



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU*
EM DIREITO E PROCESSO DO TRABALHO

CAÍQUE BERBERT PINTO

IMPACTOS DO AVANÇO TECNOLÓGICO NO AMBITO
PROBATÓRIO DO PROCESSO DO TRABALHO

Salvador

2018

CAÍQUE BERBERT PINTO

**IMPACTOS DO AVANÇO TECNOLÓGICO NO AMBITO
PROBATÓRIO DO PROCESSO DO TRABALHO**

Monografia apresentada a Faculdade Baiana de Direito e
Gestão como requisito parcial para obtenção de grau de
Especialista em Direito e Processo do Trabalho.

Salvador

2018

CAÍQUE BERBERT PINTO

**IMPACTOS DO AVANÇO TECNOLÓGICO NO AMBITO
PROBATÓRIO DO PROCESSO DO TRABALHO**

Monografia aprovada como requisito para obtenção do grau de Especialista em Direito e
Processo do Trabalho, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2018

Aos meus pais, Vanusa e Marcelo,
pelo apoio incondicional e paciência.

Sou eternamente grato.

PINTO, Caique Berbet. **Impactos do avanço tecnológico no âmbito probatório do processo do trabalho**. 69 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Pós-graduação) – Faculdade de Direito. Faculdade Baiana de Direito e Gestão. Salvador, 2018.

RESUMO

Pesquisa teórica, exploratória, não exaustiva, com o intento de verificar acerca dos impactos do avanço tecnológico no âmbito probatório do processo do trabalho. Primeiramente, busca analisar a prova, e seu conceito, natureza jurídica, objetos, finalidades e principiologia. Num segundo passo, observar sobre os meios de provas em espécies no processo do trabalho, como o interrogatório das partes, confissão, prova testemunhal, prova pericial, inspeção judicial, prova documental e, finalmente, os documentos eletrônicos. Por fim, há a finalidade de analisar a recepção dos meios eletrônicos como instrumento probatório, de modo a verificar a aceitabilidade, validade e vulnerabilidade do uso da internet como prova judicial, uma análise da valoração da prova eletrônica e, ainda, uma observação sobre o entendimento jurisprudencial dos julgados do Tribunal Regional do Trabalho.

Palavras-Chave: Prova. Meios Eletrônicos. Valor Probatório. Jurisprudência.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	06
1. A PROVA	08
1.1 CONCEITO DE PROVA.....	08
1.2 NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO À PROVA	09
1.3 OBJETOS DA PROVA	10
1.4 FINALIDADES DA PROVA	11
1.5 PRINCIOLOGIA DA PROVA.....	13
2. MEIOS DE PROVAS EM ESPÉCIE NO PROCESSO DO TRABALHO	16
2.1 INTERROGATÓRIOS DAS PARTES.....	17
2.2 CONFISSÃO	19
2.3 PROVA TESTEMUNHAL	22
2.4 PROVA PERICIAL	28
2.5 INSPEÇÃO JUDICIAL	32
2.6 PROVA DOCUMENTAL.....	35
2.6.1 Dos documentos eletrônicos	39
3 A RECEPÇÃO DOS MEIOS ELETRÔNICOS COMO INSTRUMENTO PROBATÓRIO	46
3.1 DA ACEITABILIDADE, VALIDADE E VULNERABILIDADE DO USO DA INTERNET COMO PROVA JUDICIAL: A VALORAÇÃO DA PROVA ELETRÔNICA	46
3.2 UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DOS JULGADOS DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO	55
CONCLUSÃO	59
REFERÊNCIAS	66

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como escopo apresentar uma análise acerca da influência do avanço tecnológico (com a criação de documentos eletrônicos) no âmbito no âmbito probatório do processo do trabalho.

O uso das Tecnologias de Informação e Comunicação tem modificado sobremaneira a forma de interação dos cidadãos em diferentes segmentos. Diante de tais avanços tecnológicos, surgem novos conflitos, que exigem respostas imediatas pelo Direito.

O Poder Judiciário, por sua vez, também se inseriu nesta “fase digital”, com a introdução do famigerado processo eletrônico, além da análise das interações interpessoais através das redes sociais, valorando-as como meios de prova em processos.

O objeto do presente trabalho, portanto, é analisar a possibilidade e implicações do uso de provas eletrônicas no processo do trabalho, discutindo acerca de sua validade e possibilidade de equiparação ao documento tradicional, de modo a questionar a necessidade ou não de adequação legislativa sobre o referido tema.

O fato é que o uso das redes sociais online e demais sítios eletrônicos tornaram-se importantes ferramentas na confecção de uma prova trabalhista. Ambas as partes vem utilizando deste meio de prova para consubstanciar suas teses em juízo, seja na acusação, quanto na defesa, bem como para contraditar testemunhas.

Neste sentido, cabe aos operadores do direito adaptar-se a estas inovações tecnológicas, buscando alternativas jurídicas para dirimir os questionamentos postos à apreciação do Poder Judiciário.

Os métodos utilizados para a elaboração da pesquisa foram o monográfico e o comparativo. O emprego do procedimento monográfico (estudo de caso) foi utilizado na análise de decisões proferidas por Tribunais do Trabalho, a respeito do uso das redes sociais online como meio de prova processual trabalhista. O uso do procedimento comparativo foi adotado tendo em vista a comparação entre as

jurisprudências analisadas para, com isso, ressaltar como o Judiciário vem utilizando estas provas obtidas nos meios eletrônicos para solucionar os litígios.

O presente trabalho foi dividido em três capítulos, no qual o primeiro teve como desígnio realizar uma análise geral da prova, ventilando seus principais assuntos, como seu conceito, finalidade, objeto, natureza jurídica e sua principiologia, objetivando assim, criar uma base sólida para adentrar no mérito das espécies de provas.

No segundo capítulo, por sua vez, pode ser verificada uma análise dos meios de prova admitidos no âmbito processual trabalhista, como o interrogatório das partes, a confissão, a prova testemunhal, a prova pericial, a inspeção judicial e, destacando, por fim, a prova documental e suas especificidades, trazendo, inclusive, o conceito do documento eletrônico.

Já no terceiro capítulo, o foco é voltado para evidenciar a utilização dos documentos eletrônicos na fase probatória do processo do trabalho, analisando o posicionamento jurisprudencial quanto à questão da aceitabilidade, validade deste meio probatório, bem como sua valoração no processo judicial trabalhista, ressaltando, assim, a importância do tema no cenário jurídico trabalhista.

1. A PROVA

Neste capítulo será abordada a teoria geral da prova. Para melhor entendimento posteriormente da influência das provas eletrônicas no processo do trabalho, será demonstrado o conceito de prova, o seu objeto, a sua finalidade, a principiologia que rege o tema além de sua valoração, tendo por base ensinamentos doutrinários acerca do tema.

1.1 CONCEITO DE PROVA

O processo é um método utilizado pelo estado para atingir a resolução de conflitos. Contudo, não basta somente que o magistrado que presida o processo se atenha tão somente a julgá-lo de forma puramente técnica. É imprescindível que a controvérsia instaurada seja solucionada de modo mais equânime possível. (CESÁRIO, J., 2015, p. 50).

Nesta toada, cabe afirmar que a prova tem origem na necessidade do julgador expor o direito, advindo da análise da existência de fatos e/ou atos capazes de interferir na produção das consequências jurídicas reivindicadas.

Sob a ótica de Nelson Nery Júnior (1997, p.611) “As provas são os meios processuais ou materiais considerados idôneos pelo ordenamento jurídico para demonstrar a verdade, ou não, da existência e verificação de um fato jurídico.”

Eduardo Cambi, por sua vez, diferentemente do que preleciona o Ilustre Nelson Nery, afirma que a prova é um termo plurissignificante, não devendo ser considerado somente como um “meio”, mas também como atividade e resultado, conforme se extrai do seguinte trecho de sua obra: (2014, p.21)

Em outras palavras, pode-se afirmar que o termo prova é plurissignificante, podendo ser conceituado como meio, atividade e resultado. É meio, na medida em que é colocado à disposição das partes para comprovar a veracidade das suas alegações. É atividade, pois está submetida a um

procedimento que disciplina a sua admissibilidade, produção e valoração. E é resultado, porque sua realização no processo visa à formação do convencimento judicial.

Outrossim, é incontroverso que a prova é de extrema relevância ao processo, de modo que, sem a utilização da mesma, seria impossível garantir aos litigantes uma ordem jurídica justa.

Pode-se dizer que, embora o direito à prova não esteja no rol de institutos fundamentais do direito processual (jurisdição, ação, defesa e processo), este ocupa posição de extrema relevância no sistema processual, haja vista que, sem ele, as garantias de ação e defesa estariam fadadas ao fracasso. (CAMBI, E., 2001, p.113).

Na contramão da doutrina, nem o Código de Processo Civil tampouco a Consolidação das Leis Trabalhistas optaram por definir o conceito de prova. Porém, o Código de Processo Civil, em seu art. 369, resume-se a mencionar os meios dos quais as partes poderão se valer para influir na convicção do Juízo.

Vale-se dizer, portanto, que nossa Legislação Pátria, ao espelho do quanto evidenciado no artigo mencionado alhures, reconhece como meios legais de prova aqueles que não atentem contra a moral e os bons costumes.

Com base nestas ponderações, define-se a prova, no âmbito processual, como instrumentos admitidos pelo Direito como idôneos para demonstrar a veracidade ou não de determinado fato, com o escopo de formação da convicção do órgão julgador da demanda (SCHIAVI, M., 2017, p. 15)

1.2 NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO À PROVA

Quanto à natureza jurídica da prova, a doutrina apresenta algumas correntes. A primeira corrente defende que a natureza das leis sobre a prova é de direito material, sendo os casos dos autores Salvatore Satta, Francisco Carnelutti. Já outra corrente dá, ao direito á prova, a natureza de direito processual, sendo os

defensores autores como Emilio Betti, Giuseppe Chiovane, Carlos Lessona, Eduardo Juan Coutore, Pontes de Miranda, Arruda Alvim, dentre outros.

A terceira corrente afirma que a natureza das leis sobre a prova é mista, abarcando o direito material e processual. Nesta corrente, autores como Clóvis Beviláqua, João Monteiro, Moacyr Amaral Santos são destaques. A quarta corrente leciona que algumas normas terão natureza jurídica de direito material e outras de direito processual. Por fim, a quinta corrente atribui à prova uma natureza jurídica especial. (SILVÉRIO, 2017)

Diante dessas correntes, até hoje citadas no cenário jurídico brasileiro, pode-se afirmar que as normas que abordam acerca da prova pertencem exclusivamente ao direito processual, posto que seu escopo reside na ideia de convencimento do magistrado (*judici fit probatio*). Assim, cabe mencionar que as provas apenas terão real importância quando inseridas na instrução probatória. (MARINONI, 2000)

De igual modo, a ciência do processo se dedica de forma única ao estudo sistematizado e completo do instituto da prova, verificando seus fins, suas causas e efeitos sob todos os ângulos possíveis. (PESTANA DE AGUIAR E SILVA, 2003).

Isto posto, é cabível ao direito processual a regulamentação da matéria concernente à prova em toda sua amplitude e em todos os seus aspectos, inserindo-se neste ramo do Direito este tema.

1.3 OBJETOS DA PROVA

Objeto de prova pode ser definido como os fatos que se pretende demonstrar em juízo, ou seja, é o fato que se quer provar. Não se deve confundir, outrora, objeto da prova com objeto de prova, que consiste em saber o que se deve provar, como por exemplo, os fatos notórios, que não precisam ser provados.

Dito isto, urge transcrever os ensinamentos de Fernando da Costa Tourinho Filho, *in verbis*: (1995, p. 204)

Objeto da prova, diz Manzini, são todos os fatos, principais ou secundários, que reclamem uma apreciação judicial e exijam comprovação. Insta acentuar que a palavra fato, em matéria processual, principalmente no campo probatório, tem o conceito bastante amplo; compreende os diversos acontecimentos do mundo exterior, e, segundo Florian, esse conceito se estende e alcança coisas e lugares, pessoas e documentos. Tão extenso é seu conceito, sob o ponto de vista da prova, que Alcalá-Zamora chega a esta afirmação: é fato o que não é direito. Por isso, acrescenta o festejado mestre, a prova pode recair sobre fatos de natureza diversa [...].

Ou seja, o objeto da prova, definitivamente, são os fatos, haja vista que o Direito deve ser conhecido pelo magistrado (*juria novit cúria*). De outro modo, somente os fatos que forem pertinentes ao processo, ao mesmo tempo, forem controversos que, de fato, devem ser provados.

O Ilustre doutrinador Vicente Greco Filho (1995, p.195), outrora, já asseverava que “nem todos os fatos, porém, devem ser submetidos à atividade probatória. Em primeiro lugar, apenas os fatos pertinentes ao processo e que suscitam o interesse da parte em demonstrá-los [...]”.

No que tange ao âmbito dos fatos controversos ou não controvertidos cabe destacar que, excepcionalmente, admite-se que fatos não controvertidos sejam objeto de prova, quando estes não soem verossímeis, ou seja, alheios ao padrão médio da sociedade, bem como os fatos “impossíveis” ou pouco prováveis. (ALMEIDA, A., 2004, p.392).

1.4 FINALIDADE DA PROVA

Toda prova possui, como finalidade basilar no âmbito processual, formar a convicção do juiz sobre os fatos alegados pelas partes, seja na peça incoativa ou na contestação.

Nas palavras de Guilherme Marinoni e Sergio Cruz Arenhart: (2009, p. 52)

A prova assume condição de um meio retórico, regulado pela lei, dirigido dentro dos parâmetros fixados pelo Direito e de critérios racionais, a convencer o Estado-Juiz da validade das proposições, objeto de impugnação, feitas no processo.

A prova, portanto, além formar o convencimento do juízo, deverá, sobretudo, nortear a sua decisão, considerando que, diante do princípio da persuasão racional, adotado pelo CPC, exige que a decisão sobre um determinado fato não pode se contrapor a prova existente nos autos, sob pena da referida decisão ser considerada nula. Ou seja, ao douto julgador não mais é permitido pautar sua decisão com base, apenas, em sua livre convicção, de modo a garantir aos jurisdicionados, a segurança jurídica.

