

CARLOS ABENER DE OLIVEIRA RODRIGUES FILHO

A PROVA NO PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Associado Dr. Estevão Mallet

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO-SP

2018

CARLOS ABENER DE OLIVEIRA RODRIGUES FILHO

A PROVA NO PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito do Trabalho e da Seguridade Social, sob a orientação da Prof. Associado Dr. Estevão Mallet.

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
SÃO PAULO-SP
2018**

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

RODRIGUES FILHO, CARLOS ABENER DE O.
A PROVA NO PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO / CARLOS
ABENER DE O. RODRIGUES FILHO; orientador ESTEVÃO MALLET --
São Paulo, 2018.

150

Dissertação (Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Direito do
Trabalho e Seguridade Social) - Faculdade de Direito, Universidade de
São Paulo, 2018.

1. DIREITO DO TRABALHO. 2. PROCESSO ELETRÔNICO. 3.
DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO. 4. PROVA. 5. INCIDENTE
DE FALSIDADE. I. MALLET, ESTEVÃO, orient. II. Título.
Nome: Rodrigues Filho, Carlos Abener de O.

Título: A Prova no Processo Judicial Eletrônico

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo como exigência parcial
para obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof.Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof.Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof.Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

AGRADECIMENTOS

Ao apresentar esta dissertação, fruto de anos de desenvolvimento e trabalho, entendo necessário expressar gratidão a todos aqueles que contribuíram com a sua consecução.

Primeiramente, agradeço ao Professor Associado Dr. Estevão Mallet, meu orientador na realização desta Dissertação. Agradeço a oportunidade de aprofundar os meus conhecimentos com a pesquisa de tema tão instigante. Agradeço a chancela ao meu reingresso na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, nossa velha e sempre nova academia, agora como mestrando. Agradeço às aulas, ministradas, sempre com conhecimentos imprescindíveis ao presente trabalho. Agradeço o conhecimento profundo e a cortesia que me foram dispensados. Agradeço a oportunidade de acompanhar a ministração de aulas, na graduação da Faculdade de Direito, com grande aprendizado sobre didática no ensino superior. Enfim, agradeço o privilégio de tê-lo como orientador.

Agradeço também aos professores das disciplinas cursadas, excepcionais, em todos os aspectos, mostrando, cada uma, um ponto de visão sobre os institutos do Direito, que não serão esquecidos. Agradeço também aos colegas nas disciplinas pelas lições e pelo companheirismo e principalmente aos meus amigos, Fernanda Rossignolli Grunspun Pitta e Marcos D Avila Melo Fernandes, que tiveram o mesmo orientador e me ajudaram muito na conclusão do presente trabalho.

À minha mãe, Yara Amazônia Lins Rodrigues dos Santos, meu amor e gratidão por tudo o que sempre fez por mim. A ela e a toda a minha família em Manaus: Fausto Vieira dos Santos, meu padrastrô; Teresa Raquel e Fausto Júnior, meus irmãos; José de Araújo Rodrigues e Terezinha de Jesus Lins de Albuquerque Rodrigues, meus avós; faço constar esta nota de gratidão, por tudo o que sou. Sem minha família, nada conseguiria.

À minha esposa, Yara Chaves Galdino Ramos Rodrigues e a meus filhos: Carlos Abener de Oliveira Rodrigues Neto e Pedro Galdino de Oliveira Rodrigues; amor e agradecimento a uma família que me completa e a quem dedico meu terno e eterno amor e devoção.

RESUMO

Rodrigues Filho, Carlos Abener de O. (2018). *A prova no processo judicial eletrônico* (Dissertação de Mestrado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

A instalação completa e irremediável do Processo Judicial Eletrônico – PJE, na seara trabalhista e a necessidade de conversão de todos os documentos e provas a serem apresentados em forma de documento eletrônico, sejam eles físicos ou digitais em sua origem, traz a necessidade de uma análise sobre as definições de prova e prova eletrônica no âmbito do Direito Processual do Trabalho em meio reticular-eletrônico, principalmente no que diz respeito aos efeitos jurídicos derivados da forma de apresentação destes documentos pelas partes, considerando os ditames da Lei n. 11.419/2006 em contraposição ao Código de Processo Civil de 2015 e da CLT, com redação dada pela Lei n. 13.467/17. Serão analisadas questões sobre as implicações da apresentação de documentos em sigilo, documentos apócrifos, prova por videoconferência, prova derivada de aplicativos de redes sociais e provas extraídas da internet, bem como a ilustração sobre o incidente de falsidade sobre prova eletrônica. Em suma, um estudo sobre interações jurídicas de diversas formas de prova eletrônica a serem consideradas em sede de processo judicial eletrônico.

Palavras-chave: Direito. Direito do Trabalho, Direito Processual do Trabalho, Direito eletrônico. Direito processual eletrônico. Prova. Documento eletrônico. Sigilo. Incidente de falsidade.

ABSTRAIT

Rodrigues Filho, Carlos Abener de O. (2018). *La preuve dans le processus judiciaire électronique* (Dissertação de Mestrado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

L'installation complète et irrémédiable du Processus judiciaire électronique (PJE), dans le domaine du procédure du travail et la nécessité de convertir tous les documents et preuves à présenter sous la forme d'un document électronique, qu'il soit d'origine physique ou virtuel, nécessite une analyse sur les définitions des éléments de preuve et des preuves électroniques relevant du droit procédural du travail dans un environnement électronique réticulaire, principalement en ce qui concerne les effets juridiques découlant de la forme de présentation de ces documents par les parties, compte tenu des dispositions de la Loi n. 11.419/2006 par opposition au Code de procédure civile de 2015 et de la Consolidation de la Législation du Travail (CLT), avec le libellé de la Loi n. 13.467/17. Des questions sur les implications de la présentation de documents dans le secret, des documents apocryphes, des vidéoconférences, des preuves issues d'applications de réseautage social et des preuves sur Internet, ainsi que l'illustration de l'incident de fausseté sur des preuves électroniques seront examinées. En bref, une étude sur les interactions juridiques de diverses formes de preuves électroniques à considérer dans le processus judiciaire électronique.

Mots-clés: Loi. Droit du travail, droit du travail, droit électronique. Droit procédural électronique. Preuve Document électronique. Le secret. Incident de fausseté.

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO	15
2.	PROCESSO E SOCIEDADE INFORMACIONAL	16
3.	A PROVA ELETRÔNICO	22
3.1	EVOLUÇÃO HISTÓRICA	22
3.1.1.	LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE	23
3.1.2.	DISPOSIÇÕES DO NOVO CPC SOBRE TECNOLOGIA	28
3.1.3.	NORMATIVAS SOBRE O PJE	34
3.2.	PROCESSO ELETRÔNICO E SEUS PRINCÍPIOS	36
3.2.1.	PROCESSO OU PROCEDIMENTO	40
3.2.2.	PRINCÍPIOS DO PROCESSO ELETRÔNICO	41
4.	ASPECTOS DA PROVA	47
4.1.	CONCEITO DE PROVA	47
4.2.	DA DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO	51
5.	A PROVA NO PROCESSO ELETRÔNICO	63
5.1	PROVA ELETRÔNICA DOCUMENTAL	65
5.2	PROVA ELETRÔNICA DOCUMENTAL APÓCRIFA	70
5.3	PROVA ELETRÔNICA DOCUMENTAL EM SIGILO	84
5.4	PROVA POR VIDEOCONFERÊNCIA	97
5.5	PROVA ELETRÔNICA DERIVADA DE APLICATIVOS	128
5.6	PROVA ELETRÔNICA EXTRAÍDA DA INTERNET	134
5.7	INCIDENTE DE FALSIDADE ELETRÔNICO	144
6.	CONCLUSÃO	150
7.	REFERÊNCIAS	152

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo a análise da prova eletrônica apresentada no processo judicial eletrônico. Visa discutir a validade e os efeitos jurídicos da digitalização de documentos para a apresentação em processo judicial eletrônico, bem como a validade dos documentos eletrônicos e o incidente de falsidade no tocante aos documentos eletrônicos.

Ante o estabelecimento do processo judicial eletrônico, mais especificamente na Justiça do Trabalho, onde já é obrigatória a utilização do processo eletrônico em todas as novas ações em todos os seus órgãos jurisdicionais, entendemos necessária a análise pormenorizada das consequências jurídicas da forma de apresentação das provas em processo em meio exclusivamente digital.

As evidências a provar as alegações das partes, independentemente de sua origem, passam a ser necessariamente digitalizadas e inseridas nos bancos de dados da Justiça do Trabalho a fim de integrarem os autos digitais, onde serão analisadas, de acordo com as regras processuais, para a prolação de uma decisão jurisdicional totalmente em meio reticular-eletrônico.

Diante disto, o presente estudo engloba: uma breve perspectiva histórica sobre o desenvolvimento das novas tecnologias, o desenvolvimento legal dos meios eletrônicos em processo judicial, bem como a formação do processo eletrônico em si. Falaremos sobre as definições de documento e prova em processo judicial e como ponto central, analisaremos questões sobre a validade e efeitos das provas apresentadas em documentos eletrônicos, falando sobre provas eletrônica apócrifa, documentos em sigilo, testemunho por videoconferência, provas oriundas de aplicativos de rede social e provas extraídas de bancos de dados públicos acessíveis pela internet e sobre o incidente de falsidade em prova eletrônica, tudo com vistas a expor o procedimento probatório adequado com vistas aos objetivos de preservação da integridade e autenticidade da prova e sua eficiência diante de um contraditório efetivo.

2. PROCESSO ELETRÔNICO E A SOCIEDADE INFORMACIONAL.

O Processo Judicial Eletrônico representa a evolução do meio em que se baseia a atividade jurisdicional¹. Por centenas de anos, a atividade jurisdicional se utilizou de autos manuscritos, produzidos de forma artesanal, sendo armazenados e transmitidos de forma pouco eficiente.

Os instrumentos processuais sofreram uma atualização abrupta com vistas a acompanhar a transformação da sociedade, que passa a utilizar meios eletrônicos de armazenamento e transmissão para os seus documentos como regra, com inúmeras consequências.

Esta revolução tecnológica² modifica o próprio conceito de sociedade. A sociedade entendida como a interação entre os indivíduos baseada, até então, principalmente, em interações físicas e diretas, deixa de existir, passando a se basear cada vez mais em interações virtuais através de meios de comunicação eletrônicos³ mais rápidos e por isso mais suscetíveis à concentração, fazendo com que a sociedade seja modificada em suas bases, pela modificação da forma de interação entre os seus indivíduos, com alterações nas dinâmicas sociais⁴ e na própria percepção de realidade⁵.

¹ O processo tradicional pressupunha o entrecruzamento da democracia e o direito, sintetizados no conceito de Estado Democrático de Direito. O processo virtual pressupõe a compreensão prévia da imbricação entre democracia digital e os direitos da cidadania em rede. CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. Processo em meio reticular eletrônico: constitucionalismo dialógico e democracia hiper-real, no contexto dos megadados. In: Princípios do processo em meio reticular-eletrônico: fenomenologia, normatividade e aplicação / Cláudio Brandão, organizador; São Paulo: LTR, 2017. p. 9.

² Tecnologia, em sua primeira acepção, que remonta o grego, remete a “exposição das regras de uma arte, de uma técnica”. Em sua acepção contemporânea a tecnologia evoca uma técnica moderna e complexa. Esta realidade recobre as tecnologias nucleares, de informação em meio eletrônico e processamento de dados. Posto isto, o termo “novas tecnologias”, parece um pleonasma na medida em que a nova acepção do termo tecnologia já tem em si o germe da novidade, mas a expressão serve para especificar o estado da arte nas tecnologias de informação e comunicação. **DÉMOULAIN**, Matthieu. *Nouvelles technologies et droit des relations de travail: Essai sur une évolution des relations de travail*. Éditions Panthéon-Assas, Paris, 2012. p.. 17.

³ A chamada sociedade líquida de Zigmunt Bauman. Liquid Times. Cambridge: Polity. 2006.

⁴ Economia, sociedade e cultura são impactadas pela nova ordem econômica e social determinadas pelas transformações geradas pelo desenvolvimento das tecnologias de informação, processamento e comunicação.

⁵ *Portanto, após a Revolução Agrícola e a Revolução Industrial, o homem vive ultimamente a revolução do conhecimento. Não há atividade humana que resista a esse período de*

A acumulação de conhecimento⁶, imprescindível a todo o desenvolvimento da civilização humana⁷, que teve em seu marco inicial na invenção da escrita, que possibilitou a retenção e disseminação de conhecimentos⁸, atinge outra magnitude, uma vez que as interações através dos repositórios eletrônicos de dados e sua comunicação através de internet, possibilitam que o conhecimento obtido em qualquer parte do mundo seja compartilhado instantaneamente como todo o globo.

A acumulação de informações com vistas a sua reprodução sempre foi importante e sempre teve impacto econômico nas sociedades, desde os primórdios, como atestam, desde a invenção da pólvora até as seguidas revoluções industriais. Contudo, com o advento da terceira revolução industrial⁹, a

transição. O impacto das redes de computadores, da microeletrônica, das telecomunicações é total e pode ser sentido no trabalho, na educação, na economia, no entretenimento, nas artes, ou seja, em todas as esferas sociais. Assim sendo, o homem, segue como parte integrante, por um lado passivo e por outro atuante, nesse cenário de singularidade e de intensas mudanças tecnológicas. Desse modo, a sociedade, segundo alguns, autores é “pós-industrial” ou “informacional” e vive-se, hoje, o que se chama de “era da informação”. SILVA, Cláudia Marin da. As Novas Tecnologias de Informação e Comunicação e a Emergência da Sociedade Informacional. Disponível em: <<http://www.angelfire.com/sk/holgonsi/claudia.html>>. Acesso em 09/01/2018.

⁶ A chegada à escritura acelerou um processo de artificialização e de exteriorização da memória que, sem dúvida, começou com a hominização. Seu uso massivo transformou o rosto de Mnemósine. Acabamos por conceber a lembrança como um registro. LÉVY, Pierre. Tecnologias intelectuais e modos de conhecer: nós somos o texto. Disponível em: <<http://caosmose.net/pierrelevy/nossomos.html>>

⁷ A escrita evoluiu no início da civilização e foi realmente uma das quatro ou cinco tecnologias que fez a civilização possível. A escrita consiste na combinação de duas subtecnologias. A escrita propriamente dita, uma convenção organizada de símbolos, que teve seu início na escrita cuneiforme dos sumérios, no século 32 A.C, sendo compilada e aperfeiçoada pelos gregos, o que gerou o moderno alfabeto. O outro elemento da escrita é a sua base material, imprescindível ao acúmulo de conhecimento. Inicialmente em tabletes de argila, a base material da escrita evoluiu para papiros e papel ao longo do tempo. Sempre com um elemento de fragilidade e mutabilidade. Paul, George I. *Foundations of digital evidence*. Chicago: ABA, 2008. p. 18.

⁸ Na perspectiva teórica de Bell (1976) in Castells (1999). Assim, *conhecimento* é um conjunto de declarações organizadas sobre fatos ou ideias, apresentando um julgamento ponderado ou resultado experimental que é transmitido a outros por intermédio de algum meio de comunicação, de alguma forma sistemática. Deste modo, são diferenciados conhecimentos de notícias e entretenimento. Enquanto que a *informação* é a comunicação de conhecimentos, ou seja, são dados que foram organizados e comunicados. CASTELLS, M. **A sociedade em rede** – a era da informação: economia, sociedade e cultura; Volume I. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

⁹ A Primeira Revolução Industrial eclodiu na Inglaterra no século XVIII; a Segunda Revolução Industrial (ou Segunda Revolução Tecnológica), tendo como polos Estados Unidos e Alemanha, emerge ao final do século XIX marcada pelo uso intensivo das fontes de energia, em especial a energia elétrica e o petróleo. SILVEIRA, Sérgio Amadeu. *Exclusão Digital: a miséria na era da informação*. 1. ed. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2001. v. 1.

tecnologia assume importância econômica ainda mais central, chegando-se a um ponto em que a acumulação e a capacidade de processamento de dados passa ser considerada em si como produto central na atividade capitalista¹⁰.

Isto, aliado a propagação das informações em tempo real através das redes¹¹ de computadores, faz com que se crie uma massa crítica para uma revolução na sociedade humana, seja em seus meios de produção, bens de consumo ou mesmo nas relações sociais, onde surge a “sociedade de informação”.

Esta nova “sociedade da informação”, também denominada de “sociedade do conhecimento”, é expressão utilizada para identificar o período histórico a partir da preponderância da informação sobre os meios de produção e a distribuição dos bens na sociedade que se estabeleceu a partir da vulgarização das programações de dados utilizados nos meios de comunicação existentes e dos dados obtidos sobre uma pessoa e/ou objeto, para a realização de atos e negócios jurídicos¹²

Os entusiastas das novas tecnologias afirmam que a

¹⁰ Fala-se em capitalismo informacional como um processo de reestruturação capitalista, empreendido desde os anos 80, em que uniu sua forma tradicional de organização econômica em redes de empresas às ferramentas da tecnologia da informação. Assim, para que se faça o entendimento, no âmbito econômico, uma série de reformas, tanto no campo das instituições como do gerenciamento empresarial, visavam quatro objetivos principais: aprofundar a lógica capitalista de busca de lucro nas relações capital/trabalho, aumentar a produtividade do trabalho e do capital, globalizar a produção, circulação e mercados, aproveitando a oportunidade das condições mais vantajosas para a realização de lucros em todos os lugares, e direcionar o apoio estatal para ganhos de produtividade e competitividade das economias nacionais, frequentemente em detrimento da proteção social e das normas de interesse público. A inovação tecnológica e a transformação organizacional com enfoque na flexibilidade e na adaptabilidade foram absolutamente cruciais para garantir a velocidade e a eficiência da reestruturação. Deste modo, o informacionalismo está ligado à expansão e ao rejuvenescimento do capitalismo, como o industrialismo estava ligado a sua constituição como modo de produção. CASTELLS, M. **A sociedade em rede** – a era da informação: economia, sociedade e cultura; Volume I. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

¹¹ Castells define rede como um conjunto de nós interconectados. Nó é o ponto no qual uma curva se entrecorta. Redes são estruturas abertas capazes de expandir de forma ilimitada, integrando novos nós desde que consigam comunicar-se dentro da rede, ou seja, desde que compartilhem os mesmos códigos de comunicação. CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. São Paulo: Paz e Terra, 1999. v. 1.

¹² LISBOA, Roberto Senise. Direito na Sociedade da Informação. Revista dos Tribunais, vol.847, mai/2006. p.78

sociedade moderna está em uma fase de transição de seus governos para um “*open government*” em que o uso das novas tecnologias possibilita uma interação social do governo e uma transparência inéditos. Que a fase inicial seria a utilização das novas tecnologias nos processos de trabalho da Administração Pública; a fase intermediária seria a interação com a sociedade através destes meios de tecnologia da informação, a fase avançada representaria o “*open government*” onde haveria total transparência nas ações de governo com o uso das ferramentas de comunicação em massa, disponíveis pelas novas tecnologias e ao final atingir-se-ia o “*smart government*” com a total transparências a interação participação da sociedade nas ações do Estado através do uso da ferramentas tecnológicas¹³¹⁴.

Influenciado por estes fenômenos, o Judiciário Brasileiro entendeu por transmutar as bases de sua interação com a sociedade, fazendo com que os processos jurisdicionais passassem a usar bases eletrônicas de transmissão e armazenamento, em analogia ao que ocorre nas interações comerciais e particulares, onde passaram a ser paradigma de segurança e confiança em substituição aos meios de comunicação anteriores, buscando com isto uma maior celeridade com vista ao princípio da duração razoável do processo¹⁵.

O processo Judicial passou a ser eletrônico. O que trouxe inúmeros benefícios, com evidentes ganhos de celeridade na tramitação do processo¹⁶. Por

¹³ GOMEZ, Carlos E. Jiménez. *Desafíos de la modernización de la usticia en tiempos del Gobierno Abierto. Revista Digital de Derecho Administrativo, n. 12, 2º sem/2014. p. 225-239.*

¹⁴ A democracia tradicional contenta-se pragmaticamente com a democracia representativa. A democracia digital vai além e já cogita da democracia direta, participativa e em tempo real, em outras palavras, pressupõe a intervenção ativa, interativa e virtual do cidadão na política institucionalizada, até mesmo na elaboração e votação das leis. CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. Processo em meio reticular eletrônico: constitucionalismo dialógico e democracia hiper-real, no contexto dos megadados. In: Princípios do processo em meio reticular-eletrônico: fenomenologia, normatividade e aplicação / Cláudio Brandão, organizador; São Paulo: LTR, 2017. p. 10.

¹⁵ SILVA, Otávio Pinto e. Processo eletrônico trabalhista. São Paulo: LTR, 2013

¹⁶ O processo judicial eletrônico elimina o tempo morto do processo, evitando dispêndio de tempo no deslocamento dos autos da secretaria para o gabinete do juiz, escritório dos advogados ou para as instâncias superiores. Além disso, o acesso ininterrupto ao sistema processual permite que as partes possam peticionar com mais agilidade, inclusive em horários e dias sem expediente forense, acelerando, deste modo, a marcha processual. E, naquilo que interessa-nos, sobre a hiper-realizadas, as ferramentas tecnológicas porventura integradas ou utilizadas em apoio ao processo eletrônico permitem a verificação mais precisa dos fatos alegados pelas partes, de modo a favorecer decisões mais consentâneas com a justiça.

outro lado, o processo não é automático¹⁷. Depende da análise das provas juntadas, necessariamente transmutadas em meio eletrônico. Neste aspecto, não há ganho em celeridade, o labor intelectual de verificação das provas e interpretação do seu conjunto é o mesmo de antes. Ao contrário, surgem dificuldades novas que, sem análise mais pormenorizada, podem tornar mais complicada a atividade judicante, ao ponto de desperdiçar os ganhos em celeridade nas outras fases processuais, mas estas dificuldades diminuem gradativamente com a adaptação mais precisa dos instrumentos tecnológicos disponíveis às necessidades práticas dos atos processuais¹⁸.

“A informação digital merece especial atenção, pois outrora existia o papel como mecanismo de registro histórico, ficando no computador apenas o registro da informação contida no papel. Com a virtualização processual verifica-se que o registro no computador é o original e o que se imprime a partir deste é a cópia”.¹⁹

A implantação do Processo Judicial Eletrônico (PJE) na Justiça do Trabalho, gerou diversas dúvidas e inquietações ante os operadores do Direito quanto à forma da apresentação das peças e documentos e sobre a validade das provas eletrônicas em suas diversas modalidades. Inaugurou-se para muitos uma interação totalmente nova dos operadores do direito com os autos e atos processuais, pelo que importante a análise aprofundada dos efeitos jurídicos quanto à forma de apresentação dos documentos pelas partes.

SOUZA, Fabiano Coelho. Princípio do Hiper-realismo: O processo Eletrônico no Templo da Verdade (ou num Novo Baile de Máscaras). In Princípios do processo em meio reticular-eletrônico: fenomenologia, normatividade e aplicação / Cláudio Brandão, organizador; São Paulo: LTR, 2017. p. 69.

¹⁷ Desse caldo da sociedade virtual é que eclode o processo eletrônico, não propriamente de sua automação, muito embora como decorrência dos meios dela oriundo. CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. Processo em meio reticular eletrônico: constitucionalismo dialógico e democracia hiper-real, no contexto dos megadados. In: Princípios do processo em meio reticular-eletrônico: fenomenologia, normatividade e aplicação / Cláudio Brandão, organizador; São Paulo: LTR, 2017. p. 9.

¹⁸ O PJE-JT (Processo Judicial Eletrônico na Justiça do Trabalho tem está na versão 1.16, com previsão de profundas alterações para meados de 2018, com a previsão de implantação da plataforma 2.0.

¹⁹ BARROSO, Marcos Patrick Chaves. Processo Judicial Eletrônico: Lei 11.419/06. Desafios em sua implantação. Disponível em <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=3729>>. Acesso em 09/01/2018.

Há uma série de questionamentos sobre a utilização e a forma de apresentação dos documentos em sede de processo eletrônico, uma vez que é necessária a conversão destes em documentos aceitáveis pelas diretrizes impostas pelo Processo Judicial Eletrônico. Estas dificuldades não tem somente cunho técnico, mas também guardam efeitos jurídicos tendo em vista a validade dos documentos e os ônus processuais, pelo que é útil uma compilação específica sobre os parâmetros de utilização da prova eletrônica como um todo, em breve análise, e, mais especificamente, um estudo sobre interações jurídicas com as diversas formas de prova eletrônica a serem consideradas em sede de processo judicial eletrônico.

A obrigatoriedade de as partes apresentarem todas as suas provas em versão eletrônica é agravada, no tocante à prática trabalhista, pelo crescimento da utilização de documentos de origem puramente eletrônica, principalmente tendo em vista o crescimento da telemática nos sistemas de controle financeiro das empresas, bem como normativas como a que obriga a instalação de registros eletrônicos de jornada nas empresas, o que tornou comum a apresentação de espelhos eletrônicos apócrifos com vistas a desincumbir a empresa de seus ônus processuais, havendo notícia de fraudes²⁰, não nos sistemas homologados, e sim nos documentos apresentados em juízo, torna imprescindível a análise sobre a validade destes documentos em processo judicial, especificamente no eletrônico e seus procedimentos de controle.

O presente estudo busca dissertar sobre essas consequências no tocante à forma da apresentação das provas no processo eletrônico, mais especificamente o processo trabalhista, em que a utilização do processo eletrônico é hoje imposta em todos os seus órgãos jurisdicionais.

