

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DE MATO GROSSO DO SUL
UNIDADE UNIVERSITÁRIA DE PARANAÍBA
CURSO DE DEIREITO**

Brenda Borges Freitas

**DA ANÁLISE QUANTO À LICITUDE PROBATÓRIA DAS
GRAVAÇÕES CLANDESTINAS NO PROCESSO TRABALHISTA**

PARANAÍBA-MS

2016

Brenda Borges Freitas

**DA ANÁLISE QUANTO À LICITUDE PROBATÓRIA DAS
GRAVAÇÕES CLANDESTINAS NO PROCESSO TRABALHISTA**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul-UEMS, Unidade Universitária de Paranaíba-MS, como exigência parcial para a Conclusão do Curso de Direito, sob orientação do Prof. Me. Christiano Francisco da Silva Vitagliano.

PARANAÍBA-MS

2016

F936d Freitas, Brenda Borges

Da análise quanto à licitude probatória das gravações clandestinas no processo trabalhista/ Brenda Borges Freitas. - - Paranaíba, MS: UEMS, 2016. 48f.; 30 cm.

Orientador: Prof Me. Christiano Francisco da Silva Vitagliano.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade Universitária de Paranaíba.

1. Direito Processual do trabalho. 2. Provas Ilícitas. I. Freitas, Brenda Borges. II. Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade de Paranaíba, Curso de Direito. III. Título.

CDD – 344.01

Bibliotecária Responsável: Susy dos Santos Pereira- CRB1º/1783

BRENDA BORGES FREITAS

**DA ANÁLISE QUANTO À LICITUDE PROBATÓRIA DAS
GRAVAÇÕES CLANDESTINAS NO PROCESSO TRABALHISTA**

Este exemplar corresponde à redação final do trabalho de Conclusão de Curso apresentado e aprovado para a obtenção do grau de bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade Universitária de Paranaíba.

Aprovada em/...../.....

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. Christiano Francisco da Silva Vitagliano
Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul

Prof Me Dabel Cristina Maria Salviano
Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul

Prof Bruno Augusto Pasian Catolino
Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul

AGRADECIMENTOS

Ao concluir esse trabalho, meus agradecimentos são dirigidos a todos que, direta ou indiretamente, contribuíram para a concretização desse sonho.

Primeiramente, a minha família, em especial aos meus pais Doriania e Elias, os quais são responsáveis pela minha entrada na UEMS, sempre me incentivando e torcendo pelo meu melhor. E se hoje estou concluindo mais uma fase da minha vida, é por causa de vocês.

Em especial, ao Professor Me. Christiano Vitagliano por ter aceitado esse desafio de ser meu orientador, pelas recomendações e sugestões, sem o senhor esse projeto não teria o mesmo valor. E aos demais professores, os quais são muitos e cada um com uma enorme importância, por transmitir todo conhecimento necessário a minha formação acadêmica, bem como pessoal. Tenho certeza que graças a vocês sou uma pessoa totalmente diferente daquela que entrou na UEMS há cinco anos.

A todos os meus amigos do curso de Direito e todas as salas que tive o prazer de passar, pelos ótimos momentos que passamos ao longo dos anos. Em especial a Suze, uma irmã que eu jamais esperei que fosse ganhar, pois não tenho palavras suficientes para agradecer todo companheirismo e amizade, que eu levarei pelo resto da minha vida.

Ao meu namorado, Gustavo Ruza, por estar ao meu lado ao longo desses anos, e ser minha força quando eu estava prestes a desistir, por me tranquilizar em momentos de medo e me trazer paz. Obrigada por acreditar na minha capacidade e aceitar realizar todos os meus sonhos comigo.

Também não poderia deixar de citar a minha amiga da vida, Isabela Zanon, que eu jamais imaginava que também seria minha colega de sala por alguns momentos. Você deixava minha manhã muito mais colorida.

Por fim, Bruna Brito, não sei como agradecer por toda sua ajuda ao longo desse projeto, a qual sempre esteve disposta a conversar sobre meu tema, pelas sugestões e cuidados comigo. Não só agradeço como dedico a você essa conquista. Obrigada por tudo.

RESUMO

A Constituição Federal prevê um rol de direitos fundamentais que regem toda a nossa sociedade e ordenamento jurídico e podemos destacar as relevâncias dos princípios processuais. Todo cidadão possui o direito de ação e, conseqüentemente, o direito à prova, que possui a característica de um direito fundamental, pois é um instrumento jurídico que noticia a ocorrência de um fato controvertido. Contudo, a Carta Magna limita o direito probatório, vedando as provas produzidas de forma ilícita no processo. A discussão abarca a admissibilidade destas provas no meio processual trabalhista, pois a jurisprudência vem admitindo a utilização de alguns meios ilícitos para comprovar determinado fato dentro do caso concreto, como a gravação clandestina, sem que desrespeite o direito à intimidade da pessoa. Destaca-se o princípio da proporcionalidade como um princípio mediador entre os direitos em conflito, a fim de que ao longo do caso haja ponderação entre estes direitos, prevalecendo o de maior relevância para que o julgador possa enfim tomar uma decisão justa.

Palavras-chaves: direito processual do trabalho. provas ilícitas. gravações clandestinas. teoria da proporcionalidade.

ABSTRACT

The Constitution provides for a list of fundamental rights that govern our entire society and legal system and we can highlight the relevance of procedural principles. Every citizen has the right of action and, consequently, the right to evidence, which has the characteristic of a fundamental right as it is a legal instrument that reports the occurrence of a controversial fact. However, the Constitution limits the law of evidence, denying the evidence produced illicitly in the process. The discussion includes the admissibility of such evidence in the labor procedural means, as the case law has admitted the use of some illegal means to prove certain facts in the case as illegal recording without disrespects the right to privacy of the person. Noteworthy is the principle of proportionality as a principle mediator between the conflicting rights, so that over if there is balance between these rights, whichever is more relevant for the judge can finally make a fair decision.

Keywords: procedural labor law. illegal evidence. clandestine recordings. theory of proportionality.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1. TEORIA GERAL DA PROVA.....	10
1.1. Contexto Histórico das Provas.....	10
1.2. Conceito de Prova.....	13
1.3. Princípios relativos à prova.....	14
1.4. Objeto da Prova.....	16
1.5. Ônus da Prova.....	17
2. MEIOS DE PROVA.....	19
2.1. Depoimento Pessoal.....	19
2.2. Confissão.....	20
2.3. Documentos.....	21
2.4. Prova testemunhal.....	22
2.5. Prova pericial.....	22
2.6. Inspeção judicial.....	24
3. PROVA ILÍCITA.....	26
3.1. Conceito de prova ilícita.....	27
3.2. Prova Ilícita e prova ilegítima.....	28
3.3. A prova ilícita no processo do trabalho.....	29
3.4. Prova ilícita por derivação.....	30
3.5. A inadmissibilidade da prova ilícita.....	33
4. A ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO DO TRABALHO E A TEORIA DA PROPORCIONALIDADE.....	35
5. O VALOR PROBATÓRIO DA GRAVAÇÃO CLANDESTINA NO PROCESSO DO TRABALHO.....	39
CONCLUSÃO.....	46
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	48

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 traz em seu corpo textual direito e garantias fundamentais, a fim de resguardar os direitos relacionados ao bem-estar e estabelecer a organização social e política que regem a vida do cidadão.

Dentro destes direitos, a Constituição previu em seu ordenamento jurídico o direito de ingresso de ação judicial e por meio deste, tem-se o direito à produção de prova, elemento primordial em um processo para que por meio destas o julgador forme o seu livre convencimento.

Contudo, o legislador se preocupou em vedar alguns tipos de produção probatória, sendo estas chamadas de provas ilícitas com o intuito de resguardar direitos e garantias trazidos no rol de direitos fundamentais do artigo 5º, como os direitos personalíssimos exemplificados como a dignidade humana e a intimidade, devido à colisão de interesses e garantias que pode haver.

Ainda que haja esta limitação probatória, no que tange sobre as gravações telegráficas, de dados e telefônicas, a ilicitude é relativa¹, portanto o legislador busca trazer para o processo a solução de casos concretos com técnicas que se adequem aos fatos e que o julgador possa ponderar sua decisão.

Ocorre que muitas vezes a única forma de se provar o interesse e tutelar o direito garantido a uma das partes é se utilizar da prova ilícita sendo argumento precípua da aceitação destas no processo, o que torna necessário tratar a gravação clandestina como prova lícita para se demonstrar em juízo.

A questão é que, por mais que seja a única forma de se provar no ordenamento jurídico seja a utilização de uma gravação clandestina, a outra parte pode ser vítima de violação de sua intimidade, direito assegurado no artigo 5º da Carta Magna. Assim, encontra-se um desequilíbrio das garantias processuais acarretando violações aos direitos tutelados constitucionalmente.

Por meio de jurisprudências o ordenamento jurídico tem conseguido inserir estas gravações clandestinas, procurando brechas nos dispositivos legais e utilizando o princípio da proporcionalidade para ponderar os direitos em questão.

¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 22 set. 2016.

Este trabalho tem como objeto o estudo e análise das gravações clandestinas de caráter probatório ilícito no processo do trabalho, direcionando o tema ao foco da admissibilidade destas provas nos processos trabalhistas, indagando se há violação ou a tentativa da violação da intimidade do sujeito em questão.

Este tema não era comumente discutido até a Constituição Federal de 1988, possuindo baixa relevância no ordenamento jurídico sendo tratado muito mais no âmbito penal, possuindo, assim, no âmbito do direito do trabalho 15 artigos trazidos pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) que se trata sobre as provas, porém não sobre sua ilicitude.

Portanto, sabe-se que o direito do trabalho se consolida muito no direito comum, sendo assim, será utilizado como embasamento legal o artigo 8º, caput e parágrafo único da CLT, onde dispõe sobre as autoridades e a Justiça do Trabalho se apoiarem em jurisprudências, analogias, equidades, princípios e normas gerais de direito e, ainda, usos e costumes, tudo para as decisões tomadas dentro de cada esfera jurídica pertinente. Ainda no artigo 769 também da CLT reforça que nos casos em que houver omissão, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho.

O caráter controverso do tema abarca uma discussão rica de incessante estudo que contribui para o mundo acadêmico proporcionando questionamentos e até mesmo novos posicionamentos para os operadores do direito trazendo ao processo a verdade real e a proteção dos direitos na relação de empregador e empregado.

Com o intuito de demonstrar a relevância das provas no meio processual, serão abordados, primeiramente, conceitos, princípios, objeto, ônus da prova e também os meios de provas admissíveis no processo, uma pesquisa feita por meio do método bibliográfico com incessante pesquisa em livros, apesar do material escasso, jurisprudências e artigos.

No mais, será discutido sobre a prova ilícita, apontando seus conceitos, teses e teorias, sua admissibilidade no processo, dando ênfase ao nosso principal objeto de estudo tais quais as gravações clandestinas.

Por fim estará mediante análise à admissibilidade da prova ilícita no processo do trabalho em consonância a constitucionalidade deste preceito.

O objeto deste trabalho terá como estudo as provas ilícitas, baseado no artigo 5º da Constituição Federal de 1988 e seus preceitos. Por ser um tema não comumente discorrido, o direito do trabalho se apoiará no direito comum, sendo este fonte subsidiária, embasado pelo artigo 769 da CLT.

Como há escasso material acerca o tema na área trabalhista, o trabalho se apoia muito no direito penal e se utiliza do artigo 8º da CLT, que diz que na falta de disposições legais no direito do trabalho, a justiça se apoiará nas jurisprudências e princípios.

Primeiramente, busca-se falar sobre a relevância da produção de provas dentro de um processo, construindo seu contexto histórico, conceito, seus princípios, seu objeto, ônus da prova e, por conseguinte, os meios de prova cabíveis e suas especificações.

Logo após será feita uma abordagem sobre a prova ilícita, seus conceitos, as teses apresentáveis e teorias recorrentes nos tribunais, diferenciação entre prova ilícita e prova ilegítima, ainda falaremos sobre a prova ilícita no processo do Trabalho e a prova ilícita por derivação, finalizando com a teoria da Inadmissibilidade da prova ilícita no processo.

Falaremos ainda da admissibilidade da prova ilícita no processo do trabalho e a teoria da proporcionalidade como mediadora nas decisões pelos julgadores.

Por fim, vamos especificar o valor probatório das gravações clandestinas no processo, uma vez que esta é considerada prova ilícita, mas tem sido aceita na jurisprudência sendo defendida por alguns doutrinadores.

Insta salientar que será de grande destaque o pensamento, principalmente, de Daniel Carnio Costa e Antonio Maria Claret de Oliveira, juntamente com a renomada Ada Pellegrini Grinover e nossos códigos nacionais.

Mostra-se neste trabalho não a finalidade de convencer o pensamento arguido, mas sim buscar esclarecer e levar a uma linha de raciocínio para se buscar enriquecimento ao ordenamento jurídico.