No que tange ao reconhecimento desta finalidade cabe trazer a lume a seguinte ementa do Tribunal Regional da 12^a Região, *in verbis*:

Provas – Convencimento do juiz. As provas se destinam ao convencimento do juiz, e não das partes. Diante das circunstâncias que envolvem o processo e das provas constantes dos autos, estando ele convencido do direito a ser prestado pode desprezar outras provas, motivando sua decisão (art. 131 do CPC). (TRT 12^a Região – 1^a Turma. – RO-V n 3182.2002.036.12.00-5 – Relatora Lourdes Dreyer – DJSC 8.7.04 – p. 201) (RDT n. 8 – ago. 2004)

Ainda há outra parte da doutrina, a exemplo de Marcio Túlio Viana, a qual assevera que a prova possui finalidade outra, dita secundária, qual seja, firmar a convicção também da parte *ex adversa* e da sociedade acerca da verdade dos fatos apresentados. (VIANA, M., 2002, p.340).

Neste sentido, afirma-se que a prova possui função endoprocessual (em relação ao juiz e as partes) e extraprocessual (relacionado a sociedade), sendo considerado uma garantia para todos os envolvidos que a decisão prolatada encontra-se o mais próximo da realidade. (ALMEIDA, C. 2012, p. 605).

1.5 PRINCIPIOLOGIA DA PROVA

No que tange a temática da prova, é de suma relevância mencionar que existem diversos princípios que norteiam as atividades do intérprete na busca da real finalidade da prova.

Segundo Miguel Reale: (1999, p. 305-306)

Princípios são verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da *práxis*.

A doutrina, por sua vez, tratou de elencar os diversos princípios probatórios, considerados mais ou menos relevantes. No presente texto, é de suma relevância mencionar os princípios considerados imprescindíveis à compreensão do tema.

De início, cabe falar sobre o princípio da imediação. Como é sabido, a palavra imediação significa, em suma, contiguidade ou proximidade. Assim sendo, o princípio em referência prega resumidamente que, para que a prova tenha credibilidade, é necessário que esta seja submetida ao crivo do magistrado, além, obviamente do crivo do contraditório.

Quanto ao princípio da paridade das armas probatórias, tem-se que esse princípio emana dos princípios da isonomia e do contraditório. Dito isto, haja vista a Constituição Federal pregar que todos são iguais perante a Lei (art. 5º, caput) e o Código de Processo Civil impor a garantia de igualdade de tratamento das partes pelo juízo (art. 139, I), é possível convir que o referido princípio zela pela garantia de fornecimento, pelo magistrado, das mesmas possibilidades de produção e impugnação das provas.

Isto não significa que o juiz estará obrigado a deferir a produção de prova sobre todo e qualquer fato, mas sim que o órgão julgador deverá garantir ao interessado possibilidade de provar o fato e da parte adversa em refutá-lo.

No que tange ao princípio da atipicidade dos meios probatórios, segundo este princípio, os meios de provas para serem considerados válidos não necessitam estar tipificados.

Ou seja, ainda que um meio de prova não esteja tipificado em lei, seja na legislação processual civil ou mesmo trabalhista, ainda assim poderá ser considerado como válido, bastando apenas que seja moralmente legítima. (CESÁRIO, J., 2015, p.66).

Sob este prisma, portanto, é cabível mencionar que existem provas típicas e atípicas, considerando que as provas atípicas podem, inclusive, se sobrepor às provas típicas.

Já o princípio da licitude das provas resta intimamente relacionado ao princípio mencionado no tópico anterior. Isto porque, além das provas poderem ser consideradas como típicas e atípicas, podemos mencionar outra classificação, qual seja, lícitas e ilícitas.

A Constituição Federal em seu art. 5º, inciso LVI, pondera ser inadmissíveis no processo aquelas provas que foram obtidas ilicitamente.

Desse modo, cabe mencionar que as provas ilícitas podem ser assim conceituadas quando diretamente produzidas através da transgressão a liberdades individuais previstas em nossa Carta Magna, ou quando são derivadas de outras provas ilícitas, o que denomina a doutrina de “teoria dos frutos da árvore envenenada”, prevista no art. 157 do Código de Processo Penal.

É incontroverso que o processo penal serve de pilar para conceituação da proibição da prova ilícita. Isto porque, como é sabido, nesta seara processual, a produção das provas é deferida a polícia, em uma fase pré-processual, onde se faz necessária a restrição da obtenção de provas mediante violação de direitos fundamentais. (MARINONI, L. *et al.*, 2007. P.388 e 389).

Contudo, há que se destacar a possibilidade de exceção a regra, onde parte da doutrina destaca que a produção de prova ilícita poderá ser permitida pelo Juiz, em respeito ao princípio da proporcionalidade e ponderação dos direitos fundamentais envolvidos.

2. MEIOS DE PROVAS EM ESPÉCIE NO PROCESSO DO TRABALHO

Na seara do direito processual, a prova se trata do meio usado para a demonstração da veracidade dos fatos controvertidos dentro de uma lide. Portanto, a prova tem a finalidade de verificar os fatos relevantes, pertinentes e controvertidos abordados no processo pelo autor e réu. Salienta-se que somente os fatos devem ser provados pelos sujeitos envolvidos no processo, posto que o direito não dependa de prova, via de regra. Assim, cabe ao juiz somente conhecer o direito e aplicar a norma legal cabível, e aos litigantes narrar e provar os fatos. (FERREIRA, 2010)

Enquanto o direito federal é de conhecimento obrigatório do juiz, no que diz respeito ao direito estrangeiro, municipal, estadual, distrital ou consuetudinário, terá o juiz a possibilidade de, conforme previsão do art. 376 do CPC (aplicável subsidiariamente ao processo do trabalho), determinar que a parte interessada faça prova do teor e da vigência da legislação supracitada. Ainda, igualmente poderá o magistrado determinar, caso a parte exija direito presente em norma coletiva, sentença normativa ou até em regulamento empresarial, que faça prova do teor e da vigência desses instrumentos. Nesta senda, houve uma inovação do código ao tipificar dois meios de provas, quais sejam, a prova emprestada e a ata notarial. (SARAIVA; LINHARES, 2018)

No que se refere à prova emprestada, regulamentada no art. 372 do CPC, o legislador evidenciou a necessidade de observância do contraditório e estipulou que o juiz atribua a esta o valor que considerar adequado, como vê-se:

Art. 372. O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório.

Quanto à ata notarial, presente no art. 384 do CPC, tem-se que esta objetiva documentar ou atestar a existência ou o modo de existir de determinado fato por

intermédio de uma ata lavrada por tabelião. Isto posto, os dados representados por imagem ou som gravados em arquivos eletrônicos poderão estar contidos na ata notarial. (SARAIVA; LINHARES, 2018)

Nesse sentido, o art. 384 do Código de Processo Civil alude que:

Art. 384. A existência e o modo de existir de algum fato podem ser atestados ou documentados, a requerimento do interessado, mediante ata lavrada por tabelião.

Parágrafo único. Dados representados por imagem ou som gravados em arquivos eletrônicos poderão constar da ata notarial.

Cabe mencionar que essa ata notarial tem sido utilizada para documentar dados publicados no meio eletrônico, ainda que ausente qualquer tipificação legal no atual Código Processual.

2.1 INTERROGATÓRIOS DAS PARTES

O interrogatório concerne a uma espécie de depoimento pessoal e, neste, o juiz tem a possibilidade, de ofício, em qualquer estado do processo, de designar o comparecimento pessoal das partes, com o objeto de interrogá-las sobre os fatos da causa, conforme alude o art. 385 do Código de Processo Civil. O interrogatório sobreveio para realizar um esclarecimento do juiz. (NETO, CAVALCANTE, 2018)

Nesta senda, as partes serão interrogadas, de maneira sucessiva e separada, sendo, geralmente, primeiramente chamado o autor e depois o réu, de modo que é vedado o ato de assistir ao interrogatório da outra parte aquela que ainda não tenha deposto.

Logo, no interrogatório, o magistrado questiona a parte autora ou a parte ré acerca de determinados quesitos que irão colaborar na formação de seu veredito.

Para tanto, a finalidade do juiz busca é desvendar e compreender os pontos controvertidos, de forma que o interrogatório pode ser requerido a qualquer momento do processo pelo juiz, toda vez que este possuir a necessidade de oitiva das partes, e a realização do interrogatório passou a ser limitada. (MAIDL, 2016)

Na seara trabalhista, as partes serão inquiridas pelo juiz, podendo tal ato ser repetido, por seu intermédio, pelas partes, seus representantes ou advogados, consoante prevê o art. 820, da CLT. Após a defesa se manifestar, prosseguirá com a instrução o magistrado, de modo que este tem a possibilidade de requerer o interrogatório dos litigantes, *ex officio*, conforme alude o art. 848, caput, da CLT. Após a inquirição das duas partes, estes tem o direito de se retirar do local, e a instrução pode continuar na presença dos advogados ou representantes. (CAVALCANTE, NETO, 2018)

Nesta linha, o autor Manoel Antonio Teixeira Filho aborda que o art. 820 deve ser cominado com o art. 848 para sua efetiva compreensão. Assim, a parte apenas poderia ser reinquirida pela outra, caso o juiz designasse determinar o interrogatório, posto que este seja feito de ofício por este. Neste sentido, o referido autor alude que:

Nessa mesma linha de raciocínio – que sabemos colidente com a doutrina predominante –, entendemos que o indeferimento, pelo juiz, de requerimento da parte, no sentido de determinar que a intimação da outra, para vir a Juízo a fim de depor, não configura restrição de defesa, não sendo, pois, causa de nulidade processual, por suposto. O mesmo se diga na hipótese de, em audiência, o juiz dispensar, sponte sua, o interrogatório dos litigantes, ainda que presentes. Do conjunto desses fatos e da soma das conclusões parciais, ou intermediárias, construímos uma final: a CLT, manifestando, o traço inquisitivo do processo que ela disciplina (nada obstante haja, também, um componente de disponibilidade), não previu o depoimento das partes, como fez o atual (art. 343), mas apenas o interrogatório (art. 848), que é coisa distinta. (FILHO, 1991)

Portanto, no direito trabalhista brasileiro, tem-se que a parte tem o direito de ouvir o adverso no contexto de depoimento pessoal, além do ato do interrogatório, sob pena de descumprimento ao princípio da ampla defesa.

2.2 CONFISSÃO

A confissão se refere à admissão de um fato oposto ao próprio interesse e vantajoso à parte contrária. Isto posto, confissão é a declaração do conhecimento dos fatos contrários ao seu interesse e benéficos à parte oposta, atestados como verdadeiros pela parte que manifestou a confissão, e com valor probatório na instrução processual. (ARRUDA, 2005) Ainda, o termo confissão vem do latim *confiteri*. A confissão não se trata de pena, e sim de situação processual. (MARTINS, 2006, p. 333)

Esse conceito de confissão está presente no art. 389 do CPC, que alude que, quando a parte admite a verdade de fato contrário ao seu interesse e favorável ao do adversário, terá esta manifestado uma confissão. Nesta linha, o autor Moacyr Amaral Santos menciona que a confissão abarca três elementos inseparáveis, quais sejam, o objeto, que é o elemento objetivo, o sujeito, que é o elemento subjetivo, e a intenção.

A confissão comporta algumas classificações. De início, a confissão pode ser judicial ou extrajudicial. Esta será judicial quando realizada ante o juízo e reduzida a termo. Por outro lado, será extrajudicial quando feita, escrita ou oralmente, perante a outra parte, terceira pessoa ou inclusa em testamento.

No que tange à confissão judicial, esta pode ser espontânea ou provocada. A espontânea ocorrerá nos casos em que a parte espontaneamente fizer a confissão, de modo que será tomada a qualquer tempo na instrução processual. Já a provocada se dá no depoimento pessoal da parte. (CAVALCANTE, NETO, 2018)

Ainda, a confissão judicial pode ser expressa, também denominada real, ou tácita, igualmente chamada de ficta ou presumida. A confissão real é aquela realizada de forma expressa acerca dos fatos alegados pela parte contrária. Já a ficta é a que decorre da revelia, da falta de impugnação específica dos fatos, da falta de comparecimento ou recusa de depor ou da recusa de exhibir documento por

determinação judicial. Logo, concerne a uma presunção relativa, com possibilidade de ser omitida por outras provas.

Assim, a confissão real é aquela feita expressamente pela parte. Ou seja, a parte dispõe de maneira clara acerca dos fatos, sem pairar qualquer dúvida sobre este. Quanto à confissão real, Carlos Henrique Bezerra Leite aduz que:

O objetivo principal do depoimento pessoal das partes é a obtenção da confissão real, que é a principal prova, a chamada rainha das provas. Na confissão real, portanto, visa-se ao reconhecimento da veracidade dos fatos alegados pelas partes, obtida com seu próprio depoimento ou feita por procurador com poderes expressos para tal ato. A confissão real goza de presunção absoluta, razão pela qual: a) a parte a quem ela aproveita retira de si o ônus probando o fato confessado; b) o juiz tem o dever de acatá-la como fator determinante para o deslinde da questão, sendo-lhe ilícito, inclusive, relevar pequenos defeitos formais da petição inicial ou da defesa se improcedente o pedido; c) é indivisível, isto é, deve ser considerada por inteiro, não podendo ser aceita no tópico em que beneficia a parte e rejeitada no que lhe for desfavorável (LEITE, 2006, p. 501)

Já a confissão ficta é somente uma presunção relativa de que os fatos declarados pela parte contrária são verídicos, podendo ser elidida por outras provas que constarem nos autos. Portanto, a parte, ao negar ou afirmar um fato, faz subentender que o outro ocorreu. Ressalta-se que a confissão ficta não é absoluta, posto que pode ser desconstituída na presença de prova em contrário. (MARTINS, 2006, p. 333)

Portanto, o caráter absoluto da confissão real justifica-se pelo fato de que a parte expressamente arguiu sobre aquela matéria específica, logo o juiz não pode recusá-la. O caráter relativo da confissão, por sua vez, fundamenta-se pois a confissão irá preponderar enquanto não existir outros meios probatórios no processo passíveis a elidi-la, como a prova documental, a prova testemunhal e, até mesmo, a confissão real. (LEITE, 2006, p. 502) No entanto, configura meio de prova, pois se encontra inserida na seção II que trata do depoimento pessoal, o qual consta no Capítulo VI do CPC que trata das provas. Contudo, não tem caráter absoluto, pois pode ser contrariada por outras provas no decorrer da instrução probatória.

Cabe mencionar que a confissão é indivisível, pois a parte beneficiada não pode aceitá-la em parte e rejeitá-la quanto ao restante que lhe for desfavorável. No entanto, a confissão pode ser cindida, no momento em que a parte que a fizer lhe acrescentar fatos novos, tendentes a constituir fundamento de defesa de direito material ou de reconvenção.