²⁰ Disponível em: <www.conjur.com.br/2012-mai-18/empresa-condenada-fraudar-registros-ponto-eletronico>. Acesso em 07/01/2018.

3. PROCESSO ELETRÔNICO

3.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Gradativamente, com o aparecimento de novas tecnologias de comunicação no meio social, foram sendo introduzidas legislações com vistas à incorporação destes instrumentos ao Direito processual²¹.

Importante lembrar que, estas modificações sempre buscaram a celeridade processual e a razoável duração do processo, ainda que ainda não tivessem status de princípio constitucional, mas decorrentes das orientações do art. 125, II do Código de Processo Civil de 1973, bem como do art. 765 da CLT, que determinava aos órgãos jurisdicionais velar pelo andamento rápido das causas.²²

O novo Código de Processo Civil trouxe algumas disposições sobre uso de tecnologia e documentos eletrônicos, mas sem inovar o sistema já imposto pela legislação própria, da Lei n. 11.419/2006. Contribuiu o Novo CPC para o movimento de descentralização das atividades normativas no tocante ao processo eletrônico ao autorizar a edição de normas próprias pelos tribunais (art. 195), o que facilita a adoção de soluções técnicas que guardem proximidade com as necessidades específicas de cada ramo do Judiciário.

Quanto à reforma na legislação trabalhista, trouxe poucas alterações em matéria processual, não havendo referências expressas ao processo eletrônico ou ao uso de documento eletrônico, deixando, portanto, estes regramentos para a legislação processual comum e para a normatização dos tribunais.

²¹ SILVA, Otávio Pinto e. Processo eletrônico trabalhista. São Paulo: LTR, 2013. p. 52.

²² Idem. p. 40.

3.1.1. LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE

A **Lei n. 7.244/84**, foi a primeira legislação significativa a considerar o uso das novas tecnologias. Dispôs sobre o Juizado Especial de Pequenas Causas. Determinou no § 3º do seu art. 14, que seriam objeto de registro escrito exclusivamente os atos havidos por essenciais, bem assim que os atos realizados em audiência de instrução e julgamento deveriam ser gravados em fita magnética ou equivalente, que seria inutilizada após o trânsito em julgado da decisão.

Importante apontar que a norma faz referência a meios de armazenamento magnético da prova, o que não se constitui propriamente em meio eletrônico, definição que veremos abaixo, mas já autoriza o uso de outras tecnologias ao fazer referência a meio equivalente ao magnético, no que se antecipou o legislador às evoluções técnicas futuras.

Ainda, importante lembrar que esta legislação, assim como ocorria nos países de tradição europeia, não pressupunha a transcrição (degravação) dos depoimentos gravados, o que possibilitava, economia de atos e privilégio à celeridade.

A **Lei n. 8.245/91**, Lei do Inquilinato, contemplou a possibilidade de citação, intimação ou notificação mediante telex ou *fac-símile*, nos casos de pessoa jurídica ou firma individual, desde que autorizado no contrato. (art. 58,IV).

A **Lei n. 8.952/94** alterou dispositivos do CPC de 1973, autorizando a utilização de outros métodos idôneos (datilografia, taquigrafia, estenotipia ou outro método idôneo em qualquer juízo ou tribunal) para o registro de atos processuais, assim como contemplou a possibilidade da gravação de depoimentos pelas partes (artigos 170 e 417 do CPC).

Analisando as inovações da época, Cândido Rangel Dinamarco, destacou que a tendência era desarmar os espíritos mais conservadores para que

a ordem processual pudesse tirar o máximo proveito das técnicas modernas; e chamou a atenção para algo de muito significado no processo, que era um certo afrouxamento do sistema de legalidade das formas: adoção do princípio oposto (liberdade das formas) já estava presente no processo de pequenas causas, mas não no processo tradicional, ainda não.²³

A **Lei n. 9.800/99** permitiu a utilização de sistema de transmissão de dados e imagens tipo fac-símile ou outro similar na prática de atos processuais que dependessem de petição escrita.

A **Lei n. 9.099/95**, que revogou a lei n. 7.244/84 e instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, repetiu a fórmula da legislação anterior ao determinar que “apenas os atos considerados essenciais serão registrados resumidamente, em notas manuscritas, datilografadas, taquigrafadas ou estenotipadas. Os demais atos poderão ser gravados em fita magnética ou equivalente. No § 2º do artigo 13, a lei autoriza a simplificação dos atos a serem praticados em outras comarcas, dispensando a carta precatória, prevendo a prática do ato por intermédio de qualquer meio idôneo de comunicação.

Importante destacar que o artigo 13, da Lei n. 9.099/95, contempla o acolhimento do princípio da instrumentalidade das formas, considerando como válidos todos os atos processuais, ainda que sem previsão legal, contanto que preencham as finalidades para os quais foram realizados, desde que atendidos os princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade.

Posto isto, temos uma nova gama de possibilidades com vistas ao desenvolvimento da instrução. Com esta base normativa, estaria autorizada, sem necessidade de convênios ou normas específicas, a realização de audiências por meio de videoconferência, tratando-se de meio de comunicação, desde que comprovadamente idôneo, bastando a sua gravação em meio equivalente.

²³ Dinamarco, Cândido Rangel. A reforma do código de processo civil. São Paulo. Malheiros. 1995. p. 81/82.

“Na prática, no entanto, as gravações propostas por essas leis não se generalizaram, tendo havido dificuldades para sua implementação, talvez porque a qualidade da tecnologia disponível (gravadores e fitas K7) não estimulasse sua utilização.”²⁴

O mesmo se pode dizer da utilização da oitiva por videoconferência, que é incipiente até os dias de hoje, face às dificuldades de velocidade e custos referentes à implantação de acesso à internet e equipamentos, em que pese a propagação de tais meios de comunicação nas relações pessoais e empresariais.

A Lei n. 10.259/2001 que instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais da Justiça Federal, autorizou que os tribunais organizassem serviço de intimação das partes e de recepção de petições por meio eletrônico (no § 2º do seu artigo 8º). Já o § 3º do art. 14, do mesmo diploma admitiu a possibilidade de reunião, via eletrônica, dos juízes domiciliados em cidades diversas, através da utilização da videoconferência, com vistas à economia de tempo e recurso, em privilégio aos princípios da celeridade e simplicidade que informam os juizados especiais.

A Lei n. 10.358/2001, previa a alteração do parágrafo único do art. 154 do CPC, para introduzir a possibilidade de utilização de meios eletrônicos para comunicação de atos judiciais, sem previsão de certificação digital. Contudo, a norma foi vetada no tocante à alteração do parágrafo único do art. 154 do CPC, considerando-se a gestação da futura Medida Provisória 2.200/2001, que estabeleceu a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira, que disciplinaria a questão, pelo que se optou por dar uniformidade legislativa à questão de forma a preservar a segurança jurídica.

Precursor das legislações próprias, a Instrução Normativa n. 28 do Tribunal Superior do Trabalho inaugurou o Sistema Integrado de Protocolização e Fluxo de Documentos Eletrônicos da Justiça do Trabalho (e-Doc).

²⁴ SILVA, Otávio Pinto e. Processo eletrônico trabalhista. São Paulo: LTR, 2013. p. 54

A **Lei n. 11.280/2006**, posteriormente, alterou o parágrafo único do artigo 154²⁵, para autorizar os tribunais a disciplinar, no âmbito de suas jurisdições, a prática e a comunicação oficial dos atos processuais por meios eletrônicos, atendidos os requisitos de autenticidade, integridade, validade jurídica e interoperabilidade da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira, ICP – Brasil."

Admitiu-se, a partir de então, a utilização do sistema de Chaves Públicas (ICP – Brasil) com vistas à preservação dos requisitos de autenticidade, integridade e validade jurídica dos documentos transmitidos, de forma a certificar a sua originalidade.

A **Lei n. 11.341/2006** autorizou, mediante a alteração do parágrafo único art. 541 do CPC de 1973, a validação dos acórdãos extraídos dos sítios de *internet* dos próprios tribunais como fontes oficiais para a prova das divergências interpretativas jurisprudenciais²⁶, replicado no art. 1.029 do CPC/15.

A **Lei n. 11.382/2006**, ainda no ensejo da minirreforma processual civil ocorrida em 2006, alterou o Código em diversos pontos, tornando preferencial a penhora de dinheiro por meio eletrônico (sistema BacenJud)²⁷, penhora de bens

²⁵ Os tribunais, no âmbito da respectiva jurisdição, poderão disciplinar a prática e a comunicação oficial dos atos processuais por meios eletrônicos, atendidos os requisitos de autenticidade, integridade, validade jurídica e interoperabilidade da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP – Brasil.

²⁶ Art. 514 do CPC/73. Parágrafo único: "*Quando o recurso fundar-se em dissídio jurisprudencial, o recorrente fará a prova da divergência mediante certidão, cópia autenticada ou pela citação do repositório de jurisprudência, oficial ou credenciado, inclusive em mídia eletrônica, em que tiver sido publicada a decisão divergente, ou ainda pela reprodução de julgado disponível na Internet, com indicação da respectiva fonte, mencionando, em qualquer caso, as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados*". O CPC/15 repete a autorização, no art. 1.029. parágrafo único: "*Quando o recurso fundar-se em dissídio jurisprudencial, o recorrente fará a prova da divergência com a certidão, cópia ou citação do repositório de jurisprudência, oficial ou credenciado, inclusive em mídia eletrônica, em que houver sido publicado o acórdão divergente, ou ainda com a reprodução de julgado disponível na rede mundial de computadores, com indicação da respectiva fonte, devendo-se, em qualquer caso, mencionar as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados*". Deslocando a determinação do capítulo dedicado à Apelação, para fazer constar a autorização em Seção específica aos Recursos Especiais e Extraordinários.

²⁷ Art. 655-A. CPC/73: "*Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exequente, requisitará à autoridade supervisora do sistema bancário, preferencialmente por meio eletrônico, informações sobre a existência de ativos em nome do executado, podendo no mesmo ato determinar sua indisponibilidade, até o*

imóveis e móveis por meios eletrônicos (sistemas Arisp²⁸ e Renajud²⁹)³⁰ e a comunicação da citação do executado pelo juízo deprecado ao juízo deprecante por meio eletrônico³¹.

A **Lei n. 11.419/2006**, Lei do Processo Eletrônico, principal norma sobre o tema, dispôs sobre a informatização do processo judicial, estabelecendo os conceitos e parâmetros utilizados até hoje. Foi estabelecido todo um microsistema processual eletrônico, em uma legislação ainda moderna.

A **Lei n. 12.965/2014**, Marco Civil da Internet, estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Estabelece a inviolabilidade e o sigilo das comunicações, em fluxo ou armazenadas, salvo por determinação judicial (art. 7º). Determina ainda a lei que os provedores deverão manter os registros de conexão por um ano (art. 13º), em sigilo, e que os registros de acesso e conexão estão disponíveis à requisição do judiciário, a requerimento da parte, para instruir processos civis ou penal, em caráter incidental ou autônomo.

valor indicado na execução". O CPC/15, no art. 854, replica a determinação: "*Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou em aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exequente, sem dar ciência prévia do ato ao executado, determinará às instituições financeiras, por meio de sistema eletrônico gerido pela autoridade supervisora do sistema financeiro nacional, que torne indisponíveis ativos financeiros existentes em nome do executado, limitando-se a indisponibilidade ao valor indicado na execução.*" Prevendo somente a opção eletrônica.

²⁸ Termo de cooperação firmado entre o Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região e a Associação dos Registradores Imobiliários de São Paulo em 2006, que possibilita a consulta e restrição aos imóveis cadastrados através do sistema ARISP.

²⁹ Convênio entre o Denatran e o Poder Judiciário, via CNJ. Sistema para pesquisa da propriedade de veículos, utilizando os CPF ou CNPJ dos proprietários de veículos, ou ainda por meio dos chassis ou placas. Pelo sistema é possível fazer a inserção de restrições de transferência, licenciamento ou circulação, bem como inserir a penhora eletrônica do bem. A inserção de restrição de circulação implica na apreensão do veículo pela Polícia.

³⁰ Art. 659, § 6º do CPC/73: "*Obedecidas as normas de segurança que forem instituídas, sob critérios uniformes, pelos Tribunais, a penhora de numerário e as averbações de penhoras de bens imóveis e móveis podem ser realizadas por meios eletrônicos*". O CPC/15 replicou a determinação em seu art. 837: "*Obedecidas as normas de segurança instituídas sob critérios uniformes pelo Conselho Nacional de Justiça, a penhora de dinheiro e as averbações de penhoras de bens imóveis e móveis podem ser realizadas por meio eletrônico*". Delegando ao Conselho Nacional de Justiça a competência para a disciplina dos critérios.

³¹ O art. 738, §2º do CPC/73 afirmava: "*Nas execuções por carta precatória, a citação do executado será imediatamente comunicada pelo juiz deprecado ao juiz deprecante, inclusive por meios eletrônicos, contando-se o prazo para embargos a partir da juntada aos autos de tal comunicação.*" O CPC/15 replicou a determinação em seu art. 917, § 4º: "*Nos atos de comunicação por carta precatória, rogatória ou de ordem, a realização da citação será imediatamente informada, por meio eletrônico, pelo juiz deprecado ao juiz deprecante.*"

3.1.2. DISPOSIÇÕES DO NOVO CPC SOBRE TECNOLOGIA

O Código de Processo Civil de 2015, além de replicar as previsões do uso de tecnologia já previstas no antigo código, trouxe uma série de dispositivos que se relacionam ao processo eletrônico: o art. 188, autoriza a inexigibilidade de forma determinada para realização de atos e termos processuais, salvo expressa previsão legal, e desde que atendam a suas finalidades essenciais³²; art. 193 autoriza que os atos processuais podem ser parcial ou integralmente digitais³³; art. 194, que determina os princípios para os sistemas de automação processual – publicidade, acesso, disponibilidade, independência da plataforma, interoperabilidade³⁴; art. 195, que estipula registros em sistema aberto, com preservação da autenticidade, da integridade, da temporalidade e do não repúdio, além da confidencialidade nos casos de segredos de Justiça, observada a infraestrutura do ICP – Brasil³⁵.

³² Art. 188 do CPC/15. “Os atos e os termos processuais independem de forma determinada, salvo quando a lei expressamente a exigir, considerando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial.” O artigo já existia no CPC/73: Os atos e termos processuais não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir, reputando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial.” Bem como já tinha previsão similar na Lei 9.099/95: “Art. 13. Os atos processuais serão válidos sempre que preencherem as finalidades para as quais forem realizados, atendidos os critérios indicados no art. 2º desta Lei.” Tudo isto para deixar indubitável a aplicação da instrumentalidade das formas em sede de processo civil, com reflexos em processo eletrônico na medida em que autoriza uma liberdade de forma essencial para o acompanhamento das novas tecnologias, desvinculado da necessidade de autorização legislativa específica, pelo que estariam possibilitados o registro e a intimação por meio de aplicativos, desde que obedecidos o princípio da segurança e indelebilidade.

³³ Art. 193 do CPC/15. “Os atos processuais podem ser total ou parcialmente digitais, de forma a permitir que sejam produzidos, comunicados, armazenados e validados por meio eletrônico, na forma da lei.” Não há no CPC/73 previsão similar, mas a norma se insere na previsão do art. 154, § único do CPC/73, que previa que: “Os tribunais, no âmbito da respectiva jurisdição, poderão disciplinar a prática e a comunicação oficial dos atos processuais por meios eletrônicos, atendidos os requisitos de autenticidade, integridade, validade jurídica e interoperabilidade da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP – Brasil.”

³⁴ Art. 194. Os sistemas de automação processual respeitarão a publicidade dos atos, o acesso e a participação das partes e de seus procuradores, inclusive nas audiências e sessões de julgamento, observadas as garantias da disponibilidade, independência da plataforma computacional, acessibilidade e interoperabilidade dos sistemas, serviços, dados e informações que o Poder Judiciário administre no exercício de suas funções. Sem previsão anterior no código de 1973 ou mesmo na Lei n. 11.419/06, pelo que considero enunciados, entre outros, os princípios do Processo Eletrônico.

³⁵ Art. 195. O registro de ato processual eletrônico deverá ser feito em padrões abertos, que atenderão aos requisitos de autenticidade, integridade, temporalidade, não repúdio, conservação e, nos casos que tramitem em segredo de justiça, confidencialidade, observada a infraestrutura de chaves públicas unificada nacionalmente, nos termos da lei. Aqui também vemos a enunciação de princípios do processo eletrônico, com especial atenção à autenticidade e conservação, parâmetros a serem utilizados para a verificação da

Ainda, o art. 196 que estipula a competência do Conselho Nacional de Justiça, e aos Tribunais, supletivamente, para a estipulação dos critérios para a prática de atos processuais eletrônicos³⁶; o art. 197 que determina a divulgação, pelos Tribunais, em seus sítios de *internet*, dos detalhes de seus sistemas computacionais processuais³⁷; art. 198, que determina a obrigação dos Tribunais manterem equipamentos suficientes para a operação e consulta de seus sistemas eletrônicos pelos usuários, sob pena de terem de admitir a realização dos atos por meio não eletrônico³⁸; o Art. 205, que prevê a assinatura eletrônica pelo juiz e a publicação dos atos e decisões em Diário de Justiça Eletrônico³⁹ e o art. 209, que autoriza que os atos processuais praticados na presença do juiz sejam produzidos e armazenados em integralmente em arquivo eletrônico inviolável.⁴⁰

compatibilidade do uso de novas tecnologias como prova judicial.

³⁶ Art. 196. *Compete ao Conselho Nacional de Justiça e, supletivamente, aos tribunais, regulamentar a prática e a comunicação oficial de atos processuais por meio eletrônico e velar pela compatibilidade dos sistemas, disciplinando a incorporação progressiva de novos avanços tecnológicos e editando, para esse fim, os atos que forem necessários, respeitadas as normas fundamentais deste Código. Repete-se a norma do § único do art. 154 do CPC/73, acrescentando-se o CNJ como órgão responsável pela edição de normas procedimentais sobre o processo eletrônico.*

³⁷ Art. 197. *Os tribunais divulgarão as informações constantes de seu sistema de automação em página própria na rede mundial de computadores, gozando a divulgação de presunção de veracidade e confiabilidade. § único. Nos casos de problema técnico do sistema e de erro ou omissão do auxiliar da justiça responsável pelo registro dos andamentos, poderá ser configurada a justa causa prevista no art. 223, caput e § 1º.*

³⁸ Art. 198. *As unidades do Poder Judiciário deverão manter gratuitamente, à disposição dos interessados, equipamentos necessários à prática de atos processuais e à consulta e ao acesso ao sistema e aos documentos dele constantes. § único. Será admitida a prática de atos por meio não eletrônico no local onde não estiverem disponibilizados os equipamentos previstos no caput.*

³⁹ Art. 205. *Os despachos, as decisões, as sentenças e os acórdãos serão redigidos, datados e assinados pelos juízes. § 1º Quando os pronunciamentos previstos no caput forem proferidos oralmente, o servidor os documentará, submetendo-os aos juízes para revisão e assinatura. § 2º A assinatura dos juízes, em todos os graus de jurisdição, pode ser feita eletronicamente, na forma da lei. § 3º Os despachos, as decisões interlocutórias, o dispositivo das sentenças e a ementa dos acórdãos serão publicados no Diário de Justiça Eletrônico.*

⁴⁰ Art. 209, §1º do CPC/15. §1º. *Quando se tratar de processo total ou parcialmente documentado em autos eletrônicos, os atos processuais praticados na presença do juiz poderão ser produzidos e armazenados de modo integralmente digital em arquivo eletrônico inviolável, na forma da lei, mediante registro em termo, que será assinado digitalmente pelo juiz e pelo escrivão ou chefe de secretaria, bem como pelos advogados das partes. O artigo já existia no CPC/73, art. 169, § 2º. Quando se tratar de processo total ou parcialmente eletrônico, os atos processuais praticados na presença do juiz poderão ser produzidos e armazenados de modo integralmente digital em arquivo eletrônico inviolável, na forma da lei, mediante registro em termo que será assinado digitalmente pelo juiz e pelo escrivão ou chefe de secretaria, bem como pelos advogados das partes. (Incluído pela Lei n. 11.419/2006). É, portanto, autorizada o registro exclusivo dos atos em audiência através de gravação eletrônica. O CPP, tem previsão similar no tocante à plenária do Juri. art. 475. O registro dos depoimentos e do interrogatório será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, eletrônica, estenotipia ou técnica similar, destinada a obter maior fidelidade e celeridade na colheita da prova. Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008.*

Além disso, o Art. 246 prevê que as empresas públicas e privadas são obrigadas a manter cadastro nos sistemas de processo em autos eletrônicos, para efeito de recebimento de citações e intimações, as quais serão efetuadas preferencialmente por esse meio. Há previsão de uma plataforma do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que permitirá a concentração deste cadastro, permitindo a notificação às empresas oriundas de todos os ramos do Judiciário⁴¹. Enquanto não há implementação de um cadastro único pelo CNJ, resta a autorização legislativa expressa para a citação por mensagem eletrônica das empresas cujo endereço reste cadastrado junto aos tribunais.

Ainda, o Art. 257, II, do CPC de 2015⁴², prevê que os editais devem ser publicados no portal do tribunal respectivo e em sítio eletrônico do CNJ, para intimações em geral e para a realização de leilão presencial ou eletrônico (art. 887, §2º).

Fica novamente referendada a transposição para o meio digital dos editais. Importante notar que a norma é um reflexo da transição dos Diários Oficiais de meio físico para o eletrônico, completada com a recente desativação da Imprensa Nacional, tendo em vista o fato de cada versão física do Diário Oficial da União, em sua versão completa, chegava a ter 2 mil páginas⁴³. Assim, a publicação através da internet dos editais da Justiça passam a ser a regra, sendo a publicação em jornais locais ou outros meios a exceção, prevista no parágrafo único do mesmo artigo⁴⁴.

Ainda, o CPC de 2015 reforça o fundamento para o uso de novas

⁴¹ CARVALHO, Maximiliano. Autos Físicos vs. Quantum Processual (de Newton a Planck). In Princípios do processo em meio reticular-eletrônico: fenomenologia, normatividade e aplicação / Cláudio Brandão, organizador; São Paulo: LTR, 2017. p. 71.

⁴² Art. 257. São requisitos da citação por edital: II – a publicação do edital na rede mundial de computadores, no sítio do respectivo tribunal e na plataforma de editais do Conselho Nacional de Justiça, que deve ser certificada nos autos;

⁴³ Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-10/edicao-imprensa-diario-oficial-deixa-de-circular-partir-de-dezembro>>. Acessado em 10/01/2018.

⁴⁴ Art. 257. Parágrafo único. O juiz poderá determinar que a publicação do edital seja feita também em jornal local de ampla circulação ou por outros meios, considerando as peculiaridades da comarca, da seção ou da subseção judiciárias. (grifo nosso)

tecnologias na obtenção da prova, expressamente permitindo a gravação audiovisual das audiências (art. 367, §6º)⁴⁵, inclusive pelas partes presentes, desde que o acesso à integralidade das gravações sejam disponibilizadas às partes e aos órgãos judiciários de maneira rápida.

Aqui o texto legal fala em possibilidade de gravação pelas partes, independente de autorização judicial, entretanto, a interpretação sistemática do próprio código no tocante ao poder de polícia garantido ao Juiz, bem como questões condizentes com o eventual sigilo das audiências, leva a crer que a gravação pelas partes deverá ser informada ao juízo e às partes, seja para garantir que não haja segredo de Justiça no quanto for gravado, seja para permitir a condicionante legal de que as partes e os órgãos judiciais tenham rápido acesso ao conteúdo integral da gravação, sem o que poderíamos considerar a gravação como ilícita.

O novo CPC autoriza expressamente a produção de atos processuais por meio de videoconferência⁴⁶, inclusive depoimento pessoal das partes⁴⁷, testemunhas⁴⁸, acareação⁴⁹ e sustentação oral perante tribunal⁵⁰. Veja que a assinatura para a homologação do ato judicial e os procedimentos para a

⁴⁵ Art. 367. § 5º. A audiência poderá ser integralmente gravada em imagem e em áudio, em meio digital ou analógico, desde que assegure o rápido acesso das partes e dos órgãos julgadores, observada a legislação específica. § 6º A gravação a que se refere o § 5º também pode ser realizada diretamente por qualquer das partes, independentemente de autorização judicial.

⁴⁶ Art. 236. Os atos processuais serão cumpridos por ordem judicial. § 3º Admite-se a prática de atos processuais por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real.

⁴⁷ Art. 385, § 3º. O depoimento pessoal da parte que residir em comarca, seção ou subseção judiciária diversa daquela onde tramita o processo poderá ser colhido por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, o que poderá ocorrer, inclusive, durante a realização da audiência de instrução e julgamento.

⁴⁸ Art. 453§, 1º. A oitiva de testemunha que residir em comarca, seção ou subseção judiciária diversa daquela onde tramita o processo poderá ser realizada por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão e recepção de sons e imagens em tempo real, o que poderá ocorrer, inclusive, durante a audiência de instrução e julgamento.

⁴⁹ § 2º A acareação pode ser realizada por videoconferência ou por outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real.

⁵⁰ § 4º É permitido ao advogado com domicílio profissional em cidade diversa daquela onde está sediado o tribunal realizar sustentação oral por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, desde que o requeira até o dia anterior ao da sessão.

sua guarda segura, de acordo com os princípios que regem o processo eletrônico, seguirão a normativa do tribunal, o que é também é expresso pelo art. 367 do CPC⁵¹.