1. TEORIA GERAL DA PROVA

Em nossa Carta Magna, no inciso XXXV do artigo 5º, é garantido a todos os cidadãos o direito de ação a fim de que se componham e solucionem os conflitos judicialmente. Conseqüentemente, do direito de ação, provém o direito a produção de prova.

Sob a luz do Código de Processo Civil, artigo 369, encontramos a seguinte explicação:

As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.²

Mediante estes preceitos legais expostos, pode-se observar a relevância das prova no processo, portanto, é de completa relevância visualizar, à priori, o conceito do que é entendido por prova em todos os seus moldes.

1.1 Contexto Histórico das Provas

A obtenção de provas para o processo passou por diversas transformações e dentre elas, amoldou-se, inicialmente, às convicções religiosas e filosóficas, aos costumes e regime governamental de cada povo.

À priori, o empirismo era de caráter predominante para a análise do juiz em relação às provas obtidas. Contudo, o sistema religioso teve um grande espaço ao reger a forma de obtenção das provas, uma vez que, era apreciado, sobretudo o julgamento divino, chamado de ordálias, ou seja, a prova judiciária cujo resultado é interpretado como um julgamento divino. As provas obtidas por meio do sistema religioso não possuíam comprovação científica de sua eficácia, sendo utilizado o misticismo como embasamento teórico. Sobre este sistema, sabe-se que os métodos de provas eram cruéis, tais como estes abaixo:

As principais provas eram: a prova da água fria: jogando o indiciado na água, caso submergisse era inocente, caso viesse à tona, era culpado. A prova do ferro em brasa: o pretense culpado, com os pés descalços, teria de passar por uma chapa de ferro em brasa; caso nada lhe acontecesse, era inocente, porém, se queimassem os seus pés, a culpa era manifesta. A prova do *judicium affae*: o indivíduo deveria engolir de uma só vez grande quantidade de alimento, que era farinha de trigo. Se não conseguisse, era

²BRASIL. **Código de Processo Civil**, 2015. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 22 set. 2016.

culpado. Prova do pão e queijo: acusado deveria engolir um pedaço de pão e queijo, em não conseguindo era culpado.³

Assim, dando segmento histórico o autor Mittermaier faz a construção cronológica acerca à história das provas em seu livro *Tratado da Prova em Matéria Criminal* elucidando que na Roma antiga, ainda em época da República, a decisão cabia ao povo que se reunia em comícios, se esquivando de qualquer apreciação jurídica das provas. Por conseguinte, no Império Romano é abolido o sistema referido e a partir daí é possível dividir a fase romana em três fases relevantes.⁴

A primeira destas fases, a fase republicana, os juízes usufruíam da discricionariedade da apreciação das provas e a confissão era de muita valia, pois condenava o réu imediatamente eliminando o processo. A segunda fase em que se aproximava o fim da república houve a criação de um conjunto de regras quanto à validade das provas. Por fim, a última fase contextualizada no império, os juízes eram obrigados a observar as regras já estabelecidas nos escritos, sendo assim, havia um maior controle estatal sobre quais provas seriam aceitas no processo judicial, principalmente no que diz respeito às provas testemunhais. No entanto, o juiz, dentro dos limites e obediência às normas vigentes, podia valorar e decidir sobre a validade das provas de forma livre.

Na Grécia antiga o modelo se repetia tal qual ocorria em Roma, contudo com um modelo de júri popular com pessoas pré-determinadas. Na fase da Inquisição, não ocorreu o dever da produção de provas, pois uma denúncia era o suficiente para a condenação do acusado, pois o misticismo se sobrepôs a qualquer tipo de produção de prova, e uma confissão do réu bastaria para sua condenação, a fim de garantir maior poder e vigilância papal sobre a sociedade. A confissão foi eleita a rainha das provas, tendo valor absoluto, mas a forma de obtenção desta é considerada deplorável pela queima de mulheres acusadas na fogueira, ocasionando um retrocesso cultural e científico na humanidade.

Com o decorrer dos anos, foi renovado o sistema e suplantado o princípio da prova legal, na época medieval, onde se criaram leis para a designação das regras de produção de provas. O juiz, portanto, era responsável apenas pela aplicação direta e sem liberdade de escolha dos contextos descritos nas leis, onde elas dispunham sobre a veracidade dos fatos.

³OLIVEIRA, Antonio Maria Claret de; COSTA, Daniel Carnio. Provas Ilícitas no Direito Processual e a Teoria da Proporcionalidade. **Revista Virtual Direito Brasil**, v.1, n.1, 2010. Disponível em: <<http://www.direitobrasil.adv.br/arquivospdf/revista/revistav41/alunos/cl.pdf>>. Acesso em: 24 jun. 2016.

⁴MITTERMAYER, Carl Joseph Anton. **Tratado da Prova Em Matéria Criminal**. Traduzido pelo advogado Alberto Antonio Soares. BDJur, Brasília, DF, 14 jan. 2010. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/26579>>. Acesso em: 25 jun. 2016. p. 35.

Ainda nesse contexto, segundo Farah:

A prova tinha um valor pré-fixado, apenas a combinação das provas admitidas e valoradas autorizaria a condenação do indivíduo, desse modo havia uma regulação minuciosa e complexa dos meios de provas, o que favoreceu uma maior severidade da investigação, e novamente a confissão, mesmo diante tortura, era considerado o meio mais eficaz para a certeza necessária à condenação.⁵

E, ainda, para Oliveira e Costa, tem-se como definição:

No Sistema de prova legal, cada prova tinha um valor pré-estabelecido por Lei, inalterável e constante de sorte que ao Juiz não era livre a avaliação, agindo bitolado. Daí porque também chamado de sistema tarifado, já que as provas têm uma tabela da qual não se pode escapar ou fugir. Em tal sistema, o Juiz manifestava a verdade, não de acordo com a convicção resultante das provas, mas sim em conformidade com o valor. O juiz torna-se um órgão passivo, pois diante do valor tabelado das provas, caberia a ele apenas verificar o valor atribuído pela Lei, reconhecendo-a na sentença, sem que possa expressar sua convicção.⁶

Inicialmente em Roma, observa-se o método tarifado, ou seja, o juiz não forma sua convicção pelo livre convencimento e sim pela valoração das provas distorcendo o magistrado da realidade, podendo sentenciar de acordo com sua apreciação das provas sem necessidade de fundamentar.

Sobre esse sistema cita-se Tourinho:

Sem o perigo do despotismo judicial que o sistema da íntima convicção ensejava e sem coactar os movimentos do Juiz no sentido de investigar a verdade, como aconteceria com o sistema das provas legais, está o sistema da livre apreciação ou livre convencimento [...] O juiz está livre de preceitos legais na aferição das provas, mas não pode abstrair-se ou alhear-se ao seu conteúdo. Não está dispensado de motivar a sua sentença.⁷

Atualmente, no Código de Processo Penal Brasileiro, artigo 381, III, o juiz possui o dever de fundamentar a sentença, sob pena de nulidade se não o fizer, sendo considerada a

⁵FARAH, Geisa Matos. **Prova Ilícita e sua aplicação no processo penal**. 2008. Trabalho de Conclusão de Curso (Direito) - Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo”, 2008. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/view/849/826>>. Acesso em: 25 jun. 2016.

⁶OLIVEIRA; COSTA, 2016, p. 15.

⁷TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. V.1. p. 93.

melhor opção de produção de provas é a liberdade probatória, ainda que em constantes alterações.⁸

Em consonância a esta citação, utiliza-se do art. 373, CPC, observa-se a relevância da valoração da prova nos autos do processo em que o juiz deve se embasar em persuasão racional para motivar sua decisão e atribuir o valor adequado a cada prova que se deparar indicando as razões de escolha seu convencimento configurando sua liberdade na legislação e racionalidade.

1.2. Conceito de Prova

Do latim, proba, de probare, que significa demonstrar, reconhecer, formar juízo de.⁹

No conceito de prova do mestre Carnelutti citado por Duclerc ressalta-se a definição de que “prova não é um procedimento, mas um quid sensível enquanto serve para fundamentar uma razão”.¹⁰ Desta forma, a prova é a fundamentação da razão daquele que apresenta e servirá como fundamentará a razão do próprio juiz.

Pode-se observar ainda pela definição pelos pensamentos de Chiovenda:

Provar significa formar a convicção do juiz sobre a existência ou não de fatos relevantes no processo [...]. São motivos de prova as alegações que determinam, imediatamente ou não, a convicção do juiz.¹¹

Para enfatizar tal conceito, ressalta-se a definição de Fernando da Costa Tourinho Filho:

Prova é, antes de qualquer coisa, estabelecer a existência da verdade; e as provas são os meios pelos quais se procura estabelecer-la. Entende-se, também por prova, de ordinário, os elementos produzidos pelas partes ou pelo próprio juiz, visando estabelecer, dentro do processo, existência de certos fatos.¹²

⁸ BRASIL. Código de processo penal (1941). **Código de processo penal**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/CCiViL_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 30 jun. 2016.

⁹ LEITE, Gisele. A discussão em torno da prova. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 68, set 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6532>. Acesso em: 30 jun. 2016.

¹⁰DUCLERC, Elmir. **Prova Penal e Garantismo**: uma investigação Crítica sobre a Verdade Fática Construída através do Processo. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 97.

¹¹ CHIOVENDA, Giuseppe. DUCLERC, Elmir. **Prova Penal e Garantismo**: uma investigação crítica sobre a verdade fática construída através do processo. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 86.

¹² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 16. ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p 113.

Como se pode observar, prova possui inúmeras definições, tendo o conhecimento de alguns deles, pode-se destacar ainda com total relevância o conceito tridimensional que Antônio Terêncio G. L. Marques traz a título de conhecimento aprofundado conceituando prova como atividade, meio e resultado:

Como **atividade**, a prova significa, instrução ou conjunto de atos realizados pelo juiz e pelas partes, objetivando reconstruir os fatos que constituem a base das pretensões deduzidas e da própria decisão emanada pelo juiz. O complexo dessas atividades é que se chama de procedimento probatório.

Como **meio**, a prova tem uma acepção instrumental, porque é através dela que as informações sobre os fatos são introduzidos no processo. A prova, sob essa visão, objetiva a formação do convencimento do juiz sobre a existência ou não dos fatos constantes do *Thema Probandum*.

Como **resultado**, prova é sinônimo de êxito ou de valoração, consubstanciado na convicção e no entendimento do juiz. Desta forma, percebe-se que a noção de prova envolve aspectos objetivos (atividades e meios) e subjetivos (na medida em que está voltada a buscar a verdade ou a certeza dos fatos discutidos no processo).¹³

Tratando-se diretamente em relação ao Processo do Trabalho, Carlos Henrique Bezerra Leite expõe que:

Nos domínios da ciência jurídica processual, a palavra prova pode ser empregada com diversas acepções. Às vezes concerne à atuação das partes no processo com o objetivo de evidenciar a existência do fato que pretendam demonstrar em juízo. Nesse sentido, utiliza-se a expressão produzir prova.¹⁴

Em suma, mediante o exposto e definições vistas de renomados autores, prova é todo meio lícito com a finalidade de demonstrar a veracidade ou não dos fatos alegados pela parte em juízo a fim de convencer o juiz sobre o que consta nos autos do processo.

1.3 Princípios relativos à prova

Princípio, cujo significado é mostrar a origem de tal fato, é o ponto de partida de necessária compreensão para estudo, no caso, das provas.

Neste mesmo raciocínio, vejamos sobre princípios sob a concepção de Sérgio Pinto Martins:

¹³ MARQUES, Antônio Terêncio G. L. **A Prova Documental na Internet**. 2005. Curitiba: Juruá, 2008. p. 93.

¹⁴ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 14. ed. São Paulo. Saraiva. 2016. p. 75.