Ainda, a doutrina estipula alguns critérios que a confissão deve trazer. Nesta senda, o autor Humberto Theodoro Júnior leciona:

A confissão deve conter: I – reconhecimento de um fato alegado pela outra parte; II – a voluntariedade desse reconhecimento; III – um prejuízo para o confitente, em decorrência do reconhecimento. Há, pois, um elemento subjetivo na confissão, que é o ânimo de confessar, ou seja, a intenção de reconhecer voluntariamente um fato alegado pela outra parte. E há, também, um elemento objetivo, que é o próprio fato litigioso reconhecido em detrimento do confitente. (THEODORO JÚNIOR, 2003)

Insta ressaltar que a confissão, real ou ficta, não tem efeitos no processo que versar sobre questões de direito indisponível ou na hipótese em que, havendo litisconsorte, somente um ou alguns deles fizerem a confissão. No que se relaciona ao litisconsorte unitário, Arruda Alvim afirma que:

Os efeitos da confissão se limitam ao confitente (...) não atingindo, absolutamente, os litisconsortes do processo, visto que os litisconsortes são considerados autonomamente. Assim, os atos de um litisconsorte não poderão prejudicar os demais. Por outro lado, tratando-se de litisconsórcio unitário, e, juntamente porque a decisão deverá ser igual para todos, a confissão de um litisconsorte será ineficaz em relação à determinação do resultado da decisão da causa, conquanto possa ser considerada válida em si mesma, desde que esteja revestida das formalidades. (...) Dessa forma – porque válida, mas ineficaz –, ela poderá gerar efeitos fora do processo, em relação ao confitente e à parte contrária, mas nenhum efeito poderá gerar em relação à decisão a ser proferida no feito em que foi feita. Para que se verifique a eficácia no processo, necessário será que todos os litisconsortes unitários igualmente confessem, de forma válida. (ALVIM, 2005)

Ainda, conforme art. 393 do Código Processual Civil, embora irrevogável, a confissão poderá ser anulada por meio da ação anulatória, caso o processo em que foi feita esteja pendente, ou via ação rescisória, na hipótese do processo ter a sentença transitada em julgado, existindo apenas um único fundamento, e quando produzida por erro, dolo ou coação.

Quantos aos elementos da confissão, tem-se que o elemento objetivo concerne a alegação de que apenas os fatos são suscetíveis de prova, posto que a confissão, como instrumento probatório, apenas abrange fatos, tanto os favoráveis, como os desfavoráveis ao confitente. Por sua vez, o elemento subjetivo se relaciona ao fato de que a confissão deve ser prestada pela própria parte, ou, em caráter excepcional, por procurador com poderes especiais. Já no que diz respeito ao critério intencional, a confissão presume um ato de vontade de confessar a verdade quanto a fatos, logo, está presente o *animus confitendi*. (SCHIAVI, 2011, p. 110)

Há uma divergência doutrinária sobre a confissão, pois parte dos autores acreditam que a confissão é a maior das provas existentes. No entanto, outra parte, como Mauro Schiavi, argumenta que a própria confissão real prestada pela parte em depoimento pessoal não possui caráter absoluto, de modo que, em face do princípio do livre convencimento do juiz e caráter publicista, não é possível afirmar que a confissão é a maior das provas, pois esta pode vir a ser neutralizada por outras provas do processo ou, até, pela confissão real da parte oposta. (FAGUNDES, 2013)

2.3 PROVA TESTEMUNHAL

A prova testemunhal, muitas vezes, é tida como a prova do trabalhador, pois às vezes é o único modo do empregado validar a verdade dos seus relatos. Tal fato se dá porque, em regra, os documentos atinentes ao contrato empregatício são de responsabilidade e vigia do empregado.

Essa espécie de prova é de extrema relevância à proteção de direitos do empregado, posto que, por ser este a parte hipossuficiente da relação, muitas vezes

ele é obrigado a aceitar as condições impostas pela necessidade de ter ou manter aquele emprego.

A hipossuficiência do empregado, inclusive, é um dos motivos da sistematização do *in dubio pro misero* (ou “pro operario”) por parte da doutrina trabalhista, de modo que persiste a preocupação em amparar a parte mais frágil da relação, ou seja, o trabalhador.

Existem, no entanto, critério de valoração da prova testemunhal, haja vista a importância desta prova e o zelo especial por parte do magistrado para reconhecer falácias no depoimento. Cabe ressaltar que os métodos de valorar provas sofreram alterações significativas ao longo dos anos, posto que, em antigos sistemas, a prova era valorada numa mistura de prova, religião e direito. Além deste, houve épocas em que o juiz somente quantificava as provas e outros em que cada prova possuía um valor específico. Quanto ao tema, Miguel Reale entende que:

Valorar não é o mesmo que avaliar, pois no primeiro caso se analisa a coisa sob o critério do valor: Quando se compra um quadro não se valora, mas se avalia. Em tal caso, compara-se um objeto com outros. Valorar, ao contrário, pode ser a mera contemplação de algo, sem cotejos ou confrontos, em sua singularidade, sob o prisma do valor. O crítico de arte valora um quadro ou uma estátua, porque os compreende sob um prisma valorativo, um seu “sentido” ou “significado”.

Com outro entendimento, o autor Christovão Piragibe Tostes Malta alude que:

Avaliar e valorar, contudo, são verbos sinônimos, de modo que a mencionada lição dos mestres lembrados em nada contribuiu para a teoria da prova, não logrando estabelecer diferença entre a valoração da prova e sua avaliação; valorando ou avaliando a prova, o que é a mesma coisa, o Juiz forma sua convicção resultante dos elementos que as partes lhe fornecem. A interpretação da prova, aliás, é sua avaliação ou valoração.

Nos dias atuais, o juiz tem a liberdade para valorar a prova, conforme aduz o princípio do livre convencimento motivado, e tal determinação está prevista no artigo 371 do CPC. Assim, a avaliação da prova é feita na sentença, podendo o magistrado apreciar livremente e conceder o valor à prova que julgar devido. No entanto, esse livre convencimento do magistrado não se trata de um poder subjetivo e absoluto, de modo que este deverá, na sentença, apontar as razões pelas quais aquele convencimento foi formado.

Além da previsão no Código Processual Civil, o livre convencimento motivado também foi regulamentado pela legislação trabalhista, de forma que o art. 832, caput, da Consolidação das Leis Trabalhistas aborda sobre a necessidade dos fundamentos da decisão, conforme vê-se:

Art. 832 - Da decisão deverão constar o nome das partes, o resumo do pedido e da defesa, a apreciação das provas, os fundamentos da decisão e a respectiva conclusão.

Ainda atinente ao artigo aludido, tem-se que a apreciação das provas para a formação do livre convencimento independe da parte que a tiver promovido. Ademais, o juiz poderá se utilizar de qualquer elemento presente nos autos para compor sua livre convicção, sendo prescindível a menção a esse elemento na petição inicial ou na contestação.

No entanto, embora não haja a necessidade de estarem na inicial ou contestação ou terem sido alegados diretamente pelas partes, os fatos e circunstâncias devem estar presentes no processo para que a prova seja válida. Caso não exista prova nos autos, ainda que o juiz demonstre estar convencido, este não poderá proferir uma decisão baseado apenas na convicção íntima ou nas suas impressões pessoais. (FILHO, 2003, p. 106)

O entendimento doutrinário no que diz respeito à incidência em matéria de apreciação da prova ainda é divergente. De um lado, afirma-se que, quando existem motivações a favor e contra, seria mais justo decidir em prol do empregado, por ser

a parte economicamente mais fraca, posto que as lides trabalhistas objetivem prover necessidades vitais, e não satisfazer ambições. Isto posto, a proteção ao trabalhador configuraria uma solução digna para os problemas da sociedade. No entanto, a outra parte da doutrina entende de forma diferente, alegando que o princípio *in dubio pro operário* não incide em matéria de apreciação da prova. Para tanto, o argumento é de que, para a aplicação do referido princípio, a presunção real é de não haver provas ou que estas sejam insuficientes. Como exceção, existem os casos em que estão presentes provas das duas partes quanto aos mesmos fatos alegados. Em ambos, deve-se decidir à luz do ônus objetivo da prova. Uma decisão lastreada apenas na hipossuficiência do empregado seria apenas piedosa, carente de qualquer base jurídica, o que acarretaria numa decisão fraca e passível de um futuro rejuízo por instância superior. (FILHO, 2003, p. 108)

O juiz, ao tomar o depoimento da testemunha, deve ter um olhar sobretudo atento, diante da importância deste tipo de prova. Decerto que diversos fatores influenciam na veracidade do depoimento, visto que as testemunhas, ao participar do incidente, inevitavelmente narram os fatos sob sua ótica e perspectiva dos fatos, de modo subjetivo. (CORRÊA; GIGLIO, 2007, p. 238)

Então, alguns aspectos devem ser considerados, como a circunstância que levou a testemunha a conhecer o fato, se esse conhecimento se deu de forma direta ou indireta, se a narração é equivalente aos fatos apresentados pela parte que a arrolou, o comportamento da testemunha durante o depoimento, dentre outros. (SCHIAVI, 2010, p. 655)

Nesta senda, Luciane Cardoso leciona que:

O comportamento processual das partes deve ser visto como meio de prova. As atividades das partes possuem relevância como elementos aptos a formar a convicção do Juiz, ou seja, como instrumentos instrutórios especialmente no que dizem respeito à licitude ou não de tal comportamento. O comportamento processual das partes deve ser expressão do dever de veracidade que corresponde a um princípio do processo relacionado ao Estado e às partes. O primeiro, através do Juiz pode coibir a má-fé, e as partes, pelo princípio dispositivo, devem dispor de suas armas com boa-fé. Baseia-se na *exceptio doli*, espécie de cláusula geral do processo que inadmitte a conduta contrária a boa-fé. O sistema oral coloca uma nítida possibilidade de contato do Juiz com a parte na

audiência, no momento do interrogatório da própria parte e das testemunhas. (CARDOSO, 2010, p. 655)

Outra precaução que o magistrado deve ter se refere ao reconhecimento do denominado testemunho preparado. Estes ocorrem quando os advogados, ilegalmente, instruem as testemunhas à realização de um depoimento plenamente ensaiado. Assim, alguns modos como a atuação ao depor, o que responder naquela instrução, dentre outros, são orientados, de má-fé, com a finalidade de favorecer a parte que a arrolou. (CIGOLINI, 2017)

O testemunho preparado muitas vezes acontece por meio de repetição de palavras, de modo que a uniformidade excessiva demonstra a falsidade daquela manifestação, posto que, em regra, as pessoas não presenciam os fatos da mesma forma, e tampouco o descrevem de maneira idêntica.

O art. 80, inciso V, do Código de Processo Civil, prevê que se considera litigante de má-fé aquele que proceder de forma temerária em qualquer ato do processo ou incidente. Assim, instruir testemunhas é um claro descumprimento ao artigo citado, posto que vai de encontro à lealdade processual, a boa-fé e a dignidade da Justiça, sendo punível pela Comissão de Ética da Ordem dos Advogados do Brasil.

Ainda quanto ao testemunho preparado, cabe salientar a diminuição do valor que este depoimento terá como prova. Isto decorre do fato de que a credibilidade do discurso e atuação ensaiada é reduzida bruscamente, interferindo, assim, na formação do convencimento do magistrado. (CORRÊA; GIGLIO, 2007, p. 246)

Cabe afirmar que a prova testemunhal não é imprescindível em todo e qualquer processo, podendo o magistrado refutá-la quando houver provas suficientes para a formação de seu convencimento pessoal. Todavia, o indeferimento imotivado da produção da prova testemunhal configura cerceamento de defesa e pode gerar a nulidade do processo.

Ainda, ressalta-se que a prova testemunhal é valorada pela qualidade e credibilidade do depoimento, e não pela quantidade, como ocorria no antigo sistema processual brasileiro.

Outro princípio intimamente interligado à prova testemunhal concerne ao princípio da primazia da realidade, que alude ao fato de que a verdade se sobrepõe aos documentos, e, conforme visto, a testemunha possui a obrigação de expressar em seu depoimento somente a verdade. (BORTOLOTTI, 2012, p. 50)

Cabe salientar que o juiz não tem a possibilidade de desconsiderar o que foi visto ou ouvido pelas partes em audiência, de forma que todo depoimento será valorado, conforme a íntima convicção do magistrado, avaliando a primordialidade ou não de novas oitivas testemunhais.

Uma parte da doutrina acreditava que a prova testemunhal teve seu valor reduzido, face à existência de outros meios probatórios que concedem uma maior credibilidade aos fatos. Contudo, tal reprovação ocorre, sobretudo, em face da falibilidade inerente à esta, consoante interesse da parte na confirmação dos fatos alegados. (FILHO, 2003, p. 333)

A prova testemunhal carrega uma série de riscos, posto que exista grande possibilidade de erro na decisão lastreada em testemunhos de má-fé. No entanto, cabe afirmar que, embora existam muitos casos assim, a verdade às vezes pode ser impossibilitada em razão de um mero desconhecimento da testemunha. Portanto, a falibilidade a partir de falsos testemunhos nem sempre se refere à má-fé, mas também pode ocorrer de um ato meramente culposos. (NASCIMENTO, 2007, p. 213)

A possibilidade de erros, nesse caso, é proveniente da própria mente humana, que, não intencionalmente, pode alterar a versão verídica dos acontecimentos. Ressalta-se que a memória humana é plenamente passível de falhas, de modo que não há como registrar mentalmente todas as cenas vividas. Ainda, tem-se que cada pessoa observa a situação e, até mesmo, a qualidade de suas lembranças, de maneira distinta, atribuindo valor pessoal a partir de suas crenças e costumes pessoais. Não é raro observar situações em que pessoas, tendo presenciado fato idêntico, o relatam de modo distinto.

Outro fator da falibilidade nesta questão concerne ao fato de que, em virtude da lentidão da justiça brasileira, é muito comum que o depoimento prestado pela testemunha em audiência venha a tratar de fatos ocorridos há mais de um ano atrás. Portanto, estes dois fatores podem ensejar uma deturpação não intencional da veracidade dos fatos. Com isso, pode-se afirmar que a testemunha não está imune a erros de interpretação e de memória.

Neste seguimento, o autor Mauro Schiavi traz o entendimento que:

Como todo o meio de prova que depende das percepções sensoriais do ser humano, a prova testemunhal é falível. Embora seja apontada como o meio mais vulnerável das provas, ela ainda é preponderante, não só na Justiça Comum, mas, principalmente, na Justiça do Trabalho, onde a quase totalidade das controvérsias são atinentes à matéria fática (horas extras, justa causa, equiparação salarial, etc). Em razão disso, devem os operadores do Direito (juízes, procuradores e advogados) conviver com esse tipo de prova e procurar aperfeiçoá-la com técnicas de inquirição e principalmente desenvolver a cultura da seriedade e honestidade dos depoimentos. (SCHIAVI, 2010, p. 607)

Por fim, menciona-se que o magistrado, neste aspecto, deve ter um cuidado muito grande na apreciação e valoração da prova testemunhal, em face da possibilidade de falhas nestes casos.

