⁹ GUIMARÃES, Ricardo Pereira de Freitas. Princípio da Proporcionalidade no Direito do Trabalho. 1.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. P.96.

⁷⁰ BARROS, Juliana Augusta Medeiros de. A Utilização de Meios Eletrônicos no Ambiente de Trabalho. 1.ed. São Paulo: LTr, 2012.p.273.

determinar, prévia e abstratamente, qual das normas principiológicas em conflito deverá preponderar. Existem situações que podem ser consideradas verdadeiros *hard cases*, pois não existe nenhuma regra que solucione o caso, mas, sim, mais de um princípio aplicável, daí se verificando a colisão de normas principiológicas. Ademais, essas normas possuem caráter aberto, indicando valores a serem preservados e fins a serem alcançados e, por isso, requerem uma atividade mais intensa do intérprete, já que a ele caberá definir a solução mais justa naquele caso concreto, com base naqueles valores.

8.2 Limites de uso

Neste assunto, necessário adentrarmos nos limites estabelecidos para o uso da telefonia móvel ou o uso do e-mail pessoal durante a jornada de trabalho e sua fiscalização pelo empregador.

Não se pode estabelecer limitações para as chamadas telefônicas feitas ou recebidas pelo empregado, podendo até mesmo neste caso ser ensejador de um pedido de rescisão indireta por parte do empregado, mas para Alice Monteiro de Barros⁷¹, há exceções:

“ Excetua-se a hipótese de uma empresa que, visando controlar gastos, limita o número e duração das chamadas telefônicas, instalando sistemas de controle por numerous de telephone chamados, datas, horas e duração; neste caso, o objetivo do empregador é cobrar do empregado essas despesas, e não invadir-lhe a privacidade. A liberdade de expressão do empregado poderá manifestar-se por telefone, mas sofrerá restrições quando a finalidade consistir em controlar as despesas, frise-se.”

Porém dentro deste aspecto, se houver abuso do uso pelo empregado, poderá haver penalização e completa:

“Se for o empregado que – sem justificativa plausível- se utiliza do toilette ou do telephone de forma abusiva, poderá violar o dever de diligência e autorizar a despedida por justa causa (desídia). Isso porque ao empregador é assegurado o direito de despedir o empregado improdutivo, por negligência, desinteresse e falta de exatidão no cumprimento do dever.”

⁷¹ BARROS, Alice Monteiro de. Proteção à Intimidade do Empregado. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 90-91.

Resta claro, que a limitação ou restrição deverá sempre ser pautada pelo dever de razoabilidade, levando-se em consideração as circunstâncias concretas e os motivos de sua utilização ou proibição

Deve-se ainda levar em exame que muitas vezes essas novas tecnologias no trabalho, são oferecidas ao empregado pela própria empregadora, tanto para melhor rendimento produtivo como para o controle da atividade pelo funcionário, menciona Oraci Maria Grasselli⁷²:

“Assim, a propriedade das ferramentas de trabalho posta à disposição dos trabalhadores para a consecução dos objetivos empresariais seria um dos argumentos a sustentar a legitimidade do empresário no exercício das mencionadas faculdades de controle. Eventual conflito daí oriundo resolve-se em princípio, mediante a adequada ponderação dos interesses em jogo e a busca do equilíbrio entre os mesmos, de forma a garantir os direitos dos trabalhadores e resguardar os interesses dos patrões. Dize-se que o fato dos meios informáticos pertencerem ao empresário não consitui aval suficiente a autorizar o estabelecimento de restrições de uso de alcance absoluto, conisderando a liberdade de expressão e de informação às quais o indivíduo faz jus”.

Em contrapartida, faz uma ressalva, que muitas vezes o empegado tem uma falsa sensação de liberdade com o uso ou oferecimento pela empresa dos meios informáticos:

“Por fim, retomando o tema controle, registre-se que a intensificação do controle por parte do empresário parece ignorar, em determinadas ocasiões, que a liberdade pessoal do trabalhador e os direitos da personalidade pressupõem um limite à subordinação do obreiro e uma restrição do poder de direção emrpesarial. A ampliação da margem de autonomia que alguns trabalhadores experimentam com o uso da informática e os mais altos avanços tecnológicos em telecomunicações no ambito laboral – v.g., internet, correio eletrônico, videoconferencias, telefonia móvel, redes digitais, webcams, videotelefonia, etc. –obscurecem, por vezes, para a grande maioria dos trabalahsores, o fato de que os remetem a um mundo ilusório de independência laboral, eis que o convertem em reféns de sua própria disponibilidade.”

⁷² GRASSELLI, Oraci Maria. Internet, Correio Eletrônico e Intimidade do Trabalhador. 1.ed. São Paulo: LTr, 2011.p.75.

8.3 Fiscalização patronal sobre os e-mails

Esse tema traz vários questionamentos sobre a fiscalização dos e-mails do empregado, já que está se utilizando do computador e e-mail corporativo fornecido pelo empregador e o fato de que se esta fiscalização fere a privacidade do empregado em contrapartida ao poder diretivo do empregador.

Há uma linha tênue entre o direito do empregador frente ao trabalhador que a ele é subordinado, como bem conclui Leonel Maschietto e Ricardo Pereira de Freitas Guimarães⁷³:

“É justamente a extrapolação dos limites dessa ingerência decorrente do poder de direção do empregador o freio legal e o marco limítrofe entre o direito do empregador (poder de direção) e o direito do empregado (direito a privacidade).”

Há grande discussão entre os doutrinadores se o e-mail pode ser equiparado a correspondência ou conversa telefônica para fins da vedação do artigo 5º, X, da CF.

De acordo com Ricardo Pereira de Freitas Guimarães⁷⁴:

“Esse poder de fiscalização se caracteriza pelo poder de controle num sentido amplo, ou seja, é o grupo de prerrogativas que detêm o empregador para o acompanhamento eficaz e permanente das atividades executadas pelo empregado, incluída aí também certa vigilância necessária dentro das dependências da empresa, tais como: o controle de acesso a Internet, revistas íntimas, vigilância das portarias, monitoramento através de circuitos internos de televisão, etc.”

Mas, defende a sua não permissão diante o artigo 5º, X, da CF:

“Esta regra, prevista no art. 5º, X, da CF, a princípio retira do empregador, qualquer possibilidade de violar, acessar ou fiscalizar as mensagens eletrônicas do empregado quando a ferramenta eletrônica é utilizada pelo empregado para fins profissionais ou pessoais, desde que não utilizado de forma abusiva.”