- a) Necessidade da prova:** as alegações em juízo não são suficientes. Faz-se necessário que se prove as afirmações existentes. O que não consta no processo, não caberá ao mundo jurídico. Porém, importante lembrar que ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo;
- b) Unidade da prova:** a prova deve ser apreciada como um todo, em sua unidade global e não isolada;
- c) Lealdade da prova:** a produção das provas deve ser feitas com lealdade. Ressalta-se o inciso LVI do art. 5º da Constituição Federal dispõe que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. A lealdade da prova decorre do inciso II do art. 14 do Código de Processo Civil;
- d) Contraditório:** após ser apresentada a prova em juízo, a parte contrária possui o direito de se manifestar e impugnar, amparado pelo inciso LV do art. 52 da Constituição Federal;
- e) Igualdade da oportunidade de prova:** é assegurado a todos os mesmos direitos de apresentar as provas produzidas nos momentos oportunos;
- f) Oportunidade da prova:** a produção de provas deve ser feita no momento adequado. Caso se encontre em situação de perigo, poderá ser antecipada;
- g) Comunhão da prova:** diz respeito a ambas as partes;
- h) Legalidade:** o contraditório e a ampla defesa são assegurados de acordo com as provas que estiverem previstas na lei de acordo com o dispositivo do art. 5º, II, da Constituição,
- i) Imediação:** o juiz é o detentor da direção do processo e das provas produzidas pelas partes. É diante do juiz que a prova será produzida;
- j) Obrigatoriedade da prova:** a prova abrange seu interesse para o Estado não se limitando somente as partes, a fim de esclarecimento da verdade. O juiz possui liberdade ao direcionar o processo, de acordo com o art. 765 da CLT, podendo determinar que seja feita a prova que julgar necessário;
- k) Aptidão para a prova:** determina que a parte que possui melhores condições para produzir a prova o fará. Deve provar que tem condições de fazê-lo, quem estiver mais apto a fazê-lo, independentemente de ser autor ou ré;
- l) Disponibilidade da prova:** a prova deverá ser apresentada em momentos oportunos previstos em lei ou para a instrução do processo.¹⁵

¹⁵ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito Processual do Trabalho**. 37. Edi. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 313.

1.4 Objeto da Prova

É comum buscar a prova dos fatos expostos, de acordo com Carnelutti¹⁶, mas em segunda posição, afirma que a forma correta de se dizer é que se deve provar em juízo, pois é dele que vem a prova. Neste sentido, pelo pensamento de Santiago Sentis Melendo “os fatos não se provam. Os fatos existem. O que se prova são afirmações, que poderão a eles referir-se.”¹⁷ Ainda neste mesmo raciocínio, sustentam Luiz Marinoni e Sérgio Arenhart que, *in verbis*:

O fato não pode ser qualificado de verdadeiro ou falso, já que este existe ou não existe. É a alegação do fato que, em determinado momento, pode assumir importância jurídico-processual e, assim, também ter relevância em termos processuais a demonstração da veracidade da alegação do fato.¹⁸

Em nossa doutrina pátria, a corrente majoritária é em defesa da afirmação de que o objeto da prova vem a ser o fato em questão. Contudo, pode-se observar que os fatos não são completamente dependentes da prova, ou seja, necessitam de prova os fatos controversos, relevantes e determinados.

Reconhecendo a necessidade de uma especificação, vê-se bem que os fatos controversos são aqueles que são contestados ou que não convencem à parte contrária de sua veracidade. Já os fatos relevantes são aqueles que dizem respeito à causa mantendo ambos uma conexão entre si. Por fim, os fatos determinados possuem características que se divergem de fatos semelhantes.

Diferentemente dessas características apresentadas, há os fatos que não precisam de prova, aqueles que são notórios, incontroversos, confessados, axiomáticos e também a favor dos quais a presunção legal de existência, dispostos no art. 374 do Código de Processo Civil.

A título de melhor explicação, seguem suas qualificações apresentando, primeiramente, os fatos notórios que são aqueles que não possuem possibilidade de contestação. Os fatos incontroversos são os admitidos pelas partes no processo, mas Luiz J. J. Ribeiro afirma: “Só escapam desta regra os fatos, ainda que incontroversos, se o instrumento público for essencial à sua prova e forma ou os relativos a direitos indisponíveis”.¹⁹ Os fatos

¹⁶CARNELUTTI, Francesco. *La prova civile*. 1947, p. 268. LEONARDO Rodrigo Xavier. **Imposição e Inversão do Ônus da Prova**, Brasil: Pilares 2004. p. 29-30.

¹⁷MELENDO, 1978, p.12 apud BAPTISTA, Ovídio. **Teoria Geral do Processo**. Local: editora, 2000. p. 67.

¹⁸MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Teoria Geral do Processo**. 3. ed. rev. e atualizada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 293.

¹⁹RIBEIRO, Luiz J. J. **A Prova Ilícita no Processo do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2004. p. 61.

confessados são aqueles narrados por uma das partes e, desta forma, confessados pela outra, conforme dispõe o art. 374, II, do Código de Processo Civil.

Já os fatos em cujo favor milita presunção legal de existência ou veracidade se faz importante citar o posicionamento sobre o fato de Luiz J. J. Ribeiro distinguindo a presunção absoluta, esta não admite prova em sentido contrário, e a presunção relativa, que pode ser afastada quando existe prova que a contradiz.

Os fatos axiomáticos são aqueles que não precisam ser provados, possuindo evidências inerentes às próprias características.

Conhecendo os fatos e sabendo que eles não precisam ser necessariamente provados, insta salientar que o juiz já é um conhecedor do direito, portanto, se o magistrado conhecer os fatos, conseqüentemente ele dará o direito requerido, salvo exceções encontradas no art. 376 do CPC.

No âmbito do Direito do Processo do Trabalho, as convenções, acordos coletivos, regulamentos empresariais, decisões normativas, tratados e convenções internacionais necessitam de provas em seus fatos dados.

1.5. Ônus da Prova

O ônus da prova é o dever da parte provar ao juiz as alegações feitas a fim de convencer o magistrado para o exercício do direito proposto. De nada tem valor a alegação feita se não se pode provar.

Renomado doutrinador, Sérgio Pinto, afirma que o ônus possui duas divisões, objetiva e subjetiva:

O ônus da prova subjetivo consiste em verificar quem entre os sujeitos do processo deve fazer prova.

Diz respeito o ônus da prova objetivo ao magistrado, que irá verificar a prova constatare dos autos, independentemente de quem tenha o ônus da prova. Apresentada a prova nos autos, o juiz deverá leva-la em consideração, independentemente do ônus da prova de cada parte.

Para o juiz, não interessa o que está demonstrado nos autos e não quem fez a demonstração.²⁰

²⁰ MARTINS, 2015, p. 139.

Na Convenção das Leis Trabalhistas, no artigo 818 dispõe que “A prova das alegações incumbe à parte que as fizer”.²¹

Os fatos que constituem o processo se forem provados levam ao juízo pretendido pelo autor, caso não possuam provas, o pedido será improcedente.

O autor Vicente Greco Filho aborda este tema e aprofunda mediante ao réu no caráter probatório da existência do fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, ou seja, o fato, apesar da existência do fato constitutivo, possui o poder de impedir, modificar ou extinguir o direito do autor. Se estes fatos não forem provados, o réu perderá a demanda.²²

Neste raciocínio, é imprescindível mencionar a Teoria Dinâmica de Distribuição do Ônus da Prova, que, de acordo Luiz Flávio Gomes “consiste em retirar o peso da carga da prova de quem se encontra em evidente debilidade de suportá-lo, impondo-o sobre quem se encontra em melhores condições de produzir a prova essencial ao deslinde do litígio.”²³

Esta teoria rompe com as regras rígidas do “*onus probandi*”, tornando-as flexíveis possivelmente adaptáveis a cada caso específico que o julgador se deparar. Para melhor exemplificá-la, não cabe analisar a posição da parte processual se ré ou autora, nem a espécie do fato, mas sim a valoração que o juiz atribuir ao melhor tipo ônus de prova.

Diante o entendimento do Novo Código de Processo Civil, artigo 373, o autor supracitado ainda diz:

a prestação jurisdicional, muitas vezes, não produz lédima justiça à causa submetida à apreciação pelo Poder Judiciário - pois, pela regra geral tradicional, o ônus da prova poderia recair sobre a parte mais fraca do processo, isto é, sobre quem não tem condições de fazer a melhor prova capaz de lhe assegurar o direito por ela invocado, enquanto o juiz não faria nada para amenizar essa suposta injustiça, apenas aplicando a regra do ônus da prova se, ao final, do processo as partes não apresentarem suas alegações devidamente provadas.²⁴

²¹ BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452.htm>. Acesso em: 02 de ago. de 2016.

²² GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p 51.

²³ GOMES, Luiz Flávio. **Em que consiste a Teoria Dinâmica de Distribuição do Ônus da Prova?** Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/109877/em-que-consiste-a-teoria-dinamica-de-distribuicao-do-onus-da-prova-fernanda-braga>> Acesso em: 27 out. 2016.

²⁴ Ibid.

2. MEIOS DE PROVA

No artigo 369 do CPC, já exposto neste trabalho, nos traz em seu dispositivo que todos os meios legais, os legais e aqueles não especificados no código são hábeis para provar a verdade dos fatos da ação.

Os meios de prova são os depoimentos, perícias, documentos, inspeção dentre outros.

Há três classificações relevantes quanto aos meios de prova. Deve-se, primeiramente, levar em consideração o sujeito, ou seja, aquele ou o quê produz a prova, podendo ser pessoais ou reais. Pessoais quando são uma declaração ou afirmação feita por alguém, e reais quando derivam do exame de uma pessoa ou coisa.

A segunda classificação leva em consideração a sua forma, ou seja, o método que foi produzida a prova, podendo ser orais ou escritos.

Por fim, é o momento de sua produção que pode ser feito dentro ou fora da fase instrutória, ressaltando que o momento no qual o meio de prova é produzido não é suficiente para descaracterizá-lo como prova.

Sabendo dessas caracterizações, vejamos mais detalhadamente alguns meios de prova existentes para melhor explanação do assunto.

2.1. Depoimento Pessoal

A instrução de um processo se inicia com o interrogatório dos litigantes, conforme dispõe o artigo 848 da CLT.²⁵

No art, 820 da CLT, especificam-se “As partes e testemunhas serão inquiridas pelo juiz ou presidente, podendo ser reinquiridas, por seu intermédio, a requerimento dos vogais, das partes, seus representantes ou advogados”.²⁶

O juiz, de acordo com o novo Código de Processo Civil, atua como destinatário da prova atuando para o interesse público na resolução de conflitos. Desta forma, o magistrado possui poderes instrutórios, a fim de garantir a decisão justa. Destarte, possui o poder de exigir a produção de prova para firmar sua convicção.

²⁵ BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 02 ago. 2016.

²⁶ Ibid..

Insta salientar o pensamento do renomado doutrinador Renato Saraiva que aponta as diferenças entre interrogatório e depoimento pessoal, mas lembrando de que ambos têm a finalidade de esclarecer os fatos:

O interrogatório sempre é determinado de ofício pelo juiz, enquanto o depoimento pessoal pode também ser requerido pela parte contrária;

O interrogatório pode ser determinado pelo juiz em qualquer estado do processo, enquanto o depoimento pessoal deve ser recolhido na audiência de instrução e julgamento;

O interrogatório pode repetir-se várias vezes, enquanto o depoimento pessoal é único;

O interrogatório tem em vista a obtenção de certos esclarecimentos sobre os fatos, enquanto o depoimento tem por objetivo principal a confissão, embora não despreze os esclarecimentos.²⁷

A Súmula 74 do TST traz o entendimento jurisprudencial afirmando que a CLT não privilegia o interrogatório, mas sim do depoimento pessoal, pois mediante análises e estudos se sabe que o não comparecimento da parte da audiência em que foi especificado realizar o depoimento, importa aplicação da confissão e é está que veremos no tópico a seguir.²⁸

2.2. Confissão

Confissão possui um significado simples e objetivo: é a admissão da verdade de um fato que é contrário ao interesse da parte e favorável ao adversário.

Segundo o Código de Processo Civil, a confissão pode ser judicial ou extrajudicial. A título de conhecimento das classificações, é de suma relevância saber que a doutrina classifica a confissão como real ou ficta.

A confissão é real quando é feita pelas partes e pela oitiva das partes e o juiz pode extraí-la, sendo comumente conhecida como “a rainha das provas”.

Pode ser classificado como ficta quando existir somente uma presunção relativa de que os fatos alegados nos autos pela parte contrária são verdadeiros. Como apresenta Renato Saraiva:

²⁷SARAIVA, Renato. **Processo do Trabalho**. 6 ed. Salvador: Método, 2010. p. 149.

²⁸BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Confissão**. (atualizada em decorrência do CPC de 2015) – Res. 208/2016, DEJT divulgado em 22, 25 e 26.04.2016 .

confissão ficta ocorre pelo não comparecimento da parte à audiência em que deveria prestar seu depoimento pessoal, desde que devidamente intimada para esse ato, ou, comparecendo, o litigante se recuse a responder às perguntas formuladas pelo magistrado ou afirme ignorar os fatos relevantes e pertinentes para a solução da lide (art. 343, § 2.º, do CPC).²⁹

A judicial ocorre mediante o juiz podendo fazer prova contra quem confessou, mas não prejudica os litisconsortes e a extrajudicial acontece fora do processo, obviamente.

Como ainda cita o CPC, a confissão ainda pode ser espontânea ou provocada. Espontânea quando feita por petição e requerida pela parte e provocada que constará no depoimento pessoal prestado pela parte.