O CPC autoriza expressamente, ainda, a utilização pelo perito de qualquer meio tecnológico disponível com vistas à transmissão de sons e imagens com vistas ao fornecimento do laudo⁵².

É certo que em se tratando de laudo pericial, a prova a ser produzida não será facilmente reduzida a discurso verbal, o que inclusive fugiria do objetivo da prova técnica, que é o fornecimento de subsídio mais aprofundados sobre a questão controvertida, mas não deixa de autorizar expressamente a norma que alguns elementos do laudo pericial sejam apresentados em áudio ou vídeo, mesmo através de transmissão ao vivo, com vistas a integrar o conteúdo probatório a subsidiar a decisão.

O novo CPC também autorizou expressamente a utilização do alvará eletrônico para o levantamento ou transferência de numerário⁵³⁵⁴ e o leilão eletrônico⁵⁵. Bem como autoriza a automatização do protesto da sentença, gravação da hipoteca judiciária, penhora eletrônica através dos convênios e a inscrição do devedor nos órgãos de proteção ao crédito.

⁵¹ Art. 367. O servidor lavrará, sob ditado do juiz, termo que conterá, em resumo, o ocorrido na audiência, bem como, por extenso, os despachos, as decisões e a sentença, se proferida no ato. § 1º Quando o termo não for registrado em meio eletrônico, o juiz rubricar-lhe-á as folhas, que serão encadernadas em volume próprio. § 4º Tratando-se de autos eletrônicos, observar-se-á o disposto neste Código, em legislação específica e nas normas internas dos tribunais.

⁵² Art. 464. A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação. § 4º Durante a arguição, o especialista, que deverá ter formação acadêmica específica na área objeto de seu depoimento, poderá valer-se de qualquer recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens com o fim de esclarecer os pontos controvertidos da causa.

⁵³ Art. 906. Parágrafo único. A expedição de mandado de levantamento poderá ser substituída pela transferência eletrônica do valor depositado em conta vinculada ao juízo para outra indicada pelo exequente.

⁵⁴ Em outubro de 2017, o Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, passou a adotar o sistema de controle de depósitos judiciais, SISCONDJ, nos termos do Provimento GP/CR 13/2016 e 07/2017, passando a substituir a expedição de alvarás de levantamento por transferência eletrônica dos valores diretamente na conta cadastrada pela parte.

⁵⁵ Art. 879. A alienação far-se-á: II - em leilão judicial eletrônico ou presencial.

No tocante aos documentos, o art. 439 do CPC autoriza a utilização de documentos eletrônicos no processo convencional (não eletrônico), desde que convertidos à forma impressa e verificada a sua autenticidade, na forma da lei, sendo admitidos os documentos eletrônicos produzidos e conservados com a observância da legislação específica.

Aqui, o CPC claramente faz referência à utilização de documentos eletrônicos em processo não eletrônico. Curiosamente faz referência à sua conversão em forma impressa como requisito para a sua utilização, sendo já é autorizada por outras normas a juntada de mídia digital na apresentação de prova eletrônica, ou mesmo no arquivamento de audiência em vídeo. O art. 441 complementa o capítulo autorizando o uso dos documentos eletrônicos na forma da lei, contextualizando o art. 439 do mesmo NCPC⁵⁶.

⁵⁶ Art. 430. A falsidade deve ser suscitada na contestação, na réplica ou no prazo de 15 (quinze) dias, contado a partir da intimação da juntada do documento aos autos. Parágrafo único. Uma vez arguida, a falsidade será resolvida como questão incidental, salvo se a parte requerer que o juiz a decida como questão principal, nos termos do inciso II do art. 19.

Art. 431. A parte arguirá a falsidade expondo os motivos em que funda a sua pretensão e os meios com que provará o alegado.

Art. 432. Depois de ouvida a outra parte no prazo de 15 (quinze) dias, será realizado o exame pericial. Parágrafo único. Não se procederá ao exame pericial se a parte que produziu o documento concordar em retirá-lo.

Art. 433. A declaração sobre a falsidade do documento, quando suscitada como questão principal, constará da parte dispositiva da sentença e sobre ela incidirá também a autoridade da coisa julgada.

Art. 439. A utilização de documentos eletrônicos no processo convencional dependerá de sua conversão à forma impressa e da verificação de sua autenticidade, na forma da lei.

Art. 440. O juiz apreciará o valor probante do documento eletrônico não convertido, assegurado às partes o acesso ao seu teor.

Art. 441. Serão admitidos documentos eletrônicos produzidos e conservados com a observância da legislação específica.

3.1.3. NORMATIVAS SOBRE O PJE

Com as normas sobre processo eletrônico sendo gradativamente incorporadas ao ordenamento jurídico nacional, restaram assentadas as bases para a implantação do sistema processual com bases inteiramente eletrônicas.

Um dos primeiros atos a iniciarem o processo eletrônico propriamente dito, foi o Acordo de Cooperação técnica n. 73/2009, entre o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho da Justiça Federal, que institucionalizou o Processo Judicial eletrônico (PJe).

Iniciou-se o esforço de digitalização do processo de trabalho em 29 de março de 2010, por ocasião da celebração do Termo de Cooperação Técnica 51/2010, entre o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o Tribunal Superior do Trabalho (TST) e o Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT). A Justiça do Trabalho aderiu, então, oficialmente, ao Processo Judicial Eletrônico, PJe.

Seguiu-se a Resolução 94/2012 que Instituiu o Sistema Processual Judicial Eletrônico da Justiça do Trabalho – PJe-JT como sistema de processamento de informações e prática de atos processuais e estabeleceu os parâmetros para a sua implementação e funcionamento, com base na Lei n. 11.419/06 e MP 2.200-2/2001.

A instalação do Processo Judicial Eletrônico foi inaugurada em 05/12/2011, com a instalação da Vara do Trabalho de Navegantes-SC (TRT12). Em seguida, passaram a funcionar eletronicamente as Varas de Caucaia-CE (TRT7), em 16/01/2012; Várzea Grande-MT (TRT23) em 08/02/2012; e em Arujá-SP (TRT2), em 27/02/2012.

A partir destas experiências pioneiras, o PJE se expandiu para outras unidades da Federação, inclusive junto à segunda instância. No Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo, o processo eletrônico foi iniciado em 27 de

agosto de 2012, quando os mandados de segurança de sua competência originária passaram a ser impetrados e processados por essa modalidade (CSJT, 2012). A implantação do PJe no Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região se completou em 12 de dezembro de 2015, quando as 90 varas do Fórum Rui Barbosa, São Paulo, capital, passaram a receber exclusivamente através do PJE.

Também em 2015, consolidou-se o PJE como plataforma única para o processamento de ações judiciais no âmbito da Justiça do Trabalho. Foi nesse ano que a gestão do PJE na Justiça do Trabalho robusteceu a estratégia de desenvolvimento de funcionalidades eletrônicas adicionais, em colaboração com os Tribunais Regionais do Trabalho, destacando-se, entre outros o PJe-Calc (sistema de cálculo trabalhista do TRT8), o AUD (sistema de edição de atas de audiência do TRT4) e o eJus2 (Sistema de tramitação do TRT9)⁵⁷.

A Portaria 09/2017 do TRT da 2ª passou a exigir que os arquivos em áudio e vídeo fossem inseridos em banco de dados do Tribunal, acessível em seu sítio eletrônico com vistas ao depósito das evidências eletrônicas, com a juntada do protocolo como documento aos autos no PJE. O sistema permite que se deixe de arquivar fisicamente as mídias frágeis, bem como torna completamente acessível pela internet todas as peças dos autos, com ganhos em celeridade, ficando disponível às partes simultânea e instantaneamente, bem como em segurança. Assim, o processo passou a ser integralmente eletrônico ou virtual.

⁵⁷ CARVALHO, Maximiliano. Autos Físicos vs. Quantum Processual (de Newton a Planck). In *Princípios do processo em meio reticular-eletrônico: fenomenologia, normatividade e aplicação* / Cláudio Brandão, organizador; São Paulo: LTR, 2017. p. 55.

3.2. PROCESSO ELETRÔNICO E SEUS PRINCÍPIOS

Quanto ao conceito, o Prof. Otávio Pinto e Silva leciona no sentido de que processo é o instrumento por meio do qual a jurisdição opera, por meio de uma relação jurídica processual. Sendo assim, não seria técnica a utilização da expressão “processo eletrônico”, pois o que é eletrônico não é a relação jurídica processual, em que pese suas especificidades, mas sim os atos em que ela se desenvolve⁵⁸.

Fala-se também em “processo digital”. Digital pressupõe o armazenamento e o processamento de informações por meio de números que são traduzidos em linguagem binária. Assim, a expressão adequada para o processo usado pela Justiça do Trabalho seria digital e não virtual ou eletrônico mesmo porque há ferramentas eletrônicas que não se inserem na ideia de armazenamento e processamento de informações, comuns aos meios computacionais⁵⁹.

José Eduardo de Resende Chaves Júnior, sustenta que o processo eletrônico deveria ser um *processo em rede*, é dizer, um processo que privilegiasse a aproximação, a conexão entre os atos e o mundo. Isso representaria, assim, a verdadeira desmaterialização das fronteiras entre os atos e o mundo. Seria, esse processo, um fenômeno de interação entre o juiz, as partes e a sociedade, uma estruturação de redes sociais, econômicas e políticas, que levaria a uma *desformalização*, com o correspondente aumento das possibilidades probatórias, densificando, assim, a instrumentalidade própria do processo. Essa sorte de processo privilegiaria o escopo social e político do processo (enquanto, no processo tradicional, “o que não estava nos atos não estaria no mundo”, “o que não está no *Google* não está no mundo”)⁶⁰.

⁵⁸ SILVA, Otávio Pinto e. Processo eletrônico trabalhista. São Paulo: Ltr, 2013.

⁵⁹ Fato é, contudo, que o mais importante não é a nomenclatura escolhida, mas o reconhecimento de que o processo eletrônico representou um tardio abandono do papel como meio de registro de todos os atos processuais. Boucinhas Filho, Jorge Cavalcanti. Processo em meio eletrônico e a qualidade de vida de seus usuários. In: Princípios do processo em meio reticular-eletrônico: fenomenologia, normatividade e aplicação / Cláudio Brandão, organizador; São Paulo: LTR, 2017. p.. 161.

⁶⁰ CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. O avestruz virtual. Disponível em:

O Prof. Chaves, também fala em gerações do processo eletrônico⁶¹, falando em uma primeira geração, caracterizada mais pela “imaginalização” do processo do que por sua automação (fase do foto-processo). Neste primeiro momento, os autos seriam disponibilizados em formato “retrato”, com prejuízos ergonômicos e visuais, obrigando os usuários a rolar a tela. A segunda geração do processo já se baseia em uma “imaginalização” mínima e automatização máxima, com a automatização de atos ordinários e o aperfeiçoamento de ferramentas, com inteligência artificial, para auxiliar a decisão judicial e a atividade de servidores e advogado.

Realmente, ainda que o PJe 1.0 tenha ainda características de rolagem da imagem dos autos, já trata a sucessão de documentos a atos judiciais de uma forma mais límpida e integrada ao sistema, com ganhos evidentes na forma de visualização e na forma de armazenamento, bem como começa a integrar as informações relevantes dos autos, como causa de pedir e partes, com vistas a sugerir de forma automática, incidentes de incompetência territorial ou prevenção.

<http://emporiiodireito.com.br/pensar-o-processo-eletronico-com-a-cabeca-de-papel/>
Acesso em 09/01/2018.

⁶¹ Didaticamente se identificam 4 gerações ou dimensões do processo judicial eletrônico: 1) foto processo- (autos escaneados), diretamente relacionado ao escaneamento do caderno processual e à noção de autos digitalizados, em oposição a autos digitais; 2) e-processo (processo eletrônico), ligado à noção de automatização crescente das tarefas mecânicas repetitivas, abandonando aos poucos a noção de digitalização e migrando para a virtualização do processo. Estágio em que estamos onde há preenchimento automático de tarefas e identificação automática da prevenção pelo sistema, com incentivo ao abandono da consulta aos autos completos em PDF em prol de uma consulta às peças inseridas nas janelas do sistema, com ganho em velocidade e economia em termos de infraestrutura de tecnologia de informação, trabalhando-se cada vez mais com documentos digitais em contraposição aos digitalizados. 3) w-processo, que remete ao funcionamento do processo em rede, o que já existe em certos aspectos na integração do PJe com os sistemas do MPT e AGU que tramitam os mesmos autos partindo do sistema próprio. Também são exemplos deste processo em rede, já válidos hoje, a interação do Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, o sistema de controle de depósitos judiciais, SISCONDJ, que integra o PJe aos sistemas bancários para transferência de valores diretamente para a conta cadastrada pelas partes, sem necessidade de emissão de alvará judicial. 4) i-processo, utilização de inteligência artificial ao processo, não para a decisão impessoal das questões humanas, mas levando a sugestão e a pesquisa de precedentes ao extremo, já apresentando os resultados possíveis para os parâmetros da demanda. Na verdade, Como afirma Carvalho, não podemos dividir tais características em gerações, termo que remete à sucessividade, posto que todas as características já existem em diversos níveis de desenvolvimento, sendo a imbricação de todas estas o atual estágio do nosso processo eletrônico. CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. Processo em meio reticular eletrônico: constitucionalismo dialógico e democracia hiper-real, no contexto dos megadados. In: Princípios do processo em meio reticular-eletrônico: fenomenologia, normatividade e aplicação / Cláudio Brandão, organizador; São Paulo: LTR, 2017. p..11

O medo de impessoalização da decisão judicial não se baseia corretamente na aplicação do processo eletrônico, que somente viabiliza plataforma e a instrumentalização moderna para atividades que antes eram executadas manualmente, com grande ganho em celeridade. A capacidade de busca por termos, elaboração de autotextos e portabilidade dos documentos, em por si sós já trazem enormes benefícios aos serviços da secretaria.

Ainda que já exista automação em certos pontos do processo judicial eletrônico, elementos característicos de gerações mais avançadas de processo judicial eletrônico⁶², que serão aprofundados na versão 2.0, ainda deve o processo eletrônico ser entendido como instrumento da realização do processo judicial, ainda com pouca influência em suas características gerais e institutos.

É certo que concordamos com os diversos autores^{63 64}, quando dizem que o meio utilizado para o processamento dos autos influencia a forma de interpretação das normas processuais. Condiz com o tema deste estudo a influências da forma de apresentação das mesmas provas que seriam apresentadas em meio físico em sua forma digital nas consequências jurídicas desta transposição.

⁶² S. Tavares-Pereira fala em *eProcesso* como esse procedimento em que a análise dos pedidos e o desenvolvimento dos atos processuais são realizados, gradativamente mais, de forma automática por sistemas jurídico tecnológicos através de estruturas programadas. Que é isto, a eNorma? Elementos para a Teoria Geral do eDireito. In: Princípios do processo em meio reticular-eletrônico: fenomenologia, normatividade e aplicação / Cláudio Brandão, organizador; São Paulo: LTR, 2017. p..11

⁶³ Embora a ideia de fluxos inerentes a um sistema eletrônico de processamento de ações judiciais não necessariamente deva seguir a mesma tramitação imposta ao processo físico e afaste por completo a equivocada premissa que naquele ambiente deva ser reproduzida exatamente a mesma dinâmica dos autos em papel, os referidos fluxo de trabalho não devem ser pensados e desenvolvidos de forma a deturpar princípios e garantias fundamentais do processo como método de trabalho. VEGAS JUNIOR, Walter Rosati. Prova no processo do trabalho: das influências dos avanços tecnológicos e sua utilização no direito trabalhista. Curitiba: Juruá, 2017. p..37

⁶⁴ “O processo eletrônico não é uma simples transposição virtual dos autos, sem qualquer inflexão nas características e na teoria tradicional do processo. O grande pensador da mídia no Século XX, o canadense Marshall McLuhan, sintetizou na célebre ideia de que “o meio é a mensagem, isto é, na ideia de que o meio de comunicação e transmissão da mensagem não é neutro, pois ele condiciona inclusive o seu conteúdo – a importância do meio de comunicação e informação para a própria racionalidade. Os meios são concebidos como extensão dos seres humanos”. CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. Processo em meio reticular eletrônico: constitucionalismo dialógico e democracia hiper-real, no contexto dos megadados. In: Princípios do processo em meio reticular-eletrônico: fenomenologia, normatividade e aplicação / Cláudio Brandão, organizador; São Paulo: LTR, 2017. p. 10.

Pirrota, em sua tese de Doutorado, esgota a análise de tais influências na hermenêutica da prova, afirmando que a forma de registro e armazenamento dos depoimentos das partes e testemunhas, por certo interferem no conteúdo das referidas provas, em sua interpretação e nos materiais fornecidos para a argumentação jurídica. Afirma que são diferentes, por certo a linguagem oral da mesma transformada em texto escrito, não se podendo, todavia, atribuir um estatuto ontologicamente distinto a tais versões, considerando uma mais fidedigna que a outra.

Evidente que, com vistas à busca da “verdade substancial”, o mesmo depoimento, em forma datilografada, manuscrita, em áudio ou em vídeo terá diferentes elementos de interpretação com vistas ao convencimento do magistrado. Quanto mais subsídios fáticos materiais estiverem à disposição do juízo, maior a probabilidade de uma ótima prestação jurisdicional.

Pode ser que a força probatória do documento eletrônico impacte de forma desproporcional a instrução do processo em razão de suas características, cabendo um sopesar cuidadoso do conjunto probatório quando integrado por provas excepcionais.

Mas, esta análise foge ao nosso tema, que trata de forma mais central dos requisitos de validade na apresentação destas provas em meio eletrônico.

3.2.1.PROCESSO OU PROCEDIMENTO

Ante o novo processo eletrônico, sempre há discussões terminológicas. Mesmo a expressão *processo* é questionada. Tecnicamente, sustenta-se ser a expressão *procedimento* a mais adequada. Ainda assim, a expressão *processo eletrônico*, menos técnica, acabou consagrada pelo uso.

A informatização do processo supõe a transmissão e a comunicação dos atos processuais com o uso de técnicas digitais, portanto, um autêntico *procedimento*. Nesta acepção, o mais correto seria falar em procedimento eletrônico, o que inclusive ajudaria a entender a delegação aos tribunais, e posteriormente ao CNJ, da competência para ditar normas no tocante ao processo eletrônico.

Por outro lado, algumas decisões do Supremo Tribunal Federal, que apreciaram normas estaduais que disciplinavam a utilização de meios eletrônicos para a produção do interrogatório dos réus em processo penal, apontaram no sentido de tratar-se de normas de processo, cuja competência legislativa é exclusiva da União.

Diversos autores falam na necessidade de interpretação própria e normatividade do processo eletrônico, que não seria somente um arcabouço material diverso para os autos e sim um novo fenômeno em que a sucessão de atos processuais tende à automatização, sendo as normas processuais necessariamente adaptadas e interpretadas frente as novas formas de comunicação e transmissão e processamento de dados.

Assim, considerando esta visão maior do processo eletrônico como algo díspar e apesar de entendimentos da suprema corte, entendo correto o uso consolidado a nomenclatura, até mesmo por fazer referência aos autos eletrônicos, com que se identifica a matéria a maioria de suas vicissitudes.

3.2.2. PRINCÍPIOS DO PROCESSO ELETRÔNICO

Reitere-se ser discutível se falar em processo, por não especializar-se a relação jurídica triangular em função de sua matéria, como o são o processo penal e o processo eleitoral, e sim pela forma em que tramitam os autos. Assim, talvez devêssemos falar em procedimento eletrônico.

Ainda com essa, como também os sustentam outros procedimentos, como o dos juizados especiais, ou o procedimento sumaríssimo no Processo do Trabalho, há princípios próprios do procedimento eletrônico, que informam a sua interpretação e, principalmente para o nosso estudo, a valoração das provas.

Em se tratando de matéria nova, ainda há dissenso na doutrina sobre os princípios aplicáveis ao processo eletrônico.

Podemos inferir alguns da redação do Novo Código de Processo Civil nos artigos 194 e 195, no capítulo em que trata Da Prática Eletrônica Dos Atos Processuais, onde afirma que, os sistemas de automação processual, ou seja, os processos eletrônicos, respeitarão a publicidade dos atos (princípio da publicidade), o acesso (princípio do acesso à Justiça, qualificado pela disponibilidade nas 24 horas do dia, nos termos do art. 213 do CPC/15) e a participação das partes e de seus procuradores, inclusive nas audiências e sessões de julgamento (contraditório, ampla defesa e oralidade), observadas as garantias da disponibilidade (do sistema sob pena de nulidade e devolução do prazo), independência da plataforma computacional, acessibilidade e interoperabilidade dos sistemas, serviços, dados e informações que o Poder Judiciário administra no exercício de suas funções (princípio do acesso à Justiça, especificamente quanto à gratuidade na aquisição dos meios de acesso ao sistema processual).

Ainda, reputo como princípios do processo eletrônico, mais úteis no tocante à análise da prova eletrônica, os requisitos apontados no art. 195 do

CPC/15, onde se determina que o processo eletrônico atenderá aos requisitos de autenticidade, integridade, temporalidade, não repúdio, conservação e, nos casos que tramitem em segredo de justiça, confidencialidade, observada a infraestrutura de chaves públicas unificada nacionalmente, nos termos da lei. Com especial atenção aos princípios da autenticidade e conservação como requisitos a serem utilizados para a verificação da compatibilidade do uso de novas tecnologias como prova judicial e análise de validade das provas juntadas.

Segundo o professor CHAVES JÚNIOR, os principais princípios ou características do processo eletrônico são: conexão, imaterialidade, interação, hiper-realidade, intermedialidade; desterritorialização; e instantaneidade.

O princípio da Conexão está dogmatizado no artigo 8º da Lei n. 11.419/2006, que estabelece que os sistemas de processamento de ações judiciais por meio de autos digitais serão realizados, preferencialmente, através da rede mundial de computadores e acesso por meio de redes internas e externas.

O princípio da Imaterialidade decorre da revolução proporcionada pelo mundo digital. A superação do mundo dos átomos pelo Bit (dígito binário). Enquanto no mundo analógico as coisas correspondem à realidade daquilo que são, no mundo digital a realidade se converte em uma linguagem matemática aproximada ao real. A despatrimonialização e democratização do processo são apontadas como consequências da imaterialidade.

O princípio da Hiper-realidade permite a utilização de ferramentas tecnológicas de precisão que suplantam a própria realidade, seja deformando-a, seja aperfeiçoando-a. A Hiper-realidade, consubstanciada por prova produzidas mediante recursos audiovisuais e pelos escritos eletrônicos, exige dos advogados maior precisão em seus argumentos fáticos e fundamentações jurídicas. Isso pode servir de instrumento para a objetivação das demandas, o aprimoramento das técnicas de redação das petições e decisões, bem como para a melhor delimitação da matéria probatória.

A Intermedialidade consiste na possibilidade de utilização de várias mídias no processo eletrônico e da combinação dessas mídias como meio de prova, bem como para a realização dos atos processuais.

A Desterritorialidade flexibiliza o conceito de competência judicial em razão do lugar, uma vez que o processo eletrônico pode dispor do uso de sistemas eletrônicos que permitem a realização de atos processuais, inclusive de natureza constritiva, com independência da localização material do bem (Bacenjud, Renajud, infojud)⁶⁵.

Há quem declare somente o princípio da imaterialidade e conexão como próprios do processo eletrônico, sendo os demais princípios aplicáveis, variações dos princípios gerais do acesso à Justiça, oralidade, publicidade e contraditório⁶⁶.

Quanto ao princípio da imaterialidade, já asseverava Chaves Júnior, que “a primeira característica do processo eletrônico é a própria desmaterialização dos autos”⁶⁷. Os autos, como caderno contendo as peças, atos e certidões não mais existe.

Ainda que possam ser impressos, os autos existem, no original, em meio reticular-eletrônico, ou seja, em bancos de dados eletrônicos em rede. O processo deixa de ser físico⁶⁸ e passa ser eletrônico, passando a estar ao mesmo tempo em todos os lugares do mundo digital.

⁶⁵ CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. Comentários à Lei do Processo Eletrônico. São Paulo: Ltr, 2010.

⁶⁶ RIBEIRO, Rodrigo Koehler; VALCANOVER, Fabiano Haselof. Processo eletrônico tem princípios novos e revisa antigos. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3792, 18 nov. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/25872>>. Acesso em: 13 jul. 2016.

⁶⁷ CHAVES JUNIOR, José Eduardo de Resende. Elementos para uma nova teoria do processo em rede. In: O que há de novo em processo do trabalho. São Paulo: Ltr, 2015, p.516-529.

⁶⁸ Consagrou-se a utilização do termo autos físicos em contraposição aos autos eletrônicos. Em que pese os autos eletrônicos também serem físicos, na acepção correta da palavra, o termo remete à tangibilidade característica dos autos em papel ou meio similar, manuseáveis e que, por consequência, demandavam consulta em secretaria.

Carvalho⁶⁹ ainda afirma que a imaterialidade provoca a rarefação dos autos, do procedimento e do próprio processo, de forma que o “fluxo” processual deixaria de ser sequencial (de movimento em movimento), passando a observar um emaranhamento próximo a definição de rizoma. Conceito que guarda analogia a estrutura de plantas cujos brotos podem ramificar-se em um bulbo, raiz ou ramo, independente de sua localização na estrutura da planta.