⁷³

⁷⁴ GUIMARÃES, Ricardo Pereira de Freitas. Princípio da Proporcionalidade no Direito do Trabalho. 1.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.141.

Já Alice Monteiro de Barros⁷⁵ ao analisar a questão, completa que a vigilância eletrônica e o correio eletrônico deve ser usado evitando os abusos na sua utilização, com acesso pelo empregado somente às informações a que lhe dizem respeito:

“Torna-se, entretanto, indispensável que esses instrumentos não sejam utilizados ilegalmente, com o objetivo de graver, reproduzir ou divulgar aspectos de caráter íntimo ou pessoal do empregado. Logo, a inovação tecnológica na fiscalização é eficaz; indamiáveis são as atividades que impliquem utilização indevida dos avanços mecânicos, técnicos de vigilância ou correio eletrônico.”

E completa ainda mencionando que o email (correio eletrônico) de assinatura de forma isolada não constitui prova:

“A mensagem de correio eletrônico, também conhecido como e-mail, desprovida de assinatura, possível de alteração entre remetente e destinatário, além de cadastramento de dados pessoais, não servem com o meio de prova.”

Na lição de Oraci Maria Grasselli⁷⁶ dispõe que poderá ser fiscalizado em observância aos direitos fundamentais do empregado e resume:

“Em suma, o monitoramento do e-mail e dos acessos à internet se justifica pelo poder de direção do empregador, isto é, pelo direito que a empresa tem de organizar, controlar e disciplinar as atividades do empregado, ainda mais quando este faz uso de seus equipamentos e instalações, desde que observados parâmetros e limites suficientemente robustos a ponto de ilidir possíveis lesões aos direitos fundamentais do obreiro.”

Conforme menciona Juliana Augusta Medeiros de Barros⁷⁷, é possível a fiscalização patronal:

“Dessa forma, a utilização da internet e do correio eletrônico tem suscitado inúmeras questões de ordem jurídica, pois o mesmo empregador que detem a propriedade dos equipamentos utilizados no ambiente de trabalho também detem a organização da força produtiva e o direito de fiscalizar a

⁷⁵ BARROS, Alice Monteiro de. Proteção à Intimidade do Empregado. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009. p.78.

⁷⁶ GRASSELLI, Oraci Maria. Internet, Correio Eletrônico e Intimidade do Trabalhador. 1.ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 76.

⁷⁷ BARROS, Juliana Augusta Medeiros de. A Utilização de Meios Eletrônicos no Ambiente de Trabalho. 1.ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 233.

correta utilização dos meios colocados à disposição do empregado para a realização do trabalho pelo qual é remunerado, o que pode tornar mais acessíveis as intromissões na intimidade dos trabalhadores.

Cabível ressaltar que, conforme artigo 932 do CC, a empresa é responsável pelos atos dos funcionários e a má-utilização das ferramentas de trabalho, como celular e computador, assim como a Súmula 341 do STF, o que em tese autorizaria um controle patronal em sua utilização, neste sentido exemplifica ainda a autora:

A necessidade das empresas de estabelecerem mecanismos de prevenção em face de eventuais responsabilizações pelos atos de seus empregados, em virtude da teoria da aparência, também deve ser levada em consideração. A grande preocupação das empresas reside na má utilização dos correios eletrônicos pelos empregados que, muitas vezes, se valem dos equipamentos da empresa para transmissão de mensagens pornográficas, de cunho racista ou mesmo para transmitir aos terceiros interessados informações confidenciais da empresa empregadora.

Paralelamente ao mencionado artigo 932 do CC, temos o artigo 187 do mesmo Código, que menciona sobre a responsabilização da empregadora em caso de excesso nesta fiscalização, como salienta Leonel Maschietto e Ricardo Pereira Gi:

“Nunca é demais lembrar que o artigo 187 do Código Civil assevera que também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes, e isso poderia ser caracterizado pelo uso abusivo do empregador do seu poder diretivo.”

Ilustramos com uma ementa do TST que o empregado se utilizou do email corporativo para a propagação de pornografia e consequentemente foi dispensado por justa causa:

PROVA ILÍCITA. -E-MAIL- CORPORATIVO. JUSTA CAUSA. DIVULGAÇÃO DE MATERIAL PORNOGRÁFICO. 1. Os sacrossantos direitos do cidadão à privacidade e ao sigilo de correspondência, constitucionalmente assegurados, concernem à comunicação estritamente pessoal, ainda que virtual (email- particular). Assim, apenas o e-mail pessoal ou particular do empregado, socorrendo-se de provedor próprio, desfruta da proteção constitucional e legal de inviolabilidade. 2. Solução diversa impõe-se em se tratando do chamado email- corporativo, instrumento de comunicação virtual mediante o qual o empregado louva-se de terminal de computador e de provedor da empresa, bem assim do próprio endereço eletrônico que lhe é disponibilizado igualmente pela empresa. Destina-se este a que nele trafeguem mensagens de cunho estritamente profissional. Em princípio, é de uso corporativo, salvo consentimento do empregador. Ostenta, pois,