A súmula 74 do Tribunal Superior do Trabalho (TST) trata sobre o assunto:

“SÚMULA Nº 74 DO TST CONFISSÃO (atualizada em decorrência do CPC de 2015)

I - Aplica-se a confissão à parte que, expressamente intimada com aquela cominação, não comparecer à audiência em prosseguimento, na qual deveria depor. (ex-Súmula nº 74 - RA 69/1978, DJ 26.09.1978)

II - A prova pré-constituída nos autos pode ser levada em conta para confronto com a confissão ficta (arts. 442 e 443, do CPC de 2015 - art. 400, I, do CPC de 1973), não implicando cerceamento de defesa o indeferimento de provas posteriores. (ex-OJ nº 184 da SBDI-1 - inserida em 08.11.2000)

III- A vedação à produção de prova posterior pela parte confessa somente a ela se aplica, não afetando o exercício, pelo magistrado, do poder/dever de conduzir o processo.”³⁰

2.3. Documentos

Para Antônio Terêncio, a prova documental é “o instrumento através do qual objetiva-se provar a existência de algum fato. O elemento de convicção decorre desta maneira na prova documental, da representação exterior e concreta do factum probandum em alguma coisa”.³¹

A utilização cada vez mais frequente das provas documentais deve-se, em grande parte, ao aumento das relações sociais, cada vez mais complexas e dependentes de medidas assecuratórias tendentes a proteger os cidadãos comuns em seus mais diversos conflitos de interesses. A abrangência do uso da prova documental dá-se, portanto, e principalmente, pelo aumento do fluxo de informações provenientes daquelas relações.

²⁹ SARAIVA, Renato, 2010, p. 150.

³⁰ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **CONFISSÃO**. (atualizada em decorrência do CPC de 2015) – Res. 208/2016, DEJT divulgado em 22, 25 e 26.04.2016

³¹ MARQUES, Antônio Terêncio G. L., 2008, pág. 124.

2.4. Prova testemunhal

Faz-se necessário conhecer, sobretudo, a definição e a relevância do papel da testemunha no processo.

Testemunha é o terceiro, estranho e isento com relação às partes, que é convocado a depor em juízo para trazer suas análises próprias e conhecimentos sobre o fato dos autos.

Rangel define testemunha como o “indivíduo chamado a depor, demonstrando sua experiência pessoal sobre a existência, a natureza e as características de um fato, pois face estar em frente ao objeto (testis), guarda na mente, sua imagem”³². Importante ressaltar que testemunhar não é uma opção, mas um dever público e no âmbito trabalhista a prova testemunhal tem sido o meio de prova de maior relevância utilizado para resolver a lide, regulamentado pela CLT nos artigos 818 a 825.

2.5. Prova pericial

A perícia é desenvolvida por partes estranhas no processo, qualificadas em seus conhecimentos mediante que através disto vão expor resultados levando até o juiz sua arguição de convencimento. Tem como função levar ao processo conhecimentos específicos ou práticos que são necessários para fundamentar a decisão judicial.

Renato Saraiva conceitua perícia como: “[...] a espécie de prova que objetiva fornecer esclarecimentos ao juiz a respeito de questões técnicas, que extrapolam o conhecimento científico do julgador”.³³

Como bem adverte Humberto Theodoro Júnior:

é a perícia, destarte, meio probatório que, de certa forma, se aproxima da prova testemunhal e no direito antigo os peritos foram, mesmo, considerados como testemunhas. Mas, na verdade, há uma profunda diferença entre esses instrumentos de convencimento judicial. O fim da prova testemunhal é apenas reconstituir o fato tal qual existiu no passado; a perícia, ao contrário, descreve o estado atual dos fatos; das testemunhas, no dizer de Lessona, inova-se a memória, dos peritos a ciência.³⁴

³²RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 189.

³³SARAIVA, 2010, p. 154.

³⁴THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 57. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. V.1. p. 239.

A perícia no processo do trabalho pode ser realizada tanto na fase de conhecimento como de execução. Na fase de conhecimento são típicas as perícias de insalubridade, periculosidade, médica, grafotécnica e contábil. Na fase de execução, são típicas as perícias contábeis e de arbitramento.

Mediante as classificações da prova pericial, pode-se observar em exame, vistoria, avaliação e arbitramento, adotando a citação de Humberto Theodoro Júnior sobre a classificação de Moacyr Amaral Santos:

a) exame: é a inspeção sobre a pessoa, semoventes e coisas, para verificação de fatos relevantes para a causa. No processo do trabalho, como exemplo de exame temos as perícias médicas para apuração de doença profissional para fins de estabilidade no emprego, bem como para aferir eventual redução de capacidade laborativa para fins de indenização. Também a perícia grafotécnica, no nosso sentir, se classifica como exame, pois tem por objeto verificar se um documento é autêntico ou não;

b) vistoria: é a inspeção sobre imóveis ou determinados lugares. Como exemplo, temos as perícias de insalubridade e periculosidade em que o perito faz a vistoria do local de trabalho e avalia as condições de salubridade e periculosidade;

c) avaliação: é o exame pericial destina à estimação de valor de terminadas coisas, bem ou obrigações. Normalmente, a avaliação se destinada a encontrar o preço de mercado de determinado bem, como por exemplo, o valor dos bens penhorados. A doutrina também inclui no conceito de avaliação as perícias contábeis no processo do trabalho em que o perito, à vista dos documentos dos autos vai verificação a correção do pagamento de determinada parcela trabalhista ou verificar a correção dos cálculos de liquidação;

d) arbitramento: se destina a verificar o valor ou a quantidade ou a qualidade do objeto do litígio, como nas hipóteses de liquidação por arbitramento.³⁵

Em um conhecimento mais aprofundado sobre perícia, insta salientar que nos termos do artigo 195 da CLT, a perícia é obrigatória quando for arguida em juízo insalubridade ou periculosidade. Com efeito, dispõe o § 2º do referido dispositivo legal:

Argüida em juízo insalubridade ou periculosidade, seja por empregado, seja por Sindicato, em favor de grupo de associados, o juiz designará perito

³⁵ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 27. ed., São Paulo: Saraiva, 2014. V. III, p. 343.

habilitado na forma deste artigo e, onde não houver, requisitará perícia ao órgão competente do Ministério do Trabalho.³⁶

Nesse sentido é a OJ 278, da SDI-I, do C. TST, “in verbis”:

Adicional de insalubridade. Perícia. Local de trabalho desativado. A realização de perícia é obrigatória para a verificação de insalubridade. Quando não for possível sua realização como em caso de fechamento da empresa, poderá o julgador utilizar-se de outros meios de provas.³⁷

Assim, conclui-se que o uso da perícia nem sempre é obrigatório, mas que há casos específicos que é indispensável utilizar este meio de prova.

2.6. Inspeção judicial

Apesar da CLT não tratar diretamente da inspeção judicial, confere ao magistrado poder de direção ao processo, pelo o que se observa no artigo 765, sendo assim, pode ser determinado qualquer diligência se necessária para o esclarecimento dos fatos.

Como afirma Carlos Henrique Bezerra Leite a inspeção judicial tem lugar quando houver necessidade de o juiz deslocar-se até o local onde se encontre a pessoa ou a coisa.³⁸

Há entendimento é que a inspeção é faculdade do magistrado, embasado na jurisprudência a seguir:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE MANUTENÇÃO DE POSSE. PEDIDO DE INSPEÇÃO JUDICIAL INDEFERIDO. FACULDADE DO JUIZ. Compete ao juiz, destinatário da prova, a verificação da necessidade ou não de realização de inspeção judicial. É, portanto, faculdade daquele que dirige o processo, não se podendo falar em obrigatoriedade. Entendendo o juízo que a prova requerida não se prestará para o deslinde da causa, não há fundamento plausível para reformar a decisão vergastada. DECISÃO MONOCRÁTICA. SEGUIMENTO NEGADO. (Agravo de Instrumento Nº 70017547399, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alexandre Mussoi Moreira, Julgado em 06/11/2006).³⁹

³⁶ BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 02 de agosto de 2016.

³⁷ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. OJ 278 SDI1 TST.

³⁸ LEITE, 2016, p. 57.

³⁹ BRASIL. **Tribunal de Justiça**. Agravo de Instrumento Nº 70017547399, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alexandre Mussoi Moreira, Julgado em 06/11/2006.

Contanto, pode-se concluir que a inspeção judicial na esfera laboral é facultativa ao juiz.

3. PROVA ILÍCITA

A prova ilícita começou a ser discutida no começo do século XX, tendo como primeiro marco os estudos do alemão Ernst Beling, em sua obra *Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozess* em 1903, que trazia em seu conteúdo sobre a vedação probatória como um ponto final da busca pela verdade no processo penal.

No que diz respeito ao processo civil e trabalhista brasileiros dentro da classificação dos meios de prova, além daqueles já previstos pela lei, são admitidos também os moralmente legítimos, como dispõe o artigo 369 do Código de Processo Civil. Sendo assim, a Constituição Federal veda a admissibilidade de provas obtidas por meio ilícito, conforme insculpido em seu artigo 5º, inciso LVI. O tema teve uma discussão constitucional tardia no país e entende-se que esta norma apenas limita à busca da verdade pela produção de provas e não nega o direito que é cabível, sendo excluída a forma de obter provas através de meio ilícito, enfatizando a necessidade de proteger os direitos inerentes ao trabalhador.

É nesta problemática que cabe a análise da admissibilidade das provas ilícitas no processo, devendo se atentar aos preceitos da intimidade e da privacidade dos trabalhadores. É indispensável falar neste assunto sem mencionar estes direitos e que a aceitação de uma prova ilícita dentro do processo pode provocar a violação desses direitos personalíssimos do homem.

Ao discorrer sobre o tema, o autor André Ramos Tavares explicita:

O Estado não pode violar o princípio da impossibilidade das provas ilícitas. Isso porque à Administração só está franqueado realizar aquilo que a lei autoriza.

Verificada a ilicitude da prova os dos meios empregados para obtê-la, realiza-se um sopesamento de valores, por força da aplicação do princípio da Proporcionalidade.⁴⁰

É mediante as apresentações de provas trazidas pelas partes que se formará o livre convencimento do juiz sobre o fato em questão. O direito à prova está ligado à possibilidade de abranger a utilização de quaisquer meios probatórios disponíveis. Legalmente temos a admissibilidade das provas e o que não está dentro deste contexto devem ser expostos de forma taxativa e justificados.

⁴⁰ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 12 ed, São Paulo: Saraiva, 2014. p. 450.

Destarte, é dentro desta linha de raciocínio que a discussão acerca o tema busca abarcar as possibilidades da aceitação das provas, ainda que ilícitas, para a análise do juiz equilibrando a restrição das provas em relação à admissão, contanto que preserve e proteja os direitos do indivíduo.

3.1. Conceito de Prova Ilícita

À priori, o entendimento de prova ilícita é aquela que é processualmente inadmissível, como dispõe no artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”⁴¹, podendo ainda haver denominações variadas na doutrina como prova ilegal, prova obtida por meios ilícitos ou até mesmo prova proibida.

As provas ilícitas são aquelas que violam direitos fundamentais também trazidos no artigo 5º da Carta Magna, tais como a intimidade, a vida privada, a honra, a imagem, o domicílio e as comunicações. Desta forma, são vedadas aquelas provas que desrespeitam estes direitos.

No entanto, Ada Pellegrini Grinover discorre sobre o tema e conceitua a prova ilícita como aquela que confronta a norma de direito material, uma vez que a ilicitude se opera no instante da obtenção da prova, acarretando a violação do direito fundamental.⁴²

As provas ilícitas abarcam uma grande discussão doutrinária que se podem encontrar as mais variadas terminologias e entendimentos acerca o tema. É importante ressaltar o que Bezerra Leite nos traz, dizendo que as provas que implicam violação de normas do direito material são consideradas obtidas por meio de ato ilícito. Já as provas que provocam violação na norma processual, são chamadas provas ilegítimas.⁴³

Pode-se ainda conceituar as provas ilícitas no sentido amplo ou estrito, sendo que no sentido amplo diz respeito às provas que ferem a Constituição Federal, as leis ordinárias e também aos bons costumes. Contudo, no sentido estrito faz referência às disposições legais e constitucionais.

Destarte, a prova ilícita ainda pode ser aquela obtida de modo que viole as normas do direito material, em função dos direitos que o ordenamento jurídico tutela ao que diz respeito

⁴¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 06 ago. 2016.

⁴² GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scaranze; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 98.

⁴³ LEITE, 2016, p. 85.

ao particular, ressaltando mais uma vez o asseguramento dos direitos relativos à intimidade, liberdade e dignidade humana.

Portanto, prova ilícita é aquela adquirida por meios ilegais ou que não concordam com os direitos protegidos pela legislação, seja ordinário, complementar ou Constituição Federal.

3.2. Prova Ilícita e Prova Ilegítima

As provas ilícitas são obtidas de forma ilegal desrespeitando os princípios processuais e constitucionais, de modo que viole a natureza material ou processual do ordenamento jurídico.