2.4 PROVA PERICIAL

A prova pericial consiste na declaração de ciência ou na afirmação de um juízo ou, ainda, ambas as situações. Esta é produzida, via de regra, quando existe a imprescindibilidade de uma análise técnica que o magistrado não pode apreciar de imediato, como, por exemplo, um fato médico que apenas tem a possibilidade de ser confirmado por um especialista do assunto.

Essa prova é requerida no momento em que, no procedimento sumaríssimo, assim definido em razão do valor da causa, houver previsão legal observando a

necessidade da produção, ou, ainda, quando houver a necessidade de provar o fato.

No entanto, na seara trabalhista estão previstas situações em que a produção de prova pericial é dispensada, quais sejam, quando houver pagamento espontâneo da parte contrária, ou, ainda, no momento em que a parte oposta confirma o fato narrado pela outra. Quando a parte adversa confirma o fato alegado pelo outra.

Segundo entendimento da orientação jurisprudencial da SDI-1, tanto o médico quanto o engenheiro do trabalho tem a possibilidade de produzir a prova pericial, conforme lê-se abaixo:

165. PERÍCIA. ENGENHEIRO OU MÉDICO. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. VÁLIDO. ART. 195 DA CLT(inserida em 26.03.1999)

O art. 195 da CLT não faz qualquer distinção entre o médico e o engenheiro para efeito de caracterização e classificação da insalubridade e periculosidade, bastando para a elaboração do laudo seja o profissional devidamente qualificado.

Em sede de audiência, tem-se que o magistrado determinará quem será o perito, o objeto a ser periciado e, ainda, o prazo para a realização desta perícia. Após, as partes terão o direito de indicar os assistentes técnicos para acompanhar o perito. Estes assistentes irão apresentar pareceres, possuindo um prazo igual ao conferido ao perito.

Quanto aos honorários do perito, o art. 790-B da Consolidação das Leis do Trabalho preceitua que:

Art. 790-B. A responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, ainda que beneficiária da justiça gratuita. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 1º Ao fixar o valor dos honorários periciais, o juízo deverá respeitar o limite máximo estabelecido pelo Conselho Superior da Justiça do Trabalho. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 2º O juízo poderá deferir parcelamento dos honorários periciais. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 3º O juízo não poderá exigir adiantamento de valores para realização de perícias. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 4º Somente no caso em que o beneficiário da justiça gratuita não tenha obtido em juízo créditos capazes de suportar a despesa referida no **caput**, ainda que em outro processo, a União responderá pelo encargo. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

Assim, o responsável pelo pagamento dos honorários do perito é a parte sucumbente da pretensão que requereu a produção do objeto pericial, ainda que beneficiária da justiça gratuita. O parágrafo terceiro do aludido artigo trata da ilegalidade da cobrança de pagamento de honorários periciais adiantados, de modo que cabe mandado de segurança contra decisão do juiz que exigir estes na lide concernente à relação de emprego.

Por sua vez, o pagamento do assistente técnico é feito pela parte que o contratou, posto que este não é exigível para a instrução processual. Ainda, ressalta-se que na legislação trabalhista, mesmo que a parte que tenha requisitado o assistente venha a ser beneficiada na perícia, não cabe reembolso á esta. (TORRES, 2016)

Não obstante a CLT tenha certa previsão acerca da prova pericial, cabe salientar o disposto no art. 769 da referida lei, que afirma que nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, salvo no que for incompatível com as normas, tratando justamente do processo judiciário trabalhista.

Ainda, o art. 765 da CLT concede ampla liberdade ao juiz na direção do processo, de modo que o artigo 130 do CPC dá á este o poder de deferir as provas pertinentes. No entanto, mesmo com a compreensão dos artigos citados, o juiz não

pode, uma vez deferida a perícia, produzi-la a qualquer tempo e de qualquer jeito, sobretudo depois da prova oral. Embora o CPC possua previsão distinta, o processo trabalhista segue uma sequência específica, de modo que as fases processuais e probatórias não podem ser alteradas.

No entanto, tem sido entendido que é ofensa ao contraditório e à ampla defesa o impedimento da oitiva de testemunhas, e do próprio perito, depois da conclusão do laudo pericial, consoante alude:

NULIDADE DA SENTENÇA. INDEFERIMENTO DE PRODUÇÃO DE PROVA TESTEMUNHAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. Ao tomar ciência do laudo pericial, a parte opôs-lhe impugnação. Em audiência, requereu a oitiva de testemunhas visando à desconstituição do laudo, o que foi indeferido. Caracterizado o cerceamento de defesa porque prejudicado o pleno exercício da ampla defesa (CRFB, art. 5º, LV). (Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região – Recurso Ordinário nº 0001924-64.2011.5.12.0046 - 5ª Câmara – Relatora; Desembargador Maria de Lourdes Leiria - DJ de 10.03.2014)

Essa inversão da prova pericial pela oral, inclusive, tem grande aplicação nas Varas do Trabalho da Região Sul, e, também, em São Paulo e Goiás. O procedimento, nestas, é da marcação de audiências de encerramento da instrução após a conclusão do laudo pericial, momento em que as partes utilizam para requerer a produção de prova oral exclusivamente sobre o trabalho técnico apresentado.

As informações referentes à atividade local e fornecimento de equipamentos de proteção têm grandes chances de aparecerem por meio de prova oral, como entendimento:

Embora a princípio a prova do fornecimento regular de EPIs seja cartular, mediante apresentação dos recibos de entrega dos equipamentos de proteção, na situação específica dos autos, o perito registrou informação do próprio reclamante de que durante algum tempo fez uso de protetores tipo concha, cuja entrega não estava mencionada na documentação examinada pelo louvado.” (Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região – Recurso

Ordinário nº 00177001020105020211 – 4ª Turma – Relator: Ricardo Artur Costa e Trigueiros – DJ de 14.10.2011)

Portanto, a produção de prova oral depois da conclusão da perícia permite ao magistrado não se limitar somente ao laudo pericial, podendo formar seu convencimento a partir da análise de outros elementos ou acontecimentos provados no processo. (SANTOS, 2014)

2.5 INSPEÇÃO JUDICIAL

A inspeção judicial se trata de um meio de prova lastreado na percepção sensorial direta do magistrado acerca das qualidades ou circunstâncias corpóreas de pessoas ou coisas atinentes à lide. (THEODORO, 2001, p. 427).

Este tipo de prova não é abarcada pela legislação trabalhista, de forma que o referido, ao ser utilizado no processo trabalhista, irá se adequar as normas presentes no CPC, posto que aplicadas subsidiariamente ao processo do trabalho, sem, contudo, contrariar as características deste. (FELIPE, 2015)

Nesta senda, a inspeção judicial encontra-se regulamentada pelo art. 481 do CPC, que permite ao magistrado a possibilidade de inspecionar pessoas ou coisas, com a finalidade de se elucidar acerca de fato relevante ao julgamento, sendo possível fazê-lo de ofício ou a requerimento da parte. Assim, os artigos concernentes à inspeção judicial evidenciam que:

Seção XI Da Inspeção Judicial

Art. 481. O juiz, de ofício ou a requerimento da parte, pode, em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato que interesse à decisão da causa.

Art. 482. Ao realizar a inspeção, o juiz poderá ser assistido por um ou mais peritos.

Art. 483. O juiz irá ao local onde se encontre a pessoa ou a coisa quando:

I - julgar necessário para a melhor verificação ou interpretação dos fatos que deva observar;

II - a coisa não puder ser apresentada em juízo sem consideráveis despesas ou graves dificuldades;

III - determinar a reconstituição dos fatos.

Parágrafo único. As partes têm sempre direito a assistir à inspeção, prestando esclarecimentos e fazendo observações que considerem de interesse para a causa.

Art. 484. Concluída a diligência, o juiz mandará lavrar auto circunstanciado, mencionando nele tudo quanto for útil ao julgamento da causa.

Parágrafo único. O auto poderá ser instruído com desenho, gráfico ou fotografia.

Quanto ao objeto da inspeção, pode se tratar de uma pessoa, coisa ou lugar. No que tange à pessoa, esta não precisa necessariamente estar envolvida no processo, podendo ou não ser parte. Atinente às coisas, estas podem ser móveis ou imóveis, ou até documentos de arquivos. Já o lugar será todo aquele em que a sua análise seja importante para a formação do convencimento.

Esta espécie de prova, conforme visto, pode ser requerida pela parte, e não somente instituída *ex officio* pelo juiz. No entanto, é mera faculdade do juiz deferir, posto que a parte não tem o direito de exigí-la.

A inspeção de coisa ou pessoa deve ser realizada em audiência, via de regra, designada com este objetivo. Entretanto, pode ocorrer o deslocamento do magistrado a local diverso para realizar a inspeção, toda vez que este considerar imprescindível para uma melhor observação ou compreensão dos acontecimentos fáticos; nas situações em que a coisa não puder ser a exibida em juízo sem impedimentos significativos; ou, por fim, quando for deferida a reconstituição dos fatos.

O juiz poderá ser assistido de um ou mais peritos durante a inspeção, se considerar vantajoso. Ainda, as partes têm direito de assistir à inspeção, fazendo explicações necessárias e apontamentos relevantes ao processo, de modo que

podem ser auxiliadas por técnicos de sua confiança, não atuando, estes, como assistentes técnicos processuais, mas somente dando esclarecimentos particulares. (THEODORO, 2001, p.428). Ao fim da inspeção, o julgador determinará a lavratura de auto circunstanciado, indicando todos os elementos primordiais ao julgamento do caso.

Ainda, cabe ressaltar que na inspeção judicial uma importante técnica do magistrado é a análise sensorial. Isto significa que não deve se ater somente à visão para observar a situação, mas explorar também os outros sentidos humanos, como a audição, referente aos sons e ruídos importantes; o olfato, como os cheiros e odores; o paladar, como o gosto de coisas importantes; e, ainda, o tato, para sentir os objetos da causa. (COSTA, 1972, p. 45).

Há uma divergência da doutrina quanto à natureza jurídica da inspeção judicial na seara trabalhista. A maioria dos autores defende que a inspeção judicial tem natureza jurídica de prova, como é o caso de Amauri Mascaro Nascimento. No entanto, outra parte a constata meramente como uma espécie de vistoria, feita pessoalmente pelo magistrado, de pessoas, coisas ou lugares, com a finalidade de desvendar circunstâncias relevantes ao caso processual. (ALMEIDA, 1998, p. 233).

Ainda, existem autores que não aceitam a natureza jurídica da inspeção judicial como sendo um “meio de prova” e lhe dão caráter de “meio de apreciação da prova”, fundamentando que a prova já estaria constituída ou seria resultado de ato que incidiria na inspeção. Assim, estes acreditam que a inspeção só serviria para ilustrar meros esclarecimentos do juiz. E, finalmente, outra parte doutrinária entende que a inspeção judicial no processo do trabalho seria uma espécie de complemento pericial.

A autonomia formal da prova restringe-se à segurança que esta ofereça para explicar a veracidade do caso. A aplicação da inspeção judicial tem o condão de possibilitar um julgamento mais seguro, melhor, mais real e mais completa. O juiz não deve se conformar com a verdade que lhe for apresentada somente, de modo que, sempre que este detiver o poder de apurar livremente a prova, assim o deve fazer. Cabe ao julgador intervir na instrução probatória para que os fatos sejam investigados e a verdade seja explorada.

Esta é uma das finalidades da inspeção judicial, servir como um meio seguro e válido para a obtenção da verdade, de maneira que não pode o juiz ter uma atuação limitada ou estática, devendo atuar como sujeito ativo da relação processual e usar de todos os instrumentos possíveis para a existência de uma justiça cada vez mais eficaz.

Inclusive, a via judicial deve ser vista como um meio de gerar um bem estar à sociedade. Assim, finalmente, a inspeção judicial, importante espécie de prova, deve simbolizar a fé em um Poder Judiciário mais célere e preocupado com a verdade real dos processos, a fim de possibilitar uma justiça mais adequada ao cenário brasileiro.

2.6 PROVA DOCUMENTAL

A prova documental se refere a todo material real que venha a ser demonstrado em juízo na intenção de comprovar um fato. Esta comporta algumas classificações, de modo que pode ser corpóreo ou incorpóreo e documentos públicos e particulares.

Quanto ao documento público, tem-se que este concerne àquele que possui fé pública, seja em sua forma ou no conteúdo. O art. 405 do CPC preceitua sobre este documento, o qual alude que:

Art. 405. O documento público faz prova não só da sua formação, mas também dos fatos que o escrivão, o chefe de secretaria, o tabelião ou o servidor declarar que ocorreram em sua presença.

Já o documento particular se trata daquele que não há participação de um oficial público, tendo sua previsão legal no art. 408 do CPC, consoante:

Art. 408. As declarações constantes do documento particular escrito e assinado ou somente assinado presumem-se verdadeiras em relação ao signatário.

Parágrafo único. Quando, todavia, contiver declaração de ciência de determinado fato, o documento particular prova a ciência, mas não o fato em si, incumbindo o ônus de prová-lo ao interessado em sua veracidade.

Na seara trabalhista existem alguns documentos próprios da relação de emprego, que são utilizados comumente em uma demanda trabalhista, quais sejam, a carteira de trabalho e previdência social, recibos de pagamento e quitação da rescisão contratual, cartões de ponto referentes à jornada de trabalho, dentre outros. (SIEGRIST, 2015)

A prova documental, conforme preceitua o art. 369 do CPC relativo à prova, será meio idôneo e moralmente legítimo, capaz de comprovar materialmente a existência de um fato. (FILHO, 2003)

Cabe salientar que a prova documental não se restringe somente aos meios físicos escritos, de forma que pode abarcar também, conforme preceitua Giuseppe Chiovenda:

Documento, em sentido amplo, é toda representação material destinada a reproduzir determinada manifestação do pensamento, como uma voz fixada duradouramente (vox mortua). É da maior importância, como meio de prova, variável, de resto, conforme: a) seja a manifestação de pensamento reproduzida mais ou menos conexa com os fatos da causa, pareça mais ou menos séria ou sincera; b) seja, ainda, a reprodução mais ou menos fiel e atendível. Documentos, em tal acepção, representam os mais variados sinais (limites dos prédios; sinalização das estradas). (CHIOVENDA, 2009, p. 1051)

Entretanto, apenas os requisitos expostos não são suficientes para definir o documento como meio de prova, de modo que outros elementos devem ser observados, como quanto ao autor, meio de exteriorização e conteúdo. No que diz respeito à autoria, o documento pode ser público, ou seja, criado por pessoa que esteja no exercício de função pública; privado, que é aquele firmado por particular ou

oficial que não esteja no exercício da função; autógrafo, nas situações em que há coincidência entre o autor e o fato documentado; e heterógrafo, que é quando o autor é estranho ao fato documentalmente narrado. (SANTOS, 2004, p. 546)

Existem alguns problemas que podem acontecer relativas à subscrição, que é a assinatura (ou falta desta) nos documentos, e à autenticidade. Os documentos sem assinatura são considerados anônimos, de modo que, nestes casos, há necessidade de se fazer prova da autenticidade deste. Ainda, há os casos em que existem documentos não assinados cuja autoria é conhecida, mas não há formalmente uma assinatura, como ocorre com cartas e registros domésticos, de forma que estes fazem prova em face de quem os escreveu. (SANTOS, 2004, p. 547)

No que concerne à exteriorização, os documentos podem ser escritos; gráficos, ou seja, com a presença de representações gráficas; ou diretos, propagando sua representação de maneira direta. Quanto ao conteúdo, pode-se falar dos documentos declarativos, que revelam declarações sobre o ato ou fato, e constitutivos, que denotam a ciência ou declaração de vontade.