Afirma, portanto, que os autos poderiam tramitar em diversas instâncias simultaneamente, o que é possível em determinadas circunstâncias. Ainda que possível, em tese, ainda há dificuldades técnicas em se garantir a movimentação dos mesmos autos por instâncias diversas. Daí se utilizar, ainda, do antigo expediente, de confeccionar autos (eletrônicos) apartados com vistas ao processamento de incidentes como cartas precatórias inquiritórias ou execuções provisórias, com a óbvia vantagem pela facilidade na formação dos autos, que podem ser facilmente integralmente juntados e ante a velocidade na tramitação dos mesmos aos juízos deprecados.

Estes incidentes deveriam, ao final, ou simultaneamente, ser juntados ao processo como ramo apartado, com vistas a não confundir o fluxo processual legal, constando no documento PDF-A como anexo do próprio documento. Mas ainda não existe tal funcionalidade.

A informação deve ser tratada de forma segura, observando três preceitos básicos; disponibilidade, acesso e cópia de segurança.

Disponibilidade: todos os usuários precisam ter a sua disposição em tempo integral à informação, o que significa investimentos em rede de comunicação de dados e suprimento de energia (geradores) como alternativas para não parar o funcionamento das unidades. Com o processo judicial eletrônico, caso a unidade judiciária precise de um desses fatores e não tenha o trabalho ficará paralisado.

⁶⁹ CARVALHO, Maximiliano. Autos Físicos vs. Quantum Processual (de Newton a Planck). In Princípios do processo em meio reticular-eletrônico: fenomenologia, normatividade e aplicação / Cláudio Brandão, organizador; São Paulo: LTR, 2017. p. 55.

Com relação ao acesso, é comum em todos os sistemas informatizados se terem um controle de acesso de formação. Mesmo sendo os atos processuais públicos e acessíveis a todos, é necessário se ter um cadastro presencial para o acesso. Por último, no quesito cópia de acesso (backup) é necessário investir na segurança, pois não existe mais o papel. Portanto, é imprescindível investir em cópias de dados, formas de armazenamento e ambientes (sala cofre) propícios para se restaurar essa informação se assim for necessário. Apesar de todo esse esforço e gasto, a utilização do meio digital é reconhecidamente mais confiável que o papel se tomadas devidas precauções.”⁷⁰

A imaterialidade é um termo sem precisão técnica, na medida em que os dados eletrônicos existem, em forma de bits, ou seja, pulsos elétricos com informação binária que são utilizados para o armazenamento e transmissão das informações. O depoimento da testemunha é transmutado em signos em mídia eletrônica da mesma forma que era transmutado em papel. A diferença é a impossibilidade de leitura da informação a olho nu, sem a utilização de tecnologia adequada. Essa intangibilidade é mais uma característica da miniaturização, que um princípio, não sendo a intenção do processo eletrônico a intangibilidade da informação e sim a sua transmissão e armazenamento de forma eficiente.

Talvez, os mais importantes princípios sejam o da autenticidade e conservação (preservação dos dados sensíveis). Muitos autores apontam a fragilidade e a mutabilidade dos meios eletrônicos como características a se comunicarem com o processo. Em virtude destas características iniciais da informática é que o processo eletrônico se reveste do princípio da autenticidade e conservação, de forma a somente serem aceitas formas de transmissão e conservação de informações de forma segura e certificável. Analisaremos estes princípios no tocante às provas eletrônicas.

Importante ressaltar a vertente do princípio da acessibilidade

⁷⁰ BARROSO, Marcos Patrick Chaves. Processo Judicial Eletrônico: Lei 11.419/06. Desafios em sua implantação. Em <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=3729>

disponibilizada pelo processo eletrônico consistente na onipresença dos autos. Os autos eletrônicos, estão ao mesmo tempo em todos os lugares, acessíveis, verificáveis e certificáveis em qualquer local com acesso à rede de computadores, desde que cumpridos os requisitos de cadastramento e certificação exigidos pelo sistema. A verificação dos autos pelo perito ou pelas partes não implica mais em indisponibilidade para a outra parte. Os autos estão disponíveis para ambas as partes e para a secretaria ao mesmo tempo, indeléveis inteiros. Talvez seja este um dos princípios mais característicos do ganho que representa o processo eletrônico em termos de celeridade.

Pfeilsticker⁷¹ fala em princípio da instantaneidade como algo que vai além do acesso instantâneo aos dados, mas conduz para a imediatidade da tramitação do processo, uma vez que as partes e advogados podem consultar os autos sem limitação com a juntada imediata e visibilidade imediata de peças ao órgão jurisdicional, com claros ganhos em celeridade com vistas a uma razoável duração do processo.

Assim, tendo em vista estes princípios legais e doutrinários, devemos desenvolver e interpretar as normas de direito processual eletrônico, com especial atenção para a verificação dos requisitos de validade dos documentos eletrônicos, de forma a privilegiar a efetividade e ao mesmo tempo a segurança e integridade dos documentos, de modo a preservar a dignidade da relação processual.

⁷¹ Pfeilsticker, Fabiano de Abreu. A instantaneidade Como Princípio Inerente Ao Processo Eletrônico: Realidade vivenciada no Processo Judicial Eletrônico – PJe. In Processo em meio reticular eletrônico: constitucionalismo dialógico e democracia hiper-real, no contexto dos megadados. In: Princípios do processo em meio reticular-eletrônico: fenomenologia, normatividade e aplicação / Cláudio Brandão, organizador; São Paulo: LTR, 2017. p. 146.

4. ASPECTOS DA PROVA

4.1. CONCEITO DE PROVA

A palavra prova tem como origem o vocábulo latino *probatio*, remete ao significado de prova, ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação, confirmação, derivando do verbo *probare* (provar, ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiências, aprovar, estar satisfeito de alguma coisa, persuadir alguém de alguma coisa, demonstrar)⁷².

Há, na verdade, diversas definições na doutrina: Para Manoel Antônio Teixeira Filho, prova seria *a demonstração, segundo as normas legais específicas, da verdade dos fatos relevantes e controvertidos no processo*; para Scarpinella Bueno seria a prova “tudo que puder influenciar, de alguma maneira, na formação da convicção do magistrado para decidir de uma forma ou de outra, acolhendo, no todo ou em parte, ou rejeitando o pedido do autor”⁷³. Já para Marinoni e Mitidiero, poderíamos definir a prova como “meio retórico, regulado pela legislação, destinado a convencer o Estado da validade de proposições controversas no processo, dentro de parâmetros fixados pelo direito e de critérios racionais”⁷⁴.

Para Nelson Nery Júnior, as provas são meio processuais ou materiais considerados idôneos pelo ordenamento jurídico para demonstrar a verdade, ou não, da existência e verificação de um fato jurídico⁷⁵.

Para Chiovenda, provar significa formar a convicção do juiz sobre a existência ou não de fatos relevantes no processo⁷⁶.

⁷² SANTOS, Moacyr Amaral. Prova judiciária no cível e no comercial. Vol. I. 4ª ed. São Paulo: Max Limonad p.11

⁷³ SCARPINELLA Bueno, Cassio. “Curso sistematizado de direito processual civil”. São Paulo: Saraiva, 2010. Vol 2, Tomo I. 3ª ed. P. 261.

⁷⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. “Código de processo civil comentado”. São Paulo: RT, 2011. 3ª ed. p. 334.

⁷⁵ NERY JUNIOR, Nelson. Código de Processo Civil Comentado. 16ª ed. São Paulo: Saraiva. 2017.

⁷⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. Vol. III, 3 ed. Campinas:

Destaca, ainda, a doutrina que o termo é polissêmico⁷⁷, sendo utilizado em vários sentidos. Magalhães Gomes Filho aponta três acepções básicas de prova: demonstração, experimentação e desafio. O vocábulo é utilizado, ainda, para designar diferentes aspectos do fenômeno probatório: fonte de prova, meio de prova, elemento de prova, resultado probatório e procedimento probatório.⁷⁸

A maioria dos conceitos se concentra no aspecto objetivo da prova, mas também há de se ter em mente que “prova”, em seu aspecto subjetivo, é a valoração que o julgador dá ao que foi produzido no processo⁷⁹.

Resumindo os conceitos a serem utilizados no presente trabalho, entendemo prova como sendo a demonstração dos fatos alegados pelas partes no processo, por todos os meios (aspecto objetivo) e a valoração que o julgador dá às provas produzidas (aspecto subjetivo) segundo sua persuasão racional.

A prova se relaciona à busca da verdade real, que interessa a todos os ramos do Direito, mas de forma especial ao Direito do Trabalho que guarda este como um de seus princípios.

Na fase anterior à cientificidade do processo, era comum a adoção das ordálias, duelos ou juízos divinos, como parâmetro probatório, de modo que a ação divina, a proteger o litigante demonstrava sua verdade⁸⁰.

Bookseller, 2002. p. 109.

⁷⁷ MAGALHÃES GOMES FILHO. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In Yarshell, Flavio Luiz; (Coord.). Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover. São Paulo DPJ Editora 2005.

⁷⁸ VAZ, Denise Provasi. Provas Digitais no Processo Penal, Formulação do conceito, definição das características e sistematização do procedimento probatório. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. São Paulo. 2012. p. 43.

⁷⁹ Num sentido objetivo, pode ser entendida como a atividade probatória desenvolvida e os meios empreendidos para demonstração da veracidade dos fatos alegados. Num sentido subjetivo, representa a convicção que se forma no espírito do juiz acerca da existência ou não dos fatos deduzidos no processo. Lopes, João Batista. A prova no direito processual civil. 2ª ed. São Paulo: RT,2002. p. 26

⁸⁰ SOUZA, Fabiano Coelho. Princípio do Hiper-Realismo: O processo Eletrônico no Templo da Verdade (ou num Novo Baile de Máscaras). In Princípios do processo em meio reticular-eletrônico: fenomenologia, normatividade e aplicação / Cláudio Brandão, organizador; São Paulo: LTR, 2017. p. 70.

Existiu também a prova tarifada, que concedeu maior segurança jurídica no tocante à isonomia de resultados, mas também não era hábil em considerar as circunstâncias próprias de cada caso concreto. Existiu, ainda, por um pequeno período o sistema de livre convencimento íntimo do juiz, que embora tivesse a vantagem de considerar todas as circunstâncias possíveis em um caso, deixando que um responsável técnico as avaliasse, carecia da transparência necessária com vistas à manutenção da moralidade administrativa, bem como prejudicava a instrução de eventuais recursos.

O Código de Processo Civil de 1973 adotou a teoria mais moderna da época, a do livre convencimento motivado, que privilegiava a liberdade de decisão, mas vinculava a decisão à sua motivação, pelo que protegendo a transparência nas decisões e viabilizando o recurso ao duplo grau.

O Código de Processo Civil de 2015 não fala expressamente em livre convencimento. Pelo que há quem afirma ser inaceitável se falar em livre convicção no CPC de 2015, sendo mais técnico se falar em convencimento racional.

O direito de produzir ou utilizar os meios de prova é de cunho constitucional porque deriva da ampla defesa, do contraditório e da proibição de utilização de provas ilícitas. Ou melhor, o direito à produção de provas é fundamental à preservação do devido processo legal, sendo mais atinente à própria caracterização constitucional de ação do que como elemento da legislação adjetiva.

Decorre também do direito de ação e do direito de apresentação de prova em processo a necessária distribuição dos ônus probatórios, posto que a determinação dos fatos alegados, o convencimento motivado do julgador estão também atrelados ao princípio do *non liquet*.

Posto isto, a doutrina e a legislação clássicas estabeleceram o que depois ficou conhecido como distribuição estática dos ônus probatórios.

4.2. DA DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO

A deficiência da prova e a vedação ao *non liquet*⁸¹ sempre geraram preocupação com a determinação do ônus⁸² da prova.

O Digesto já continha regras de distribuição dos ônus probatórios, que determinava que “a prova é ônus de quem afirma e não de quem nega a existência de um fato”⁸³.

Não importa se o processo tem proeminência do Princípio do dispositivo⁸⁴, ou de busca a primazia da verdade real⁸⁵, sempre haverá a situação

⁸¹ *Non liquet*, não líquido ou claro como água, se reporta a regra romana que autorizava o julgador a não emitir julgamento se houvesse a certificação, juramento (iuravi), de que a causa era duvidosa. “*Sed maius ego altiusque id esse existimavi, quam quod meae aetati et mediocritati conveniret, ut cognovisse et condemnasse de moribus, non de probationibus rei gestae viderer; ut absolverem tamen, inducere in animum non quivi et propterea iuravi mihi non liquere atque ita iudicatu illo solutus sum*”. (em http://penelope.uchicago.edu/Thayer/L/Roman/Texts/Gellius/14*.html). A legislação processual brasileira veda a prática, seja no art. 126 do antigo Código de Processo Civil de 1973 (O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais ou costumeiras; nos casos omissos recorrerá à analogia, e aos princípios gerais de direito.), seja no art. 140 do Código de Processo Civil de 2015.(Art. 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico.)

⁸² “ônus, bastante empregado na esfera processual, é uma faculdade que a parte tem, logo, não está sujeito à coerção, mas sim aos efeitos que da passividade ou inércia resultarão, como, por exemplo, a revelia (art. 319 do CPC/73), porque contestação não é obrigação, nem dever processual, mas apenas, um ônus do réu ou do interessado que foi citado para responder aos termos de uma ação (SANTOS, Sandra Aparecida de Sá dos. A inversão do ônus da prova: como garantia constitucional do devido processo legal. São Paulo: RT, 2002. p. 65)

⁸³ Digesto XXII,3,2. *Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*.

⁸⁴ “No processo civil, onde quase sempre predomina o princípio dispositivo, que entrega a sorte da causa à diligência ou interesse da parte, assume especial relevância a questão pertinente ao ônus da prova. Esse ônus consiste na conduta processual exigida da parte para que a verdade dos fatos por ela arrolados seja admitida pelo juiz. Não há um dever de provar, nem à parte contrária assiste o direito de exigir a prova do adversário. Há um simples ônus, de modo que o litigante assume o risco de perder a causa se não provar os fatos alegados dos quais depende a existência do direito subjetivo que pretende resguardar através da tutela jurisdicional”. THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. vol. 1, 46. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2007, p. 472.

⁸⁵ PRINCÍPIO DA BUSCA DA VERDADE REAL. No processo do trabalho o princípio da verdade real tem residência no art. 765 da CLT c/c art. 130 do CPC que confere ao juiz ampla liberdade na direção do processo, podendo determinar as provas necessárias à instrução do feito. O juiz deve conduzir o processo com o objetivo de apurar a verdade real, podendo determinar as diligências necessárias ao esclarecimento dos fatos e indeferir aquelas que considerar inúteis ou meramente protelatórias. ((TRT-2 – RO: 1116200837202009 SP 01116-2008-372-02-00-9, Relator: MARCELO FREIRE GONÇALVES, Data de Julgamento: 06/05/2010, 12ª TURMA, Data de Publicação: 14/05/2010))

de prova dividida ou inexistente a clamar pela solução que determina o julgamento contra quem deveria ter provado e não se desincumbiu de seu ônus⁸⁶.

Assim, temos como teoria clássica a distribuição estática dos ônus probatórios, onde temos já determinado na legislação a quem cabem os ônus a serem desempenhados durante a instrução probatória, cabendo ao julgador a verificação dos ônus em caso de prova insuficiente ou dividida.

O art. 369 do CPC de 2015, inicialmente, repete a regra da distribuição estática dos ônus do código anterior, ao estabelecer que: O ônus da prova incumbe: ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

A CLT, em seu art. 818 da CLT, por sua vez, estabelece que a prova incumbe à parte que alega, o que, para o Prof. Manoel Antônio Teixeira Filho, seria o suficiente para a disciplina no ônus da prova no Processo do Trabalho⁸⁷.

⁸⁶ “Havendo prova dividida e não se podendo, do conjunto probatório, decidir pela melhor prova, já que, no caso, ambas se equivalem, julga-se contra quem tinha o ônus de provar e não provou.” (TRT 2ª Região – AC. nº 20090825769 – Publ.: 13/10/2009 – 3ª Turma – Rel. Des. Sérgio J. B. Junqueira Machado) “Prova Dividida. Distribuição Do Ônus Da Prova. Em tese a prova das alegações incumbe a parte que as fizer, sendo que no direito do trabalho o ônus da prova está regulado pelo artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho e subsidiariamente pelo artigo 333 do Código de Processo Civil. Ao reclamante cabe comprovar o fato constitutivo do direito pleiteado em Juízo, contudo, em defesa cabe a reclamada o ônus da comprovação da existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito pleiteado pelo reclamante. Face à existência da prova dividida, permanece com o autor o ônus de produzir as provas necessárias à comprovação dos fatos alegados, do qual não se desincumbiu.” (TRT 2ª Região – AC. nº 20090240485 – Publ.: 17/04/2009 – 4ª Turma – Rel. Des. Ivani Contini Bramante).

⁸⁷ “No sistema do processo do trabalho, a matéria é disciplinada pelo art. 818, da CLT, assim enunciado: ‘A prova das alegações incumbe à parte que as fizer’. Ao escrevermos o livro *A Prova no Processo do Trabalho* (São Paulo: LTR), cuja primeira edição foi lançada em 1985, encontramos oportunidade para sugerir uma interpretação sutil dessa norma da CLT, de modo que conclua que o ônus da prova incumbiria sempre ao réu. Assim dizíamos, baseados em uma pressuposição fundamental: ao alegar fatos capazes de substituir os do autor, o réu atrairia para si só o ônus da prova. É evidente que se o réu não os contestasse teria contra si a presunção de veracidade daqueles fatos. Nossa sugestão, conquanto tenha amealhado adeptos, não predominou. O argumento central da interpretação que demos ao art. 818 da CLT, estava umbilicalmente jungido ao escopo de proteção do trabalhador, como parte hipossuficiente, que constitui, de forma inegável, um dos traços característicos do processo do trabalho. Tempos depois – mai precisamente em 1990 –, a Lei n. 8.078, de 11 de setembro daquele ano, veio demonstrar que nosso pensamento não era tão absurdo quanto possa ter parecido. Ocorre que essa norma legal inseriu, no rol dos direitos básicos do consumidor, dentre outros, a facilitação da defesa de seus interesses e direitos, ‘inclusive com a **inversão do ônus da prova, a seu favor**, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou **quando for ele hipossuficiente**, segundo as regras ordinárias de experiências’. TEIXEIRA FILHO, Manoel A. Curso de direito processual do trabalho. Vol. I p. 88.

Ainda assim, o TST, nos anos 90, enxergando na simplicidade celetista uma lacuna quanto a uma distribuição estática mais pormenorizada, fixou entendimento de que a CLT seria omissa na regulação do ônus da prova, pelo que o processo trabalhista deveria utilizar subsidiariamente a disciplina processual civil. Assim, passou o processo do trabalho a entender que o ônus da prova dos fatos extintivos, modificativos e impeditivos seria do réu, como previsto no então art. 333 do CPC/1973,⁸⁸ atual art. 373 do Código de Processo Civil de 2015⁸⁹.

Na década de 90, surgem os primeiros instrumentos legais a perturbar a distribuição clássica dos ônus probatórios. O Código de Defesa do Consumidor determinou em seus artigos: 12, §3º e 13, §3º, que o prestador de serviços somente não será responsabilizado quando provar que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste ou que há culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Logo depois, o art. 2º-A da Lei nº 8.560/92 determinou que: “a recusa do réu em se submeter ao exame de código genético – DNA (*deoxyribonucleic acid*) gerará a presunção da paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório”.

Trata-se de uma marco conceitual, onde, primeiramente, se inaugura a alteração dos ônus processuais considerando a aptidão para a prova com base nos avanços tecnológicos.

⁸⁸ “A distribuição do ônus da prova no Direito Processual do Trabalho é determinada pela regra do art. 818 da Consolidação das Leis do Trabalho. No entanto, a doutrina majoritária defende que referido dispositivo é insuficiente quanto à disciplina da matéria. Assim, diante da lacuna ontológica e axiológica identificada, defende-se a aplicação subsidiária da regra prevista no art. 333 do Código de Processo Civil, com base no art. 769 da Consolidação das Leis do Trabalho. BALDINI, Renato Ornellas, *Distribuição dinâmica do ônus da prova no Direito Processual do Trabalho*. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo. São Paulo. 2013. p. 14.

⁸⁹ A instrução normativa 39 do TST, de 15 de março de 2016, aponta para a aplicação ao processo do trabalho do art. 373, §§ 1º e 2º do Código de Processo Civil (distribuição dinâmica do ônus da prova), pela omissão e compatibilidade. Quanto aos §§ 3º e 4º do mesmo artigo (que tratam da distribuição diversa do ônus da prova por convenção das partes) a IN 39 é clara ao apontar para sua incompatibilidade.

Nas décadas seguintes, ganhou forma jurisprudencial a teoria da distribuição dinâmica dos ônus probatórios⁹⁰.

A teoria da distribuição (ou carga) dinâmica do ônus da prova, ou ainda, teoria das cargas probatórias dinâmicas é uma construção doutrinária, que desloca os ônus da prova à parte com melhores condições de realizá-la, isto com base em uma “percepção, cada vez mais evidente, de que o modelo atual (clássico) de distribuição do ônus da prova, calcado na tortuosa distinção entre fatos constitutivos, extintivos, modificativos e impeditivos, e na promessa de igualdade formal das partes no processo (autor ou réu), nos termos dos artigos 333 e 125 do CPC/73), mostra-se incapaz de dar uma solução justa em casos excepcionais, em que as particularidades do direito material em debate ou a condição das partes diante das alegações de fato a serem provas evidenciam uma desigualdade material nas respectivas capacidades probatórias, de modo que a regra geral e abstrata de distribuição do ônus da prova não serve como técnica adequada para fornecer um arcabouço probatório capaz de solucionar satisfatoriamente todos os litígios levados ao conhecimento do juiz.”⁹¹

Assim, ao contrário da distribuição estática, a distribuição dinâmica não se considera a posição das partes como fato determinante para a distribuição dos ônus probatórios e sim a aptidão para a prova, considerando questões técnico financeiras, seja considerando a quem incumbia a guarda dos documentos com base em determinações legais, relevantes ao deslinde do feito. Caberia ao julgador analisar, na ausência de provas suficientes ao convencimento, a quem incumbiria o ônus, observando o binômio dificuldade da parte versus facilidade da parte contrária.

⁹⁰ “A técnica de distribuição dinâmica do ônus da prova é uma espécie subsidiária de atribuição de ônus probatórios às partes, aplicável em situações excepcionais em que o modelo abstrato e estático se revelou incapaz de manter a igualdade substancial entre as partes litigantes, assim como os demais mecanismos de flexibilização ou de obtenção da prova, como as presunções e os poderes instrutórios do juiz, não puderem dar uma solução satisfatória, seja com a dispensa da prova, a advertência judicial prévia para sua realização u mesmo sua produção de ofício pelo juiz”. MALAGÓ, Fábio Machado. Distribuição do ônus da Prova. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo. São Paulo. 2014.

⁹¹ MALAGÓ, Fábio Machado. Distribuição do ônus da Prova. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo. São Paulo. 2014. P. 8.

A teoria da distribuição dinâmica dos ônus probatórios ganha força e importância com a introdução do §1º do art. 373 do Novo Código de Processo Civil, que estabeleceu que: Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. Com isto, estabeleceu-se por determinação legal a aplicação da distribuição dinâmica dos ônus probatórios em sede processual civil.⁹²

Com as regras introduzidas pelo novo CPC no tocante à distribuição dinâmica dos ônus probatórios, surge uma importante dúvida conceitual sobre o instituto, que muitas vezes é negligenciada, com prejuízos a sua compreensão. A dúvida sobre se a teoria da distribuição dinâmica seria uma regra de procedimento ou instrução, com a determinação dos ônus probatórios ainda durante a instrução processual, com intimação das partes quanto à inversão nos termos do §1º do art. 373; ou seria uma regra de julgamento, informando como o magistrado deve julgar diante da falta de prova sobre certo ponto controvertido do processo, mesmo após o encerramento da instrução processual, na eventualidade de ao proferir julgamento determinar a insuficiência de provas.

Fala-se em ônus objetivo e ônus subjetivo da prova para indicar, respectivamente, a incidência desta regra como proposição de julgamento e de procedimento. “Embora conduzam a consequências similares, cada qual destas orientações defende distinta opinião em relação à função e à ocasião em que esta regra tem aplicação. Para a primeira teoria (a que vê na regra sobre ônus da prova uma regra de procedimento), a disciplina em questão tem por finalidade

⁹² Importante apontar na legislação consumerista ou no tocante à recusa da submissão ao exame de DNA não há propriamente distribuição dinâmica. Trata-se de inversão estática, onde a legislação já determina o ônus daquele que se defende se o autor se revestir das circunstâncias previstas na legislação. Embora corrobore a denúncia da distribuição clássica estática, trata-se de redistribuição também estática dos ônus, pelo que não há surpresa na sua utilização. A aplicação geral da norma consumerista fica prejudicada pela vigência da regra geral processual civil do art. 373 do CPC/15.

reger a conduta das partes no processo, distribuindo entre elas o papel de trazer as provas para o processo. Assim, tocaria ao autor produzir a prova dos fatos constitutivos de seu direito e ao réu produzir a prova dos fatos modificativos, extintivos e impeditivos do direito do autor. Se a regra em comento corresponde a uma normatização de procedimento (das partes), então indica a quem cabe a prova de que fato no processo. Sua função, pois, é de disciplinar quem tem a imposição de trazer a prova sobre certo fato ao processo e convencer o magistrado sobre a existência (ou inexistência) da alegação formulada sobre o ponto controvertido; evidentemente, em sendo isto verdade, a regra incide na fase inicial do processo, já que as partes devem saber, de antemão, quais provas devem trazer ao processo para que sua tese seja acolhida pelo magistrado. Se esta visão é mais correta, então as regras que distribuem o ônus da prova destinam-se diretamente às partes, para comunicar-lhes como devem agir para ter sucesso no acolhimento de suas versões pelo juiz.”⁹³

Esta interpretação, que privilegia o conceito subjetivo de distribuição dos ônus probatórios, compactua com a disciplina do Código de Processo Civil de 2015 que, ao prever a possibilidade de redistribuição dos ônus probatórios, determina que seja precedido de intimação da parte para que se defenda da inversão ou produza a prova a que foi incumbida.