natureza jurídica equivalente à de uma ferramenta de trabalho proporcionada pelo empregador ao empregado para a consecução do serviço. 3. A estreita e cada vez mais intensa vinculação que passou a existir, de uns tempos a esta parte, entre Internet e/ou correspondência eletrônica e justa causa e/ou crime exige muita parcimônia dos órgãos jurisdicionais na qualificação da ilicitude da prova referente ao desvio de finalidade na utilização dessa tecnologia, tomando-se em conta, inclusive, o princípio da proporcionalidade e, pois, os diversos valores jurídicos tutelados pela lei e pela Constituição Federal. A experiência subministrada ao magistrado pela observação do que ordinariamente acontece revela que, notadamente o email- corporativo, não raro sofre acentuado desvio de finalidade, mediante a utilização abusiva ou ilegal, de que é exemplo o envio de fotos pornográficas. Constitui, assim, em última análise, expediente pelo qual o empregado pode provocar expressivo prejuízo. A estreita e cada vez mais intensa vinculação que passou a existir, de uns tempos a esta parte, entre Internet e/ou correspondência eletrônica e justa causa e/ou crime exige muita parcimônia dos órgãos jurisdicionais na qualificação da ilicitude da prova referente ao desvio de finalidade na utilização dessa tecnologia, tomando-se em conta, inclusive, o princípio da proporcionalidade e, pois, os diversos valores jurídicos tutelados pela lei e pela Constituição Federal. A experiência subministrada ao magistrado pela observação do que ordinariamente acontece revela que, notadamente o email- corporativo, não raro sofre acentuado desvio de finalidade, mediante a utilização abusiva ou ilegal, de que é exemplo o envio de fotos pornográficas. Constitui, assim, em última análise, expediente pelo qual o empregado pode provocar expressivo prejuízo ao empregador. 4. Se se cuida de email- corporativo, declaradamente destinado somente para assuntos e matérias afetas ao serviço, o que está em jogo, antes de tudo, é o exercício do direito de propriedade do empregador sobre o computador capaz de acessar à INTERNET e sobre o próprio provedor. Insta ter presente também a responsabilidade do empregador, perante terceiros, pelos atos de seus empregados em serviço (Código Civil, art. 932, inc. III), bem como que está em xeque o direito à imagem do empregador, igualmente merecedor de tutela constitucional. Sobretudo, imperativo considerar que o empregado, ao receber uma caixa de email- de seu empregador para uso corporativo, mediante ciência prévia de que nele somente podem transitar mensagens profissionais, não tem razoável expectativa de privacidade quanto a esta, como se vem entendendo no Direito Comparado (EUA e Reino Unido). 5. Pode o empregador monitorar e rastrear a atividade do empregado no ambiente de trabalho, em email - corporativo, isto é, checar suas mensagens, tanto do ponto de vista formal quanto sob o ângulo material ou de conteúdo. Não é ilícita a prova assim obtida, visando a demonstrar justa causa para a despedida decorrente do envio de material pornográfico a colega de trabalho. Inexistência de afronta ao art. 5º, incisos X, XII e LVI, da Constituição Federal. 6. Agravo de Instrumento do Reclamante a que se nega provimento.

(TST - RR: 613002320005100013 61300-23.2000.5.10.0013, Relator: João Oreste Dalazen, Data de Julgamento: 18/05/2005, 1ª Turma,, Data de Publicação: DJ 10/06/2005.) Disponível em: <<https://jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=+confissão>>. Acesso em: 19 fev. 2017

Outra questão é sobre a anuência do empregado em cláusulas do contrato de trabalho que disponham sobre a eventual fiscalização pelo empregador frente aos direitos da personalidade, já que no artigo 442 da CLT prevê a autonomia de

vontade dos contratantes, que neste caso não é absoluta, assim esclarece Laert Mantovani Junior⁷⁸:

“Percebe-se, pelo que foi visto, que os direitos da personalidade, mais especificamente o direito á intimidade e á vida privada, não podem ser dispostos livremente pelas partes. Na celebração do contrato de trabalho, ou na sua execução, mesmo que haja o consentimento do empregado, atos como a revista íntima, filmagem ou monitoramento de e-mails pelo empregador em razão de seu poder diretivo sofrem limitações de ordem pública, havendo sempre de ser preservado o núcleo desses direitos.”

Isso quer dizer que, somente poderá ser verificado o e-mail corporativo do funcionário, disponibilizado para o trabalho, e se permitido pela empregadora que o funcionario acesse seus e-mails pessoais em seus equipamentos em hora de intervalo para refeição e descanso, tenha a garantia de que não poderá ser monitorado os e-mails pessoais sob pena de violação á intimidade do trabalhador.

Assim, se houver esse monitoramento do email corporativo ou utilização dos meios eletrônicos pela empregadora, deverá de preferência estabelecer junto aos empregados uma politica interna sobre o uso do e-mail, através de um regulamento, que poderá inclusive ser registrado em cartório de títulos e documentos e dar publicidade e colha a assinatura de todos os funcionários e se possível a participação da entidade sindical.

Sobre este assunto, completa Juliana Augusta medeiros de Barros⁷⁹ “

“O controle empresarial deve respeitar certos limites, como as determinações estabelecidas no contrato individual de trabalho e nas negociações coletivas, pois o poder diretivo deve ser orientado pelo interesse de toda a empresa.”

Também, necessário, nestes casos em que há o monitoramento do e-mail o empregado tenha a plena ciência de que está sendo monitorado e fiscalizado, esclarece Laert Mantovani Junior⁸⁰:

⁷⁸ MANTOVANI JUNIOR, Laert. O Direito Constitucional à Intimidade e à Vida Privada do Empregado e o Poder Diretivo do Empregador. 1.ed. São Paulo: LTr, 2010. p.57.

⁷⁹ BARROS, Juliana Augusta Medeiros de. A Utilização de Meios Eletrônicos no Ambiente de Trabalho. 1.ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 257.

⁸⁰ MANTOVANI JUNIOR, Laert. O Direito Constitucional à Intimidade e à Vida Privada do Empregado e o Poder Diretivo do Empregador. 1.ed. São Paulo: LTr, 2010. p.90.

“As empresas revestir-se-ão de legitimidade da prática do ato de dispensa por justa causa, face a ciência prévia do empregado, que não poderá, no futuro, alegar desconhecimento na utilização da ferramenta corerio de e-mails e abuso do poder diretivo”.

Um outro ponto a se levantar, é sobre a fiscalização de e-mails internos, um correio eletrônico interno da empresa, entre funcionários e também superiores hierárquicos, se poderá ser monitorado pela empregadora.

Neste caso, muito se assemelha a situação do e-mail corporativo fornecido pela empregadora, ensina Juliana Augusta Medeiros de Barros⁸¹:

“Muitas empresas têm sistema de correio eletrônico interno entre os empregados, com a finalidade de facilitar e agilizar o repasse de ordens, a distribuição de tarefas, o envio de relatórios etc. Em princípio, não há dúvida de que a finalidade de sua utilização está diretamente ligada aos assuntos profissionais da companhia e não pessoais dos trabalhadores. O controle deste tipo de e-mail interno, prescindiria de justificação e comunicação prévias aos empregados, sendo, contudo, recomendável e cautelosa uma determinação expressa nesse sentido, o que evitaria possíveis alegações futuras de violação à intimidade do trabalhador.

Essa discussão se dá ao fato de que a nossa lei é omissa a respeito, o que gera muitas dúvidas entre os doutrinadores, como bem define Juliana Augusta Medeiros de Barros⁸²:

“No caso em exame, o conflito entre o direito da propriedade e o poder diretivo do empregador e o direito à intimidade, à vida privada e ao sigilo de correspondência/comunicações do empregado não encontra solução predeterminada no ordenamento jurídico brasileiro, fato que tem causado enorme divergência doutrinária e jurisprudencial acerca da possibilidade de monitoração das páginas visitadas e dos e-mails recebidos e enviados.”