Cabe, ainda, distinguir os documentos de instrumentos. Os instrumentos, sejam estes públicos ou particulares, fazem prova pré-constituída dos atos representados nos documentos, sendo estes o gênero documentos. No que tange aos instrumentos públicos, estes podem ser administrativos, que são os oriundos de funcionários da administração pública; judiciais, concernentes aos atos judiciais e certidões; e extrajudiciais, sendo estes as escrituras públicas, certidões de livros e notas, dentre outros.

Os documentos públicos gozam de presunção de autenticidade, enquanto que os documentos particulares somente se presumem verdadeiros perante seus signatários. Essa presunção, todavia, não é absoluta, cabendo ao magistrado a análise da eficácia probatória dos referidos documentos. (SILVA, 2001, p. 365)

A origem, validade ou autenticidade dos documentos tem o condão de serem discutidas através de incidente de argüição de falsidade documental, o qual pode ser apresentado em qualquer momento processual e grau de jurisdição. Na hipótese de

haver tal argüição no processo, será necessária a produção de prova pericial, exceto na situação da parte impugnada assentir com o desentranhamento dos autos. (SANTOS, 2004, p. 426)

Ainda, há uma distinção de processamento do incidente de acordo com a fase processual em que for exibido. Caso venha a ser oferecido antes do encerramento da instrução, este será processado nos autos principais. Se oferecido após, o processamento se dará em autos apensos.

Cabe observar quanto à utilização de cópias dos documentos originais, exatamente como foram elaborados, sendo possível ser listados alguns tipos de cópias, como o traslado, traslado de traslado, pública forma, registro, certidão, extrato e cópias comuns. (SANTOS, 2004, p. 428)

O traslado é a reprodução feita por oficial público competente de instrumento público, ao passo que o traslado de traslado concerne à reprodução de outra cópia de igual natureza, ou seja, o traslado. Por sua vez, o traslado de autos se refere à cópia que exige a presença de dois escrivões para fazer a conferência, ou seja, a comparação entre o original e a cópia, e o concerto, que se refere à correção de possíveis falhas da cópia.

Ainda, têm-se as certidões, que dizem respeito a cópias de documentos públicos ou atos judiciais, firmadas também por agentes públicos. Estas se distinguem dos traslados por não serem uma via nova do documento que lhes originou, mas sim a declaração autêntica, feita por oficial público e com as formalidades legais. (SANTOS, 2014, p. 417)

Estas espécies documentais possuem eficácia probatória idêntica à dos documentos originais. Igualmente se pode falar no que concerne aos registros públicos, posto que configurem cópias de documentos ou instrumentos, emitidos em livros de notas públicas direcionados especificamente para esse objetivo e dos quais podem ser extraídas certidões.

Existem outros tipos de cópias, que tem especificidades maiores que as citadas. Por exemplo, há a pública forma, que se refere a cópia de papel avulso,

extraída por oficial público. Já as cópias comuns são simples reproduções de documentos originais produzidas por particulares, enquanto que os extratos são apenas cópias parciais.

Estes últimos documentos abordados possuem a mesma validade probante dos documentos originais, no entanto, no momento em que estas cópias são questionadas, primeiramente deve ser constatado em via judicial e, apenas depois, certificada a conferência entre o documento original e a cópia respectiva. (SANTOS, 2014, p. 419)

2.6.1 Dos documentos eletrônicos

Segundo o autor Antônio Terêncio G. L. Marques, documento representa que uma sequência de bits que, traduzida por intermédio de um programa específico de computador, venha a ser documento representativo de um fato. (MARQUES, 2011, p. 127).

Ainda, pode ser tido como uma dada sequência de bits que, ao alcance dos sentidos humanos e com o uso de um computador e um software específico, é capaz de transmitir uma informação relevante. (MARCACINI, 2006). Isto posto, o documento eletrônico pode ser conceituado como a representação decodificada, através de uma sequência de bits, de um fato e que permita a tradução por meio de programas computacionais. Assim, concerne àquilo que possa representar um fato e que tenha sido produzido ou transmitido por meio eletrônico, ou que esteja armazenado em um arquivo digital.

No entanto, a fim de dar validade jurídica e valor probatório ao documento eletrônico, é imprescindível que alguns elementos estejam presentes, quais sejam, autenticidade, integridade, perenidade do conteúdo e tempestividade.

No que diz respeito à autenticidade, tem-se que lhe deve ser imputada uma autoria, pois as declarações contidas no documento presumem-se verdadeiras

quanto ao signatário. Assim, a autoria é dos elementos da força probante dos documentos, de modo que autenticidade implica a autoria identificável, ou seja, a viabilidade de se identificar, com grau alto de certeza, a autoria da manifestação de vontade presente no documento digital. (MARQUES, 2011, p. 133).

A autoria de um documento físico é identificável, via de regra, através da assinatura que nele consta, com exceção das situações em que os documentos não tem o costume de receber assinatura qualquer. Da mesma forma se trata a autoria de um documento eletrônico, que será identificada por intermédio da assinatura digital.

Quanto à integridade, ou segurança do documento, tem-se que, para que seja dada força probatória a um documento, este não pode ser suscetível à alterações ou alienações. Caso seja necessária a alteração, esta deve ser identificável com métodos e técnicas adequadas.

Concernente à perenidade do conteúdo, esta se trata da validade da informação ou do conteúdo ao longo do tempo. Esta pode ocorrer pelo armazenamento em pen drive, CDs e outros meios de suporte.

E, no que se refere à tempestividade. Isso porque a característica de um documento é a possibilidade de ser futuramente observado, visto que o documento projeta para o futuro acontecimentos do presente. (MARQUES, 2011, p. 137).

Além destes critérios, o valor probatório do documento eletrônico depende da aferição da data e o local do surgimento deste, posto que é um dado de extrema relevância e que interfere sobremaneira na capacidade das partes, prazo prescricional ou decadencial, dentre outros. Portanto, é primordial a definição de um momento em que certo documento começa a ter efeitos na esfera jurídica das partes. (SOARES, 2015)

Isto posto, a validade jurídica do documento eletrônico como meio probante está condicionada à verificação da autenticidade, integridade, perenidade e tempestividade do documento eletrônico. Estes critérios podem ser observados

conforme as seguintes técnicas de segurança: criptografia, assinatura digital, certificação e a autoridade certificadora.

Se o documento produzido ou transmitido em meio eletrônico for atestado como válido, cabe averiguar a possibilidade de seu uso como meio de prova à luz do ordenamento jurídico brasileiro. Existem dois sistemas legais concernentes aos meios de prova abarcados pelo ordenamento jurídico, quais sejam, o sistema enumerativo e o exemplificativo. O sistema enumerativo se trata daquele que limita os meios de prova ao enumerá-los, ao passo que o exemplificativo possibilita a utilização de outros meios não indicados, embora enumere alguns meios de provas admissíveis. (SOARES, 2015)

Quanto à previsão legal, o art. 422 do CPC aborda o seguinte:

Art. 422. Qualquer reprodução mecânica, como a fotográfica, a cinematográfica, a fonográfica ou de outra espécie, tem aptidão para fazer prova dos fatos ou das coisas representadas, se a sua conformidade com o documento original não for impugnada por aquele contra quem foi produzida.

§ 1º As fotografias digitais e as extraídas da rede mundial de computadores fazem prova das imagens que reproduzem, devendo, se impugnadas, ser apresentada a respectiva autenticação eletrônica ou, não sendo possível, realizada perícia.

§ 2º Se se tratar de fotografia publicada em jornal ou revista, será exigido um exemplar original do periódico, caso impugnada a veracidade pela outra parte.

§ 3º Aplica-se o disposto neste artigo à forma impressa de mensagem eletrônica.

Ainda, quanto a possibilidade de utilização do documento produzido ou transmitido em meio eletrônico, houve a edição da medida provisória n. 2.200-2, que, no caput do artigo 10, dispõe que são considerados documentos públicos ou particulares, para todos os fins legais, os documentos eletrônicos de que trata a referida medida provisória. Com isso, aqueles documentos produzidos com a utilização de processo de certificação disponibilizada pela ICP-Brasil ou por outra certificação são aceitos pelas partes.

Ainda, a Lei n. 11.419/06, que dispõe sobre a informatização do processo judicial, alude, no artigo 11 e parágrafos, que:

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

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

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

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

§ 4º (VETADO)

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

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

Nesta senda, notório que a utilização dos documentos produzidos ou transmitidos em meio eletrônico possui previsão legal na legislação brasileira, de modo que tem sido favorável o entendimento da sua utilização como meio probatório.

Para abordar a informação armazenada de forma eletrônica como categoria de prova diferente de documentos ou coisas, a lei processual precisa passar por mudanças. No entanto, a atuação cominada da Medida Provisória n. 2.200-2 e da

Lei n. 11.419/06 já atende de maneira satisfatória tanto a situação concernente ao emprego das técnicas de segurança e validade jurídica quanto a questão relativa às medidas de segurança que garantem a integridade e autoria, por intermédio da criptografia, assinatura digital, certificação digital e autoridade certificadora. (REINALDO FILHO, 2006)

Ressalta-se a força probatória que a Lei n. 11.419/06, em seu artigo 11, § 1º, atribuiu às cópias em relação aos documentos originais. Também, no § 2º, abordou que a arguição de falsidade do documento original será processada eletronicamente na forma da lei processual em vigor. Assim, somente a forma virou eletrônica, sem que haja a necessidade de qualquer mudança no procedimento em tela. (REINALDO FILHO, 2006)

Caso os documentos eletrônicos não cumpram os requisitos exigidos pela Medida Provisória n. 2.200-2 e pela Lei n. 11.419/06, via de regra, estes não irão valer como meio probante. Contudo, no caso concreto, o magistrado tem a possibilidade de aceitá-los como elemento de convicção e, posteriormente, analisá-los em conjunto com as outras provas do processo.

Dessa forma, constata-se que a legislação vigente não precisa de qualquer mudança para que o documento eletrônico seja colocado ao status de meio de prova. Ainda que houvesse a falta de normas jurídicas específicas, o entendimento mais aceitável seria no sentido da aplicação das regras de experiência comum e a aplicação e interpretação analógica de conceitos, institutos e procedimentos já previstos no ordenamento pátrio para a admissão e validade dos documentos eletrônicos como meio de prova. (SILVÉRIO, 2017)

Denotada a expressa previsão legal quanto ao uso dos documentos eletrônicos como meio de prova, deve ser feita uma análise quanto aos requisitos necessários para a validação de um documento físico como meio de prova e de um documento eletrônico, sobretudo, no que tange à segurança. A validação de um documento físico está relacionada à sua autoria, que ocorre através da assinatura presente no documento, dentre outros requisitos.

Quanto aos documentos eletrônicos, ocorre de maneira semelhante, de modo que estes terão sua autoria identificada a partir da assinatura, o que será, nesta situação, a assinatura digital. Isto posto, com o fim de dar maior segurança aos documentos assinados eletronicamente, a Lei n. 11.419/06 condicionou o reconhecimento e validade da assinatura digital a um certificado digital emitido por Autoridade Certificadora credenciada. (SILVÉRIO, 2017)

Este certificado digital se trata a uma identidade digital que contém o nome, registro civil, endereço, e-mail do titular, assinatura da Autoridade Certificadora que o emitiu, entre outros dados, de acordo com o requerido pela Política de Segurança de cada Autoridade. Assim, é um banco de dados com prazo de validade e equivale à cédula de identidade do sujeito.

A certificação digital se refere à autenticação de um documento pelo cartório, e a autoridade certificadora seria, neste caso, o cartório que confere fé pública aos atos e documentos produzidos em sua presença.

A distinção básica entre o documento físico e o documento eletrônico, então, se refere ao fato de que este somente possui um meio utilizado para o seu registro, ou seja, o seu suporte. E é do seu suporte que aparecem as críticas quanto à utilização dos documentos eletrônicos como meio de prova.

Uma dessas críticas diz respeito à falsidade material ou adulteração de tais documentos em face da segurança, ainda primária, que a rede mundial de computadores concede. No entanto, o fato de o documento encontrar suporte em um meio físico não o exime da falsidade material ou adulteração.

Menciona-se que, tanto o documento físico quanto o documento eletrônico são passíveis de adulteração. Entretanto, se forem preenchidas as técnicas de segurança para a validade dos documentos eletrônicos, sendo estas a criptografia, a assinatura digital e a certificação por autoridade certificadora, é mais dificultosa a adulteração de um documento elaborado ou transmitido em meio eletrônico.

Nesta senda, caso o documento físico seja aceito como meio de prova, não são observadas qualquer dificuldades na aceitação do documento eletrônico como tal.

Tal fato decorre da cominação, conforme demonstrado, da Medida Provisória n. 2.200-2 e da Lei n. 11.419/06, que preveem os requisitos de segurança para garantir validade jurídica ao documento produzido ou transmitido em meio eletrônico. Também, independente do meio ou suporte físico ou eletrônico que o documento foi produzido ou transmitido, o que se deve beneficiar é a intenção do documento, qual seja, servir como meio de prova para demonstrar a ocorrência ou veracidade dos fatos alegados com o objetivo de formar o convencimento do juiz, sendo esta a finalidade tradicional, e de a ele fornecer elementos de convicção sobre a controvérsia, além de demonstrar importância crucial na proteção e promoção da dignidade da pessoa humana, tanto na perspectiva material quanto na perspectiva processual, instituindo-se como um importante instrumento de defesa no Estado.