Para a visão objetiva sobre a distribuição dinâmica, as regras de repartição de ônus da prova são regras que se prestam – não a determinar a conduta das partes – mas a influir na forma do julgamento do juiz, caracterizando-se, pois, como regras de julgamento.⁹⁴

⁹³ ARENHART, Sérgio Cruz. Ônus Da Prova E Sua Modificação No Processo Civil Brasileiro. In www.abdpc.org.br.

⁹⁴ “A posição prevalecente – mas que parece, aos poucos, perder força tanto na doutrina quanto na jurisprudência – é a de que a inversão judicial do ônus da prova apenas deve ser aplicada no momento do julgamento. Isso porque, sustenta-se, a regra de distribuição do ônus da prova, incluindo a inversão, é tipicamente uma regra de julgamento (ônus da prova objetivo), a ser utilizada pelo magistrado apenas no momento de prolação da sentença, diante da inexistência ou da insuficiência das provas produzidas pelas partes. Assim, o magistrado apenas teria a necessidade de inverter o ônus da prova caso ficasse constata, no momento do julgamento, a deficiência da atividade probatória”. BALDINI, Renato Ornellas. Distribuição dinâmica do ônus da prova no Direito Processual do Trabalho. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo. São Paulo. 2013

A função destas regras não é indicar às partes quais provas devem elas produzir, mas sim informar ao magistrado como deve ele julgar quando verifica no processo a ausência de prova sobre certa afirmação de fato. Esta visão se sustenta na premissa de que as partes têm direito à prova, mas também dever de produzir prova, principalmente em se tratando de processo com características publicistas em que prevalece a busca da primazia da realidade, no qual, por dever geral, as partes têm, desde o início, dever de apresentar todas as provas relacionadas aos pedidos, sob risco de prejuízo processual.⁹⁵

“A função da regra do ônus da prova, pois, não seria a de disciplinar a conduta das partes, mas sim a de orientar o julgamento do magistrado. Sempre que o juiz, ao ser instado a decidir a controvérsia, não se sinta seguro em relação aos fatos (não vendo mais qualquer possibilidade de buscar prova a seu respeito), mantendo ainda assim o dever de julgar, deverá decidir segundo os critérios atribuídos pela regra de ônus da prova. Assim, entenderá que o fato não existe em prejuízo do autor, se se tratar de fato constitutivo do direito deste; prejudicará, todavia, ao réu, quando a falta de prova se der sobre fato modificativo, extintivo ou impeditivo do direito do demandante”⁹⁶.

Na verdade as visões sobre a teoria da distribuição dinâmica não são excludentes. Acredito que representam dois momentos de um mesmo fenômeno. A distribuição dinâmica, quando verificadas as dificuldades que lhe ensejem, ainda em fase de instrução processual, principalmente por ocasião do

⁹⁵ “No entanto, a função subjetiva do ônus da prova é minimizada pela doutrina, prestigiando-se a função objetiva. Isso porque, alega-se, é inútil verificar, ainda na fase de instrução probatória, qual prova a cada parte incumbe produzir (ônus da prova subjetivo), pois, pelo princípio da aquisição processual ou da comunhão da prova, caso a prova seja produzida pela parte a qual não detinha o ônus respectivo, ainda assim poderá ser valorada pelo juiz. Desse modo, a necessidade de análise do ônus da prova surge no processo no momento do julgamento (ônus da prova objetivo), em razão da insuficiência ou inexistência de provas produzidas, constatada pelo magistrado apenas no momento de proferir a decisão final. Analisar, na fazer de instrução probatória, qual a conduta esperada de cada parte, de acordo com o ônus da prova subjetivo, seria par esta corrente, desperdício de tempo, pois a prova que era esperada da parte poderá ser produzida pelo adversário. Assim, a análise judicial do ônus da prova apenas faria sentido no momento do julgamento (ônus da prova objetivo). BALDINI, Renato Ornellas. Distribuição dinâmica do ônus da prova no Direito Processual do Trabalho. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo. São Paulo. 2013

⁹⁶ ARENHART, Sérgio Cruz. Ônus Da Prova E Sua Modificação No Processo Civil Brasileiro. In www.abdpc.org.br.

saneamento ou determinação de perícias em sede trabalhista, implicarão em intimação das partes quanto aos ônus redistribuídos,⁹⁷ utilizando os balizadores legais do art. 373 do CPC/2015, oportunizando às partes a produção das provas, desde que compatíveis com as teses originais⁹⁸.

Quando, após encerrada a instrução processual, em que deveriam todas as partes apresentar todas as provas que dispunham sobre os pedidos contidos na inicial, decorrência da busca da primazia da realidade e da proteção às normas trabalhistas, especiais ao processo do trabalho, e ainda assim, não houver elementos suficientes a infirmar a convicção ao juízo, aplicar-se-á inversão dos ônus probatórios em sede de julgamento, estabelecendo a verdade dos fatos de acordo com a melhor probabilidade de apresentação da prova.

O argumento de que a inversão do ônus da prova ao momento da sentença representaria uma ruptura com o sistema do devido processo legal parece exagerado, principalmente considerando a sistemática processual trabalhista em que a apresentação da prova deixa de ser somente um direito da parte e passa também a ser um dever próprio da concepção publicista do processo laboral, que tem entre os seus princípios a primazia da realidade, que implica no dever das partes apresentarem no momento adequado todas as provas que disponham sobre a questão a ser analisada.

É certo que este mesmo princípio da primazia da realidade estimula que haja dilação probatória até que sejam suprimidas as dúvidas do juízo, com determinação às partes para que apresentem provas suficientes para a elucidação dos processos, mas há de se entender que não são todos os processos em que isso é viável, servindo a regra de distribuição dos ônus

⁹⁷ Isso ocorre claramente quando determinada a impossibilidade da perícia técnica por extinção do local do trabalho, se determina a juntada dos documentos de segurança que tem obrigação a empresa de manter, sob pena de inversão dos ônus quanto às condições ambientais.

⁹⁸ A utilização de teses subsidiárias, seja na inicial, seja na contestação, não tem limites legais, mas tem limites lógicos e éticos a serem considerados, que terão reflexos na avaliação das provas apresentadas após a inversão dos ônus. Discutível quanto à boa-fé processual autorizar a juntada de recibos de pagamento de salários quando a ré, que inicialmente negou qualquer prestação de serviço, tiver os ônus invertidos quanto às condições do contrato de trabalho uma vez reconhecida a relação de emprego.

probatórios a regra de julgamento nestes casos excepcionais.

Assim, a distribuição “do ônus da prova exerce, necessariamente, uma dupla função no processo, uma direcionada às partes (função subjetiva), para estruturação da prova, e outra, ao juiz (função objetiva), determinando como este deverá julgar em caso de, mesmo após a instrução probatória, persistir o estado de dúvida.⁹⁹

Na Colômbia, como no Brasil, mesmo antes de previsão legal, se autorizava a inversão dos ônus probatórios, principalmente com vistas à prova quanto ao erro médico por parte de profissionais e serviços de saúde, claramente mais capacitados para apresentar a prova da regularidade do atendimento e dos serviços prestados. Vários foram os fundamentos doutrinários para aplicação.

Juan Trujillo Cabrera explica que *“Un claro ejemplo de la flexibilización de las reglas jurídicas por parte de los jueces, en aras de minimizar los costos de transacción del Derecho, es la aplicación elástica de la carga de la prueba. En efecto, en los últimos años las altas Cortes colombianas han venido aplicando la denominada carga dinámica de la prueba, según la cual el peso de la prueba no se mantiene rígido y estático según conceptos a priori establecidos inflexiblemente por el legislador, sino que se desplaza pendularmente en uno u otro sentido de acuerdo a la facilidad de producción de la prueba que tenga cada una de las partes. Doctrinariamente se concibe el desplazamiento del onus probandi dinámico, bajo el entendido que “incumbe a las partes probar los hechos que les resulten de más fácil demostración, en comparación con la extrema dificultad de su adversario en demostrarlos, conforme a la experiencia de cada proceso”*¹⁰⁰.

Assim, sob uma análise econômica do Direito, resulta eficiente descolamento do ônus probatório de um fato, naqueles eventos em que a probabilidade de que o fato ocorreu, multiplicada pelos custos de produção da

⁹⁹ MALAGÓ, Fábio Machado. Distribuição do ônus da Prova. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo. São Paulo. 2014. P. 8.

¹⁰⁰ “La Carga Dinámica de la Prueba”, Ed. Leyer, 2007.

prova sejam inferiores, à probabilidade de que o fato não tenha ocorrido multiplicada pelos custos da contraprova.

Em termos simplificados, a aplicação da carga dinâmica da prova se justifica quanto os custos de produção da prova são menores para umas das partes em relação a outra, seja por capacidade econômica média, capacidade técnica ou outro motivo.

A partir de 1992, o Conselho de Estado colombiano passou a adotar a teoria da distribuição dinâmica, invertendo o ônus probatório quanto à responsabilidade médica., estabelecendo que: *quien en mejores condiciones está para probar que no se actuó de forma negligente o descuidada es la entidad hospitalaria, por tanto es ésta quien tiene que ir al proceso a demostrar la diligencia y cuidado*¹⁰¹.

Depois, em 2006, a jurisprudência colombiana refluuiu, fugindo da distribuição dinâmica como regra de julgamento, estabelecendo jurisprudencialmente uma diferenciação entre a distribuição dinâmica como regra de instrução e o uso da prova indiciária como substituição da utilização da distribuição dinâmica dos ônus em sede de julgamento.

Nos parece que o exemplo do país vizinho parece bem próximo ao desenvolvimento das correntes processuais que levaram à dicção do art. 373 do CPC/15 nos termos em que foi aprovado.

A doutrina colombiana, a exemplo de outros países latino-americanos, passou a rever o posicionamento da distribuição probatória como regra de julgamento, passando a entendê-lo exclusivamente como regra de instrução. Nas inafastáveis circunstâncias de necessidade de utilização de regra de interpretação na insuficiência de provas já em fase de julgamento, passou a utilizar o mesmo mecanismo, sob o argumento da indução.

¹⁰¹ Restrepo, Juliana Pérez. *La carga dinámica de la prueba en la responsabilidad administrativa por la actividad médica -decaimiento de su aplicabilidad*. Disponível em <<http://tesis.udea.edu.co/handle/10495/2374>> Acesso em 09/01/2018.

Vemos que a solução colombiana é compatível com a literalidade do art. 373 do CPC, possibilitando a mesma saída jurisprudencial, ao transformar em indução a redistribuição dos ônus probatórios em sede de julgamento.

Reafirmamos nosso sentir de que o fenômeno da redistribuição transita tanto nas fases de julgamento e instrução, cabendo ao magistrado o sopesamento dos princípios informadores a fim de determinar o equilíbrio entre o contraditório e a celeridade processual.

Com a vigência do art. 373 do CPC, o TST se posicionou, com a emissão da instrução normativa 39 do TST, de 15 de março de 2016. Ali, aponta para a aplicação ao processo do trabalho do art. 373, §§ 1º e 2º do Código de Processo Civil (distribuição dinâmica do ônus da prova), pela omissão e compatibilidade, repetindo a tradição de considerar omissa a determinação do art. 818 da CLT quanto à questão da distribuição dos ônus probatórios.

Quanto aos §§ 3º e 4º do mesmo artigo (que tratam da distribuição diversa do ônus da prova por convenção das partes) a IN 39 é clara ao apontar para sua incompatibilidade. O art. 3º da Instrução normativa fala em inaplicabilidade por omissão ou incompatibilidade, mas a instrução já havia considerado pela aplicação dos §§ 1º e 2º, o que atesta que o TST entende o art. 818 como omissão, pelo que somente podemos entender que a distribuição por negócio processual é incompatível com o processo do trabalho.

Esta assertiva é corroborada pela indicação do TST de inaplicabilidade do art. 190 e parágrafo único (negociação processual); e art. 63 (modificação da competência territorial e eleição de foro). Que também tratam de alteração de ônus processuais por acordo entre as partes.

Não há diferença entre negócio processual endoprocessuais ou extraprocessual, sendo incompatível a distribuição realizada entre as partes, seja antes do processo ou durante o processo.

A redistribuição sugerida pelas partes e acatada pelo magistrado no processo será entendida como feita pelo juízo, nos termos dos §§ 1º e 2º do art. 373, nada alterando o fato de ter sido sugerido pelas partes, ou que acatem ou não a determinação, desde que nos termos da lei.

A distribuição dos ônus probatórios em sede de processo eletrônico segue as mesmas regras. Não há, ou não deve haver diferenciação de ônus processuais diferentes quanto aos fatos constitutivos, impeditivo, modificativos, extintivos, nos termos do art. 373 do CPC/15, ou considerando que as alegações e capacidades probatórias das partes. Não diferem ante o meio processual.

Contudo, há que se falar na questão da produção da prova eletrônica. Na medida em que tudo o que consta dos autos eletrônicos é uma imagem dos documentos originais, (todos os tipos de prova moralmente possíveis devem se converter em prova documental eletrônica) surge a questão da autenticidade de tais documentos, que estarão sujeitos à impugnação específica, através de incidente próprio, conforme o estabelecido em lei, a fim de que sejam apresentados os originais para conferência e se necessário, perícia técnica para a apuração das assinaturas.

5. PROVA DIGITAL EM PROCESSO ELETRÔNICO

Quanto aos tipos de prova, a doutrina geralmente fala em: depoimento pessoal, prova testemunhal, prova documental, prova pericial, inspeção judicial e prova emprestada¹⁰².

Considerando os conceitos básicos de prova, e as condicionantes da legislação própria ao processo eletrônico, temos basicamente dois tipos de prova: a prova documental eletrônica (submetidas diretamente ao PJe após conversão em imagem em formato PDF-A) e a prova oral eletrônica (arquivos de áudio e/ou vídeo, em formato JPEG ou MPEG juntados em plataforma específica).

Para efeito da análise da validade dos documentos eletrônicos, a inspeção pericial e a inspeção judicial findam por se consubstanciarem em prova documental, uma vez transformada a inspeção em laudo convertido em documento eletrônico, ou mesmo, em sendo reduzida a áudio ou vídeo, se enquadraria em prova oral eletrônica¹⁰³.

Preferimos o termo prova eletrônica, considerando que a evidência se consubstancia ou em uma imagem armazenada com o uso da tecnologia eletrônica (manipulação de elétrons), como documentos originariamente eletrônicos, criados, registrados e transferidos com o uso de eletrônica.

Também é válido o termo prova ou documento digital. Ainda que evoque reminiscências àquilo que foi digitado ou criado com os dedos, na verdade se refere aos dígitos (algarismos)¹⁰⁴ 1 e 0 que estão presentes nos bits de informação armazenados nas mídias originárias da telemática, computação ou

¹⁰² MANHABUSCO, José Carlos, A inversão do ônus da prova no processo do trabalho: (teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova). São Paulo: LTr, 2017

¹⁰³ O CPC/2015 autorizou expressamente que o perito utilize qualquer recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens com o fim de esclarecer os pontos controvertidos da causa (art. 464, §4º).

¹⁰⁴ BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. Processo em meio eletrônico e a qualidade de vida de seus usuários. In: Princípios do processo em meio reticular-eletrônico: fenomenologia, normatividade e aplicação / Cláudio Brandão, organizador; São Paulo: LTR, 2017. p. 162.

informática, todos se referindo à informação armazenada e transmitida por meio da eletrônica¹⁰⁵¹⁰⁶.

Esta informação binária, linguagem básica no armazenamento de dados é que se relaciona com o conceito de documento digital.

A prova eletrônica tem como característica a sua precariedade, fragilidade, aparente imaterialidade, encriptação, pulverização e mutabilidade. De fato, a principal característica da prova digital está no fato de ser um objeto intangível (sequência de bits armazenados em registros microscópicos), que pode ser facilmente alterada ante as características de mutabilidade do meio físico em que são armazenadas¹⁰⁷.

Em razão dessas características, é delicada a sua consideração como evidência judicial, sendo, portanto, necessária a adoção de procedimentos com vistas à salvaguarda de sua integridade bem como a verificação de sua origem e cadeia de custódia com vistas a sua validade¹⁰⁸.

Trataremos portanto da prova eletrônica documental, primeiramente, elucidando os principais aspectos legais de sua interação com o sistema e os requisitos, principiológicos e legais para com o sistema e depois analisaremos a questão sobre a prova oral em suas modalidades eletrônicas.

¹⁰⁵ Some traditionalists prefer the term "electronic evidence," arguing that "digits" are human fingers and toes. It is the term "digital evidence." however that is in vogue. The term means evidence stored by. Generated by. or presented by high technology, primarily computers. "Hiperlinked culture". Digital Juries versus Digital Lawyers By Andrew E. Taslitz. Alguns tradicionalistas preferem o termo "evidência eletrônica, argumentando que dígitos são os dedos humanos. Contudo, é o termo "evidência digital" que está na moda. O termo significa evidência armazenada, gerada ou apresentada por alta tecnologia, primariamente computadores. Tradução livre.

¹⁰⁶ Vaz diferencia prova digital de prova eletrônica, afirmando que a primeira corresponde aos dados binários e a última estaria relacionada aos suportes físicos que armazenam os arquivos digitais. Diz ainda de uma "prova informática", categoria mais ampla, que se referiria a toda prova originada, processada ou reproduzida por computador.

¹⁰⁷ **VAZ**, Denise Provasi. Provas Digitais no Processo Penal, Formulação do conceito, definição das características e sistematização do procedimento probatório. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. São Paulo. 2012. p. 67.

¹⁰⁸ VAZ também fala de uma necessidade de normas próprias para a prova digital, que demanda maior cautela na sua obtenção e fornecimento de um suporte eletrônico sob tutela certificável com vista à sua guarda.

5.1. PROVA ELETRÔNICA DOCUMENTAL

A prova eletrônica documental se apresenta em forma de documento eletrônico. Ao tratarmos de prova no Processo Judicial Eletrônico, sempre trataremos de documento eletrônico, tendo em vista que todas as provas apresentadas, tendo ou não origem eletrônica, serão convertidas, pelas partes, em documentos eletrônicos de forma à serem inseridos no sistema processual eletrônico, de acordo com os requisitos impostos pelas normativas do PJE.

O conceito de documento está relacionado ao registro da representação de um fato ou ideia, por meio de escrito, imagem, ou som, ou mesmo em arquivos digitais armazenados em variados tipos de plataforma, desde que indelévels.

Há diversas definições sobre o que seria documento eletrônico. De forma simplificada, citamos Denise Vaz que fala em “dados em forma digital (sistema binário) constantes de um suporte eletrônico ou transmitidos em rede de comunicação, os quais contêm a representação de fatos ou ideias.”¹⁰⁹

Elegemos um conceito aberto com vista à amplitude do fenômeno. Não busca este trabalho uma discussão abrangente sobre prova, em todas as suas vertentes. Pretende-se a verificação, principalmente, das modalidades normalmente aceitas como prova eletrônica em sede de processo judicial eletrônico e suas implicações quanto à validade e os ônus processuais em razão desta especificidade.

É comum o emprego da expressão “documento eletrônico” ou “documento digital” para referir os dados e arquivos digitais. Faz-se, assim, uma aproximação do produto do processamento eletrônico com os documentos em sua concepção tradicional.¹¹⁰

¹⁰⁹ VAZ, Denise Provasi. Provas Digitais no Processo Penal, Formulação do conceito, definição das características e sistematização do procedimento probatório. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. São Paulo. 2012

¹¹⁰ VAZ, Denise Provasi. Provas Digitais no Processo Penal, Formulação do conceito, definição

De acordo com as normativas da Resolução n. 185/2017 do CSJT, que disciplina o Processo Judicial Eletrônico na Justiça do Trabalho, embasadas nas determinações da Lei 11.419/06, reforçadas com o advento do Código de Processo Civil de 2015, resta obrigatório às partes a apresentação de petições e documentos através do sistema PJe-JT no formato “PDF”¹¹¹

Assim, via de regra, os documentos apresentados pelas partes em processo eletrônico serão documentos eletrônicos em formato PDF-A, sejam eles documentos físicos em papel a serem fotocopiados em formato PDF, sejam eles documentos originariamente eletrônicos a serem convertidos no formato PDF.

Todos esses, independentemente da origem, serão acostados diretamente aos autos pelas partes, de acordo com os requisitos das normativas que disciplinam o PJe-JT, que demandam cadastramento e assinatura digital com vistas à certificação da origem através de assinatura nos termos da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira¹¹². Assim, o documento será juntado pela parte, ou patrono, com a assinatura eletrônica com vistas à determinação de sua origem.

Importante notar que o documento em PDF é quase sempre uma reprodução do documento original. A procuração ad judicia, os cartões de ponto, mesmo os laudos e documentos de segurança apresentados por via eletrônica são transformados em documentos PDF que carecem de autenticidade própria sem a devida certificação.

Sob as regras da Medida Provisórias 2.200-2/2001, somente a assinatura eletrônica com a utilização dos certificados digitais da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP - Brasil, confere aos documentos eletrônico os mesmos efeitos legais do documento escrito físico assinado.¹¹³

das características e sistematização do procedimento probatório. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. São Paulo. 2012

¹¹¹ Resolução 136/2014 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho, art. 18, § 2º Os documentos juntados deverão ter o formato Portable Document Format (.pdf), podendo ou não ter o padrão “PDF-A.

¹¹² A legislação autoriza a utilização de login e senha para pessoas cadastradas em substituição à utilização de assinatura digital, as esta autorização é excepcional.

¹¹³ *Law n. 11.419 of 2006 has gone further than M.R n. 2.200-2 Of 2001. Article 11 of the new*

Temos portanto que os documentos acostados aos autos são, via de regra, cópias ou representações eletrônicas dos documentos originais, estejam estes assinados ou não, sejam imagem ou escrito. A verificação da veracidade ou autenticidade de tais documentos, ocorre com base na dialética processual¹¹⁴¹¹⁵¹¹⁶.

É na exposição dos documentos ao contraditório que se determina a

2006 Law establishes that electronic documents with a guarantee of the origin of the person signing the document and of the person signing are deemed to be the original for all legal purposes. In addition, article ii(i) provides that digital extracts and scanned documents offered as evidence by the organs of the judiciary or of the prosecutor's office, by state attorneys, by police departments, by public agencies or by attorneys at law have the same legal effects as the originals. Article i1(1) also allows the other party in legal proceedings to challenge the authenticity of a digital document. Where the digital evidence challenged is a scanned file of a previous existing paper based document, article 11(3) requires that the party that scanned the paper document is required to keep the originals until the end of the proceedings (plus a further two years in circumstances where further legal proceedings may be used to rescind the original decision). This form of digital evidence is the easiest one for judges to decide: they just need to compare the scanned document with the original. If they match, the evidence is admissible, and if they do not match, the digital evidence is not admitted. In circumstances where all the evidence is in digital format, the digital evidence specialist will have an important role in the decision, should the authenticity of the evidence be challenged. If a digital document has no signatures at all (such as, for example, and e-mail with no electronic signatures), the party that adduces the document as evidence will have the burden of proving the authenticity and the origin of the document. These are two difficult issues to be proved in courts even with the help of a digital evidence specialist. If the electronic document has an electronic signature (but not a digital signature within the PKI- Brazil), then the party that uses the document as evidence will have the burden of proving the authenticity of the document. Regarding the origin of the document, article 10(2) Of M.R 2.200/2001 applies. If both parties in the legal proceedings agree, before any legal proceedings were initiated, that they would use such a form of electronic signature, then the origin of the document is upheld. Although not all courts have the technology to enable all legal proceedings to be submitted electronically, there is no doubt that the submission of electronic documents in legal proceedings has become a reality in Brazil. The problems relating to the failure of the judges to recognize electronic signatures when filing documents before the courts has been finally addressed, and electronically signed petitions now have to be accepted by the courts. Digital documents supporting electronic petitions are also clearly legal under the terms of Law n. 11.419 of 2006. Digital evidence is also accepted, but the weight will vary, in accordance with the type digital evidence. Digitally signed documents within the PKI Brazil are granted almost the same status as paper documents signed with a manuscript signature. Electronically signed documents are accepted only if the parties have previously chosen to use that kind of electronic signature (and the validity of the electronic signature is only applicable for both parties). Since electronic evidence without a digital signature is considered to be more easily forged, challenges to these documents require technical expertise and an expert witness, and a digital evidence specialist may be appointed by the court. Where the authenticity of a digital document is challenged, the party that relies upon the evidence has the burden to prove that the digital document was not altered. ROHRMANN, Carlos Alberto. Digital Evidence in Brazil. "Digital Evidence and electronic signature law review, vol. 5, 2008, pp. 21-28.

¹¹⁴ Resolução 136/2014 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho, art. 19. Os documentos produzidos eletronicamente, os extratos digitais, os documentos digitalizados e juntados aos autos pelos órgãos da Justiça do Trabalho e seus auxiliares, pelos membros do Ministério Público do Trabalho, pelas procuradorias e por advogados têm a mesma força probante dos originais, ressalvada a alegação motivada e fundamentada de adulteração.

necessidade de dilação probatória sobre sua autenticidade.¹¹⁷ Se houver impugnação quanto à correspondência do documento eletrônico e o original, será aberto incidente próprio para a apuração da veracidade do documento, aqui verificável pelo próprio juízo, por semelhança entre o documento eletrônico constante dos autos e o original de posse da parte que o apresentou.