Resta claro, que, independente da discussão dentre os doutrinadores se e-mail está equiparado à correspondência ou não, o mais importante é sempre se pautar nesses casos, à razoabilidade e ao bom senso.

⁸¹ BARROS, Juliana Augusta Medeiros de. A Utilização de Meios Eletrônicos no Ambiente de Trabalho. 1.ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 253.

⁸² BARROS, Juliana Augusta Medeiros de. A Utilização de Meios Eletrônicos no Ambiente de Trabalho. 1.ed. São Paulo: LTr, 2012. p.231.

8.4 Das provas tecnológicas, gravações e filmagens

Para a utilização das provas tecnológicas em um processo, caberá ao magistrado em determinada situação poderar se o direito á preservação da intimidade no caso concreto se sobrepõe ao direito da privacidade do trabalhador, conforme já mencionado.

Essa ponderação não cabe somente á respeito das provas tecnológicas, mas de todas as formas de provas, nas palavras de Wilson Ricardo Buquetti Pirotta⁸³:

“Portanto, a legislação aplicável à produção da prova no processo do trabalho compõe-se: 1. Das normas e dos princípios constitucionais sobre o processo e distribuição de competências; 2. Das normas referentes a processo contidas na CLT e na legislação trabalhista esparsa, notadamente a Lei n. 5.584/1970; 3. Das normas sobre produção de provas contidas no CPC, de alicação supletiva à legislação processual trabalhista; 4. dos demais meios de integração do direito, em caso de lacunas, conforme preveem os arts. 8º da CLT e 126 do CPC.”

A permissão para instalação de aparelhos audiovisuais como as câmeras de video está pacificada pela jurisprudencia pátria e muitas empresas se utilizam deste artifício para a fiscalização dos empregados, para verificação do funcionamento de máquinas, para o melhor processo produtivo, mas se reveste de um instrumento para comprovar a eventual má-conduta de um empregado.

Esta permissão é conferida á ambientes de uso geral pelos trabalhadores, com exceção á sanitários, conforme adverte Alice Monteiro de Barros⁸⁴:

“A instalação de Câmeras de video ou de filmagem constitui, entretanto, uma medida ajustada ao “princípio da proporcionalidade” considerando que a instalação em local onde o empregado executa suas atividades é medida justificada, equilibrada e imprescindível. Este princípio não é o único limite que existe nas ontalações de Câmeras de video. O poder de fiscalização do empregador é limitado ao uso dos banheiros como proteção á intimidade do empregado.”

Para Pedro Paulo Teixeira Manus⁸⁵, é lícita a vigilância, e completa: p. 247.

Aasp

⁸³ PIROTTA, Wilson Ricardo Buquetti. *Hermenêutica da Prova e Argumentação Jurídica*. 1.ed. São Paulo: LTr, 2015. p.69.

⁸⁴ BARROS, Alice Monteiro de. *Proteção à Intimidade do Empregado*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 85-86.

O empregador tem o direito de exercer vigilância no local de trabalho, fazendo essa vigilância através de pessoas encarregadas e treinadas para tanto ou mesmo usando equipamento apropriado. Todavia, a vigilância deve ser limitada à entrada e saída do estabelecimento, bem como à vizinhança e, dentro do local de trabalho, deve ter escopo o próprio local e eventualmente espaços de repouso. Não admite a jurisprudência, contudo, vigilância nos banheiros e vestiários, e forma a invadir a privacidade dos empregados.

O monitoramento é verificado e permitido com mais naturalidade, em empregadoras de determinadas atividades-fins, como instituições bancárias, joalherias e em funções desempenhadas, como por exemplo, na área de segurança, prescreve Laert Mantovani Junior⁸⁶:

“O poder diretivo do empregador possui maior abrangência no local ou nos horários de trabalho; contudo, existem determinadas funções que permitiriam uma fiscalização do empregador fora do horário ou local de trabalho. É o que acontece, por exemplo, com trabalhadores no setor de segurança, onde se exige um comportamento do trabalhador compatível com a função exercida. Entendo, nesses casos, que é possível o empregador, no exercício de seu poder diretivo, fiscalizar a vida privada desses funcionários, a fim de que se verifique se o comportamento adotado pelo seu empregado está de acordo com os princípios legais e morais. Negar ao empregador esta prerrogativa é colocar em risco a própria atividade desenvolvida por ele.”

Muitas vezes o único modo de fazer prova de assédio moral é através de conversa, seja pelo whatsapp ou por gravação de vídeo ou voz e quando ocorre em uma situação onde se encontra apenas as partes envolvidas, assediador e assediado, deve ser aceita esta gravação como prova, como bem define João Luís Vieira Teixeira⁸⁷ :

“É claro que, nessas hipóteses, a gravação das conversas, desde que feita por um dos interlocutores, além de totalmente lícita, conforme já quase pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça-STJ, iria ajudar bastante a esclarecer se houve, ou não, a prática do assédio moral. Alguns magistrados ainda entendem que essa gravação poderia ser uma violação do sigilo telefônico, com o que não concordamos, pois, se quem grava referido áudio é uma das pessoas que participam da conversa, não se pode falar em quebra de sigilo, mas, sim, de mera gravação como meio de prova.”

⁸⁵ Revista do Advogado

⁸⁶ MANTOVANI JUNIOR, Laert. O Direito Constitucional à Intimidade e à Vida Privada do Empregado e o Poder Diretivo do Empregador. 1.ed. São Paulo: LTr, 2010.p.102.

⁸⁷ TEIXEIRA, João Luís Vieira. O assédio Moral no Trabalho. 2.ed.São Paulo: LTr, 2013.

Ainda sobre o constante do artigo 5º, XII, da CF e violação do sigilo telefônico e eventual falta de prova testemunhal, vale transcrever a lição de João Humberto Cesário⁸⁸:

“Por óbvio, aquilo que o espírito da Constituição obstaculiza é a interceptação de diálogos alheios e não o registro das conversas mantidas pelo próprio interessado, mesmo que o seu interlocutor não esteja ciente do fato. Ainda mais elementar é o fato de que pelas regras da experiência, subministradas pelo que ordinariamente acontece, nenhum empregador assediaria, por exemplo, o seu empregado sexualmente na presença de testemunhas, fato que tornaria impossível ou extremamente difícil a prova do assédio em juízo.”