Apesar de espécies de provas ilegais, as provas ilícitas não se confundem com as provas ilegítimas. Enquanto, as provas ilícitas são aquelas obtidas com infringência ao direito material, as provas ilegítimas são as obtidas com desrespeito ao direito processual. Disto conclui-se que determinadas provas ilícitas podem, ao mesmo tempo, ser ilegítimas, se a lei processual também impedir sua produção em juízo.⁴⁴

Dentro da definição do professor Luiz Flávio Gomes, observa-se:

Prova ilegítima é a que viola regra de direito processual no momento de sua produção em juízo (ou seja: no momento em que é produzida no processo). Exemplo: oitiva de pessoas que não podem depor, como é o caso do advogado que não pode nada informar sobre o que soube no exercício da sua profissão (art. 207, do CPP). Outro exemplo: interrogatório sem a presença de advogado; colheita de um depoimento sem advogado etc. A prova ilegítima, como se vê, é sempre intraprocessual (ou endoprocessual).⁴⁵

Neste diapasão, Ada Pellegrini discorre sobre o assunto dizendo que “a prova colhida com infringência às normas ou princípios colocados pela Constituição e pelas leis, frequentemente para a proteção das liberdades públicas e especialmente dos direitos de personalidade e mais especificamente do direito à intimidade.”⁴⁶

Em decorrência da discussão doutrinária acerca a distinção entre provas ilícitas e provas ilegítimas, faz-se necessário uma breve análise dessas vedações probatórias.

⁴⁴ DONZELE, Patrícia Fortes Lopes. **Prova Ilícita**. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1495/Prova-ilicita>. Acesso em: 28 ago. 2016.

⁴⁵ GOMES, Luiz Flávio. **Provas ilícitas e ilegítimas; distinções fundamentais**. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1972597/provas-ilicidas-e-ilegitimas-distincoes-fundamentais>> Acesso em: 28 ago. 2016.

⁴⁶ GRINOVER Ada Pellegrini, **Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas**. São Paulo: Saraiva, 1976. p. 131.

Ada Pellegrini, sustentando-se em doutrina de Nuvolone, autor renomado e que adotou grandes pensamentos embasados pela jurisprudência, as provas ilícitas e as provas ilegítimas são espécies do gênero de prova vedada, sendo esta definida pela infração de normas legais do ordenamento jurídico de natureza processual ou material.⁴⁷

A autora Ada Pellegrini Grinover discorre sobre o tema e afirma que é possível a prova ilegal ser vedada em sentido absoluto e, portanto, se faz estritamente proibida a admissão deste tipo de prova.⁴⁸ E também pode ser vedada em sentido relativo e isto ocorre quando o ordenamento jurídico subordina a sua legitimidade à observância de determinadas condições formais.

No que tange a natureza jurídica da produção da prova e sabendo da relevância desta natureza para constituir uma prova vedada ou não se vê duas distinções. Caso haja violação dos direitos individuais, trata-se de direito material. Se houver violação nas normas de direito processual, atingirá as finalidades processuais. Ainda que em ambos os casos haja vedação, é necessário compreender essas distinções, pois em um caso será considerado um ato ilícito, já no outro será um ato ilegítimo.

Portanto, ao ser realizada a produção de provas e houver qualquer tipo de violação das normas do direito material a prova será ilícita. Por outro lado, se houver algo que fira as normas da produção de provas produzidas no processo e, conseqüentemente, ofendendo o direito processual, trata-se de prova ilegítima.

Destarte, pode ocorrer em alguns casos, simultaneamente, a prova ser ilegítima e ilícita, tendo em vista que há o desrespeito de normas materiais e de princípios gerais do direito e de normas processuais. Assim, é certo dizer que a problemática das provas ilícitas criou um elo entre a ilicitude material e a inadmissibilidade no processo.

3.3. A prova ilícita no processo do Trabalho

Como já foi supramencionado, no processo do trabalho há uma escassez sobre o tema da admissibilidade das provas, sendo assim, faz-se necessário a análise dentro de outras disciplinas para poder discorrer sobre o tema, sendo abordado com afinco dentro do direito processual penal e civil.

⁴⁷ GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2006, p. 110.

⁴⁸ Ibid., p. 111.

Na esfera do direito processual do trabalho não há previsão legal sobre a ilicitude probatória, uma vez que a CLT traz em seu texto 15 artigos para discorrer sobre a prova em que se limitam ao tratar do tema se afastando de qualquer previsão legal correspondente a admissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos.

Por conseguinte, insta salientar que é da natureza do processo do trabalho, cível e penal que a prova juntada aos autos poderá ser utilizada da forma mais apropriada por qualquer uma das partes do processo e inclusive pelo juiz.

Neste âmbito, o autor Luiz Ribeiro traz algumas observações sobre o tema em questão, quais sejam:

Até que ponto interessa ao ordenamento jurídico e à sociedade, repelir determinadas provas com o rótulo de ilícitas, em prejuízo da investigação efetiva da verdade?; 2) Seria possível afastar do processo prova relevante e eficaz, que pode levar à descoberta da verdade, pelo fato de ser ela colhida com infringência à norma de direito material?; ou 3) Ao contrário, essa prova deveria ser produzida e valorada apenas punindo-se, pelo ilícito penal, civil, trabalhista ou administrativo cometido, quem a tivesse obtido de forma ilícita?⁴⁹

Ainda na linha de raciocínio do autor em questão, Luiz expõe que para o processo possuir êxito, ele deve ser guiado pela ética e, no que tange as provas, é imprescindível que a produção destas caminhe diretamente com este preceito, juntamente com a legalidade e a legitimidade moral, assim como rege o Código de Processo Civil sobre estes princípios que devem ser respeitados no processo.

3.4. Prova ilícita por derivação

A título de compreensão simples, em suma, a prova por derivação é aquela prova lícita, mas que provém de fonte ilícita, ou seja, a prova em si é legal, mas foi construída através de informação obtida por meio ilegal.

Insta salientar que este assunto é proveniente de estudos americanos que através da jurisprudência se criou a teoria dos frutos da árvore envenenada, que diz respeito sobre o vício da planta transmitir a todos os seus frutos.

Ao decorrer do tempo esta teoria sofreu algumas modificações a fim de evitar julgamentos desproporcionais e, conseqüentemente, mudou a sua aplicação e efeitos.

⁴⁹ RIBEIRO, 2004, p. 76-77.

Contudo, esta mesma teoria não se aplica a provas secundárias, pois se não há relação de causa e efeito entre elas, não existem motivos para a limitação probatória.

A prova derivada consiste numa importante observação que determinará sua natureza legal, ao analisar sua causalidade e finalidade busca-se saber se é possível admitir processualmente a prova obtida por meio ilícito e também se inadmissível a prova que foi colhida ilicitamente, mas foi conhecida por meio de prova ilícita. Neste mesmo sentido, baseia-se na CLT, artigo 798 e no Código de Processo Penal, artigo 573, § 1º, ao se tratar da nulidade dos atos processuais.

De acordo com a CLT, dispõe: no Art. 798 - A nulidade do ato não prejudicará senão os posteriores que dele dependam ou sejam consequência.⁵⁰

Já o Código de Processo Penal traz em seu texto o seguinte:

Art. 573. Os atos, cuja nulidade não tiver sido sanada, na forma dos artigos anteriores, serão renovados ou retificados.

§ 1º A nulidade de um ato, uma vez declarada, causará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam consequência.⁵¹

Neste sentido, ainda temos no artigo 157 também do Código de Processo Penal, alterado pela Lei nº 11.690 de 09 de junho de 2008:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.⁵²

Sob uma análise doutrinária, entende-se por unanimidade que a prova que possui vício pode comprometer os direitos fundamentais da privacidade e da intimidade e, portanto, gerando um vício em tudo aquilo que ela derivar.

Em entendimento nacional, o Supremo Tribunal Federal alega que a prova que é ilícita contamina, de fato, as demais que dela se originam e, desta forma, este posicionamento tem consolidado a tese da comunicabilidade da ilicitude. No entanto, o Pretório Excelso tem adotado o Princípio da Proporcionalidade em alguns casos.

⁵⁰BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 28 ago. 2016.

⁵¹ BRASIL. **Código de Processo Penal.** Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/CCiViL_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 28 ago. 2016.

⁵² Ibid.

O antagonismo que o tema gera resultou muitas críticas doutrinárias segundo o qual dizem que o texto infraconstitucional é que daria efetividade ao já estabelecido na Constituição Federal. Nesse sentido, Rangel afirma:

É como se dependêssemos do Código para nos dizer que a Constituição, a partir de agora, passa a valer. É o Código dando vida a Constituição. A consagração do absurdo. [...] o Código amesquinhou a Constituição e nesse particular aspecto é inconstitucional porque diminuiu o seu alcance. O princípio existe, está no art. 5º, LVI: são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos. Não precisamos de mais nada.⁵³

Coutinho assim discorre acerca das reformas supracitadas:

Não se salva da inconstitucionalidade nem o novo texto do art. 157, o qual aterra no âmbito infraconstitucional a regra do art. 5º, LVI, CR [...], tentando explicitar a proibição à prova ilícita, como se para ganhar vida a Constituição fosse preciso uma reforma no CPP, algo muito próprio de um Brasil Profundo em matéria de respeito e aplicação das leis.⁵⁴

A título de conhecimento de exemplos jurisprudenciais, vejamos:

Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária. - A exclusão da prova originariamente ilícita - ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação - representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do "due process of law" e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal. Doutrina. Precedentes. - A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos "frutos da árvore envenenada") repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal. Hipótese em que os novos dados probatórios somente foram conhecidos, pelo Poder Público, em razão de anterior transgressão praticada, originariamente, pelos agentes da persecução penal, que desrespeitaram a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar. - Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos da persecução penal somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida

⁵³ RANGEL, 2013, p. 249.

⁵⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**: revista, ampliada e atualizada de acordo com as reformas processuais penais e a Lei 11.900/09. 16. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 64.

como resultado da transgressão, por agentes estatais, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica ao poder do Estado em face dos cidadãos. (STF, RHC 90376, Relator (a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, Julgado em: 03/04/2007, DJe-018 DIVULG 17-05-2007 PUBLIC 18- 05-2007 DJ 18-05-2007 PP-00113 EMENT VOL-02276-02 PP-00321).⁵⁵

No mesmo julgado, o senhor Ministro Relator, discorre sobre a possibilidade da utilização da teoria da fonte independente da prova:

Se, no entanto, o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova - que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal -, tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária. [...] Não se desconhece, como previamente salientado, que, tratando-se de elementos probatórios absolutamente desvinculados da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo qualquer relação de dependência, revelando-se, ao contrário, impregnados de plena autonomia, não se aplica, quanto a eles, a doutrina da ilicitude por derivação, por se cuidar, na espécie, de evidência fundada em uma fonte autônoma de conhecimento (“anindependentsource”). (STF, RHC 90376, Relator (a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, Julgado em: 03/04/2007, DJe-018 DIVULG 17-05-2007 PUBLIC 18-05-2007 DJ 18-05-2007 PP-00113 EMENT VOL-02276-02 PP- 00321).⁵⁶

3.5. A inadmissibilidade da prova ilícita

[...] chegou-se a conclusão de que a prova obtida por meios ilícitos deve ser banida do processo, por mais relevantes que sejam os fatos por ela apurados, uma vez que se subsume ela ao conceito de inconstitucionalidade, por vulnerar normas ou princípios constitucionais – como, por exemplo, a intimidade, o sigilo das comunicações, a inviolabilidade do domicílio, a própria integridade e dignidade da pessoa.⁵⁷

A vedação das provas ilícitas é vista por alguns doutrinadores como a tutela dos direitos fundamentais de modo que não pode ser aceita jamais no processo, se abstendo de sua relevância para a busca da verdade real, contudo que esteja dentro dos parâmetros legais.

⁵⁵ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. STF, RHC 90376, Relator (a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, Julgado em: 03/04/2007, DJe-018 DIVULG 17-05-2007 PUBLIC 18- 05-2007 DJ 18-05-2007 PP-00113 EMENT VOL-02276-02 PP-00321.

⁵⁶Ibid.

⁵⁷GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2006, p. 99.

Observam-se três correntes que defendem a inadmissibilidade das provas ilícitas, em que a primeira se constitui pelo fundamento pela indivisibilidade do ordenamento jurídico, sendo impossível consentir com a utilização da prova ilícita, uma vez já vedada pela Carta Magna. Pelo pensamento de Aranha, vejamos:

O direito é todo unitário, formando um universo, e não composto por compartimentos estanques, por áreas separadas e irredutíveis. Ora, se a prova é ilícita, afronta ao direito em seu universo, não sendo admissível no processo, ainda que não seja instrumental a norma violada. Não se pode admitir que o mesmo fato seja objeto de julgamentos diferentes: condenado e prestigiado apenas porque dividiu-se o direito em ramos autônomos. O ilícito, desde que reconhecido, contamina todo o direito e não somente partes separadas.⁵⁸

A segunda corrente é regida pelo princípio da moralidade dos atos praticados pelo Estado, ou seja, a prova deve ser produzida adequadamente dentro dos preceitos legais e da licitude que lhe cabe aplicar e aqueles atos que constituem ofensas aos direitos constitucionais serão desconsiderados. Diretamente ligada ao conceito de um Estado democrático, esta corrente defende a impossibilidade do Estado agir com repressão mediante atos que vão contra o ordenamento jurídico.