Se a impugnação é sobre a autenticidade do próprio documento original, representado nos autos pelo documento eletrônico, será aberto incidente próprio onde se apresentará o documento original para ser periciado, seja ele documento físico, seja eletrônico de origem, tendo ônus de provar a autenticidade a parte que apresentou o documento, nos termos do art. 429, II do CPC/2015¹¹⁸.

O documento, seja ele de origem eletrônica, seja ele de origem física, será convertido em formato PDF e será acostado aos autos diretamente pela parte. Se não for impugnado, será entendido como verdadeiro, nos termos

¹¹⁵ *Es clave, fundamento de todo proceso, el principio de audiencia bilateral o de contradicción – osibilidad del demandado de defenderse y aún de contraatacar–, audiatur et altera pars; expresión de la dialecticidad del proceso, del principio del vagamente denominado “proceso legal adecuado” – ue proces of law–, cuya negación conduciría a un “no proceso”. Este principio de audiencia bilateral se garantiza a su vez con el de “las debidas notificaciones”, que hagan posible comparecencia y defensa. GUILLÉN, Víctor Fairén. El Proceso Oral Y Eficaz Ante El Milenario Tribunal De Las Aguas De Valencia.*

¹¹⁶ Ma la dialetticità del processo non è soltanto questo: non è soltanto l'alternarsi, in un ordine cronologico prestabilito, di atti compiuti da diversi soggetti, ma è la convatenazione logica che ricollega ciascuno di questi atti a quello che lo precede ed a quello che lo segue, il nesso psicologico per il quale ogni atto che una parte compie al momento giusto costituisce una premessa e uno stimolo per l'atto che la controparte porrà compiere subito dopo. Il processo è una serie di atti che si incrociano e si corrispondono come le mosse di un giuoco: di domande e risposte, di repliche e controrepliche, di azioni che danno luogo a reazioni, suscitatrici a loro volta di controreazioni. In questo consiste soprattutto la dialetticità del processo: che ogni mossa fatta da una parte apre alla parte avversaria la possibilità di compiere un'altra mossa volta a controbattere gli effetti di quella che la precede e che, si può dire, la contiene in potenza. CALAMANDREI, Piero. Il processo come un giuoco. Rivista di Diritto Processuale. Vol. V, Parte I. Padova: CEDAM, 1950. p. 23.

¹¹⁷ Art. 411. Considera-se autêntico o documento quando: II – a autoria estiver identificada por qualquer outro meio legal de certificação, inclusive eletrônico, nos termos da lei; III – não houver impugnação da parte contra quem foi produzido o documento. Art. 412. O documento particular de cuja autenticidade não se duvida prova que o seu autor fez a declaração que lhe é atribuída. Art. 422. Qualquer reprodução mecânica, como a fotográfica, a cinematográfica, a fonográfica ou de outra espécie, tem aptidão para fazer prova dos fatos ou das coisas representadas, se a sua conformidade com o documento original não for impugnada por aquele contra quem foi produzida. § 1º As fotografias digitais e as extraídas da rede mundial de computadores fazem prova das imagens que reproduzem, devendo, se impugnadas, ser apresentada a respectiva autenticação eletrônica ou, não sendo possível, realizada perícia.

¹¹⁸ Art. 429. Incumbe o ônus da prova quando: II – se tratar de impugnação da autenticidade, à parte que produziu o documento.

da legislação processual civil. Se houver impugnação quanto à autenticidade do documento, caberá àquele que o apresentou demonstrar a autenticidade do documento, comparando-se com o documento eletrônico correspondente a este, em prazo a ser concedido, ou submetendo-o à perícia para a determinação de sua autenticidade quando a discussão envolver o documento original ou o documento eletrônico em seu formato de origem¹¹⁹.

Assim, no caso de documentos assinados, como o TRCT. A defesa que é possuidora do documento original assinado pelo Reclamante tem ônus de apresentar o documento com vistas à comprovação do pagamento correto e discriminado das verbas rescisórias. O documento será fotocopiado, gerando-se um documento eletrônico correspondente, que será acostado aos autos, normalmente com a defesa. Na manifestação do Reclamante aos documentos da defesa, o autor poderá impugnar a correspondência do documento eletrônico com o documento original, bem como poderá impugnar a assinatura que consta do documento original.

Em ambos os casos, o réu produzirá o documento original, seja para a comparação com o documento eletrônico que o representa, seja para a realização de perícia grafotécnica no documento original para se determinar a autenticidade da assinatura¹²⁰. O mesmo não ocorre com o documento apócrifo, o que será discutido a seguir.

¹¹⁹ O uso de uma assinatura manuscrita que foi fotocopiada em documento eletrônico não é certificável, parcialmente pela facilidade em se reproduzir a imagem de uma assinatura. O Supremo Tribunal Federal tem negado validade a tais documentos. RMS AgR 24.257-DF, rel. Ministra Ellen Gracie, 13.8.2002 e AI 564765-RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 14.02.2006)

¹²⁰ A experiência pessoal aponta para a excepcionalidade do caso específico. Em cerca de oito mil audiências, realizadas em varas digitais, seja na 2ª Vara do Trabalho de Suzano, entre 2012 e 2013, seja na 13ª Vara do Trabalho de Guarulhos, entre 2014 e 2016, houve somente um caso de incidente que demandasse perícia grafotécnica de documento acostado eletronicamente.

5.2. PROVA ELETRÔNICA DOCUMENTAL APÓCRIFA

Como já exposto acima, os documentos eletrônicos acostados aos autos do processo judicial eletrônico, são geralmente uma representação de um documento original, seja documento físico transformado em documento digital, seja documento originariamente eletrônico, transformado em documento eletrônico padrão PDF.

Como já afirmamos, e repetiremos, mais especificamente, os documentos, com vistas a sua força probante, seguirão os termos do art. 408 e seguintes do Código de Processo Civil de 2015.

Os documentos eletrônicos apresentados em procedimentos judiciais muitas vezes não são aceitos como prova válida por um motivo óbvio: não há assinatura no documento.

Se o documento não mostra assinatura, deixa de possuir um dos elementos próprios para a sua consideração como prova nos termos da legislação específica. Em se tratando de documentos digitalizados, ou mesmo documentos escritos assinados e depois digitalizados, a solução é a simples comparação entre os originais e os seus reflexos digitais acostados aos autos.

Mas, se o documento é digital desde a sua origem, não havendo a assinatura digital própria, aposta nos termos da cadeia de certificação imposta pela MP 2.200, haveria a necessidade de uma perícia técnica para a apuração da veracidade da prova em questão, cabendo este ônus à parte que apresentou a prova.

Dito isto, entendemos que os documentos apócrifos não tem força probante, cabendo à quem os apresenta a prova de seu conteúdo. Para uma análise mais detalhada, nos concentraremos no exemplo mais comum na recente prática processual no Processo Judicial Eletrônico da Justiça do Trabalho, qual seja, a apresentação de registros de jornada oriundos de relógio eletrônico.

O registro diário da jornada cumprida pelo empregado é obrigação imposta a todos os estabelecimentos que possuam mais de 10 trabalhadores, como sabemos, nos termos do art. 74, § 2º da CLT.

Também influenciados pelas novas tecnologias e com vistas a ferramentas mais eficientes de controle, os órgãos de fiscalização trabalhista editaram norma de regulamentação quanto ao registro eletrônico da jornada de trabalho, contemplando o uso do relógio eletrônico.

Assim, o Registro Eletrônico do Ponto, REP, foi disciplinado através da Portaria 1510/2009 do Ministério do Trabalho e Emprego, segundo a previsão constante do art. 74, § 2º da CLT.

Nos termos da Portaria, configura-se como sistema eletrônico de registro de ponto qualquer sistema de controle de jornada que utilize meios eletrônicos para identificar o empregado, tratar, armazenar e enviar informações de marcação de ponto.

É sabido que a adoção do registro eletrônico não é obrigatória, permanecendo a faculdade do empregador em escolher o tipo de controle: manual, mecânico ou eletrônico, nos termos da CLT. Todavia, ao optar pela utilização do registrador eletrônico, deverá o empregador cumprir o disciplinado na Portaria n. 1.510/2009.

O registro eletrônico pode ser realizado através de diferentes formas de identificação dos empregados, por teclado, biometria ou cartão magnético.

Porém, deve ser sempre realizado no equipamento Registrador Eletrônico de Ponto, diretamente, sendo vedados o registro de ponto em terminal de computador, o denominado login/logout, e a marcação remota, nos termos da referida norma, com vistas à preservação da integridade dos registros.

Mesmo diante da regulamentação do registro eletrônico de ponto pelo Ministério do Trabalho e Emprego e as condições impostas pelas normas administrativas, cabe a análise, no caso concreto, da validade dos controles de ponto emitidos, quando apresentados no âmbito dos processos judiciais.

Nesse aspecto, apresenta-se atualmente a problemática de analisar a validade dos controles de jornada que veem sendo apresentados pelas empresas, todavia sem conter a assinatura do empregado, sob a alegação de terem sido produzidos e armazenados de forma eletrônica, muitas vezes por controle biométrico, conforme as normas administrativas disciplinadoras¹²¹, para serem impressos somente para a apresentação judicial, já diretamente em padrão PDF. Alegam as empresas que os registros do REP são indelévels, pelo que merecedores de confiança.

A Portaria do Ministério do Trabalho e Emprego disciplina os requisitos necessários para a implantação e a forma de funcionamento do equipamento registrador e do programa de tratamento dos dados. De forma geral, são vedadas: a possibilidade de alteração dos dados lançados, restrições à marcação pelo empregado, marcação automática do ponto, exigência de autorização/senha para marcação da sobrejornada, dependência de conexão externa com outro equipamento para a marcação do ponto, sob pena de não homologação do equipamento.

O equipamento REP deve possuir mecanismo impressor de recibos e relatórios, meios de armazenamento permanente das informações e porta padrão USB externa para uso exclusivo da fiscalização do trabalho, com vistas à extração do documento eletrônico original, armazenado no relógio eletrônico e

¹²¹ Nos termos da Portaria 1510/2009 do MTE, de 21/08/2009, SISTEMA DE REGISTRO ELETRÔNICO DE PONTO é o conjunto de equipamentos e programas utilizados para o registro eletrônico do ponto, art. 1º da Portaria 1510/2009. Por sua vez, REGISTRADOR ELETRÔNICO DE PONTO é o equipamento de automação utilizado exclusivamente para o registro da jornada de trabalho, com capacidade para emitir documentos fiscais e realizar controles de natureza fiscal, referentes à entrada e saída de empregados nos locais de trabalho, art. 3º da Portaria. Ainda, a norma administrativa conceitua o PROGRAMA DE TRATAMENTO DE REGISTRO DE PONTO consistente no software que preserva os dados originais lançados no REP (Equipamento), gera arquivos e relatórios e permite ao empregador fazer as inclusões e exclusões necessárias, desde que justificadas.

que dá origem aos extratos ou espelhos de ponto. O equipamento registrador deve conter, ainda, identificação gravada em sua estrutura externa, contendo o nome e CNPJ do fabricante, marca modelo e número de fabricação, sendo que o número de fabricação é exclusivo de cada equipamento, formado pela junção do número de cadastro do fabricante e número de registro do modelo junto ao MTE, acrescido do número série único do equipamento.

Exige-se, ainda, que o empregador usuário do Sistema Registrador de Ponto Eletrônico cadastre-se junto ao Ministério do Trabalho e Emprego, informando os seus dados, bem como os dados dos equipamentos e softwares que irá utilizar, nos termos do art. 20 da Portaria 1510/2009. Esse cadastro é denominado de Cadastro de Sistema de Registro Eletrônico de Ponto – CAREP, disponível na página de internet do MTE. No CAREP deverão ser cadastrados, um a um, todos os equipamentos instalados na empresa, inclusive o local de instalação para as empresas filiais. É exigido, ainda, que o empregador possua os atestados técnicos e de termos de responsabilidades emitidos pelo fabricante dos equipamentos e pelo fabricante dos programas de informática utilizados, conforme disciplinado pelos art. 17, 18, 26 e 30-A da Portaria 1510/2009.

Ainda, quanto à regulamentação da matéria, a fiscalização do Sistema de Registro de Ponto, a cargo da auditoria do Ministério do Trabalho e Emprego, foi disciplinada pela Portaria 85/2012 do MTE, que regulou os procedimentos de atuação do auditor-fiscal do trabalho no tocante à verificação dos equipamentos de registro eletrônico de ponto. Assim, o empregador deverá apresentar ao fiscal o Termo de Responsabilidade e o Atestado Técnico emitido pelo fabricante do equipamento e pelo fabricante do programa de tratamento de dados (software) e os espelhos de ponto, que poderão ser emitidos na hora da fiscalização.

Feitas as considerações quanto à regulamentação administrativa do exemplo específico, que estabelecem os critérios de segurança do Relógio Eletrônico, condizentes com os princípios de segurança previstos para os documentos eletrônicos, retoma-se o foco principal do quanto discutido no

presente capítulo, a validade de espelhos de ponto apócrifos como prova da jornada cumprida pelo empregado.

Nesse sentido, importa questionar se a mera instalação dos equipamentos eletrônicos de ponto em determinada empresa, dadas todas as exigências impostas pelo MTE, tem o efeito de, processualmente, conduzir à presunção de veracidade dos documentos apresentados, ainda que sem a assinatura dos trabalhadores envolvidos.

É preciso refletir que não há como considerar válidos, a provar a jornada efetivamente cumprida, documentos que sequer foram submetidos à avaliação e concordância daquele a que se referem e que efetivamente praticou o ato que pretende ser demonstrado pelo documento, qual seja a duração da prestação de serviços em determinado período de tempo.

Nem se alegue que a lei, em específico o § 2º do art. 74 da CLT, não exige tal formalidade, vez que ela é intrínseca à elaboração e validade de qualquer documento particular apresentado em processo judicial, nos termos inclusive do art. 368 do Código de Processo Civil de 1973, atual art. 408 e seguintes do Código de Processo Civil de 2015. A análise da eficácia probatória de qualquer documento é efetuada com base nas normas do direito processual, e não de direito material, como o é o art. 74 da CLT.

A análise do art. 408 do Código de Processo Civil demonstra que, estando um documento devidamente assinado, da sua subscrição advém a presunção de veracidade de seu conteúdo em relação ao signatário.

A *contrario sensu*, o documento sem subscrição não goza da presunção de sua veracidade e não possui nenhum efeito em relação ao terceiro em face de quem é apresentado, traduzindo-se como mera informação ou tese de quem o produziu, sem valor probante intrínseco.

Os espelhos de ponto que tenham sido produzidos unilateralmente

por uma empresa, no âmbito do processo, portanto, ausente a bilateralidade em sua formação, dependem por isso mesmo da concordância pelo interessado, o trabalhador, para se tornarem aptos a comprovar o fato a que se referem. A impugnação dos espelhos de jornada, documentos eletrônicos acostados aos autos implicaria na sua desconsideração como prova válida.

Pode-se alegar, entretanto, que a presente interpretação não se coaduna com a moderna sistemática de registro eletrônico de ponto, implementada pela Portaria n. 1.510/2009 do Ministério do Trabalho e Emprego, que traduziria uma alta confiabilidade dos equipamentos e programas de informática quanto ao registro de jornada, desde que cumpridos todos os requisitos da norma administrativa. Ou mesmo se falar sobre a incompatibilidade com a vida moderna em que se acredita segurança aos instrumentos de tecnologia.

Todavia, cumpre observar que a problemática aqui envolvida relaciona-se à aptidão e à validade da prova produzida em processo judicial, cuja análise não é influenciada pela espécie de tecnologia que, eventualmente, a tenha produzido ou pelo instrumento/meio em que é apresentada. Ao contrário, o princípio da autenticidade que informa o processo eletrônico enfatiza neste procedimento o cuidado com a certificação dos documentos acostados.

Também não se pode deixar de atentar para a possibilidade de fraude na produção e manipulação de documentos, diante da complexidade de relações desenvolvidas no mercado de trabalho, o que sempre mereceu a atenção dos julgadores.

Exemplos que se pode citar são a invalidade dos cartões de ponto com marcação de horários uniformes e a proibição do pagamento de salário compossivo, sem se indicar ao trabalhador as verbas efetivamente adimplidas, hipóteses de fraude já reconhecidas e há muito combatidas pela Justiça do Trabalho.

Nesse aspecto, a apresentação dos espelhos de jornada ao final do mês é essencial para que o trabalhador possa avaliar a correção dos registros efetuados e, combinado a coleta da assinatura do empregado, traduz transparência por parte do empregador, colaborando para aumentar, não só a confiabilidade no sistema de registro, como também a clareza e a segurança quanto aos aspectos diários da relação de trabalho.

Diante disso, o enfoque não poderia ser diferente em relação à questão da validade, como prova, de espelhos de ponto que não apresentam a assinatura do empregado e seu reconhecimento. A redação do art. 507-B da CLT, acrescentada pela reforma trabalhista imposta pela Lei n. 13.467/17, parece dar solução adequada ao permitir um termo de quitação anual a suprir os documentos mensais, desde que os extratos se mostrem íntegros, posto que o documento não seria aceitável se semelhante à declaração complessiva.

De fato, as novas tecnologias e, aqui se incluem os modernos equipamentos de registro eletrônico de ponto, contribuem para a melhoria e aperfeiçoamento na coleta, tratamento, comunicação e armazenagem de dados e no desenvolvimento das atividades cotidianas dentro das empresas.

De outra forma, as modernas tecnologias também podem contribuir para a elaboração e aperfeiçoamento de fraudes, no caso específico, de adulteração e manipulação dos registros de ponto efetuados pelos empregados e, até mesmo de criação de documentos novos que não refletem a verdadeira jornada de trabalho cumprida.

Em atenção a essa problemática, reconhecidamente comum no âmbito das relações de trabalho, é que o Ministério do Trabalho e Emprego ao regulamentar a atuação do auditor do trabalho em relação à fiscalização do Sistema de Registro Eletrônico de Ponto, o que fez através da Instrução normativa 85 de 26/07/2010, considerou a possibilidade de existência de fraudes no processo de registro.

Dessa maneira, ainda que cumpridos os requisitos da Portaria n. 1.510/2009 quanto aos equipamentos instalados e programas de informática utilizados pelas empresas no tratamento dos dados colhidos pelos registradores, a norma administrativa disciplina os cuidados e providências a serem tomadas pelo auditor-fiscal do trabalho, *in loco*, na sede das empresas.

Assim, a norma administrativa disciplinou que, havendo necessidade, o auditor poderá emitir, diretamente do aparelho registrador instalado na empresa, o documento denominado Relação Instantânea das Marcações, que lista os registros efetuados no aparelho nas últimas 24 horas.

Tal documento será utilizado na verificação física, incluindo a checagem dos trabalhadores que se encontram trabalhando no momento e no confronto com os comprovantes em poder dos empregados, emitidos pelo equipamento quando do registro do ponto, nos exatos termos do art. 11, parágrafo único da Instrução normativa 85/2010 do MTE.

A mesma norma prevê ainda, em seu artigo 13, § 2º, as providências a serem tomadas pelo auditor-fiscal do trabalho quando comprovada a adulteração dos horários marcados pelo trabalhador ou a existência de dispositivos, programas ou sub-rotinas que permitam a adulteração dos reais dados do controle e bloqueios de marcação.

Assim, dada a complexidade das relações de trabalho, diante do reconhecimento da possibilidade de falsificações, é que cabe ao julgador adotar as medidas que entenda necessárias a fim de coibir a prática de fraudes em qualquer aspecto das relações de trabalho, sobretudo em respeito ao princípio da proteção.¹²²

¹²² HORAS EXTRAS – VALIDADE CARTÕES DE PONTO SEM ASSINATURA DO EMPREGADO -Da leitura do Capítulo II da Seção V da Consolidação das Leis do Trabalho é possível afirmar-se que a vontade do legislador era a de que se efetuassem o real controle da jornada de trabalho do obreiro. O que traz como certo que para a validade dos referidos documentos há a necessidade de serem assinados pelo trabalhador para que os mesmos possam fazer prova da real jornada cumprida, presumindo-se com a mesma veracidade do que foram neles anotados. Nem se alegue com o fato de que o art. 74, § 2º do mesmo Diploma não exige que os cartões de ponto venham assinados para a validade do ato jurídico, vez que o ordenamento

Neste sentido, também, a jurisprudência específica, que entende que os controles de horário não assinados pelo empregado não se apresentam como documentos, pois unilaterais, mormente emitidos por computador, de sorte que a ré pode ali inserir o conteúdo que melhor lhe aprouver. Não se pode atribuir força probante a papel produzido no computador de forma unilateral e sem reconhecimento de autenticidade da parte contrária. A força probante do documento está na assinatura. Veja-se, a este respeito, os artigos 368¹²³, 371¹²⁴ e 388¹²⁵ do Código de Processo Civil. A assinatura, portanto, é da essência da validade de um documento particular, de sorte que papel sem assinatura não é documento. Logo, há que se presumir verdadeira a jornada da exordial por aplicação analógica da Súmula 338, I do C. TST. Não tendo a reclamada

deve ser interpretado na sua globalidade e, como já dito, para que a jornada anotada nos controles de frequência tenham presunção de veracidade – afirmar que lá restam demonstradas as efetivas horas laboradas pelo empregado – é necessária a assinatura do obreiro (solenidade indispensável à validade do ato jurídico). Isso sob pena de se dar interpretação contrária ao posicionamento daquele que se teve como objetivo de proteger – o empregado – possibilitando aos empregadores menos escrupulosos substituir ou mesmo criar a qualquer momento cartões de ponto. Portanto, perdem o valor probante os cartões de ponto não assinados pelo empregado e não constituem prova da jornada trabalhada. (TRT da 2ª Região – Proc. 0242100-33.2008.5.02.0031 – 4ª Turma – Relatora Desembargadora Ivani Contini Bramante).

¹²³ Art. 368 do CPC/73. *As declarações constantes do documento particular, **escrito e assinado, ou somente assinado**, presumem-se verdadeiras em relação ao signatário. § único. Quando, todavia, contiver declaração de ciência, relativa a determinado fato, o documento particular prova a declaração, mas não o fato declarado, competindo ao interessado em sua veracidade o ônus de provar o fato. O CPC/15 tem dispositivo idêntico no Art. 408. As declarações constantes do documento particular escrito e assinado ou somente assinado presumem-se verdadeiras em relação ao signatário. Parágrafo único. Quando, todavia, contiver declaração de ciência, relativa a determinado fato, o documento particular prova a declaração, mas não o fato em si, incumbindo o ônus de prová-lo ao interessado em sua veracidade.*

¹²⁴ Art. 371 do CPC/73. *Reputa-se autor do documento particular: I – aquele que o fez e o **assinou**; II – aquele, por conta de quem foi feito, **estando assinado**; III – aquele que, mandando compô-lo, não o firmou, porque, conforme a experiência comum, não se costuma assinar, como livros comerciais e assentos domésticos. O CPC/15 tem dispositivo idêntico no art. 410. Considera-se autor do documento particular: I – aquele que o fez e o assinou; II – aquele, por conta de quem foi feito, estando assinado; III – aquele que, mandando compô-lo, não o firmou, porque, conforme a experiência comum, não se costuma assinar, como livros comerciais e assentos domésticos.*

¹²⁵ Art. 388 do CPC/73. *Cessa a fé do documento particular quando: I – lhe for **contestada a assinatura** e enquanto não se lhe comprovar a veracidade; II – assinado em branco, for abusivamente preenchido. O CPC/15 tem dispositivo idêntico no art. 428. Cessa a fé do documento particular quando: I – for impugnada sua autenticidade e enquanto não se comprovar sua veracidade; II – assinado em branco, for impugnado seu conteúdo, por preenchimento abusivo.*

produzido prova da jornada, irrepreensível a r. sentença ao fixá-la nos termos da inicial, sendo devidas as horas extras e reflexos conforme deferido na origem.¹²⁶

Importante atentar-se para o fato de que, mesmo a adoção de todas as medidas e exigências impostas pela Portaria n. 1.510/2009, não traduz por si só a segurança quanto à inexistência de fraudes nos respectivos equipamentos registradores e programas neles instalados, tanto que o órgão executivo responsável se incumbiu de disciplinar a atuação dos seus auditores-fiscais no combate às possíveis fraudes.

Assim, tanto mais, o mero cumprimento da norma administrativa pela empresa não pode conduzir à presunção de veracidade de documentos, espelhos de ponto, por ela apresentados, por si só, inclusive porque na maioria das vezes não se pode afirmar sequer a origem dos documentos, não se podendo determinar o equipamento que os emitiu, tão pouco a sua regularidade quanto às exigências técnicas.

O controle de jornada é obrigação imposta ao empregador, que deve ser tratada e cumprida de maneira lícita, não havendo fundamentos razoáveis para a não apresentação dos espelhos de jornada ao trabalhador interessado, para sua conferência e coleta de assinatura.

Ainda que o equipamento registrador emita recibo ao trabalhador quando do registro de ponto, por óbvio é necessária a apresentação do espelho mensal de controle a fim de que o empregado possa efetuar a sua conferência e apontar eventuais diferenças, isso pela simples constatação de que nenhum equipamento, por mais avançado que seja, é imune de falhas.