Como já exposto em outro capítulo, a questão de privacidade e poder diretivo do empregador prevelece o bom senso com a aplicação do princípio da proporcionalidade, e sobre este assunto ilustramos com um recente acórdão, cujas gravações realizadas comprovou-se um furto pelo empregado de material da empregadora e o Tribunal Superior do Trabalho entendeu pela não afronta ao artigo 5º, X e LVI da Constituição Federal, vejamos:

I. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. NÃO REGIDO PELA LEI 13.015/14. DANO MORAL. JUSTA CAUSA. PROVAS ILÍCITAS. OFENSA AO ARTIGO 5º, LVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. A discussão posta nos autos encerra grande relevância e complexidade jurídica: diz respeito à licitude da prova produzida pela empresa, à luz do artigo 5º, LVI, da Constituição Federal de 1988, vinculada à gravação de imagens do Autor, realizada de forma reservada e unilateral, durante o horário de trabalho, em local público, no qual, inclusive, havia presença de terceiros. Merece ser provido o agravo de instrumento para melhor exame de aparente ofensa ao artigo 5º, LVI, da CF. Agravo de instrumento provido.

II. RECURSO DE REVISTA. NÃO REGIDO PELA LEI 13.015/14. 1. PRELIMINAR DE NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. O dever estatal de prestar a jurisdição, enquanto garantia fundamental da cidadania (Constituição Federal, art. 5º, XXXV), não se confunde com o direito à obtenção de pronunciamento favorável às pretensões deduzidas. Embora o exercício da jurisdição no Estado Democrático de Direito seja incompatível com posturas arbitrárias (Constituição Federal, art. 93, IX), o sistema brasileiro consagra o postulado da livre persuasão racional, que impõe ao julgador o dever de expor as razões que fundamentam as conclusões alcançadas (CLT, art. 832 c/c o art. 458, II, do CPC). Na hipótese, o Tribunal Regional, após análise das omissões apontadas nos embargos de declaração, concluiu pela inexistência de vícios, consignando, de forma clara, os fundamentos que embasaram a decisão. Recurso de revista não conhecido. 2. DANO MORAL. JUSTA CAUSA. PROVAS ILÍCITAS. OFENSA AO ARTIGO 5º, LVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. A discussão

⁸⁸ CESÁRIO, João Humberto. Provas no Processo do Trabalho. 1. ed. Cuiabá: Instituto JHC, 2015. p. 85.

posta nos autos encerra grande relevância e complexidade jurídica: diz respeito à licitude da prova produzida pela empresa, à luz do artigo 5º, LVI, da Constituição Federal de 1988, vinculada à gravação de imagens do Autor, realizada de forma reservada e unilateral, durante o horário de trabalho, em local público, no qual, inclusive, havia presença de terceiros. O preceito constitucional invocado encerra garantia de índole fundamental e objetiva assegurar um processo justo, despido de armadilhas e estratégias que poderiam comprometer a própria dignidade do processo enquanto instrumento estatal de composição de disputas, envolvendo o Estado em ações censuráveis sob o prisma ético. No caso concreto, o Tribunal Regional manifestou-se no sentido de que a prova - gravação de imagens em que o trabalhador promove desvio de mercadorias da empresa - foi produzida no horário de trabalho, em local público, na presença de terceiros, sem que fosse utilizado qualquer artifício para indução ao censurável comportamento que corresponde a ato de improbidade. A conduta empresarial questionada, longe de afrontar quaisquer dos direitos imanescentes à personalidade (art. 5º, X, da CF), traduziu exercício regular do direito de aferir a forma como executados os serviços confiados ao prestador, que, lamentavelmente, incorreu em tipo penal, com reflexos trabalhistas, como decidiu a Corte Regional. Precedentes do STF e desta Corte. Recurso de revista não conhecido. (TST - RR: 7351420105030086, Relator: Douglas Alencar Rodrigues, Data de Julgamento: 15/06/2016, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 17/06/2016). Disponível em: <<https://jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=+confissão>>. Acesso em: 19 fev. 2017

CAPÍTULO IX - DA INFORMATIZAÇÃO DO PROCESSO JUDICIAL APÓS A LEI 11.419/2006

Para adentrarmos neste capítulo, menciono um dado interessante, sobre o início do PJe na Justiça do Trabalho, que foi criado no TRT da 5ª Região, a partir de um sistema sob o nome “creta”, conforme informação do ministro do TST Cláudio Brandão⁸⁹ na Revista do Advogado, edição esta que fez homenagem aos 70 anos da CLT em 2013, que assim esclarece:

“A sua implantação na Justiça do trabalho iniciou-se timidamente no TRT da 23ª Região (Mato Grosso), onde foi criada estrutura semelhante a uma vara com o objetivo de alterar o processo de execução e instalado modulo piloto. Contudo, em 2011, o ministro João Oreste Dalazen, presidente do CSJT, quando de sua posse, adotou como meta prioritária em sua gestão a efetiva implantação, a partir da fase de conhecimento, e deu novos e decisivos rumos ao projeto, iniciado efetivamente no dia 5 de dezembro, na Vara de Navegantes, onde foi instalada a sua primeira versão”.

A lei 11.419/2006 regulamentou o documento digital ou eletrônico, trazendo com ela maior agilidade e simplificação ao processo e redução de custos, tanto para as partes como para o judiciário.

Houve a necessidade da criação de normas sobre a informatização do processo judicial após a Emenda Constitucional nº 45/2004, devido ao acréscimo do inciso LXXVII, no artigo 5º da Constituição Federal, dispondo sobre outro direito e garantia fundamental que conferiu uma duração razoável ao processo judicial e administrativo, ou seja, a celeridade na sua tramitação.

A referida Lei é dividida em 4 partes, tratando cada uma delas em capítulos, informatização dos processos judiciais, da comunicação das eletrônica dos atos processuais, do processo eletrônico propriamente dito e das disposições gerais e finais;

O documento eletrônico nada mais é que um documento físico, pois mesmo o eletrônico, pode ser um texto, um desenho, fotografia, gráfico, vídeos, tudo que puder ser armazenado em um arquivo digital.

⁸⁹ BRANDÃO, Cláudio. O Processo Judicial Eletrônico nos anos 70 da CLT. Revista do Advogado. São Paulo. Ano XXXIII, nº 121, Nov. 2013.

Verifica-se que a Lei n. 11. 419/2006 trouxe com ela uma maior aplicação do princípio da oralidade, identidade física do juiz, da concentração dos atos processuais e irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias.