Por fim, a última corrente afirma a inadmissibilidade das provas que causarem violação ao direito constitucional, pois, se assim o fizerem, automaticamente esta prova será tida como inconstitucional. Ocorre que, caso haja o desrespeito das garantias fundamentais personalíssimas, a prova instantaneamente se abstém de qualquer valor jurídico.

⁵⁸ARANHA, Adalberto José Q. T. de Aranha. **Da prova no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 96.

4. A ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO DO TRABALHO E A TEORIA DA PROPORCIONALIDADE

Na lide trabalhista, seguindo as orientações jurisdicionais, após ingressar com prestação de tutela, o demandante tem por direito e dever apresentar provas já existentes. Desta forma, é fundamental para o processo que haja a produção de provas a fim de obter a veracidade dos fatos tratados em litígio.

Acerca as provas ilícitas, o direito processual trabalhista não contém previsões legais, o que leva a considerar a construção científica do direito em uma visão multidisciplinar, pois, neste âmbito, se apoia no direito processual penal e civil.

O assunto levantou grandes discussões e opiniões divergentes até que a Constituição Federal de 1988 entrou em vigência e trouxe em seu corpo textual que não seria admitida a prova ilícita no ordenamento jurídico brasileiro, admitindo exceções em alguns tipos de provas ilícitas utilizadas no processo do trabalho.

Há duas teses sobre o assunto se tratando da divergência questionada da admissibilidade probatória. José Carlos Barbosa Moreira, afirma:

De acordo com a primeira tese devem prevalecer em qualquer caso o interesse da Justiça no descobrimento da verdade, de sorte que a ilicitude da obtenção não subtraia à prova o valor que possua como elemento útil para formar o convencimento do juiz, a prova será admissível, sem prejuízo da sanção a que fique sujeito o infrator.

Já para a segunda tese, o direito não pode prestigiar o comportamento antijurídico, nem consentir que dele tire proveito quem haja desrespeitado o preceito legal, com prejuízo alheio; por conseguinte, o órgão judicial não reconhecerá eficácia à prova ilegitimamente obtida.⁵⁹

No que concerne nesta tese da admissibilidade referida pelo autor supracitado, é admitida a produção de prova ilícita desde que haja veracidade no conteúdo produzido, ou seja, não se importa como foram colhidas as provas, mas sim como recebida no processo, se embasando no livre convencimento do juiz, sendo prioritária a investigação da verdade em consonância aos procedimentos judiciais.

⁵⁹MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de Direito Processual**, 6 ed. Saraiva São Paulo: Saraiva, 1997. In: Prova Ilícita. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1495/Prova-ilicita>>. Acesso em: 11 out. 2016. p. 125.

Numa fase preambular, onde o tema das provas ilícitas mereceu, pela primeira vez, a atenção dos juristas, o condicionamento aos dogmas do ‘livre convencimento’ e da ‘verdade real’, fazia com que um eventual balanceamento dos interesses em jogo pendesse, inequivocamente, em favor do princípio da investigação da verdade, ainda que baseado em meios ilícitos.⁶⁰

Por meio desta afirmação, pode-se observar que a vontade coletiva pela busca da verdade e justiça social prevalece sobre as formalidades processuais.

Em observância, a produção de provas se delimita a partir da vedação que o texto da Constituição Federal traz de alguns meios de prova.

A jurisprudência tem modificado o entendimento se fundamentando no princípio da proporcionalidade ao analisar a possibilidade de utilizá-lo no caso concreto, pois há situações que a única forma de provar e buscar a justiça é a utilização da prova ilícita.

Sobre esta questão, Vicente Greco Filho afirma:

uma prova obtida por meio ilícito, mas que levaria à absolvição de um inocente (...) teria de ser considerada, porque a condenação de um inocente é a mais abominável das violências e não pode ser admitida ainda que sacrifique algum outro preceito legal.⁶¹

A questão conflituosa de garantias constitucionais, tais quais o direito à intimidade e à privacidade e também o direito à ampla defesa e à produção de provas se torna necessário o sopeso dos interesses e princípios levando em consideração o princípio da proporcionalidade.

Neste sentido, tem-se o entendimento de Robert Alexy:

em determinadas circunstâncias, um princípio cede ao outro ou que, em situações distintas, a questão de prevalência se pode resolver de forma contrária. Os princípios têm um peso diferente nos casos concretos, e que o princípio de maior peso é o que prepondera.⁶²

As garantias que deverão ser consideradas serão, sobretudo, ponderadas, sendo papel do intérprete da legislação aferir o peso de cada uma e fazer concessões recíprocas. Ocorre que as ponderações são inevitáveis quando ambas as partes do processo são igualmente sujeitas de direito dessas garantias fundamentais.

⁶⁰ AVÓLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas**: interceptações telefônica clandestinas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 45.

⁶¹ GRECO FILHO, 2015, p. 194.

⁶² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. , São Paulo: Saraiva, 2011. p. 219.

Sendo assim, dentro da admissibilidade processual da prova ilícita, desde que esta seja verdadeira, observa-se o interesse da Justiça em descobrir a veracidade do caso em questão, desde que a ilicitude da prova não subtraia seu próprio valor e se torne elemento inútil no convencimento do julgador.

É de suma relevância ressaltar o papel da teoria da proporcionalidade no âmbito processual das provas ilícitas, pois tem sido o principal fundamento dos Tribunais para a admissão das provas tidas como ilícitas.

O argumento daqueles que usam esta teoria para seus julgamentos tem como foco demonstrar que as provas obtidas de forma ilícita podem ser inseridas processualmente se utilizadas de modo consciente, equilibrado e, principalmente, em caráter excepcional.

O princípio da proporcionalidade tem caráter de solucionador de conflitos, ou seja, em caso de extrema gravidade quando direitos fundamentais se colidem, um deve ser sacrificado, ficando, obviamente, o de maior importância no caso concreto e evitando que ocorram lesões aos direitos fundamentais, admitindo a prova ilícita com o objetivo de melhor resultado para a justiça.

Neste sentido, Ada Pellegrini discorre sobre o tema juntamente com Fernandes e Magalhães desta forma:

A teoria, hoje dominante, da inadmissibilidade processual das provas ilícitas, colhidas com infringência a princípios ou normas constitucionais, vem, porém atenuada por outra tendência, que visa a corrigir possíveis distorções a que a rigidez da exclusão poderia levar em casos de excepcional gravidade. Trata-se do denominado *Verhältnismässigkeitsprinzip*, ou seja, de um critério de proporcionalidade, pelo qual os tribunais da então Alemanha Federal, sempre em caráter excepcional e em casos extremamente graves, têm admitido a prova ilícita, baseando-se no princípio do equilíbrio entre valores fundamentais contratantes.⁶³

No que tange ao direito processual do trabalho pode utilizar o princípio da proporcionalidade com o foco de proteger o obreiro perante o empregador, tendo em vista que as partes são desiguais nas relações trabalhistas e a admissão das provas ilícitas se fundamenta pelo direito à ampla defesa e pela presunção da inocência.

O autor Luís Ribeiro discorre sobre a teoria da proporcionalidade em consonância ao direito do trabalho

⁶³GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2006, p. 99.

A adaptação da teoria da proporcionalidade para o direito do trabalho deve ser feita pro operário. Não se pode pensar no alcance de tal teoria sem estabelecer um sistema de proteção ao economicamente mais fraco (hipossuficiente), mormente porque as justas causas rigidamente fixadas em lei versam, dentre outros, sobre o direito à honra, boa fama, probidade, integridade física, saúde, etc. Neste contexto, entendemos que o empregado (e somente ele), uma vez que exista a imputação de justo motivo para a despedida, poderá lançar mão de provas obtidas por meio ilícito para justificar sua manutenção no emprego (em caso de estabilidade) ou assecuramento das parcelas indenizatórias plenas (nos demais casos).⁶⁴

Destarte, reconhece-se que em regra não se pode aceitar a prova ilícita no processo, em respeito ao dispositivo legal artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, contudo há uma característica de cunho relativo que permite a admissibilidade dessas provas ilícitas de modo que se aplique em casos específicos a fim de buscar a verdade real dos fatos e a justiça social, juntamente com o respeito ao ordenamento jurídico.

Insta salientar que o objetivo dessas informações supracitadas é explanar sobre as ressalvas que podem ser feitas no que tange a inadmissibilidade das provas ilícitas, pois há casos em que, aplicando o princípio da proporcionalidade se houver colisão dos direitos fundamentais, é possível, dependendo da análise feita ao caso concreto, aceitar a prova produzida ilicitamente, de modo que busque um melhor resultado no processo, contribuindo para o exercício do Estado de Direito.

⁶⁴ RIBEIRO, 2004, p. 77.

5. O VALOR PROBATÓRIO DA GRAVAÇÃO CLANDESTINA NO PROCESSO DO TRABALHO

As produções de provas acompanharam os avanços tecnológicos e, por conseguinte, hipoteticamente se aumentou a ilicitude dessas produções, como ocorre nas gravações.

A Carta Magna traz em seu texto, por meio do artigo 5º, inciso XII, que:

É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

As gravações telefônicas consistem na captação de uma conversa telefônica gravada de modo oculto por um dos interlocutores, ou seja, sem o conhecimento da outra pessoa participante da comunicação. Este tipo de produção de prova não possui posicionamento jurídico legal, isto é, o legislativo se omite sobre o tema e, portanto, se fala em gravações clandestinas.

Tal expressão utilizada “gravações clandestinas” abrange tanto a gravação telefônica quanto a gravação ambiental, a primeira consiste na gravação de uma comunicação telefônica, a segunda se trata de uma gravação feita entre pessoas presentes em um local, de forma sub-reptícia.

À priori o ato de gravar clandestinamente seja uma gravação telefônica ou ambiental, não constitui ilicitude processual, mas se ressalta que configura a invasão à intimidade de terceiro, o que acarreta a discussão da não divulgação das gravações executadas.

Contudo, o sigilo correspondente às comunicações não é absoluto, sujeitando-se ao princípio da proporcionalidade de modo que este princípio atue evitando a causa de danos aos direitos de outras pessoas.

Destarte, considerando este princípio, o caso concreto é analisado observando a garantia dos direitos constitucionais do indivíduo que se colide com a produção probatória ilícita, e justificado se a produção da gravação de uma conversa telefônica não resultasse de meios ardilosos, assim, portanto, não representaria uma ameaça aos direitos da personalidade.

Mediante entendimento jurisprudencial acerca as gravações clandestinas telefônicas, tem se estabelecido em uma linha de entendimento de que a conversa gravada por um dos interlocutores que não houver o consentimento da outra parte, não se enquadra nas

características de interceptação telefônica e, conseqüentemente, não será meio ilícito probatório.

O TRT da 4ª Região, processo RR 1513001820025090663 151300-18.2002.5.09.0663, relata o caso de uma empresa que realizou um contrato de trabalho terceirizado de um técnico para fazer instalação e manutenção de rede de acesso de telecomunicações. Após sofrer um acidente de trabalho, passou a receber auxílio previdenciário.

Ao retornar as atividades laborativas na empresa, o contrato havia acabado e foi designado para exercer outra função dentro da empresa. O empregado gravou conversas em um CD que confirmam a pressão que sofreu para que pedisse demissão antes que acabasse o período de estabilidade provisória acidentária que tinha como direito adquirido.

O entendimento da juíza foi de que a prova era lícita. O TRT, por sua vez, manteve o entendimento a respeito disso e negou o recurso pedido pela reclamada alegando que os diálogos foram gravados em ambiente de trabalho sem violação alguma à intimidade e à privacidade das pessoas envolvidas.

A empresa apresentou uma defesa ao TST no recurso de revista que a gravação tinha sido realizada sem o conhecimento dos interlocutores, tornando a prova ilícita descartando-a do processo, pois havia ferido direitos assegurados pela Constituição, tais como o direito à vida privada e o livre exercício do trabalho e, ainda, a vedação da utilização de provas no processo obtidas por meio ilícito.

Contudo, pelo relato do presidente da 3ª turma do Tribunal, o fato da gravação ser clandestina não a tornava prova ilícita, pois os diálogos pertenciam também ao reclamante que gravou a conversa com a finalidade de comprovar um direito que lhe tinha sido tomado.