Assim, refutar um documento eletrônico produzido ou transmitido de acordo com a Medida Provisória n. 2.200-2 como meio probatório seria uma verdadeira afronta aos princípios da ampla defesa, que deve ser observado pela legislação trabalhista.

3. A RECEPÇÃO DOS MEIOS ELETRÔNICOS COMO INSTRUMENTO PROBATÓRIO

Atualmente, é grande e de extrema relevância a discussão e estudo acerca dos documentos presentes nos meios eletrônicos e de sua validade perante o direito brasileiro, bem como de seu desenvolvimento no direito brasileiro e em ordenamentos jurídicos estrangeiros. Com o aumento em massa do uso dos meios eletrônicos de comunicação, por meio da internet, muitos ordenamentos jurídicos não tinham preparo específico para reagir neste cenário, pois a maioria dos Estados preceitua regras de validade dos negócios jurídicos baseados em documentos escritos e memorizados sobre o papel. Nesta senda, a partir dessa novidade jurídica, passou-se a existir questionamentos sobre a natureza jurídica, os efeitos, a segurança e, sobretudo, a validade dos documentos inseridos nos meios eletrônicos.

A pouca regulamentação dos documentos nos meios eletrônicos ainda representa um obstáculo à evolução do contexto jurídico. Por isso, muitos países necessitam reformular suas leis, adequando-as à nova realidade, a fim de dar amparo legal e igualitário ao uso desse meio atual. Ainda, deve haver uma preocupação em zelar pelas condições das futuras legislações, visto que estas devem garantir a validade dos documentos digitais, dando-lhes sua real importância, pois apenas dessa forma a seara jurídica garantirá à sociedade segurança total de que os negócios foram realmente realizados, além de dotados de validade jurídica. (GANDINI, 2002)

Com a validade dos documentos eletrônicos pelo ordenamento jurídico, os sujeitos do processo não poderão negar suas obrigações assumidas no negócio em face do instrumento utilizado. Logo, na seara judicial haverá uma segurança jurídica, posto que as cláusulas que regem o negócio serão uma garantia para as partes. (BARROS, 2010)

3.1 DA ACEITABILIDADE, VALIDADE E VULNERABILIDADE DO USO DA INTERNET COMO PROVA JUDICIAL: A VALORAÇÃO DA PROVA ELETRÔNICA

Um documento, para possuir força probatória, deve ter uma autoria. É importante identificar o autor do documento, uma vez que as declarações do documento presumem-se verdadeiras quanto ao sujeito as fez e assinou. (LORENZETTI, 2008, p. 543) Nesse sentido, o próprio CPC traz regras para identificar a autoria de um documento, vide artigo 410:

Art. 410. Considera-se autor do documento particular:

I - aquele que o fez e o assinou;

II - aquele por conta de quem ele foi feito, estando assinado;

III - aquele que, mandando compô-lo, não o firmou porque, conforme a experiência comum, não se costuma assinar, como livros empresariais e assentos domésticos.

Nos documentos físicos, geralmente, a forma de identificar o autor é através de sua assinatura, isto é, um sinal, marca ou símbolo pessoal, com o fim de dar-lhe segurança, estabilidade, definitividade, fixidez, corroboração, confirmação, ratificação. (ZOCCOLI, 2000, p. 187)

O documento eletrônico, no entanto, apresenta certas peculiaridades quanto à identificação do autor. Assim, não é possível o autor firmar seu sinal/marca característico em um arquivo eletrônico, tampouco o autor firmar sua assinatura, em sentido tradicional do termo.

Portanto, algumas técnicas foram criadas que pudessem identificar a autoria de um documento eletrônico, quais sejam, as denominadas assinaturas eletrônicas. Para tratar acerca da assinatura eletrônica, Dinemar Zoccoli alude:

A Comissão das Comunidades Europeias, órgão no âmbito da União Europeia, afirma: 'Existem vários métodos de assinar documentos eletronicamente, desde métodos muito simples (como a inserção de uma

imagem digitalizada de uma assinatura manuscrita num documento feito com tratamento de texto) até métodos muito avançados (como assinaturas digitais que utilizam criptografia de chaves públicas). As assinaturas permitem que o receptor de dados confirme que os dados estão completos e inalterados, estando assim salvaguardada a sua integridade (integridade de dados)'. (ZOCCOLI, 2000, p. 180)

Por sua vez, a assinatura eletrônica se refere a uma sequência de bits, incluída em um arquivo, que identifica o autor do arquivo. O referido autor, ainda, traz o entendimento sobre a assinatura eletrônica:

No caso de um documento eletrônico, o termo 'assinatura' pode ser entendido como um 'lacre' personalizado de seu conteúdo. O 'lacre', no caso, visa garantir a integridade, enquanto o fato de apresentar atributo de personalização permite garantir a autenticidade. Nesse sentido, poder-se-ia comparar o ato de 'assinar' um documento eletrônico com o ato de colocar uma carta dentro de um envelope, fechá-lo apropriadamente e escrever a identificação do remetente no verso. É, mais ou menos, isso que a 'assinatura' eletrônica procura fazer. Ou seja, depois de fechado o envelope, não se pode mais alterar o conteúdo da carta sem deixar marcas visíveis (garantia de integridade) e, concomitantemente, esse mesmo envelope que envolve a carta contém, em si, a indicação da autoria (garantia de autenticidade). (ZOCCOLI, 2000, p. 180)

Com isto, se a assinatura tradicional tem as funções indicativa, de forma a indicar o autor, declarativa, para se declarar que o autor concorda com o que assinou, e probatória, que concretiza as funções anteriores, para que elas possam ser verificadas por outras pessoas, a assinatura eletrônica passa a ter mais duas funções, sendo estas, a de garantir a integridade, que é a garantia de que o conteúdo do documento não foi alterado, e a de garantir a autenticidade ao documento, que é a garantia de que o autor do documento é realmente quem declara ser, é o reconhecimento da firma.

No entanto, nem todas as formas de assinatura eletrônica abarcam todas estas funções. Assim, parte da doutrina aborda a distinção entre assinatura eletrônica e assinatura digital, sendo assinatura eletrônica o gênero, qualquer caractere ou símbolo eletrônico que identifica o autor e autentica o documento, e

assinatura digital uma das espécies deste gênero. Isto faz com que, além de identificar, autenticar, também seja garantida a integridade ao conteúdo.

Há uma lei que reconhece a validade do documento assinado pela internet, como forma de incentivar o uso da internet para procedimentos corriqueiros. Assim, a assinatura produzida com um clique no mouse vale tanto quanto sua versão tradicional. (PAESANI, 2008, p. 18)

Com o advento da MP 2200/01, no contexto jurídico brasileiro, a assinatura eletrônica foi regulamentada no sentido de se presumir a autoria e integridade de documentos assinados com certificado digital emitidos pela ICP-Brasil ou outros certificados, contanto que aceitos pelas partes.

Todavia, em muitos documentos eletrônicos é difícil ou impossível identificar o autor, pois ele não usa nenhum método de identificação, nenhuma assinatura eletrônica, em sentido amplo. É possível identificar o computador que gerou o documento, mas é difícil identificar o usuário quem o produziu. (LORENZETTI, 2008, p. 543)

De maneira distinta do documento em papel, que pode assim ser considerado sem assinatura, o documento eletrônico inexistente se não houver uma assinatura eletrônica.

Acerca da imputação da declaração, ou seja, da identificação do autor, e vulnerabilidade dos documentos eletrônicos, o autor Ricardo Luis Lorenzetti alude que:

O sujeito pode dizer que a declaração do computador ou do programa não obedece às suas instruções, ou que não é de sua propriedade, ou que foi utilizado por um terceiro, ou que interferiu ilegalmente, ou que outra pessoa enviou uma mensagem em seu nome, ou que se encontrava em estado de inconsciência, ou que houve erro, violência ou incapacidade. Como veremos mais extensivamente ao analisar os estados subjetivos, o problema do meio eletrônico é que, apesar de ser um instrumento material, possui uma capacidade de mediação muito superior às outras ferramentas conhecidas, e pode ocultar, tornar opaco ou, inclusive, dissolver a figura de quem o utiliza. (LORENZETTI, 2008, p. 543)

Assim, mesmo que o documento contenha alguma forma de assinatura eletrônica, esta assinatura deve ser confiável, ou seja, deve ser única em relação à pessoa e somente por ela controlada; deve estar vinculada ao conteúdo, de forma que se o conteúdo for mudado, seja viável observar a alteração e invalidar a assinatura; possa ser verificável a qualquer tempo.

Logo, basta questionar a autoria do documento eletrônico ou atestar que é um documento anônimo que sua eficácia probatória restará suspensa até prova em contrário. Em situações específicas, nem a perícia servirá para se identificar o autor, fazendo com que o documento perca sua força probante. (MORAES, 2011)

No que tange à autenticidade dos documentos eletrônicos, tem-se que um documento autêntico é aquele do qual se têm a certeza que procedeu do autor nele indicado. O Código de processo Civil determina que é autêntico o documento que tem a firma do signatário reconhecida pelo tabelião.

Se não for impugnada a autenticidade do documento particular, ele provará que o autor fez a declaração que lhe é atribuída. A relevância de se garantir a autenticidade de um documento é para obstar que o documento seja impugnado e seja imprescindível a realização de uma perícia para se identificar o verdadeiro autor do documento. Assim, se utiliza do reconhecimento de firma prévio à juntada do documento ao processo. (MORAES, 2011)

Em diversos arquivos eletrônicos inexistem autoria ou assinatura, restando impossível verificar sua autenticidade. Naqueles documentos eletrônicos em que a autoria é verificada por assinatura eletrônica em sentido amplo, também não existe procedimento técnico para o tabelião reconhecer a firma, para que o documento tenha sua autenticidade atestada.

Em caso do documento eletrônico, seu reconhecimento torna-se ainda mais difícil, pois não há formas de se comprovar a firma do documento tratada no próximo tópico, tampouco sua autenticidade. (MORAES, 2011)

Existe a presunção de autenticidade nos documentos eletrônicos assinados digitalmente, seja com o uso de certificado digital emitido pela ICP-Brasil ou outro certificado aceito pelas partes, pela Medida Provisória nº. 2.200/2001. Desta forma, torna-se fácil repudiar documentos eletrônicos que não foram assinados ou que foram assinados eletronicamente com outro método que não o uso de certificados digitais, uma vez que eles perdem sua autenticidade. (CRISTINA, 2016)

No que diz respeito a integridade dos documentos eletrônicos, estas também geram influencia na força probante dos documentos. A integridade demonstra a veracidade das declarações constantes no documento.

Pode ser visto no Código de Processo Civil que as declarações constantes do documento particular, escrito e assinado, ou somente assinado, presumem-se verdadeiras em relação ao signatário. Quando, todavia, contiver declaração de ciência, relativa a determinado fato, o documento particular prova a declaração, mas não o fato declarado, competindo ao interessado em sua veracidade o ônus de provar o fato.

No entanto, como a maioria dos documentos eletrônicos não possuem autoria, esta determinação algumas vezes não pode ser aplicada. E, ainda que se conheça a autoria, é preciso garantir que o documento não sofreu alteração em seu conteúdo.

Arquivos eletrônicos que são transferidos, via email, downloads, etc, podem ser facilmente modificados durante o seu transporte. Uma alteração na sequência binária do documento já mudará seu conteúdo e o documento não terá mais integridade.

De acordo com Breno Munici Lessa:

Não estando presos aos meios em que forem gravados, os documentos eletrônicos são prontamente alteráveis, sem deixar qualquer vestígio físico. Textos, imagens ou sons, são facilmente modificados pelos próprios programas de computador que os produziram, ou se não, por outros programas que permitam editá-los, byte por byte. (LESSA, 2015)

Em face da facilidade de interceptação e alteração dos documentos eletrônicos, bem como pela velocidade de processamento das transações, o potencial para fraude é ainda alto.

O mesmo autor ainda afirma:

Neste ponto, não há como garantirmos que qualquer documento foi alterado, tampouco por quem foi alterado. Portanto, a integridade do documento eletrônico só poderia ser confirmada se pudéssemos assegurar que o documento não foi atacado ou não sofreu alterações ou adulterações de conteúdo. Isto é praticamente impossível, principalmente nos computadores pessoais.

Existem técnicas mais conhecidas para se garantir a integridade de um arquivo eletrônico, que são através do uso da certificação digital e criptografia. Assim, caso seja impugnada a integridade do conteúdo do documento eletrônico, este igualmente terá sua força de prova suspensa até prova em contrário.

Concernente à cópia e original dos documentos eletrônicos, um documento original possui maior força probante que sua cópia. Todavia, tanto o Código Civil como o CPC trazem casos em que as cópias possuem mesma força probante que os originais. (CRISTINA, 2016)

Quanto às reproduções eletrônicas ou mecânicas de fatos ou coisas, como por exemplo, reproduções fotográficas, cinematográficas ou fonográficas, entre outras, estes fazem prova plena destes fatos ou coisas. Entretanto, se contra quem foram apresentados tais documentos, impugnar sua autenticidade, será necessária a realização de perícia. E, no caso de documentos eletrônicos, a perícia será sempre através da computação forense. A cópia autenticada de reproduções fotográficas ou obtidas por outro processo de repetição valem como certidão. Ressalta-se, apenas, que uma fotografia deve estar acompanhada do respectivo negativo. (MORAES, 2011)

Quanto à problemática das fotografias digitais, vez que para serem admitidas deveriam estar acompanhadas de seus negativos e, como não o possuem, para uma dúvida se devem ou não ser aceitas, ou se deve ou não ser aplicado este dispositivo no caso das fotografias digitais. Face o uso cada vez mais comum de documentos eletrônicos no processo, as Leis nº. 11386/06 e 11419/06 alteraram o CPC para disciplinar o uso destes documentos, dando mesma força probante dos originais às cópias reprográficas, extratos digitais ou às reproduções digitalizadas. (MORAES, 2011)

Acerca dessas mudanças, Breno Munici Lessa afirma que:

Conforme se observa, as cópias, apesar de ainda terem bastante importância em nosso direito, já são cada vez mais igualadas aos originais. Os extratos digitais e os documentos digitalizados, apesar de necessitarem da fé do advogado, têm a mesma força probante dos originais no processo eletrônico.

Cabe fazer uma distinção entre cópia de documentos eletrônicos e cópias reprográficas, extratos digitais e reproduções digitalizadas, posto que esta distinção serve para estabelecer a forma que estes documentos serão juntados no processo.