Ademais, há que se considerar a possibilidade de manipulação dos

¹²⁶ Controles de ponto sem assinatura do empregado. Meio de prova inválido. Controles de horário não assinados pelo empregado não se apresentam como documentos, pois unilaterais, mormente emitidos por computador, de sorte que a ré pode ali inserir o conteúdo que melhor lhe aprouver. A força probante do documento está na assinatura. Inteligência dos arts. 368, 371 e 388 do Código de Processo Civil. (TRTSP– Proc. 1001627-90.2013.5.02.0323 – 6ª Turma – Relator Desembargador Antero Arantes Martins. Publicado em 03/06/2015)

documentos e dos dados nele constantes conforme o interesse que se queira proteger, ainda mais quando apresentados anos após o fato a ser provado, por ocasião da defesa em processo judicial. Essa é uma realidade constatada no cotidiano das relações do trabalho, em inúmeras situações, e que não pode passar alheia aos julgadores.

A prudência quanto à análise de tais documentos exige que sejam eles declarados inválidos quando não contenham a assinatura do trabalhador, devendo a empresa corroborá-los por outras provas a serem produzidas no âmbito do processo.

De todo o exposto, entendemos que atribuir a presunção de veracidade aos espelhos de ponto apócrifos tão somente pela alegação de que os documentos foram produzidos de forma eletrônica e, portanto, confiável, transferindo-se ao empregado o ônus de prova quanto à jornada de trabalho, é interpretação anômala a toda a construção jurisprudencial dedicada à matéria, bem como atentatória aos princípios que informam o processo eletrônico.

Tal construção sempre partiu dos pressupostos de que o controle de jornada é obrigação legal imposta ao empregador, que detém os meios de realizá-la de forma válida e adequada, não havendo escusas possíveis, com exceção das situações devidamente excepcionadas pela lei, em que o registro de jornada é dispensado.

Por tais fundamentos entendemos que a submissão dos controles de jornada à conferência do trabalhador, com coleta de sua assinatura, além de indicar a transparência e a boa-fé na relação laboral, é medida de prudência ao julgador, exigência mínima a ser adotada para a validade dos espelhos de ponto apresentados ao processo judicial, norteadas em última análise pelo respeito ao princípio da proteção ao trabalhador.

Assim, haveria ônus da empresa em provar a jornada de trabalho ao apresentar registros de jornada não assinados pelo trabalhador, ainda que alegue

serem oriundos de relógios homologados pelo Ministério do Trabalho.

Note-se ainda que, os registros estejam perfeitamente registrados e armazenados no REP, não há certificação que ligue os espelhos apócrifos apresentados ao documento eletrônico original que permanece no Relógio eletrônico em poder da empresa. O documento eletrônico apresentado não tem qualquer comprovação de preservação de custódia, que o vincule ao documento original.

Nem se fale que o recibo emitido pelo REP transferiria ao trabalhador o ônus de demonstrar a incorreção dos registros apresentados, posto que estes recibos, nos modelos mais comuns de equipamento, são emitidos em papel térmico que se degrada facilmente perante o calor, servindo, na verdade como fator de verificação ao final do mês, quando da recomendável apresentação dos espelhos para a conferência, tempo razoável para a guarda dos recibos pelo trabalhador para a conferência de sua jornada e hábil considerando o material utilizado no recibo emitido.

Repita-se que o ônus determinado pela legislação no tocante à jornada de trabalho é do empregador, nos termos já apontados acima. Sendo deste o ônus, deverá apresentar documento hábil para a prova de suas alegações. A apresentação de documento eletrônico apócrifo não é suficiente para a desincumbência de seus ônus. Não havendo assinatura manuscrita do trabalhador no espelho acostado ou assinatura eletrônica do trabalhador no espelho eletrônico acostado, o espelho não deve considerado como prova válida, uma vez impugnada sua autenticidade pelo trabalhador.

Saiamos deste exemplo. Façamos sobre a juntada de fichas financeiras, apócrifas, emitidas do sistema da empresa, geralmente com datas que beiram à véspera da audiência. Considerando o regime normal dos ônus probatórios, que já tivemos oportunidade de minuciar acima, temos que caberá ao empregador a prova do pagamento de salários. Normalmente a prova do recebimento de salário é feita contra recibo, holerite ou contracheque, em que o

trabalhador toma ciência das parcelas do recebimento, assinando o documento e entregando ao empregador.

A recente prática processual apresenta a juntada de “fichas financeiras”, onde estão apontados todos os recebimentos do trabalhador mês a mês, sem nenhuma assinatura, seja do Reclamante, seja de próprio responsável da empresa pela emissão do documento. O documento eletrônico é obtido no sistema contábil da empresa e transformado diretamente em documento eletrônico em formato PDF. Pretende a empresa a prova dos pagamentos ao trabalhador com base no documento apócrifo.

Ainda que as fichas sejam consideradas para fins de discriminação dos valores comprovadamente pagos, carecem de força probatória no tocante ao efetivo pagamento. Uma vez apresentada a ficha e não impugnada pelo trabalhador, presume-se que concordou com os valores ali apontados, mas havendo a impugnação, caberia à empresa, através de comprovantes de depósito bancários ou qualquer outro meio de prova a corroboração da autenticidade das fichas financeiras acostadas, sob pena de serem desconsideradas como documento eletrônico válido como prova.

A utilização de novas tecnologias e o eventual acesso que o trabalhador tem às formas de fiscalização a que está exposto, são uma realidade, mas trafegam em ambos os lados. As novas tecnologias também aumentaram em muito as formas de fiscalização e cobrança por parte do empregador, sendo que essas formas de registro são voláteis e adulteráveis se não seguidos os parâmetros básicos de certificação, pelo que essa exposição à sociedade da informação, que atinge trabalhadores e empregadores simultaneamente não teria o condão de inverter os ônus probatórios quantos às questões mais básicas da relação de trabalho, qual seja a prova do controle de jornada e a prova do efetivo pagamento de salário.

As provas ou documentos eletrônicos estarão assinados nos termos da Medida Provisória 2.200-2/2001, ou não serão consideradas como documento

íntegro *per se*¹²⁷. Não se trata de negar o emprego das novas tecnologias tão necessárias e úteis a melhor eficiência dos processos e das atividades da empresa. Cumpre somente que os documentos guardem a validade jurídica requisitada pelo sistema jurídico posto.

Os documentos apócrifos citados, ao carecerem de qualquer autenticação dos equipamentos que os emitem, ou assinatura eletrônica, ou manual de quem os emite, deixam de apresentar cadeia de custódia suficiente para determinar sua autenticidade como documento oriundo dos sistemas de controle regulamentados, que foram adotados pela empresa.

Nem falemos dos sistemas particulares de controle de jornada eletrônico, baseados em *login* e *logout*, criados, mantidos e alteráveis pela empresa, com que pretende a prova dos registros de jornada, sem que haja a comprovação de que os horários foram conferidos pelo trabalhador.

Isto poderia ser feito por assinatura eletrônica do trabalhador, o que validaria o documento, mesmo ao arripio da Portaria 1.510 do MTE, ou na ausência de assinatura eletrônica, seria suficiente a impressão dos espelhos dos registros para a conferência e assinatura manual pelo trabalhador, em analogia ao que ocorre normalmente com os demais tipos de controle de jornada.

Um Cartão de ponto manual sem assinatura nunca seria aceito como prova válida, uma vez impugnado pelo trabalhador. Um espelho de jornada eletrônico, sem a devida certificação ou assinatura eletrônica deve seguir a mesma dinâmica, baseada nos mesmos dispositivos legais.

Caminhamos na verdade para um aperfeiçoamento dos métodos de controle onde a assinatura digital exigida pela legislação fará parte mais presente

¹²⁷ O art. 830 da CLT, com redação da Lei 11.925/2009 autoriza que o patrono declare a autenticidade das cópias por ele juntadas, cabendo a este a apresentação para verificação em caso de impugnação. Esta opção consta do Sistema PJe-JT na forma da “validação” dos documentos, onde o patrono pode declarar a autenticidade das cópias, no caso do documento eletrônico representativo, mas geralmente é negligenciada, sendo considerada a declaração constando do conteúdo dos documentos acostados.

na formação dos documentos eletrônicos com vistas à sua validade intrínseca em juízo. A fluidez no desenvolvimento dos meios eletrônicos deve guardar parâmetros de segurança e autenticidade de modo a compatibilizá-los com a sua utilização em processo judicial eletrônico, sob pena de perda de cadeia de certeza com prejuízos à primazia da realidade.

5.3. PROVA ELETRÔNICA DOCUMENTAL EM SIGILO

O Processo Judicial Eletrônico (PJe) exige que todas as peças e documentos sejam apresentados pelas partes de forma digitalizada e inseridas diretamente aos autos através do sistema, com gravação e assinatura digital nos termos da ICP – Brasil.

Considerando que a juntada eletrônica da defesa e seus documentos logo após a 1ª tentativa de conciliação, nos termos do art. 847 da CLT¹²⁸, não é comum, por questões técnicas e prática, as normativas do PJe estimulavam que a defesa fosse acostada aos autos antes do horário marcado para a audiência¹²⁹.

A dissonância com os termos exatos do art. 847 da CLT fizeram que a Resolução 185/2017 do CSJT, que revogou a Res. 134/2014, autorizasse, que a contestação, reconvenção, exceção e documentos fossem protocolados no PJe até a realização da proposta conciliatória infrutífera, facultada a apresentação de defesa oral¹³⁰.

“A realidade, contudo, já demonstrou cabalmente que as defesas, quando não são feitas (raramente) oralmente em audiência, são protocoladas antes do próprio início da audiência, muitas vezes com alguns dias de antecedência.”¹³¹

¹²⁸ Art. 847 da CLT. Não havendo acordo, o Reclamado terá vinte minutos para aduzir sua defesa, após a leitura da reclamação, quando esta não for dispensada por ambas as partes.

¹²⁹ Art. 29 da Resolução 136 do CSJT. Os advogados credenciados deverão encaminhar eletronicamente contestação, reconvenção ou exceção, e respectivos documentos, antes da realização da audiência designada para recebimento da defesa. § 1º A parte reclamada poderá, justificadamente, atribuir sigilo à contestação, reconvenção ou exceção e aos respectivos documentos juntados. § 2º Fica facultada a apresentação de defesa oral, por 20 (vinte) minutos, conforme o disposto no art. 847 da CLT.

¹³⁰ Art. 22 da Resolução 185/2017 do CSJT. A contestação, reconvenção, exceção e documentos deverão ser protocolados no PJe até a realização da proposta conciliatória infrutífera, com a utilização de equipamento próprio, sendo automaticamente juntados, facultada a apresentação de defesa oral, na forma do art. 847, da CLT.

¹³¹ Pfeilsticker, Fabiano de Abreu. A instantaneidade Como Princípio Inerente Ao Processo Eletrônico: Realidade vivenciada no Processo Judicial Eletrônico – PJe. In: Processo em meio reticular eletrônico: constitucionalismo dialógico e democracia hiper-real, no contexto dos megadados. In: Princípios do processo em meio reticular-eletrônico: fenomenologia, normatividade e aplicação / Cláudio Brandão, organizador; São Paulo: LTR, 2017. p. 152

Tendo em vista este fato e considerando o intuito do legislador processual de prevenir alterações de pedido e causa de pedir ou desistência da ação uma vez acessíveis os termos da defesa¹³²¹³³, foi permitido pelas normas que regulam o PJe que a Reclamada acostasse sua defesa e documentos em sigilo, de forma que o autor da demanda, o Reclamante, somente pudesse ter acesso aos documentos da defesa após a tentativa de conciliação, quando retirado o sigilo pelo magistrado.

¹³² Art. 264 do CPC de 1973. Feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substituições permitidas por lei. Parágrafo único. A alteração do pedido ou da causa de pedir em nenhuma hipótese será permitida após o saneamento do processo.

Art. 267, § 4º Depois de decorrido o prazo para a resposta, o autor não poderá, sem o consentimento do réu, desistir da ação.

Art. 329, II do CPC de 2015 – até o saneamento do processo, aditar ou alterar o pedido e a causa de pedir, com consentimento do réu, assegurado o contraditório mediante a possibilidade de manifestação deste no prazo mínimo de 15 (quinze) dias, facultado o requerimento de prova suplementar.

Art. 485, § 4º Oferecida a contestação, o autor não poderá, sem o consentimento do réu, desistir da ação.

¹³³ O art. 264 do CPC de 1973 espelhava a vontade do legislador processual no sentido de preservar o réu de alterações no pedido e na causa de pedir, uma vez que o autor tenha conhecimento dos termos da defesa. A possibilidade de adequação da tese do autor aos fatos reconhecidos pela defesa ou em função dos documentos acostados ou não acostados é reprovável, pelo que foi vedada com vistas a evitar deslealdades processuais. Na legislação processual revogada a vedação tinha dois momentos, a citação, que tornava defesa a modificação, sem o consentimento do réu, e o saneamento, que tornava vedada qualquer alteração, mesmo com o consentimento da parte, aqui também em razão do princípio da economia processual.

O novo CPC, em seu art. 329, II, resume a vedação ao momento do saneamento, afirmando que somente poderá haver alteração do pedido ou da causa de pedir, com o consentimento do réu, até o saneamento. Na verdade não houve modificação, considerando-se que somente existirá o réu, para conferir o consentimento ao aditamento após a citação, permanecendo, portanto, a possibilidade de alteração dos termos do pedido até a citação deste.

Note que, em se tratando de autos digitais, em que a juntada é realizada automaticamente após a inserção dos documentos ou aditamento à inicial no sistema, qualquer alteração realizada antes da expedição da citação será considerada como integrante da inicial.

A expedição da citação limita a alteração, posto que não mais se resume a informar ao réu a existência de ação, o que antes obrigava o réu a se dirigir à secretaria para ter contato com os autos, pelo que estaria citado de todos os documentos juntados até então. Em sede de processo eletrônico, especificamente do PJe, a expedição da citação carrega as senhas de acesso individualizadas aos documentos acostados com a inicial, pelo que a juntada de documentos posteriores a esta poderão ser entendidos como intempestivos com relação à citação, dependendo, portanto, da autorização do réu para serem acostados.

Quanto à desistência, se concentra a vedação no momento em que expira o prazo para a apresentação da defesa, sem alteração pelo novo CPC, pelo que permanece a vedação da desistência da ação, que possibilitará inovação total aos termos da inicial, após a apresentação da defesa, ou mesmo frente a não apresentação da defesa, que ofereceria sem a vedação, ante a revelia, a garantia de reconhecimento como verdadeiro de todos os termos a serem incluídos em eventual nova demanda.

A opção pela apresentação dos documentos eletrônicos em sigilo, tinha previsão na Resolução 136/2014 do CSJT, Resolução que disciplinava o Processo Judicial Eletrônico, determinando em seu art. 29¹³⁴, que os advogados credenciados deveriam encaminhar eletronicamente contestação, reconvenção ou exceção, e respectivos documentos, antes da realização da audiência designada para recebimento da defesa, podendo atribuir sigilo à contestação, reconvenção ou exceção e aos respectivos documentos juntados.

Em função da autorização expressa de juntada em sigilo dos documentos da defesa, a interface do Processo Judicial Eletrônico (PJE) previu opção pela juntada em sigilo das peças e documentos.

Cumprе esclarecer que o sigilo é somente uma invisibilidade, ocultação, das peças e documentos facultada às partes pelas normativas do PJE. O segredo de Justiça, a ser requerido pela parte, nos termos do art. 189 do CPC/15, a fim de preservar o interesse público ou social e questões de família ou de intimidade é, na verdade, outro instituto, sendo que as duas opções são apresentadas pelo sistema, mas não se confundem.

A apresentação da defesa em sigilo, em atenção aos ditames processuais, é um direito processual do réu, também prevista no § 1º do art. 37 da Resolução n. 136/2014 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho, que previa que toda e qualquer petição poderia ser feita em sigilo¹³⁵.

Assim, as normativas do PJe autorizaram a inserção da defesa e documentos em sigilo com vistas para tentar sanar o vício da disponibilização da defesa e documentos antes da audiência

¹³⁴ Art. 29. Os advogados credenciados deverão encaminhar eletronicamente contestação, reconvenção ou exceção, e respectivos documentos, antes da realização da audiência designada para recebimento da defesa. § 1º A parte reclamada poderá, justificadamente, atribuir sigilo à contestação, reconvenção ou exceção e aos respectivos documentos juntados.

¹³⁵ Art. 37. Na propositura da ação, o autor poderá requerer segredo de justiça para os autos processuais ou sigilo para um ou mais documentos ou arquivos do processo, através de indicação em campo próprio. § 1º Em toda e qualquer petição poderá ser requerido sigilo para esta ou para documento ou arquivo a ela vinculado.

Inicialmente, houve dúvida na jurisprudência, ocasionando a extinção de feitos ou a desconsideração de defesas acostada em sigilo¹³⁶.

Em razão disto o art. 37 da Resolução n. 136/2014 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho foi acrescido em 2015 do §3º¹³⁷ que expressamente autoriza a apresentação de resposta do réu em sigilo, permanecendo ocultas as peças, a critério do patrono, até a audiência.

A inclusão do § 3º ao art. 37 da Resolução 136/2014 expôs textualmente e circunstancialmente a vontade do normatizador em permitir a juntada dos documentos da defesa em sigilo, o que pacificou os entendimentos.

Esta previsão buscava a preservação das condições de igualdade e lealdade processuais determinadas pelo art. 329¹³⁸ e art. 342¹³⁹ do CPC/15 que vedam o aditamento ou alteração do pedido ou causa de pedir após a apresentação da defesa.

Com a revogação da Resolução 136/2014 do CSJT pela Resolução 185/2017, novamente surgiu a dúvida quanto à possibilidade de utilização da opção do sistema, o que novamente gerou a desconsideração de defesas acostadas em sigilo e receio entre os patronos.

¹³⁶ “Consignamos que uma das controvérsias ocorrentes sobre o tema é a possibilidade de o reclamante desistir ou não da ação trabalhista após a apresentação (e juntada, já que imediata no processo eletrônico) de defesa pela Reclamada, tendo em vista que o § 4º do art. 485 do Novo CPC (...). Cabe ressaltar que foi uma prerrogativa trazida pelo Sistema do Processo Judicial eletrônico, para tentar sanar o vício da disponibilização da defesa e documentos antes da audiência”. SCALERIO, Marcos. Petição inicial e defesa no processo do trabalho conforme o novo CPC. São Paulo: LTr, 2017, p141.

¹³⁷ § 3º Nos casos em que o rito processual autorize a apresentação de resposta em audiência, faculta-se a sua juntada antecipada aos autos eletrônicos, juntamente com os documentos, hipótese em que permanecerão ocultos para a parte contrária, a critério do advogado peticionante, até a audiência.(NR dada Resolução CSJT n.º 154, de 28 de agosto de 2015)

¹³⁸ O autor poderá: I – até a citação, aditar ou alterar o pedido ou a causa de pedir, independentemente de consentimento do réu; II – até o saneamento do processo, aditar ou alterar o pedido e a causa de pedir, com consentimento do réu, assegurado o contraditório mediante a possibilidade de manifestação deste no prazo mínimo de 15 (quinze) dias, facultado o requerimento de prova suplementar.

¹³⁹ Art. 342. Depois da contestação, só é lícito ao réu deduzir novas alegações quando: I – relativas a direito ou a fato superveniente; II – competir ao juiz conhecer delas de ofício; III – por expressa autorização legal, puderem ser formuladas em qualquer tempo e grau de jurisdição.

A Resolução 185/2017, em seu art. 22¹⁴⁰, afirma que a defesa deverá ser protocolada até a realização da proposta conciliatória infrutífera, podendo as partes atribuir sigredo de justiça desde que justificadamente de acordo com as hipóteses do art. 770 da CLT¹⁴¹ e dos arts. 189¹⁴² ou 773¹⁴³ do CPC.

Nesta leitura, a Resolução 185/2017 do CSJT teria rejeitado a acepção do termo “sigilo” utilizada pela Resolução 136/2014, confundindo a opção com o sigredo de Justiça, determinando que somente nos casos de sigredo de Justiça, de que tratam os arts. 770 da CLT¹⁴⁴ e 189¹⁴⁵ e 773¹⁴⁶ do

¹⁴⁰ Art. 22. A contestação, reconvenção, exceção e documentos deverão ser protocolados no PJe até a realização da proposta conciliatória infrutífera, com a utilização de equipamento próprio, sendo automaticamente juntados, facultada a apresentação de defesa oral, na forma do art. 847, da CLT. § 1º No expediente de notificação inicial ou de citação constará orientação para que a contestação, reconvenção, exceção e documentos que as acompanham sejam protocolados no PJe com pelo menos 48h de antecedência da audiência. § 2º As partes poderão atribuir sigredo de justiça à petição inicial e sigilo à contestação, reconvenção, exceção, petições incidentais e documentos, desde que, justificadamente, fundamentem uma das hipóteses do art. 770, *caput*, da CLT e dos arts. 189 ou 773, do CPC.

¹⁴¹ Art. 770 da CLT – Os atos processuais serão públicos salvo quando o contrário determinar o interesse social, e realizar-se-ão nos dias úteis das 6 (seis) às 20 (vinte) horas.

¹⁴² Art. 189. Os atos processuais são públicos, todavia tramitam em sigredo de justiça os processos: I – em que o exija o interesse público ou social; II - que versem sobre casamento, separação de corpos, divórcio, separação, união estável, filiação, alimentos e guarda de crianças e adolescentes; III – em que constem dados protegidos pelo direito constitucional à intimidade; IV – que versem sobre arbitragem, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo. § 1º O direito de consultar os autos de processo que tramite em sigredo de justiça e de pedir certidões de seus atos é restrito às partes e aos seus procuradores. § 2º O terceiro que demonstrar interesse jurídico pode requerer ao juiz certidão do dispositivo da sentença, bem como de inventário e de partilha resultantes de divórcio ou separação.

¹⁴³ Art. 773. O juiz poderá, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias ao cumprimento da ordem de entrega de documentos e dados. Parágrafo único. Quando, em decorrência do disposto neste artigo, o juízo receber dados sigilosos para os fins da execução, o juiz adotará as medidas necessárias para assegurar a confidencialidade.

¹⁴⁴ Art. 770 da CLT- Os atos processuais serão públicos salvo quando o contrário determinar o interesse social, e realizar-se-ão nos dias úteis das 6 (seis) às 20 (vinte) horas.

¹⁴⁵ Art. 189. Os atos processuais são públicos, todavia tramitam em sigredo de justiça os processos: I - em que o exija o interesse público ou social; II - que versem sobre casamento, separação de corpos, divórcio, separação, união estável, filiação, alimentos e guarda de crianças e adolescentes; III - em que constem dados protegidos pelo direito constitucional à intimidade; IV - que versem sobre arbitragem, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo. § 1º O direito de consultar os autos de processo que tramite em sigredo de justiça e de pedir certidões de seus atos é restrito às partes e aos seus procuradores. § 2º O terceiro que demonstrar interesse jurídico pode requerer ao juiz certidão do dispositivo da sentença, bem como de inventário e de partilha resultantes de divórcio ou separação.

¹⁴⁶ Art. 773. O juiz poderá, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias ao cumprimento da ordem de entrega de documentos e dados. Parágrafo único. Quando, em

CPC, seria autorizada a juntada de documentos em sigilo, pelo que a utilização da opção como mera proteção em revelar os termos da defesa antes da tentativa de conciliação poderia fazer incorrer o réu à penalidade de desconsideração da defesa, prevista no art. 15¹⁴⁷ da mesma norma.

No entanto, seguindo a leitura da Resolução 185/2017, que aparentemente veda a utilização do sigilo, salvo em situações de interesse público, o parágrafo 4º, do mesmo art. 22¹⁴⁸, determina que o PJe deve dispor de funcionalidade que mantenha oculta ao usuário externo a contestação, reconvenção, exceção e documentos que as acompanham, até a realização da proposta conciliatória infrutífera.

Assim, tendo em vista que o autor é um usuário externo¹⁴⁹, nos termos da mesma Resolução 185/2017, devemos entender que a norma manteve a opção aos patronos das reclamadas de apresentarem a defesa de forma oculta.

A Resolução parece confundir segredo de justiça na petição inicial com o sigilo da contestação, determinando que ambas as situações, que são diversas, se baseiem nos termos do segredo em razão do interesse público, determinados em capítulos específicos da legislação processual que tratam especificamente do segredo de Justiça.

Devemos portanto, em interpretação sistemática, entender que o direito de “ocultar” os documentos da defesa deve ser exercitado com a utilização da opção sigilo na apresentação da defesa, já que não há opção no sistema que

decorrência do disposto neste artigo, o juízo receber dados sigilosos para os fins da execução, o juiz adotará as medidas necessárias para assegurar a confidencialidade.

¹⁴⁷ Art. 15 da Resolução 185/2017 do CSJT. As petições e os documentos enviados sem observância às normas desta Resolução poderão ser indisponibilizados por expressa determinação do magistrado, com o registro de movimento e exclusão da petição e documentos, assinalando-se, se for o caso, novo prazo para a adequada apresentação da petição.

¹⁴⁸ § 4º. O PJe deve dispor de funcionalidade que mantenha oculta ao usuário externo a contestação, reconvenção, exceção e documentos que as acompanham, até a realização da proposta conciliatória infrutífera.

¹⁴⁹ Art. 2º, III da Res. 185/2017 do CSJT – “Usuários externos” do PJe são as partes, estagiários e membros da Advocacia e do Ministério Público, defensores públicos, peritos, leiloeiros, as sociedades de advogados, os terceiros intervenientes e outros auxiliares da justiça;

use outra terminologia, sem que isto implique em penalidade ao réu. É a interpretação mais plausível considerando o direito dos réus em não verem alterados os termos da inicial após a apresentação de suas defesas e documentos¹⁵⁰.