O relator utilizou o seguinte fundamento:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA - CONVERSA - GRAVAÇÃO FEITA POR UM DOS INTERLOCUTORES - PROVA ILÍCITA NÃO CARACTERIZADA. O Supremo Tribunal Federal já firmou entendimento no sentido de que a gravação de conversa por um dos interlocutores, a fim de repelir conduta ilícita do outro, não se enquadra na vedação prevista no art. 5º LVI, da Carta Magna, constituindo exercício regular de direito. Agravo de instrumento desprovido.”(AIRR - 308240-42.2001.5.09.0664, Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 22/10/2008, 1ª Turma, Data de Publicação: 31/10/2008).⁶⁵

⁶⁵ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho, Recurso de Revista. RR 1513001820025090663 151300-18.2002.5.09.0663. PROVA ILÍCITA. GRAVAÇÃO REALIZADA SEM O CONSENTIMENTO DOS DEMAIS INTERLOCUTORES. Revela-se inócuo o debate acerca da ilicitude da gravação realizada sem o devido conhecimento dos interlocutores e após o desligamento do reclamante, porquanto restou amplamente

No que tange ao conflito de garantias constitucionais, ainda temos dentro deste relato o seguinte entendimento:

Trata a questão de aparente conflito de princípios garantidos constitucionalmente, quais sejam, de um lado o direito à intimidade e privacidade, por outro, o direito à ampla defesa e à produção de provas, com os meios e recursos a ela inerentes. No caso concreto, devem ser sopesados os interesses e princípios constitucionais, levando-se em consideração a razoabilidade e a proporcionalidade.⁶⁶

E, dentro deste contexto, ainda se explica:

comprovada nos autos, tanto pela documentação trazida como pelo depoimento das testemunhas ouvidas em juízo, a existência de coação na adesão ao PDI, tendo em vista a promessa de garantia de emprego - continuidade na prestação de serviços por meio de empresa terceirizada. Ademais, o Tribunal Regional deixou claro que o trecho da gravação apenas corroborou a prova oral colhida, que à sociedade comprovava promessa de manutenção do reclamante no emprego. Recurso de revista não conhecido. PROGRAMA DE DEMISSÃO INCENTIVADA. VÍCIO DE VONTADE. COMPROVAÇÃO. MATÉRIA FÁTICA. É insuscetível de revisão, em sede extraordinária, decisão proferida pelo Tribunal Regional à luz da prova carreada aos autos. Somente com o revolvimento do substrato fático-probatório seria possível afastar a premissa sobre a qual se erigiu a conclusão da existência de vício de vontade no ato de adesão do reclamante ao PDI, visto que induzido a formular pedido de inclusão no PDI sob a promessa de garantia no emprego. Hipótese de incidência da Súmula nº 126 do Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de revista não conhecido. UNICIDADE CONTRATUAL. Não há como afastar o reconhecimento da unicidade contratual, porquanto na presente hipótese verifica-se que a Corte regional deixou claro que a terceirização havida constituiu fraude aos direitos trabalhistas assegurados ao autor, porquanto não houve interrupção dos serviços prestados, tampouco alteração fática das condições contratuais anteriores. Destaca-se que o reclamante continuou a laborar em prol da recorrente, desempenhando a mesma função com o mesmo ferramental. Recurso de revista não conhecido. HORAS EXTRAS. PRORROGAÇÃO DE JORNADA SIMULTANEAMENTE À COMPENSAÇÃO. VALIDADE. -A prestação de horas extras habituais descaracteriza o acordo de compensação de jornada. Nesta hipótese, as horas que ultrapassarem a jornada semanal normal deverão ser pagas como horas extraordinárias e, quanto àquelas destinadas à compensação, deverá ser pago a mais apenas o adicional por trabalho extraordinário - - Súmula nº 85, item IV, do Tribunal Superior do Trabalho. Decisão recorrida em consonância com a jurisprudência sumulada. Recurso de revista não conhecido. CORREÇÃO MONETÁRIA. DÉBITOS TRABALHISTAS. Nos termos do disposto no artigo 39 da Lei nº 8.177/91 é devida a incidência dos juros e da correção monetária sobre os débitos trabalhistas até a data do efetivo pagamento, o que somente vem a ocorrer quando o valor depositado em juízo é disponibilizado a favor do credor. Em se tratando de crédito trabalhista, deve-se considerar extinta a obrigação somente a partir do momento em que o valor é disponibilizado ao empregado, de modo a compensá-lo pela privação causada pelo empregador, que postergou o cumprimento da obrigação que lhe incumbia, até em razão dos recursos que interpôs. DESCONTOS PREVIDENCIÁRIOS. CRITÉRIO DE RECOLHIMENTO. SÚMULA Nº 368 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. -II. É do empregador a responsabilidade pelo recolhimento das contribuições previdenciárias e fiscais, resultante de crédito do empregado oriundo de condenação judicial, devendo incidir, em relação aos descontos fiscais, sobre o valor total da condenação, referente às parcelas tributáveis, calculado ao final, nos termos da Lei nº 8.541/1992, art. 46, e Provimento da CGJT nº 03/2005. III. Em se tratando de descontos previdenciários, o critério de apuração encontra-se disciplinado no art. 276, § 4º, do Decreto nº 3.048/99, que regulamenta a Lei nº 8.212/91 e determina que a contribuição do empregado, no caso de ações trabalhistas, seja calculada mês a mês, aplicando-se as alíquotas previstas no art. 198, observado o limite máximo do salário de contribuição - - Súmula nº 368 do TST. Recurso de revista conhecido e provido.

(TST - RR: 1513001820025090663 151300-18.2002.5.09.0663, Relator: Lelio Bentes Corrêa, Data de Julgamento: 09/04/2008, 1ª Turma., Data de Publicação: DJ 02/05/2008.)

⁶⁶BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho, Recurso de Revista**. RR 1513001820025090663 151300-18.2002.5.09.0663.

O presente caso é de gravação de conversação feita por um dos interlocutores (autor da presente demanda), onde, aplicando-se os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, às particularidades do caso concreto, sopesando-se os princípios constitucionais mencionados, tenho que a referida gravação não deve ser considerada como ilícita, haja vista, inclusive, que os diálogos foram realizados no ambiente de trabalho das partes, constando ainda, em diversos trechos, conversações paralelas com outras pessoas, não restando configurada a violação à intimidade e privacidade das pessoas ali envolvidas. Não se trata, portanto, de hipótese de interceptação telefônica feita por terceiro, o que afasta a ilicitude da prova.⁶⁷

Após a análise desta decisão, a título de conhecimento em processo penal é mister lembrar que este entendimento não é unânime entre os Tribunais, como é o caso julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, em que todas as provas produzidas foram anuladas. Segue o relato do Habeas Corpus:

Vivemos em um Estado Democrático de Direito, no qual, como nos ensina a Prof^ª. Ada Pellegrini Grinover, *in* "Nulidades no Processo Penal", "o direito à prova está limitado, na medida em que constitui as garantias do contraditório e da ampla defesa, de sorte que o seu exercício não pode ultrapassar os limites da lei e, sobretudo, da Constituição." (...)

(...) Portanto, inexistem dúvidas de que tais provas estão irremediavelmente maculadas, devendo ser consideradas ilícitas e inadmissíveis, circunstâncias que as tornam destituídas de qualquer eficácia jurídica, consoante entendimento já cristalizado pela doutrina pacífica e lastreado na torrencial jurisprudência dos nossos tribunais.⁶⁸

⁶⁷BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho, Recurso de Revista**. RR 1513001820025090663 151300-18.2002.5.09.0663.

⁶⁸ BRASIL. PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. OPERAÇÃO SANTIAGRAHA.PARTICIPAÇÃO IRREGULAR, INDIVIDUALMENTE COMPROVADA, DE DEZENAS DEFUNÇÃOÁRIOS DA AGÊNCIA BRASILEIRA DE INFORMAÇÃO (ABIN) E DEEX-SERVIDOR DO SNI, EM INVESTIGAÇÃO CONDUZIDA PELA POLÍCIA FEDERAL.MANIFESTO ABUSO DE PODER. IMPOSSIBILIDADE DE CONSIDERAR-SE A ATUAÇÃO EFETIVADA COMO HIPÓTESE EXCEPCIONALÍSSIMA, CAPAZ DE PERMITIR COMPARTILHAMENTO DE DADOS ENTRE ÓRGÃOS INTEGRANTES DO SISTEMA BRASILEIRO DE INTELIGÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE PRECEITO LEGAL AUTORIZANDO-A. PATENTE A OCORRÊNCIA DE INTROMISSÃO ESTATAL, ABUSIVA E ILEGAL NA ESFERA DA VIDA PRIVADA, NO CASO CONCRETO. VIOLAÇÕES DA HONRA, DA IMAGEM E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. INDEVIDA OBTENÇÃO DE PROVA ILÍCITA, PORQUANTO COLHIDA EM DESCONFORTIDADE COM PRECEITO LEGAL. AUSÊNCIA DE RAZOABILIDADE. AS NULIDADES VERIFICADAS NA FASE PRÉ-PROCESSUAL, E DEMONSTRADAS À EXAUSTÃO, CONTAMINAM FUTURA AÇÃO PENAL. INFRINGÊNCIA A DIVERSOS DISPOSITIVOS DE LEI. CONTRARIEDADE AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, DA IMPARCIALIDADE E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL INQUESTIONAVELMENTE CARACTERIZADA. A AUTORIDADE DO JUIZ ESTÁ DIRETAMENTE LIGADA À SUA INDEPENDÊNCIA AO JULGAR E À IMPARCIALIDADE. UMA DECISÃO JUDICIAL NÃO PODE SER DITADA POR CRITÉRIOS SUBJETIVOS, NORTEADA PELO ABUSO DE PODER OU DISTANCIADA DOS PARÂMETROS LEGAIS. ESSAS EXIGÊNCIAS DECORREM DOS PRINCÍPIOS DEMOCRÁTICOS E DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS INSCRITOS NA CONSTITUIÇÃO. NULIDADE DOS PROCEDIMENTOS QUE SE IMPÕE, ANULANDO-SE, DESDE O INÍCIO, A AÇÃO PENAL.

Observa-se a falta de consenso entre os Tribunais, podendo em um julgado se reconhecer a prova como ilegal e afastando os efeitos no processo, mas em outros casos, ainda que transpareça o meio ilegítimo de sua produção, considera a prova e produz efeitos almejados no livre convencimento do julgador.

No caso a seguir, o julgador entendeu a utilização da gravação clandestina como livre exercício direito de defesa, vejamos a Ementa:

ARTIGO 5.º, INCISOS X E XII. GRAVAÇÃO TELEFÔNICA CLANDESTINA. EXERCÍCIO DO DIREITO DE DEFESA. LICITUDE. O artigo 5.º da CR/88, em seus incisos X e XII, garante a inviolabilidade da intimidade e da vida privada das pessoas, bem como o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Dessa forma, como regra geral, é vedada a violação do sigilo das comunicações sem a autorização dos interlocutores. Contudo, há que se distinguir a gravação obtida por interceptação da conversação alheia - essa considerada ato ilegal e abusivo, e, portanto, meio ilícito de prova - do registro de conversa própria. Assim a gravação de conversa, quando realizada por um dos interlocutores, é admissível no processo do trabalho como meio de prova válido, porque não afronta a inviolabilidade e a vida privada, revelando lícito exercício do direito de defesa.

(TRT-3 - RO: 01841200712903002 0184100-44.2007.5.03.0129, Relator: Taisa Maria M. de Lima, Decima Turma, Data de Publicação: 11/12/2008 DJMG . Página 27. Boletim: Sim.)⁶⁹

Contudo, esta decisão a seguir o Tribunal Regional Trabalhista da 3ª Região, não admitiu a prova considerada ilícita:

PROVA ILÍCITA. GRAVAÇÃO CLANDESTINA. Em respeito ao artigo 5º, LVI, da Constituição da República, as provas, entre elas, as gravações e reproduções de qualquer espécie, somente são válidas se obtidas por meios lícitos. Obtendo-se o vídeo através de gravação clandestina, sem comprovação de sua origem, não há como se admitir a referida prova, pois ilícita. Na hipótese vertente, utilizou-se o empregador de filmagens

(STJ - HC: 149250 SP 2009/0192565-8, Relator: Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), Data de Julgamento: 07/06/2011,T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 05/09/2011)

(STJ - HC: 149250 SP 2009/0192565-8, Relator: Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), Data de Julgamento: 07/06/2011,T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 05/09/2011)

⁶⁹BRASIL. **Tribunal Regional Trabalhista da 3ª Região**. TRT-3 - RO: 01841200712903002 0184100-44.2007.5.03.0129, Relator: Taisa Maria M. de Lima, Decima Turma, Data de Publicação: 11/12/2008 DJMG . Página 27. Boletim: Sim.)

realizadas por pessoa não identificada e à revelia do empregado, sendo certo que, mesmo considerando a possibilidade de realização da filmagem, esta se revelou insuficiente como meio de prova do ato de improbidade atribuído ao empregado.