Na Justiça do trabalho não há especificamente uma norma dispondo sobre o princípio da oralidade, mas ela se verifica em vários momentos processuais, menciona Wilson Ricardo Buquetti Pirota⁹⁰:

O processo do trabalho, em especial nos ritos sumário e sumaríssimo, possui dispositivos específicos em que se verifica a explicitação do princípio da oralidade. Assim, o art. 851 prevê que os tramites de instrução e julgamento da reclamação serão resumidos em ata, constando na íntegra apenas a decisão. Em seu § 1º, o referido artigo autoriza o juiz a dispensar de fazer constar na ata o resumo dos depoimentos, no caso de processo de alçada exclusiva do órgão de primeira instância, devendo constar da ata a decisão quanto à material de fato. O art. 852-F, por seu turno, especifica que na ata de audiência serão registrados resumidamente os atos essenciais, as afirmações fundamentais das partes e as informações úteis à solução da causa trazidas pela prova testemunhal.

Assim, percebe-se que juntamente com o princípio da oralidade, há os princípios da imediatidade, da concentração, da identidade física do juiz e da irrecorribilidade das decisões interlocutórias.

A irrecorribilidade das decisões interlocutórias no processo do trabalho está disposto no artigo 893 da CLT, em seu parágrafo 1º, e serão somente analisados em grau de recurso, são os chamados “ protestos”.

Quando da produção das provas e a condução do processo pelo magistrado verificamos o princípio da Imediatidade, disposto no artigo 820 da CLT.

Embora a Súmula 136 do TST tenha sido cancelada pela resolução n. 185/2012, o princípio da identidade física do juiz tem sido aplicada por diversos Tribunais Regionais do Trabalho, inclusive da 2ª Região, explica o magistrado Wilson Ricardo Buquetti Pirota⁹¹:

“Com o cancelamento da Súmula do Tribunal Superior do Trabalho sobre a não aplicação da identidade física do juiz, tais normas regionais ganharam força coercitiva, restando, a princípio, firmado o entendimento, no âmbito da

⁹⁰ PIROTTA, Wilson Ricardo Buquetti. *Hermenêutica da Prova e Argumentação Jurídica*. 1.ed. São Paulo: LTr, 2015. p.25

⁹¹ P. cit. 27

Segunda Região, de que vigora o princípio da identidade física. Outros Tribunais Regionais do Trabalho também adotam normas semelhantes.

O princípio da concentração é verificado no processo do trabalho, quando nos artigos 846 e seguintes da CLT determina que se concentrem todos os atos processuais em audiência, principalmente no caso de rito sumaríssimo, exceto quando necessária a realização de perícia.

Como este trabalho trata de assunto de ordem de direito trabalhista, necessário mencionar também que juntamente com a Lei 11.419/2006, o TST editou a instrução normativa 30 de 18/09/2007 e outros atos normativos pertinentes quais sejam: Ato Conjunto TST/CSJT n. 15/2008; Ato Conjunto TST/CSJT n. 20/2009; Ato SEJUG/GP n. 342/2010; Ato Conjunto TST/CSJT n. 10/2010; Ato Conjunto TST/CSJT n. 21/2010; Resolução CSJT n. 136, de 29/04/2014.

Se verificar o artigo primeiro da lei não seria obrigatório o uso do meio eletrônico, mas sim facultativo, porém, a Resolução 120 do CSJT de 21/02/2013, conferiu nova redação ao artigo 21 da Resolução 94 a CSJT de 23/03/2012, resolução esta que instituiu o Sistema Processo Digital Eletrônico da Justiça do Trabalho, tornou então obrigatório o PJe nas unidades judiciárias que já adotaram exclusivamente esse sistema (§ 4º e 5º do artigo 21 da mencionada Resolução 120).

Em 2014, as Resoluções do CSJT n. 94/2012 e 120/2003, foram revogadas pela Resolução CSJT n. 136/2014, que passou a não impor a obrigatoriedade do uso do sistema PJe, diferentemente das Resoluções anteriores, porém, vai de encontro a Resolução 185 do CNJ de 18/12/2013, que prevê a implantação do PJe em todo o poder judiciário até 2018, dispõe Carlos Henrique Bezerra Leite⁹²:

“Assim, parece-nos que a nova Resolução CSJT n.136/2014, embora não contenha disposição semelhante às Resoluções CSJT 94/2012 e 120/2013, não permite outra forma de acesso à justiça fora do sistema do PJe nas unidades judiciárias da Justiça do Trabalho que tenham instituído tal sistema.”

⁹² LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito Processual do Trabalho. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p.461.

Ainda expõe que para ter acesso ao PJe é obrigatória a utilização de assinatura digital, para identificar autores, evitando falsificações⁹³:

“As assinaturas digitais podem autenticar a identidade de quem assinou os dados, evitando falsificações. Também protegem a integridade dos dados, assegurando que a mensagem lida não seja alterada, tanto acidentalmente como intencionalmente. Além disso, as assinaturas digitais permitem provar futuramente quem participou de uma transação (uma capacidade chamada de não repúdio), impedindo que alguém possa negar quem assinou ou recebeu os dados.”

Nas palavras de Wilson Ricardo Buquetti Pirotta⁹⁴:

“A lei define como meio eletrônico toda a forma de armazenamento ou tráfego de documentos e arquivos digitais, específica a preferência pela rede mundial de computadores (internet) para a transmissão eletrônica e define formas aceitáveis de assinatura digital, que deverá basear-se em certificado digital emitido por Autoridade Certificadora credenciada, na forma da lei específica que regula a material, ou cadastro de usuário no Poder Judiciário, conforme disciplinarem os órgãos específicos. Para a prática de atos processuais, como envio de petições e recursos, por meio eletrônico é obrigatório o uso da assinatura eletrônica.

Neste diapasão completa o Ministro do TST Cláudio Brandão⁹⁵. p. 58:

“Vale ressaltar que o acesso mediante certificado digital, além de viabilizar o entendimento de requisitos legalmente previstos para qualquer arquivo (documento) inserido no PJe e, consequentemente, dos atos processuais respectivos, evita que sistemas “espiões” (os conhecidos “cavalos de Troia”) possam capturar dados do usuário (magistrados, inclusive) e possibilitar a prática fraudulenta de atos nos processos.

Assim, todos os documentos digitais enviados eletronicamente serão considerados originais, não só pelo advogado, mas pelos órgãos da justiça, magistrado, ministério público e os auxiliares da justiça.

O § 6º do artigo 11 da referida lei que menciona sobre a publicidade dos documentos digitais, como nos traz Mauro Schiavi⁹⁶:

⁹³ Ibidem p. 463.

⁹⁴ PIROTTA, Wilson Ricardo Buquetti. *Hermenêutica da Prova e Argumentação Jurídica*. 1.ed. São Paulo: LTr, 2015. p.23.