As mudanças provenientes do CPC deram a mesma força probante aos extratos digitais de banco de dados eletrônicos, reproduções digitalizadas e cópias reprográficas, contanto que fossem declaradas autênticas pelo advogado ou por quem as emitiu. Tais alterações surgiram para ser possível juntar nos processos que tramitam em papel as “cópias” de documentos eletrônicos.

Ainda assim, o Colendo Superior Tribunal de Justiça refutou a cópia impressa de comprovante de pagamento de custas feito pelo internet, considerando deserto um recurso:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL INTERPOSTO EM FACE DE DECISÃO QUE NEGOU SEGUIMENTO AO RECURSO ESPECIAL. DOCUMENTO EXTRAÍDO DA INTERNET. AUSÊNCIA DE FÉ PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE DE OPOSIÇÃO CONTRA O STJ. DECORRÊNCIA DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.200/01. JUNTADA DE DOCUMENTO EM SEDE DE AGRAVO REGIMENTAL. INADMISSIBILIDADE. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. INCIDÊNCIA DO ART. 511, CAPUT, DO CPC. MULTA DO ART. 557, § 2º, DO CPC. RECURSO IMPROVIDO.

(AgRg no RESP Nº 1.103.021 - DF (2008/0250650-8) REL : MIN LUIS FELIPE SALOMÃO)

O Ministro fundamentou, no seu voto, sua decisão de não aceitar a cópia impressa do comprovante de pagamento extraído da internet em vista do documento não estava assinado digitalmente, tendo validade apenas entre o Banco que emitiu o documento e o correntista que pagou a guia de recolhimento, muito embora a cópia impressa contivesse declaração de autenticidade feita pelo Banco que emitiu o documento. (CRISTINA, 2016)

Assim, a legislação não trata mais sobre a “cópia impressa” de documentos eletrônicos, salvo extratos digitais de banco de dados. Dessa forma, não há disciplina legal quanto à força probante de “cópias impressas” de páginas da internet para serem juntadas em processos que tramitam “em papel”, por exemplo.

Defronte à esta omissão, para evitar a impugnação destas “cópias impressas” e tendo em vista a dinamicidade do conteúdo destas páginas, muitos advogados passaram a adotar o uso das atas notariais.

De igual modo, em relação às cópias eletrônicas de documentos eletrônicos, a lei é omissa. Porém, cabe trazer uma observação que dentre dois documentos eletrônicos idênticos não é possível auferir qual é o original e qual é cópia (CRISTINA, 2016)

De toda a forma, ao se juntar num processo que tramita por meio eletrônico a cópia eletrônica de um documento eletrônico, é importante conservar o documento eletrônico originário, para que seja possível a realização de perícia nos casos deste documento ser impugnado.

3.2 UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DOS MEIOS ELETRÔNICOS COMO PROVA JUDICIAL

Nos dias atuais, as redes sociais estão sendo utilizadas como meio de prova em processos judiciais. De acordo com o levantamento mais recente do site e serviço de rede social Facebook, realizado no último trimestre de 2014, 45% de toda população brasileira acessa a plataforma mensalmente. (CRISTINA, 2016)

Há, ainda, as postagens e fotos extraídas das redes sociais que são utilizadas de diversas maneiras, como por exemplo, para contraditar testemunhas por amizade íntima, respaldar aplicação de demissão por justa causa, como em casos em que o empregado mostra atestado médico para fundamentar sua ausência e aparece em viagens ou passeios nas redes sociais, ou em casos em que o empregado utiliza as redes sociais para depreciar a empresa e seus empregadores, dentre outros, comprovando a veracidade dos documentos extraídos das redes sociais, através de autenticação em ato cartorial. (CRISTINA, 2016)

Quanto aos entendimentos jurisprudenciais, em decisão recente a 12ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 02ª Região manteve a decisão do Juiz de primeiro grau que aplicou a pena de confissão quanto à matéria de fato, multa de má fé consistente em 1% sobre o valor da causa e indenização de 20% sobre o valor da causa face ao comportamento temerário do autor, que faltou a uma das audiências, em ação na qual buscava o reconhecimento de vínculo empregatício com a empresa. Para fundamentar a falta à audiência de instrução e evitar a revelia, ele apresentou atestado médico de dez dias de repouso domiciliar, entretanto, a empresa, apresentou cópias autenticadas por ata notarial do perfil do operador na rede social, comprovando que, naquela data, ele estava em um parque turístico.

Em outro processo, a 6ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 03ª Região manteve a decisão do Juiz de primeiro grau que concluiu pela inexistência de personalidade negando, assim, o vínculo de empregatício entre as partes. Para

formação de seu convencimento o magistrado usa de prints retirados da rede social Facebook. (CRISTINA, 2016)

Ainda, um e-mail também pode ser utilizado como prova para fundamentar ação monitória, desde que o magistrado se convença da veracidade das informações e que a validade da correspondência eletrônica seja verificada com os demais elementos apresentados pelo autor da cobrança. A decisão foi tomada pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça ao julgar recurso interposto por uma devedora que questionou a prova apresentada pela autora da ação para perceber uma dívida de nove mil e trezentos reais, aproximadamente.

É notório que os tribunais do trabalho já vêm entendendo no sentido de adotar os meios eletrônicos como meio probatório, sendo grande seu impacto no contexto jurídico e social, conforme vê-se:

MENSAGEM ELETRÔNICA. VALIDADE COMO MEIO DE PROVA. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE. O email-, como documento eletrônico, pode ser utilizado como meio de prova válido e goza de presunção de veracidade. A alegação de invalidade da prova há que ser comprovada por quem alega.

(TRT-1 - RO: 12747520115010061 RJ, Relator: Marcos Cavalcante, Data de Julgamento: 18/07/2012, Sexta Turma, Data de Publicação: 2012-07-26)

EMENTA: ELEIÇÕES 2016. REPRESENTAÇÃO. PROPAGANDA PAGA NA INTERNET. FACEBOOK. VEDAÇÃO. APLICAÇÃO DE MULTA. PROVA DA OCORRÊNCIA POR MEIO DE ESPELHO DA TELA DO COMPUTADOR (PRINTSCREEN). VALIDADE. PROVEDOR DE CONTEÚDO. RESPONSABILIZAÇÃO. REQUISITOS. RECURSOS PROVIDOS EM PARTE. 1. O art. 57-C da Lei nº 9.504/1997 proíbe a veiculação de qualquer tipo de propaganda paga na internet, sujeitando-se o infrator à multa prevista no seu § 2º. 2. A impressão do espelho da tela do computador (printscreen) é válida como meio de prova. Inteligência do art. 369 do CPC. 3. O provedor de conteúdo, no caso o Facebook, pode ser responsabilizado, na forma do art. 57-F, combinado com o art. 57-C, § 2º, da Lei nº 9.504/1997, pela não retirada tempestiva de material publicitário irregular, mas não pela resistência em fornecer informações sob sua guarda, hipótese para a qual o juízo pode lançar mão das astreintes, o que não ocorreu. 4. Recursos eleitorais parcialmente providos.

(TRE-PR - RE: 5436 SÃO JOSÉ DOS PINHAIS - PR, Relator: ADALBERTO JORGE XISTO PEREIRA, Data de Julgamento: 23/11/2016, Data de Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 23/11/2016)

Já existem Tribunais Regionais do Trabalho que firmaram posicionamento no sentido de conhecer a demissão por justa causa de empregados que curtem comentários feitos por outras pessoas ou mesmo fazem comentários ofensivos à empresa em que trabalham ou a um de seus sócios, sob o argumento de que a prática caracteriza ato lesivo a honra e boa fama contra o empregador, o que configura a justa causa conforme a letra k do artigo 482 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Conforme alude a MM. Juíza Patrícia Glugovskism, em processo tramitado no TRT da 15ª Região ao se manifestar sobre postagem e curtidas de empregados ofensivas à seu empregador:

O fato é grave, posto que se sabe o alcance das redes sociais (...). A liberdade de expressão não permite ao empregado travar conversas públicas em rede social ofendendo a sócia proprietária da empresa, o que prejudicou de forma definitiva a continuidade de seu pacto laboral.

Tem-se que a utilização de mídia eletrônica e redes sociais pode ser utilizada como meio de prova válida, inexistindo na legislação trabalhista brasileira uma norma em sentido contrário.

Tais provas podem ser utilizadas tanto em favor do empregado como do empregador, bastando para isso que preencham os requisitos legais.

No entanto, ainda é lento o processo atinente a regulamentação da utilização desses meios de prova eletrônicas, de modo que, atualmente, com o avanço constante dos meios tecnológicos, deveria haver uma regulamentação diversa ou mesmo uma lei a ser editada pelo congresso nacional, de modo a não restar mais quaisquer dúvidas quanto a legalidade de tais documentos, e, assim,

vindo a regulamentar já existe na prática, mesmo que o entendimento jurisprudencial já se manifeste de forma favorável.

CONCLUSÃO

No presente trabalho, buscou-se abordar acerca dos impactos do avanço tecnológico no âmbito probatório do processo do trabalho. Em primeiro passo, tem-se que o processo se trata de um mecanismo utilizado pelo estado para atingir a resolução de conflitos. Contudo, não basta somente que o magistrado que presida o processo se atenha tão somente a julgá-lo de forma puramente técnica. É imprescindível que a controvérsia instaurada seja solucionada de modo mais equânime possível. Cabe afirmar que a prova tem origem na necessidade do julgador expor o direito, advindo da análise da existência de fatos e/ou atos capazes de interferir na produção das consequências jurídicas reivindicadas. Assim, as provas são os meios processuais ou materiais considerados idôneos pelo ordenamento jurídico para demonstrar a verdade, ou não, da existência e verificação de um fato jurídico.

Clarividente que a prova é de extrema relevância ao processo, de modo que, sem a utilização da mesma, seria impossível garantir aos litigantes uma ordem jurídica justa. Não obstante o direito à prova não esteja no rol de institutos fundamentais do direito processual, quais sejam, a jurisdição, ação, defesa e processo, este ocupa posição de extrema relevância no sistema processual. Assim, o direito brasileiro reconhece como meios legais de prova àqueles que não atentem contra a moral e os bons costumes. Com base nestas ponderações, a prova é definida, no âmbito processual, como instrumentos admitidos pelo direito como idôneo para demonstrar a veracidade ou não de determinado fato, com o escopo de formação da convicção do órgão julgador da ação.

Foi abordada a natureza jurídica da prova, afirmando que a doutrina apresenta algumas correntes. A primeira corrente defende que a natureza das leis sobre a prova é de direito material. A segunda corrente fornece ao direito à prova, a natureza de direito processual. A terceira corrente afirma que a natureza das leis sobre a prova é mista, abarcando o direito material e processual. A quarta corrente leciona que algumas normas terão natureza jurídica de direito material e outras de

direito processual. Por fim, a quinta corrente atribui à prova uma natureza jurídica especial.

No que se refere ao objeto de prova, este pode ser definido como os fatos que se pretende demonstrar em juízo, ou seja, é o fato que se quer provar. Não se deve confundir, outrora, objeto da prova com objeto de prova, que consiste em saber o que se deve provar, como por exemplo, os fatos notórios, que não precisam ser provados. Ou seja, o objeto da prova são os fatos, haja vista que o Direito deve ser conhecido pelo magistrado. Apenas os fatos que forem pertinentes ao processo, ao mesmo tempo, forem controversos que, de fato, devem ser provados.

Quanto à finalidade da prova, pôde ser verificado que toda prova possui, como finalidade basilar no âmbito processual, formar a convicção do juiz sobre os fatos alegados pelas partes, seja na peça incoativa ou na contestação. A prova, portanto, além formar o convencimento do juízo, deverá, principalmente, nortear a sua decisão, considerando que, diante do princípio da persuasão racional, adotado pelo CPC, exige que a decisão sobre um determinado fato não pode se contrapor a prova existente nos autos, sob pena da referida decisão ser considerada nula. Ou seja, ao magistrado não mais é permitido pautar sua decisão com base, somente, em sua livre convicção, de forma a assegurar aos jurisdicionados, a segurança jurídica.

No que concerne à principiologia da prova, a doutrina, por sua vez, tratou de elencar os diversos princípios probatórios, considerados mais ou menos relevantes. No presente trabalho, fez-se de suma relevância mencionar os princípios considerados imprescindíveis à compreensão do tema. No que concerne ao princípio da imediação, tem-se que imediação significa contiguidade ou proximidade. Assim sendo, o princípio supracitado baseia-se na credibilidade da prova, em que é necessário que esta seja submetida ao crivo do magistrado, além, obviamente do crivo do contraditório.

Quanto ao princípio da paridade das armas probatórias, tem-se que esse princípio emana dos princípios da isonomia e do contraditório. Isto posto, haja vista a Constituição Federal pregar que todos são iguais perante a Lei e o Código de Processo Civil impor a garantia de igualdade de tratamento das partes pelo juízo, é

possível afirmar que o princípio supracitado vem proteger a garantia de fornecimento, pelo juiz, das mesmas possibilidades de produção e impugnação das provas.

Ainda, há o princípio da atipicidade dos meios probatórios, que alude que os meios de provas para serem considerados válidos não necessitam estar tipificados. Assim, mesmo que um meio de prova não esteja tipificado em lei, seja na legislação processual civil ou mesmo trabalhista, ainda assim poderá ser considerado como válido, bastando apenas que seja moralmente legítima. Por sua vez, o princípio da licitude das provas é intrínseco ao princípio mencionado no tópico anterior. Tal fato decorre da motivação de que, além das provas poderem ser consideradas como típicas e atípicas, há ainda outra classificação, qual seja, lícitas e ilícitas.

As provas ilícitas podem ser assim conceituadas quando diretamente produzidas através da transgressão a liberdades individuais presentes na Constituição Federal, ou quando são derivadas de outras provas ilícitas, o que denomina a doutrina de teoria dos frutos da árvore envenenada, devidamente regulamentada pelo Código Processual Penal em seu art. 157. Logo, é incontroverso que o processo penal seja uma base para conceituação da proibição da prova ilícita, posto que, conforme de conhecimento, na seara processual a produção das provas é deferida a polícia, em uma fase pré-processual, onde se faz necessária a restrição da obtenção de provas mediante violação de direitos fundamentais. No entanto, há que se destacar a possibilidade de exceção a regra, onde parte da doutrina que a produção de prova ilícita poderá ser deferida pelo próprio magistrado, respeitando, assim, o princípio da proporcionalidade e ponderação dos direitos fundamentais que norteiam essa relação.