(TRT-3 - RO: 00878201213603009 0000878-76.2012.5.03.0136, Relator: Sercio da Silva Pecanha, Oitava Turma, Data de Publicação: 06/12/2013 05/12/2013. DEJT. Página 103. Boletim: Não.)⁷⁰

Para concluir com exemplos jurisprudenciais, o Supremo Tribunal Federal afirmou:

Não há no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, 57 desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição (STF, MS n 23.452/RJ, Plenário, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 12/05/2000).

É lícita a gravação de conversa telefônica feita por um dos interlocutores, ou com sua autorização, sem ciência do outro, quando há investida criminosa deste último. É inconsciente e fere o senso comum falar-se em violação do direito à privacidade quando o interlocutor grava diálogo com seqüestradores, estelionatários ou qualquer tipo de chantagista (STF, HC n. 75.337-8/RJ, Plenário, Rel. Min. Nelson Jobim, DJU 25/09/1998.⁷¹

Atenta-se ao fato de que a discussão se trata dos direitos e garantias fundamentais trazidos pela Constituição Federal e a partir disto a responsabilidade do julgador ao analisar o caso concreto, pois por meio dos elementos expostos juntamente com o discernimento exigido para aplicar o princípio da proporcionalidade ponderará a decisão que fará mais justiça.

No Supremo Tribunal Federal, tem-se firmado o entendimento de que as gravações clandestinas tem se firmado como produção de prova lícita no processo do trabalho, podendo ser compatível ao art. 5º, incisos X, XII e LVI da Carta Magna. Pode-se notar nas jurisprudências que o direito à privacidade não possui caráter absoluto, neste caso. E, ainda, os grandes doutrinadores tem entendido que as gravações telefônicas são de caráter relativo e, se feitas por um dos interlocutores, não há justificativa para considerá-las ilícitas.

Insta salientar o Informativo nº 568 do Supremo Tribunal Federal

⁷⁰ BRASIL. **Tribunal Regional Trabalhista da 3ª Região**. TRT-3 - RO: 00878201213603009 0000878-76.2012.5.03.0136, Relator: Sercio da Silva Pecanha, Oitava Turma, Data de Publicação: 06/12/2013 05/12/2013. DEJT. Página 103. Boletim: Não.)”

⁷¹ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. STF, HC n. 75.337-8/RJ, Plenário, Rel. Min. Nelson Jobim, DJU 25/09/1998.

Mais uma vez o Pleno decide sobre a questão da admissibilidade da gravação ambiental como prova. Antes de tudo vale ressaltar que a regra do ordenamento jurídico brasileiro é a inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas. Aliás, a inviolabilidade é direito fundamental assegurado expressamente pela Carta Magna (...)

Entretanto, os direitos fundamentais não possuem caráter absoluto, razão pela qual, em determinados casos, podem sofrer limitações, e no caso em tela a inviolabilidade do sigilo telefônico foi limitada pela possibilidade de se realizar a gravação da conversa telefônica por um dos interlocutores por meio da **gravação ambiental** clandestina, a qual consiste na captação feita por um dos interlocutores sem o conhecimento da outra parte (...)

A **gravação ambiental** tem sido admitida pela Suprema Corte como legítima desde que atendidas algumas exigências, tais como ser gravação de comunicação própria e não alheia, estar em jogo relevantes interesses e direitos da vítima como, por exemplo, nos crimes de extorsão. Assim, presentes essas circunstâncias a prova é aceita como válida.⁷²

⁷² GOMES, Luiz Flávio. **O Pleno do STF se manifesta sobre a admissibilidade da gravação ambiental como prova (Info 568)**. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2023759/o-pleno-do-stf-se-manifesta-sobre-a-admissibilidade-da-gravacao-ambiental-como-prova-info-568>> Acesso em: 30 out. 2016.

CONCLUSÃO

Primeiramente, conclui-se que o conceito de prova possui divergências entre os doutrinadores, mas que há concordância ao ressaltar o quão é importante a produção destas dentro do processo, a fim de buscar a veracidade dos fatos tratados.

A prova é o meio legal para que se comprove a existência de um fato tratado no meio processual a fim de convencer o juiz sob o que consta nos autos.

Ao se tratar das provas, é imprescindível que falemos dos princípios constitucionais que regem todo o processo e a construção probatória, pois a partir deles será feita uma melhor análise legal mediante o ato jurídico.

A Constituição Federal assegura o indivíduo da produção de prova dentro da lide, por meio de amplo acesso aos meios de provas cabíveis e vedando o uso daquelas produzidas ilicitamente.

Outrossim, ocorrerá em determinadas situações em que a parte produzirá provas que em uma análise preliminar será considerada ilícita, o que, conseqüentemente, violará os direitos da outra parte da lide.

O fato da parte poder produzir suas provas, não afasta a necessidade de respeitar os direitos fundamentais envolvidos estabelecidos pela Constituição Federal.

Observou-se que não há decisão unânime entre os doutrinadores e na jurisprudência no que tange a respeito da admissibilidade da gravação clandestina telefônica ou ambiental como meio de prova.

À priori, a aceitação das provas ilícitas violaria alguns direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal, mas em uma segunda análise com cautelas necessárias, se apresentam soluções mediante o uso do Princípio da Proporcionalidade.

Por meio deste princípio supracitado serão analisadas as incompatibilidades dos direitos em questão no caso concreto, a partir daí serão harmonizados e colocados sob discussão de ponderação para julgar os interesses no conflito e, assim, buscar a justiça cabível e os interesses que necessitam de maior tutela.

Desta forma, é respeitado o que a Carta Magna delimita, sem cometer desrespeito a previsão legal, pois assim se atingirá o resultado esperado e determinando igualdade entre as partes.

Não se fala em sobreposição de direitos fundamentais, mas sim uma análise do caso concreto. Contudo, há situações que a parte não encontrará outra forma de produzir a prova

necessária para compor o processo, se não utilizar uma prova obtida por meio ilícito, o que daí resulta a colisão dos direitos que poderia vir a ofender o princípio da intimidade, por exemplo. Mas, da mesma forma, pode não ofender estas garantias fundamentais e tornar a prova ilícita apta para o processo.

Faz-se necessário que em cada caso concreto o julgador analise individualmente e com cautela para que a partir das minúcias da situação possa ser aplicado o princípio da Proporcionalidade, observando os valores em discussão, tais como a prioridade dos elementos normativos e a proporção entre o meio empregado e os fins pretendidos. A partir disto, a livre apreciação do julgador pode ser formada para o seu convencimento e proferir o julgamento.

Por fim, em suma, a solução cabível é a análise de cada caso e a aplicação do princípio da proporcionalidade para que o julgador possa formar o seu julgamento e buscar a justiça em uma decisão equilibrada, mas respeitando sempre os princípios constitucionais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de. **Da prova no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2006.

AVÓLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônica clandestinas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999

BRASIL. **Código de Processo Civil**, 2015. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm> Acesso em 22 set. 2016.

_____. Código de processo penal (1941). **Código de processo penal**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/CCiViL_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 30 de jun. de 2016.

_____. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 02 de ago. de 2016.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em 22 de set. de 2016.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. STF, RHC 90376, Relator (a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, Julgado em: 03/04/2007, DJe-018 DIVULG 17-05-2007 PUBLIC 18- 05-2007 DJ 18-05-2007 PP-00113 EMENT VOL-02276-02 PP-00321.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. STF, RHC 90376, Relator (a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, Julgado em: 03/04/2007, DJe-018 DIVULG 17-05-2007 PUBLIC 18- 05-2007 DJ 18-05-2007 PP-00113 EMENT VOL-02276-02 PP-00321.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. STF, HC n. 75.337-8/RJ, Plenário, Rel. Min. Nelson Jobim, DJU 25/09/1998.

_____. **Tribunal de Justiça**. Agravo de Instrumento Nº 70017547399, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alexandre Mussoi Moreira, Julgado em 06/11/2006.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Confissão**. (atualizada em decorrência do CPC de 2015) – Res. 208/2016, DEJT divulgado em 22, 25 e 26.04.2016.

_____. **Tribunal Superior do Trabalho**. OJ 278 SDI1 TST.

BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**, Recurso de Revista. RR 1513001820025090663 151300-18.2002.5.09.0663. Relator: Lelio Bentes Corrêa, Data de Julgamento: 09/04/2008, 1ª Turma, Data de Publicação: DJ 02/05/2008.)

_____. **Tribunal Regional Trabalhista da 3ª Região**. TRT-3 - RO: 01841200712903002 0184100-44.2007.5.03.0129, Relator: Taisa Maria M. de Lima, Decima Turma, Data de Publicação: 11/12/2008 DJMG . Página 27. Boletim: Sim.).

_____. **Tribunal Regional Trabalhista da 3ª Região**. TRT-3 - RO: 00878201213603009 0000878-76.2012.5.03.0136, Relator: Sercio da Silva Pecanha, Oitava Turma, Data de Publicação: 06/12/2013 05/12/2013. DEJT. Página 103. Boletim: Não.)”

CARNELUTTI, Francesco. *La prova civile*. 1947, p. 268. LEONARDO Rodrigo Xavier. **Imposição e Inversão do Ônus da Prova**, Brasil: Pilares 2004.

CHIOVENDA, Giuseppe. DUCLERC, Elmir. **Prova Penal e Garantismo**: Uma investigação Crítica sobre a Verdade Fática Construída através do Processo. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2004.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal: revista, ampliada e atualizada de acordo com as reformas processuais penais e a Lei 11.900/09**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

DONZELE, Patrícia Fortes Lopes. **Prova Ilícita**. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1495/Prova-ilicita>. Acesso em: 28 de agosto de 2016.

DUCLERC, Elmir. **Prova Penal e Garantismo**: Uma investigação Crítica sobre a Verdade Fática Construída através do Processo. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

FARAH, Geisa Matos. **Prova Ilícita e sua aplicação no processo penal**. Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/view/849/826>. Acesso em 25 de jun. de 2016.

FILHO TOURINHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 16ª ed. Rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

GOMES, Luiz Flávio. **Em que consiste a Teoria Dinâmica de Distribuição do Ônus da Prova?** Disponível em <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/109877/em-que-consiste-a-teoria-dinamica-de-distribuicao-do-onus-da-prova-fernanda-braga> Acesso em: 27 de out. de 2016.

_____. **O Pleno do STF se manifesta sobre a admissibilidade da gravação ambiental como prova (Info 568)**. Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2023759/o-pleno-do-stf-se-manifesta-sobre-a-admissibilidade-da-gravacao-ambiental-come-prova-info-568> Acesso em: 30 de out. de 2016.

_____. **Provas ilícitas e ilegítimas; distinções fundamentais**. Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1972597/provas-ilicitas-e-ilegitimas-distincoes-fundamentais> Acesso em: 28 de ago. de 2016.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GRINOVER Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal**: as interceptações telefônicas. São Paulo: Saraiva, 1976.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scaranze; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

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

LEITE, Gisele. A discussão em torno da prova. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 68, set 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6532>. Acesso em: 30 jun. 2016.

MARQUES, Antônio Terêncio G. L. **A Prova Documental na Internet**. 2005. 3ª reimpressão. Curitiba; Juruá, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit., p. 293 (por a referência completa)

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito Processual do Trabalho**. 37. Ed. São Paulo: Saraiva. 2015.

MELENDO, Sentis. *La prueba- Los grandes temas Del derecho probatório*, 1978, p.12. apud Ovídio Baptista. **Teoria Geral do Processo**, 2000. (Separa os autores e insira na ordem alfabética!!!! Sem o apud)

MITTERMAYER, Carl Joseph Anton. **Tratado da Prova Em Matéria Criminal**. Traduzido pelo advogado Alberto Antonio Soares. BDJur, Brasília, DF, 14 jan. 2010. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/26579>. Acesso em 25 de jun. de 2016.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de Direito Processual**, 6 ed. Saraiva São Paulo: Saraiva, 1997 . In: Prova Ilícita. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1495/Prova-ilicita>. Acesso em 11 de out. de 2016.

OLIVEIRA, Antonio Maria Claret de; COSTA, Daniel Carnio. Provas Ilícitas no Direito Processual e a Teoria da Proporcionalidade. **Revista Virtual Direito Brasil**, v.1, n.1, 2010. Disponível em: <<http://www.direitobrasil.adv.br/arquivospdf/revista/revistav41/alunos/cl.pdf>>. Acesso em 24 jun. 2016 RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 21. ed. São Paulo: atlas, 2013.

RIBEIRO, Luiz J. J. **A Prova Ilícita no Processo do Trabalho**. São Paulo: LTr., 2004.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. V. III.

SARAIVA, Renato. **Processo do Trabalho**. 6. ed, Salvador: Método, 2010.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 12. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**.. 57. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. V.1.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. V.1.