⁹⁵ Revista do Advogado- p.58

⁹⁶ SCHIAVI, Mauro. *Provas no Processo do Trabalho*. 4.ed. São Paulo: LTr, 2014. p.157.

“á grande controvérsia sobre a publicidade dos documentos no processo eletrônico, considerando-se que o referido § 6º não propicia que terceiros tenha acesso aos documentos juntados no processo. De nossa parte, salvo os casos de segredo de justiça (art. 93, IX, da CF, e art. 155, do CPC), a integralidade do processo, inclusive os documentos, deve estar disponível para consulta de terceiros, em função da ampla publicidade que deve se revestir o processo. O terceiro, no nosso entendimento, não necessita firmar requerimento ou demonstrar interesse jurídico para ter acesso aos documentos.”

A grande preocupação no caso das provas no âmbito do processo do trabalho é sobre a autenticidade dos documentos eletrônicos, mas há requisitos na sua utilização e que estão dispostos nos artigos 11 e 13 da lei 11.419/2006.

Neste diapasão comenta Carlos Henrique Bezerra Leite⁹⁷, pág 793:

“Como se vê, os documentos eletrônicos, desde que garantidos quanto à origem e aos seus signatários, serão considerados originais, enquanto os extratos digitais e os documentos digitalizados 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, tem a mesma força probante dos originais, salvo se houver arguição de falsidade, de forma motivada e fundamentada, consubstanciada em adulteração ocorrida antes ou durante o processo de digitalização. A arguição também será processada eletronicamente. Além disso, poderá o juiz determinar a exibição e o envio de dados e de documentos necessários à instrução do processo”.

Tece ainda os comentários de que é no artigo 425 do NCPC. aplicável ao processo do Trabalho, que estão relacionados os documentos que fazem a mesma prova que os originais, e mais especificamente no inciso VI, que menciona sobre as reproduções digitalizadas de qualquer documento público ou particular, e a necessidade de armazenamento dos documentos originais⁹⁸, pág, 787:

“Nos termos do §§ 1º e 2º do artigo 425 do NCPC, os originais dos documentos digitalizados, mencionados no inciso VI supratranscrito, deverão ser preservados pelo seu detentor até o final do prazo para a propositura de ação rescisória. Além disso, tratando-se de cópia digital de título executivo extrajudicial ou de outro documento relevante à instrução do processo, o juiz poderá determinar o seu depósito em cartório ou secretaria.”

⁹⁷ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito Processual do Trabalho. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 793.

⁹⁸ Ibidem. P. 787

Na mesma Linha Wilson Ricardo Buquetti Pirotta⁹⁹ :

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. Dispõe, ainda, a lei que os originais dos documentos digitalizados 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.

A resolução nº 136/2014 do CSJT não menciona expressamente o prazo para a apresentação da defesa por meio eletrônico, menciona Marly A. Cardone¹⁰⁰:

“No processo eletrônico, a defesa e os documentos deverão ser encaminhados, eletronicamente, por advogado credenciado, antes da realização da audiência designada. Essa determinação é encontrada no art. 29 da Resolução n.136/14 , que não fixa um limite temporário para esse encaminhamento. Há tribunais que determinam a juntada da contestação uma hora antes da audiência. O advogado deve estar atento a essas determinações na área da jurisdição que atua. Se preferir, o advogado ou a parte poderá fazer a defesa oralmente, em 20 minutos, conforme art. 847 da CLT.”

Portanto, com relação ao envio da defesa, caberá a cada tribunal Regional do Trabalho dispor de suas regras e prazos para o envio.

⁹⁹ PIROTTA, Wilson Ricardo Buquetti. *Hermenêutica da Prova e Argumentação Jurídica*. 1.ed. São Paulo: LTr, 2015. p.24.

¹⁰⁰ CARDONE, Marly A.. *Advocacia Trabalhista*. 21.ed. São Paulo: LTr, 2015.

10 CONCLUSÃO

No processo do trabalho a prova é um tema bastante discutido entre o doutrinadores e em nossa jurisprudência, não só a respeito do ônus da prova, os meios de prova, mas também o objetivo desta prova a ser produzida e o momento processual adequado para sua apresentação e possibilidade de inversão.

Podemos verificar que os princípios constitucionais aplicados na fase processual são de suma importância para a compreensão das normas que regem nosso ordenamento jurídico, ainda mais na atualidade onde as redes sociais e mídias eletrônicas são tão usadas, não só na fase probatória, mas também sua utilização como ferramenta no trabalho.

Toda essa discussão sobre a prova, que possui natureza processual, tem como objetivo principal levar a convicção do juiz e a busca da verdade real.

O ônus da prova é um assunto de grande relevância na fase probatória e podemos extrair da concomitância dos artigos 818 da CLT e 373 do NCPC e Súmula 06, VII, do TST, que dispõe que cabe ao autor comprovar os fatos constitutivos de seu direito e ao réu os fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do autor.

Embora a inversão do ônus da prova não esteja disposto na CLT, é aplicável ao processo do trabalho, diante de sua disposição no código de defesa do consumidor e admitido pelos doutrinadores e pela compatibilidade com os princípios aplicáveis ao processo do trabalho e o momento processual.

A questão do momento processual para a inversão do ônus da prova também é polêmica, alguns doutrinadores entendem que ela é possível até a audiência de instrução essa inversão e outros doutrinadores possuem o entendimento que pode ser invertido esse ônus até o julgamento da demanda e inclusive em segunda instância, mas sempre com a devida fundamentação pelo magistrado.

Outra questão atual é da distribuição dinâmica da prova, que já era aplicado na prática por alguns magistrados com fundamento no princípio da aptidão da prova e outros princípios constitucionais e do direito processual civil e que ganhou força pelo artigo 373 do novo Código de Processo Civil, devido ao fato de que em diversas

situações verifica-se qual parte possui melhores condições de produzir a prova necessária para o deslinde do processo e assim equilibrando a relação processual.

Os meios de prova, como o depoimento pessoal, testemunhal e documental, com ao advento do novo CPC e das mudanças de paradigmas pela jurisprudência, não acarretaram mudanças significativas, como consta do presente trabalho, sendo mantidas as disposições quando da aplicação subsidiária do Código de Processo Civil.