Em segundo plano, houve a abordagem dos meios de provas em espécie na seara trabalhista. Quanto ao interrogatório das partes, tem-se que o interrogatório concerne a uma espécie de depoimento pessoal e, neste, o juiz tem a possibilidade, de ofício, em qualquer estado do processo, de designar o comparecimento pessoal das partes, com o objeto de interrogá-las sobre os fatos da causa, conforme alude o art. 385 do Código de Processo Civil. No que tange à confissão, esta se refere à admissão de um fato oposto ao próprio interesse e vantajoso à parte contrária. Isto

posto, confissão é a declaração do conhecimento dos fatos contrários ao seu interesse e benéficos à parte oposta, atestados como verdadeiros pela parte que manifestou a confissão, e com valor probatório na instrução processual.

Já a prova testemunhal, muitas vezes, é tida como a prova do trabalhador, pois às vezes é o único modo do empregado validar a verdade dos seus relatos. Tal fato ocorre, via de regra, pois os documentos atinentes ao contrato de emprego são de responsabilidade e vigia do empregado. Por outro lado, a prova pericial consiste na declaração de ciência ou na afirmação de um juízo, ou, ainda, nas duas situações. Esta é produzida, geralmente, quando há a imprescindibilidade de uma análise técnica que o magistrado não pode apreciar de imediato, como, exemplificativamente, um fato médico que apenas tem a possibilidade de ser confirmado por um especialista do assunto.

Há a inspeção judicial, ainda, como outro meio de prova, que se trata de um meio de prova lastreado na percepção sensorial direta do magistrado acerca das qualidades ou circunstâncias corpóreas de pessoas ou coisas atinentes à lide. Ainda, a prova documental se refere a todo material real que venha a ser demonstrado em juízo na intenção de comprovar um fato. Esta comporta algumas classificações, de modo que pode ser corpóreo ou incorpóreo e documentos públicos e particulares.

Nesta senda, quanto ao tema de documentos eletrônicos, estes se tratam de um documento que é representado por uma sequência de bits que, traduzida por intermédio de um programa específico de computador, venha a ser documento representativo de um fato. Ainda, pode ser tido como uma dada sequência de bits que, ao alcance dos sentidos humanos e com o uso de um computador e um software específico, é capaz de transmitir uma informação relevante.

No que se refere à distinção básica entre o documento físico e o documento eletrônico, tem-se que se refere ao fato de que este somente possui um meio utilizado para o seu registro, ou seja, o seu suporte. E é do seu suporte que aparecem as críticas quanto à utilização dos documentos eletrônicos como meio de prova. Existem críticas no que tange à falsidade material ou adulteração de tais documentos em face da segurança, ainda primária, que a rede mundial de

computadores concede. Entretanto, o fato de o documento encontrar suporte em um meio físico não o exime da falsidade material ou adulteração.

Por fim, quanto a recepção dos meios eletrônicos como instrumento probatório, foi tratado sobre a aceitabilidade, validade e vulnerabilidade do uso da internet como prova judicial e, assim, da valoração da prova eletrônica. Nesse sentido, Um documento, para possuir força probatória, deve ter uma autoria. É importante identificar o autor do documento, uma vez que as declarações do documento presumem-se verdadeiras quanto ao sujeito as fez e assinou.

Foi visto que nos documentos físicos, geralmente, a forma de identificar o autor é através de sua assinatura, ou seja, por meio de um sinal, marca ou símbolo pessoal, com o fim de dar-lhe segurança, estabilidade, confirmação, ratificação, dentre outros. O documento eletrônico, no entanto, apresenta certas peculiaridades quanto à identificação do autor. Assim, não é possível o autor firmar seu sinal/marca característico em um arquivo eletrônico, tampouco o autor firmar sua assinatura, em sentido tradicional do termo.

Diferentemente do documento em papel, que pode assim ser considerado sem assinatura, o documento eletrônico inexistente se não houver uma assinatura eletrônica. Logo, ainda que o documento contenha alguma forma de assinatura eletrônica, esta assinatura deve ser confiável, ou seja, deve ser única em relação à pessoa e somente por ela controlada; deve estar vinculada ao conteúdo, de forma que se o conteúdo for mudado, seja viável observar a alteração e invalidar a assinatura; possa ser verificável a qualquer tempo.

Quanto à integridade dos documentos eletrônicos, notório que estas também possuem grande influência na força probante dos documentos. A integridade tem por escopo demonstrar a veracidade das declarações constantes no documento. No que diz respeito às reproduções eletrônicas ou mecânicas de fatos ou coisas, como por exemplo, reproduções fotográficas, cinematográficas ou fonográficas, entre outras, estes fazem prova plena destes fatos ou coisas. Todavia, se contra quem foram apresentados tais documentos, impugnar sua autenticidade, será necessária a realização de perícia. E, no caso de documentos eletrônicos, a perícia será sempre através da computação forense. A cópia autenticada de reproduções fotográficas ou

obtida por outro processo de repetição vale como certidão. Ressalta-se, apenas, que uma fotografia deve estar acompanhada do respectivo negativo.

Quanto à análise jurisprudencial dos meios eletrônicos como prova judicial, tem-se que, quanto aos entendimentos jurisprudenciais, em decisão recente de uma das turmas Tribunal Regional do Trabalho da segunda região preservou a decisão do Juiz de primeiro grau que aplicou a pena de confissão quanto à matéria de fato, multa de má fé consistente em um por cento sobre o valor da causa e indenização de vinte por cento sobre o valor da causa em decorrência do comportamento do autor, que faltou a uma das audiências, em ação cuja lide se tratava da busca de reconhecimento de vínculo de emprego do autor com a instituição. Nesta linha, ainda, foi visto que um dos fundamentos para a falta à audiência de instrução e para evitar a revelia, foi à apresentação de atestado médico de dez dias de repouso domiciliar. Contudo, a empresa apresentou cópias autenticadas por ata notarial do perfil do operador na rede social, comprovando que, naquela data, ele estava em um parque turístico.

Pôde ser observado que existem, atualmente, Tribunais Regionais do Trabalho que adotam o posicionamento no sentido de conhecer a demissão por justa causa de empregados que dão curtidas em comentários feitos por outras pessoas ou mesmo fazem comentários ofensivos à empresa em que laboram ou a um de seus sócios, sob o argumento de que a prática caracteriza ato lesivo a honra e boa fama contra o empregador, o que irá configurar a justa causa conforme a letra k do artigo 482 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Ainda, tem-se que a utilização de mídia eletrônica e redes sociais pode ser tida como meio de prova válida, inexistindo na legislação trabalhista brasileira uma norma em sentido contrário. Tais provas podem ser utilizadas tanto em favor do empregado como do empregador, bastando para isso que preencham os requisitos legais.

Contudo, mesmo com o exposto, ainda é clara a lentidão referente ao processo relativa a regulamentação da utilização desses meios de prova eletrônicas, de maneira que, nos dias atuais, em face do progresso cada vez maior dos meios tecnológicos, se faz notória a importância de uma regulamentação

diversa ou mesmo uma lei a ser editada pelo congresso nacional, de forma a não restar mais dúvidas quanto a legalidade de tais documentos, e havendo, nesse sentido, a regulamentação que em termos práticos já existe, ainda que a jurisprudência venha manifestando entendimento favorável a esta discussão.

REFERENCIAS

ALMEIDA, Amador Paes de. **CLT comentada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

ALMEIDA, Cleber Lúcio de. **Direito processual do trabalho**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*, v. 2, 6ª ed., 2005. P. 556.

BARROS, Mauro Pinheiro Alves Felipe. A utilização de documentos eletrônicos na atividade empresarial. JUS, 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/17586/a-utilizacao-de-documentos-eletronicos-na-atividade-empresarial>>. Acesso em: 29 mai. 2018

BORTOLOTTO, Cristiane de Souza Rodrigues. A prova oral no processo do trabalho: aspectos relevantes- Porto Alegre: Paixão, 2012, p. 50.

BRASIL. Código de Processo Civil. **Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 23 mai. 2018

_____. Consolidação das Leis do Trabalho. **Lei nº 13.467 de 13 de julho de 2017**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm>. Acesso em: 21 mai. 2018

_____. Orientação **Jurisprudencial n. 165 da Seção de Dissídios Individuais Subseção 1**. Disponível em: <<https://www.legjur.com/sumula/busca?tri=tst-sdi-i&num=165>>. Acesso em: 05 jun. 2018

_____. **Lei nº 11.419 de 19 de Dezembro de 2006**. Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11419.htm>. Acesso em: 02 jun. 2018

CAMBI, Eduardo. **Curso de direito probatório**. Curitiba: Juruá, 2014.

_____. **Direito constitucional à prova no processo civil.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

CARDOSO, 2001, p. 132 apud SCHIAVI, 2010, p. 655.

CESÁRIO, João Humberto. **Provas no Processo do Trabalho.** De acordo com o Novo Código de Processo Civil. Cuiabá: Instituto JHC, 2015.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil.** 4 ed. Campinas: Bookseller, 2009. p.1051.

CIGOLINI, Adriana Viegas. A valoração da prova testemunhal no processo do trabalho. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XX, n. 165, out 2017. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19684>. Acesso em 01 jun 2018.

CRISTINA, Pamela. As redes sociais como meio de prova na justiça do trabalho. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIX, n. 145, fev 2016. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16805>. Acesso em: 02 jun 2018.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti. A validade jurídica dos documentos digitais. **Jus**, 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3165>>. Acesso em 02 jun. 2018.

GIGLIO, Wagner D.; CORRÊA, Claudia Giglio Veltri. **Direito processual do trabalho.** 16. ed. rev., ampl. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 246.

FAGUNDES, Amanda. Da confissão real e ficta no processo do trabalho. Estudo Justrabalhista, 2013. Disponível em: <<http://estudojustrabalhista.blogspot.com/2013/04/da-confissao-real-e-ficta-no-processo.html>>. Acesso em: 22 mai.2018

FELIPE, Renata Ribeiro. A inspeção judicial sobre pessoas ou coisas como meio de prova no direito do trabalho. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVIII, n. 135, abr 2015. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15971>. Acesso em 02 jun 2018.

FERREIRA, Fábio Maciel. Meios de prova no processo do trabalho. Artigos, 2010. Disponível em: <<https://www.artigos.etc.br/meios-de-prova-no-processo-do-trabalho.html>>. Acesso em: 28 mai. 2018

FILHO, Manoel Antonio Teixeira. A prova no Processo do Trabalho. 8 ed. São Paulo: Ltr, 2003. p. 106.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. O depoimento pessoal e o Processo do Trabalho. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XI, n. 50, fev 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4355&revista_caderno=25>. Acesso: 18 mai. 2018

LESSA, Breno Munici. **A invalidade das provas digitais no processo judiciário. Jus, 2015**. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/14555/a-invalidade-das-provas-digitais-no-processo-judiciario/print>> . Acesso em: 22 mai 2018.

LORENZETTI, Ricardo L. Contratos “Eletrônicos”. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (coods). **Direito & Internet: Aspectos Jurídicos Relevantes**. Vol II. São Paulo: Quartier Latin, 2008. P.543

MAIDL, Daniel. Qual a diferença teórica e prática do depoimento pessoal e do interrogatório?. **Jusbrasil, 2016**. Disponível em: <<https://danielmaidl.jusbrasil.com.br/artigos/404394749/qual-a-diferenca-teorica-e-pratica-do-depoimento-pessoal-e-do-interrogatorio>>. Acesso em: 21 mai. 2018

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. O documento eletrônico como meio de prova. **Farol jurídico, 2006**. Disponível em: <<http://www.faroljuridico.com.br/art-documentoeletronicoesp.htm>>. Acesso em: 25 mai. 2018

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: RT, 2009.

MARQUES, Antônio Terêncio G. L. A prova documental na internet. 1. ed. 6ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2011.

MORAES, Crislayne Maria Lima Amaral Nogueira Cavalcante de. Prova eletrônica: aspectos controvertidos. **Jurisway, 2011**. Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=5633>. Acesso em: 04 jun. 2018

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito processual do trabalho. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 213.

NERY JUNIOR, Nelson. **Código de Processo Civil Comentado**. 3. ed. São Paulo: RT, 1997.

PESTANA DE AGUIAR E SILVA, João Carlos. **As Provas no Cível**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

REINALDO FILHO, Demócrito. A exibição da prova eletrônica em juízo - necessidade de alteração das regras do processo civil? 2006. Disponível em: . Acesso em: 10 jul. 2014.

SANTOS, Moacyr A. **Primeiras linhas de direito processual civil**, v.2. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p.546.

SANTOS, Roberto Gherardini. Da prova pericial na instrução processual trabalhista. *Jornal Carta Forense*, 2014. Disponível em: <<http://www.cartafortense.com.br/conteudo/artigos/da-prova-pericial-na-instrucao-processual-trabalhista/14690>>. Acesso em: 20 mai. 2018

SARAIVA, Renato; LINHARES, Aryanna. **Processo do trabalho para concursos públicos**. 14 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

SILVA, Ovídio A. B. da. **Curso de processo civil**, v.1. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 365.

SCHIAVI, Mauro. Manual de direito processual do trabalho. 3. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 655.

_____, Mauro. **Provas no Processo do Trabalho**. 2 ed. São Paulo: LTr, 2011.

SILVÉRIO, José David Pinheiro. Considerações sobre o direito probatório. *Conteúdo jurídico*, 2017. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,consideracoes-sobre-o-direito-probatorio,589366.html>>. Acesso em: 03 jun 2018

SIEGRIST, Mario Jorge. Os tipos e a valoração da prova no processo trabalhista. Jusbrasil, 2015. Disponível em: <<https://mariosiegrist.jusbrasil.com.br/artigos/211335469/os-tipos-e-a-valoracao-da-prova-no-processo-trabalhista>>. Acesso em: 25 mai. 2018

SOARES, Lilian Sandra. A utilização do documento eletrônico como meio de prova. **Juslaboris**, 2015. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/98382/2015_soares_lilian_utilizacao_documento.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 05 jun. 2018

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *A Prova no Processo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 5ª ed., 1991. P. 145

THEÓDORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 1, 23ª ed., 2003. P. 432.

THEODORO Júnior, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. P. 427

TORRES, Rony. Provas no Processo do Trabalho. Jusbrasil, 2016. Disponível em: <<https://ronytorresadv.jusbrasil.com.br/artigos/325174681/provas-no-processo-do-trabalho>>. Acesso em: 22 mai. 2018

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, v. III.

VIANA, Márcio Túlio. **Aspectos gerais da prova no processo do trabalho**. In: BARROS, Alice Monteiro de (Coord.). **Compêndio de direito processual do trabalho**. Estudos em homenagem a Celso Agrícola Barbi. 3. ed. São Paulo: LTr, 2002.

ZOCCOLI, Dinemar. Autenticidade e integridade dos documentos eletrônicos: a firma eletrônica. In: ROVER, Aires José (org). **Direito, Sociedade e Informática: limites e perspectivas da vida digital**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000. p. 187