O prazo para a juntada de documentos também é outra questão bastante discutida, pois parte do princípio de que deve ser anexada juntamente com a inicial pelo autor e com a contestação pelo réu, mas diante do conteúdo do artigo 435 a 437 do CPC, a qualquer momento as partes pode requerer a juntada de novos documentos, observando sempre o princípio do contraditório e da ampla defesa, dando oportunidade da outra parte se manifestar sobre o novo documento e observando se há boa-fé da parte em seu pedido de juntada deste documento.

Com relação a arguição de falsidade a CLT é omissa com relação ao incidente de falsidade, porém diante dos artigos 430 a 433 do Novo CPC, pode ser alegada como questão incidental ou principal e com a devida fundamentação.

Explanamos todas essas questões neste trabalho para tratar sobre os aparatos eletrônicos que hoje são utilizados pelas empresas em virtude da competitividade do mercado econômico, para facilitar a comunicação, controle do processo produtivo, redução de gastos, e consequentemente fiscalização do empregado.

Essa utilização de câmeras de vídeo, telefone fixo e celular, acesso à internet e e-mail ou o correio eletrônico, trouxe vários questionamentos sobre o direito diretivo do empregador versus o direito a privacidade do empregado.

Este poder diretivo tem como fundamento jurídico o contrato de trabalho estabelecido entre as partes, o que gera uma subordinação jurídica, porém quando celebra esse contrato o empregado não renuncia sua intimidade e vida privada e, portanto, este poder diretivo encontra limitações diante dos direitos da personalidade disposto no artigo 5º, inciso X, da CF.

Neste caso, embora em seu ambiente de trabalho, o empregado possui direito à intimidade e a sua privacidade mesmo em frente aos direitos de propriedade da

empregadora, e nos casos concretos, o magistrado sempre primar pelo princípio da proporcionalidade e na ponderação dos interesses das partes.

Atualmente a utilização das redes sociais como facebook, whatsapp, twitter e outras redes sociais online como meio de prova se faz presente em muitos processos, inclusive por justa causa, e para que não seja dado validade e veracidade ao seu conteúdo, necessário impugnar essas provas, conforme se extrai da jurisprudência pátria atual.

Discute-se entre os doutrinadores se o e-mail pode ser equiparado a correspondência ou conversa telefônica para fins da vedação do artigo 5º, X, da CF e a resposta não é unânime, mas o fato é que está sendo utilizada conversas e áudios em processos judiciais.

No caso dos e-mails e sua fiscalização, entende-se que é permitido quando é um endereço eletrônico corporativo, fornecido para fins de trabalho e também sobre as câmeras de vídeo instaladas, assunto esse já pacificado pela jurisprudência pátria.

Após a Emenda Constitucional nº 45/2004, que acrescentou o inciso LXXVII, no artigo 5º da Constituição Federal, que conferiu uma duração razoável ao processo judicial, foi necessário o advento da Lei 11.419/2006, que regulamentou o processo digital ou eletrônico, trazendo agilidade, simplificação do processo e redução de custos para os jurisdicionado e ao judiciário,

Para acessar o PJe (Processo Judicial Eletrônico) é obrigatório a utilização de assinatura digital, mediante a obtenção de um certificado digital e assim, os documentos digitais enviados eletronicamente serão considerados originais e seus requisitos pra comprovar a sua autenticidade e utilização encontram-se dispostos nos artigo 11 e 13 da lei 11.419/2006, assim como no artigo 425 do NCPC.

Por derradeiro, o que podemos verificar é que esse desenvolvimento tecnológico, acarretou benefícios não só para o cidadão, mas para o advogado, magistrado e servidores, seja na busca pela prova em um processo judicial ou pela maior agilidade nos processos judiciais.

BIBLIOGRAFIA

BARROS, Alice Monteiro de. **Proteção à Intimidade do Empregado**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009.

BARROS, Juliana Augusta Medeiros de. **A Utilização de Meios Eletrônicos no Ambiente de Trabalho**. 1.ed. São Paulo: LTr, 2012.

BRANDÃO, Cláudio organizador. Os **Direitos Fundamentais, o Direito e o Processo do Trabalho**, Capítulo IX, Os Direitos da privacidade do trabalhador e a fiscalização. Ed Juspodivm, 2010, São Paulo

BRANDÃO, Cláudio. O Processo Judicial Eletrônico nos anos 70 da CLT. **Revista do Advogado**. São Paulo. Ano XXXIII, nº 121, Nov. 2013.

CARDONE, Marly A.. **Advocacia Trabalhista**. 21.ed. São Paulo: LTr, 2015.

CESÁRIO, João Humberto. **Provas no Processo do Trabalho**. 1. ed. Cuiabá: Instituto JHC, 2015.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13.ed. São Paulo: LTr, 2014.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa Garcia. **Novo CPC e o Processo do Trabalho**. 1.ed. São Paulo: JusPodivm, 2016.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa Garcia. **CLT Comentada**. 1.ed. São Paulo: Método, 2015.

GRASSELLI, Oraci Maria. **Internet, Correio Eletrônico e Intimidade do Trabalhador**. 1.ed. São Paulo: LTr, 2011.

GUIMARÃES, Ricardo Pereira de Freitas. **Princípio da Proporcionalidade no Direito do Trabalho**. 1.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GUIMARÃES, Ricardo Pereira de Freitas; MASCHIETTO, Leonel. Os Direitos de Privacidade do Trabalhador e a Fiscalização do Empregador sobre suas Mensagens

de Internet. In: BRANDÃO, Cláudio (Org). **Os Direitos Fundamentais, o direito e o Processo do Trabalho.** JusPODIVM, 2010.

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

MANTOVANI JUNIOR, Laert. **O Direito Constitucional à Intimidade e à Vida Privada do Empregado e o Poder Diretivo do Empregador.** 1.ed. São Paulo: LTr, 2010.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. A Privacidade do Empregado e o Poder Diretivo do Empregador. **Revista do Advogado.** São Paulo. Ano XXXIII, nº 121, Nov. 2013.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito Processual do Trabalho.** 35.ed. São Paulo: Atlas

MOURA, Marcelo. **Curso de Direito do Trabalho.** 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado.** 1.ed. 2016. São Paulo: Juspodivm

PIROTTA, Wilson Ricardo Buquetti. **Hermenêutica da Prova e Argumentação Jurídica.** 1.ed. São Paulo: LTr, 2015.

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

SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho.** 7.ed. São Paulo: LTr, 2014.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Instituições de Direito do Trabalho.** v.2. 18. ed. São Paulo: LTr, 1999.

TEIXEIRA, João Luís Vieira. **O assédio Moral no Trabalho.** 2.ed. São Paulo: LTr, 2013.