Ainda que se argumente que o aditamento somente é possível com a concordância das partes, nos termos do CPC, há divergências de entendimento que privilegiam, em razão da economia processual, o deferimento dos aditamentos realizados em mesa, pelo que é grande o risco de exposição da defesa em caso de juntada sem a possibilidade de uso do sigilo, sendo portanto preferível interpretação que preserva tal opção.

Também a hipótese de não comparecimento do Reclamante à audiência trabalhista, que, até antes da Lei n 13.467/17, não tinha qualquer consequência, possibilitaria ao autor a verificação dos termos da defesa juntada, a instruir a nova demanda, sendo, portanto, também por isto preferível a opção pelo sigilo a ocultar a contestação.

Assim, entendemos que permanece vigente a opção. Entendimento contrário fugiria aos conceitos gerais da legislação processual, que protegem o réu do conhecimento indevido pelo autor dos termos da defesa, possibilitando com tal contaminação a modificação desleal dos termos da inicial.

Neste tema, a Lei n. 13.467/17 inovou, ao adotar critério próprio em processo do trabalho, no tocante aos limites para a desistência da ação, vedando-a, a partir de “oferecida” a contestação, ainda que eletronicamente, nos termos do novo §3º do art. 841 da CLT, texto alterado pela reforma trabalhista.

¹⁵⁰ “O problema desta juntada precipitada está em outro ponto, precisamente no fato de que a instantaneidade do ato torna disponível a contestação, reconvenção ou exceção à parte contrária. Pfeilsticker, Fabiano de Abreu. A instantaneidade Como Princípio Inerente Ao Processo Eletrônico: Realidade vivenciada no Processo Judicial Eletrônico – PJe. In Processo em meio reticular eletrônico: constitucionalismo dialógico e democracia hiper-real, no contexto dos megadados. In: Princípios do processo em meio reticular-eletrônico: fenomenologia, normatividade e aplicação / Cláudio Brandão, organizador; São Paulo: LTR, 2017. p. 152

Questão ainda não pacificada na doutrina é quanto aos efeitos da juntada antecipada da defesa em sigilo, se constitui-se como limite para a desistência da ação, agora nos termos da CLT, antes nos termos do CPC.

Homero¹⁵¹, afirma que a reforma trabalhista resolveu esse impasse a favor do empregador: a desistência não pode mais ser homologada sem a concordância da Reclamada, uma vez oferecida a contestação, ainda que eletronicamente, mesmo sem acesso ao empregado.

A interpretação de que a juntada aos autos da defesa, ainda que em sigilo, conforme autorizado pelo §4º do art. 22 da Resolução 185/2017, implica no oferecimento da defesa, nos termos do §3º do art. 841 da CLT, resultaria realmente na impossibilidade da desistência da ação em mesa de audiência, posto que, salvo na defesa oral ou na revelia, já teriam sido apresentados os documentos que instruem a defesa.

Tal interpretação é compatível com os princípios da reforma trabalhista, que alterou o art. 841 da CLT, ao incrementar a segurança jurídica ao empregador¹⁵², na medida em que diminuiria a possibilidade de desistência da ação, com posterior reajuizamento, e privilegiaria o trabalho da defesa, que teria seu trabalho unguído de efeitos jurídicos com a juntada, ainda que em sigilo.

Por outro lado, a interpretação foge da teleologia da norma processual, que visa, principalmente, resguardar o réu de ver sua defesa utilizada pelo autor para ajuste nos termos da causa de pedir.

Em havendo sigilo, não haveria tal prejuízo. Não há contato do autor com os termos da defesa antes do momento processual adequado, o que preservaria também a possibilidade do autor desistir da ação, seja total, ou

¹⁵¹ SILVA, Homero Batista Mateus da. Comentários à reforma trabalhista. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 157.

¹⁵² Eletrônico: Realidade vivenciada no Processo Judicial Eletrônico – PJe. In Processo em meio reticular eletrônico: constitucionalismo dialógico e democracia hiper-real, no contexto dos megadados. In: Princípios do processo em meio reticular-eletrônico: fenomenologia, normatividade e aplicação / Cláudio Brandão, organizador; São Paulo: LTR, 2017. p. 152

mesmo parcialmente, frente a informações novas ou desconhecidas, o que é muito comum, sem que isto implique em condenação em honorários sucumbenciais, posto não se considerar como apresentada a defesa.

As regras do processo civil comum falam em estabilidade da lide¹⁵³ após o fim do prazo para a oferta da defesa, o que ocorre efetivamente no processo do trabalho com ao fim da tentativa de conciliação infrutífera.

Assim, tenho que em vista das determinações legais, considerando a finalidade das normas processuais, principalmente tendo em vista as especificidades do Processo Judicial eletrônico, nos termos determinados pela Resolução n. 185 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho, temos que se acostada a defesa em sigilo, a Reclamada tem preservada a sua faculdade de somente fazer conhecer ao Reclamante os termos de sua defesa e seus documentos no momento previsto em lei, ou seja, após a primeira tentativa de conciliação¹⁵⁴.

Nesta hipótese, permanece a faculdade do Reclamante em requerer a desistência da ação ou o aditamento de sua inicial, com total liberdade para a modificação de pedidos causa de pedir¹⁵⁵.

Por outro lado, temos que a apresentação da defesa e seus

¹⁵³ Princípio da imutabilidade dos elementos da lide. Teixeira Filho, Manoel Antonio. A sentença no processo do trabalho. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 117.

¹⁵⁴ “Processo do trabalho. PJe. Apresentação da contestação antes da audiência. Prevalência da CLT. Preclusão consumativa ausente. Da leitura dos arts. 846 e 847 da CLT, decorre que o momento para a apresentação da contestação é a audiência, condicionado, ainda, à frustração da conciliação proposta pelo juízo e à apresenta da parte, cuja ausência implica no julgamento à revelia e confissão ficta da matéria de fato. Este regramento do Processo do Trabalho não sofreu alteração pela Lei 11.419/06 e distingui-se do disposto no art. 297 do CPC, que impõe prazo preclusivo para resposta e não a condiciona ao comparecimento da parte em audiência” (TRT da 3ª Região; PJE: 0011270-96.2013.5.03.0053 RO; disponibilização:29.05.2015, DEJT/TRT3/Cad. Jud, p. 270; órgão julgador: 9ª turma; Rel. Luciana Alves Viotti)

¹⁵⁵ Feóla reafirma os entendimentos de Bezerra Leite e Mauro Schiavi no sentido de que é vedada a alteração dos pedidos ou desistência uma vez apresentada a defesa. Afirma que defesa, mesmo que apresentada aberta, somente é recebida em audiência, após a tentativa de conciliação e após a leitura da inicial, o que corroboraria que o conhecimento dos termos da inicial e da contestação são realmente conhecidos oficialmente somente na audiência. Feóla, Luis Fernando. Prática jurídica no PJE-JT – processo judicial eletrônico da justiça do trabalho. São Paulo: LTR, 2014.

documentos, sem sigilo, ou seja, abertas, torna visíveis os termos da defesa ao Reclamante, antes mesmo da audiência, o que implica na apresentação tempestiva, ainda que antecipada, da contestação, operando-se preclusão consumativa quanto ao prazo para a apresentação da defesa, o que veda o Reclamante, pelas normas processuais já citadas, de desistir, aditar ou modificar o pedido ou causa de pedir constantes da petição inicial.

A opção ou não pelo sigilo se revestiria de grande importância, na medida em que determina, se aberta, a antecipação da apresentação da defesa, com a impossibilidade de desistência ou aditamento pelo autor; e se apresentada em sigilo, resguardaria os termos da defesa de conhecimento prévio, mas possibilitaria ao Reclamante a desistência da ação, em mesa, sem sucumbência, independentemente de autorização do réu.

A interpretação teleológica histórica do dispositivo é no sentido de que o instituto serve para preservar o réu de eventual modificação dos termos da inicial guiada pelos termos da defesa, mas sem prejuízo aos poderes de disposição processual do Reclamante, aponta para o entendimento de que o oferecimento da defesa se dá, tecnicamente com a retirada do sigilo que ocorre após a tentativa de conciliação infrutífera.

Entendimento no sentido de que a juntada dos documentos da defesa, em sigilo, implica no oferecimento da defesa, impossibilitaria que houvesse desistência de pedidos, mesmo aqueles eventualmente adimplidos após a apresentação da contestação, implicando em improcedência e pagamento de honorários sucumbenciais.

Neste entendimento, ante a preclusão consumativa, também seria impossível a substituição da defesa pelo réu, uma vez que a apresentação da primeira extinguiria o seu prazo.

Assim, a ré, que por equívoco ou por qualquer outro motivo, apresenta duas ou mais defesas, não poderia requerer, como de costume, que

fosse apagado do sistema a defesa que não considera útil, sendo aceita somente a primeira, por ordem de apresentação.

Cumprido lembrar que este desentranhamento de defesas inúteis a pedido da Reclamada, nada mais é que a ocultação dos documentos no sistema, de maneira similar ao que ocorre com o documento em sigilo, posto que, mesmo desentranhado, o documento sempre estará à disposição dos usuários internos, magistrados e servidores.

Com vistas à economia processual, uma vez requerido o adiamento pelo Reclamante, em tendo sido apresentada a defesa em aberto, em se tratando efetivamente de pedido novo, não relacionado aos contestados pela defesa e que não constou da inicial, é possível, excepcionalmente, subverter a letra da lei e deferir o adiamento para o adiamento do Reclamante, com o cuidado de constar especificamente em que termos será feito o adiamento com vistas a precluir qualquer possibilidade de apresentação de adiamento que infrinja o dever de não contaminação entre o adiamento e a defesa aberta, tudo isto baseado na possibilidade de negócio processual descrita no art. 190 do NCPC¹⁵⁶.

Assim, excepcionalmente, com vistas à preservação da economia processual, posto que nada impediria o ajuizamento de nova demanda, considerando se tratar de pedido inteiramente novo, é possível deferir-se o adiamento do feito para adiamento.

Reitero que, se acostada a defesa em sigilo, a Reclamada tem preservada a sua faculdade de somente fazer conhecer ao Reclamante os termos de sua defesa e seus documentos no momento previsto em lei, ou seja, após a primeira tentativa de conciliação. Por outro lado, permanece, nesse caso, a faculdade do Reclamante em pedir adiamento para aditar a sua inicial, com total liberdade para a modificação de pedidos causa de pedir ou desistir da demanda.

¹⁵⁶ Art. 190 do CPC. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Quando ocorrer a juntada da defesa em sigilo, mas com documentos em aberto, entenderemos que a Reclamada optou por preservar somente a sua tese. Ainda assim, deve ser analisada com atenção qualquer pedido de aditamento, com vistas à eventual modificação da causa de pedir que seja incompatível com a boa-fé processual, considerando os documentos. Assim, recomendável, nesta situação, de defesa parcialmente aberta, o mesmo comportamento como se toda a defesa estivesse aberta, com a preclusão quanto ao Reclamante para a desistência, o aditamento ou modificação de pedido e causa de pedir.

Quanto aos efeitos da apresentação da petição inicial em sigilo por equívoco, ao mesmo tempo que a Resolução 185/2017 do CSJT autoriza a exclusão dos documentos acostados em desacordo com as normas impostas, o CPC, em seu art. 321¹⁵⁷, determina que se a petição inicial apresenta defeitos ou irregularidades determinar-se-á que o autor a emende, no prazo de quinze dias.

A jurisprudência dominante vem os entendendo como efetivamente juntados, com interrupção da prescrição para os pedidos, ainda que implique em devolução de qualquer prazo eventualmente deferido para o réu, em caso de sigilo parcial, sob pena de nulidade, cabendo ser apenado o Reclamante pela irregularidade de considerado culpado por eventuais prejuízos causados as partes do processo.

Também neste sentido a jurisprudência no tocante aos recursos apresentados equivocadamente ocultos, sendo majoritária a corrente, que os entende como efetivamente interpostos, cabendo a devolução de eventuais prazos, mas também sendo cabível punição à parte, se houver entendimento de que causou atraso injustificável ao processo.

¹⁵⁷ Art. 321. O juiz, ao verificar que a petição inicial não preenche os requisitos dos arts. 319 e 320 ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor, no prazo de 15 (quinze) dias, a emende ou a complete, indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado.

Outra questão quanto ao sigilo diz respeito ao rol de testemunhas. É prática de diversos juízos trabalhistas, em pese as determinações do art. 825 da CLT, intimar as partes para que apresentem o rol de testemunhas que pretendem ouvir, sob pena de preclusão e serem ouvidas somente aquelas que se apresentarem espontaneamente.

A previsão legal restringiria tal prática aos procedimentos sumaríssimos, mas entendemos aplicável em sede de processo ordinário, tratando-se de mera antecipação do momento de indicação das testemunhas e apontamento daquelas que serão ouvidas por meio de carta precatória, com vistas a melhor organização da pauta, através de decisão interlocutória.

Não entrando neste tema de forma profunda, o que importa a este capítulo é a questão da possibilidade, ou mesmo recomendação, de que as partes juntem o rol de testemunhas em sigilo, tendo em vista as questões sociopsicológicas envolvendo a lide, evitando-se que as partes tenham de antemão o nome das testemunhas que deporão em favor da parte adversa. Assim, recomenda-se que o rol de testemunhas seja apresentado em sigilo.

Assim, temos que a apresentação dos documentos em sigilo é um direito processual das partes, como forma de preservar as proteções processuais, não cabendo a sua exclusão ou desconsideração.

5.4 PROVA POR VIDEOCONFERÊNCIA

A prova por videoconferência consistiria na oitiva de depoimento de partes ou testemunhas¹⁵⁸, à distância, com a utilização de um recurso tecnológico que possibilitem e comunicação, com áudio e vídeo, entre múltiplas pessoas fisicamente distantes. Também pode é chamado de interrogatório virtual ou online.

Trata-se de uma ferramenta disponibilizada pelas novas tecnologias que possibilitaria a oitiva de testemunhas residentes em outras jurisdições ou mesmo a colheita do depoimento das partes, diretamente pelo magistrado responsável pelo julgamento, sem a obrigatoriedade do comparecimento na sede do juízo competente, com vistas ao princípio da oralidade.

A oralidade se refere à arte da oratória¹⁵⁹. O processo oral guarda sentido duplo: de um lado, um processo mais rápido, concentrado e eficiente, e por outro lado, um processo mais fiel a uma metodologia concreta e empírico-dedutiva dentre da investigação dos fatos e da apreciação da prova^{160, 161}.

A possibilidade, ainda que em interpretação extensiva já se

¹⁵⁸ Também poderia ser usada com vistas à realização de pericia técnica no local ou mesmo a inspeção judicial através de utilização do oficial de justiça, que levaria os equipamentos necessários para a transmissão, para a visibilidade das partes e do juízo, com a devida certificação pelo oficial.

¹⁵⁹ “Para que sea verdaderamente eficaz, el alegato del defensor no debería consistir en un monólogo continuado, sino en un diálogo vivaracho con el juez, quien, de hecho, es el destinatario del discurso y debería responder con expresiones faciales, gestos e interrupciones. Las interrupciones del juez deberían agrandar al abogado, puesto que le proporcionan pruebas de que aquél no se muestra frío e impasible durante el alegato. Interrumpir significa reaccionar, y, ¿qué mejor prueba de un efecto estimulante que una reacción? El juicio llegará a la perfección cuando haga posible el tipo de interacción, basado em preguntas y respuestas, entre jueces y abogados, que suele tener lugar entre personas que se respetan mutuamente, cuando se sientan en torno a una mesa e intentan clarificar sus ideas de un modo en que sea útil para los intereses de todo el mundo. Desmontar los alegatos finales y convertirlos en un diálogo podría reducir el nivel de retórica, pero incrementaría el nivel de justicia. Muchos jueces ven em los alegatos finales de los abogados un descanso mental: sus pensamientos vuelven a la causa una vez el abogado ha tomado asiento.” Origiinal em italiano: Elogio dei giudici.” CALAMANDREI, Elogio de los jueces escrito por un abogado, Reus, 2009.

¹⁶⁰ CAPPELLETTI, *Procedure Orale et Procedure et Procedure écrite – Oral and Written Procedure in civil litigatio*, Milano: New York: Giuffrè: Oceana, 1971.

¹⁶¹ STORME, Marcel. Más Voz Y Menos Letra: En Defensa De La Oralidad En Los Procesos Judiciales., v. I p Ponencias generales e informe nacionales: International Association of Procedural Law (IAPL), Valencia, 2008

mostrava pelas legislações esparsas, mas restou consolidada a sua possibilidade, requisitos e condições, com o advento da vigência do Novo CPC, nos artigos 236, 385, 453 e 461, complementando as previsões da Lei 11.419/06 e da Res. 105 do CNJ.

Trata-se de importante instrumento, passível de utilização nos diversos ramos do Judiciário, que merece uma análise pormenorizada quanto à sua aplicação em sede de Processo Judicial Eletrônico Trabalhista.

Normalmente, ainda que em sede de processo eletrônico, o depoimento das partes e testemunhas, ocorre de forma presencial, sendo o depoimento reduzido a termo, que se transforma em documento eletrônico escrito, em formato PDF-A, com vistas ao seu armazenamento e inserção nos autos eletrônicos.

Em que pese ter ocorrido a produção direta da prova oral perante o magistrado, o que, considerando o princípio da oralidade, é a forma ideal de exposição do julgador a este tipo de prova, há a conversão do seu registro em documento eletrônico escrito, que é dessa forma juntado aos autos, com a assinatura do magistrado que presidiu o ato para lhe conferir a mesma validade que continha o documento escrito assinado manualmente do passado.

Transformado o registro da audiência em documento escrito, foge ao tema deste capítulo, já tendo sido analisados acima os requisitos de validade, bastando a assinatura do magistrado, para a certificação do conteúdo, passível de protesto a serem consignados, nos termos da legislação própria.

Falemos da colheita da prova oral, com o recurso do áudio e/ou vídeo transmitidos através da internet por meio dos recursos tecnológicos disponíveis a intermediar a colheita direta da prova oral. Falemos da prova oral eletrônica, da videoconferência.

Com a introdução das novas tecnologias no processo eletrônico,

especificamente com a possibilidade de oitiva de partes e testemunhas por meio de videoconferência, ou mesmo gravação em vídeo das audiências de instrução sem ata escrita, presenciamos uma fase redefinição¹⁶² na distinção entre a forma escrita e oral do procedimento.

A utilização das novas tecnologias como a gravação em vídeo dos depoimentos traz o questionamento sobre qual o lugar exato e ideal para a forma escrita e a oralidade no procedimento judicial.¹⁶³

No processo Romano, a prova oral não era coletada pelos juízes e sim por notários. A utilização de intermediários se deu pela circunstância de que a prova era taxada, ou seja, tinha valoração previamente determinada de acordo com condições preestabelecidas, pelo que pouca importância tinha a presença do juiz em sua colheita.

A difusão da prova escrita foi potencializada, ainda, pela bula papal de 1216, em que o Papa Inocêncio III determinou que todas as audiências, inclusive aquelas em que tivesse participado o juiz, deveriam ser documentadas por escrito e que a sentença se embasaria exclusivamente no escrito nestas atas¹⁶⁴.

Bentham enumera as vantagens do registros dos testemunhos em ata, entre elas a possibilidade de conservação das declarações com vistas à defesa ante imputações de falso testemunho e a possibilidade de revisão do julgado com reanálise do conteúdo dos depoimento, entre outros benefícios¹⁶⁵.

Leipold aponta que o princípio da oralidade, como introduzido no Código de Processo Civil Alemão de 1877¹⁶⁶, se embasava em ideias puristas.

¹⁶² AMRANI-MEKKI, Soraya. El Impacto De las Nuevas Tecnologías Sobre La Forma Del Proceso Civil. Ponencias generales e informe nacionales: International Association of Procedural Law (IAPL), Valencia, 2008

¹⁶³ SCHULTZ, T., *Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne, une approche critique*, Bruylant, Bruxelles, 2005, p.275,

¹⁶⁴ CAPPELLETTI, “La oralidad”.

¹⁶⁵ BENTHAM, J., Tratado de las pruebas judiciales, Buenos Aires, 2002, p. 73.

¹⁶⁶ Zivilprozessordnung (ZPO)

De uma perspectiva doutrinária, o princípio da oralidade não faz referência somente ao fato de que é necessária uma audiência oral antes que se possa pronunciar qualquer tipo de decisão judicial ou sentença, mas também remete ao fato de que as alegações das partes na audiência oral são juridicamente válidas.

Desde seu início, o Código de Processo Civil Alemão permitiu e inclusive exigiu que as alegações fossem por escrito, mas eram entendidas somente como o anúncio das alegações futuras na fase de audiência.

Com o fim de manter a oralidade, se proibiu abreviar as alegações verbais com referências às escritas. Como consequência desta ênfase na oralidade das mesmas, não se considerava a preclusão das alegações ainda que estas não constassem no escrito inicial¹⁶⁷.

Com vistas a preservar as vantagens do registro dos depoimentos, sem implicar necessariamente em redução a escritos, foram, ao longo do tempo, autorizadas pela legislação, como já visto acima, a utilização de novas tecnologias com vistas a coleta e armazenamento dos depoimentos.

A gravação analógica do áudio foi claramente a primeira tentativa de alteração do paradigma clássico de redução dos depoimentos a termo (seja em datilografia, estenotipia ou taquigrafia).

As novas tecnologias revolucionaram o campo de possibilidades, com a utilização de gravações em fitas magnéticas, depois em disquetes, CD e finalmente microchips. Com a revolução, veio também a possibilidade de gravação audiovisual dos depoimentos, com o uso de câmeras portáteis, com elevado nível de miniaturização.

¹⁶⁷ LEIPOLD, H.C. Dieter. Elementos Orales Y Escritos En La Fase Introductoria Del Proceso Civil.

A gravação em vídeo permite reviver todos os aspectos do depoimento que restam ocultos de sua transcrição em ata, possibilitando também ao tribunal encarregado do recurso a revisão da prova, em termos muito próximos às condições do juiz que conduziu a audiência, tornando ainda dispensável a utilização de servidores para a tomada de notas taquigráficas.

O problema clássico e interminável entre a oralidade e a escrita no processo civil com vista à eficiência apresenta dois mitos.

O primeiro, considera a oralidade com um valor ótimo, uma espécie de panaceia que resolveria todas as dificuldades no funcionamento do processo. O outro mito seria de que a escrita é essencialmente perversa e responsável pela maioria dos problemas do litígio civil, pelo que deveria ser reduzida ao mínimo indispensável.

Em um mundo globalizado e globalizante, com toda uma série de fenômenos econômicos, financeiros e jurídicos de extrema complexidade que estão criando uma rede transnacional ou supranacional de relações, a eficiência e a segurança jurídica são valores fundamentais. Mais concretamente, a eficiência dos sistemas jurídicos, em especial a eficiência das soluções judiciais, está adquirindo uma importância cardeal no mercado e na concorrência entre jurisdições¹⁶⁸.

Esta eficiência pode ser interpretada com vistas somente aos custos e velocidade na prolação de decisões ou levar em consideração a resolução do conflito sociológico e a emissão de decisões de qualidade, mais próximas da correção, equanimidade e Justiça.

¹⁶⁸ *“En los tiempos que corren, por otro lado, lo que necesitamos son menos mitos y más eficiencia. Entre las numerosas razones que lo justifican, existe una especialmente importante que va a incrementar su relevancia a corto plazo: en un mundo globalizado y globalizante, con toda una serie de fenómenos económicos, financieros y jurídicos de extrema complejidad que están creando una red transnacional o supranacional de relaciones, la eficiencia es quizás el valor más importante. Más concretamente, la eficiencia de los sistemas jurídicos, y en especial la eficiencia de las resoluciones judiciales, está adquiriendo una importancia cardinal en el mercado y en la competencia entre jurisdicciones”.* TARUFFO, Michele. *Oralidad y Escritura como Factores de Eficiencia en el Proceso Civil.*

Temos duas visões que podem ser entendidas como contraditórias, posto que um processo rápido e barato pode levar a soluções incompletas ou incorretas, por outro lado, uma decisão justa pode requerer tempo, custos na atividade judicial por parte dos litigantes e do próprio Estado. Uma escolha radical na eleição de qualquer das visões é incorreta. Na verdade são dois extremos que devem ser equilibrados com vista à proporcionalidade, de modo a preservar o máximo a eficiência econômica dos meios, com o mínimo de perda em qualidade e certeza das decisões.

É neste sentido que se entende que as causas mais simples tendem a ser instruídas de forma mais eficiente com prevalência da oralidade, com a concentração dos atos, em audiências unas, em que pese haver espaço para um contraditório escrito diferido; e as causas mais complexas, tendem a privilegiar a forma escrita, com a concessão de prazos para a melhor análise e resposta dos envolvidos.¹⁶⁹

A apresentação oral ou escrita das provas é um tema clássico. Os sistemas de *common law* nunca deram importância à questão posto que se concentram em julgamentos com jurados, onde a oralidade na prática da prova é uma necessidade lógica. Nos sistemas de direito civil, a tradição desde a época romana é o uso de provas escritas, seja a prova através de documentos escritos em si, seja através da transcrição em ata dos depoimentos colhidos, com a juntada de todo o conjunto probatório em autos físicos, escritos, para posterior verificação pelo magistrado encarregado do julgamento. Essa é a tradição ibérica, cartorial, em que pode haver total obliteração da oralidade, se não tomadas medidas para determinar o contato do magistrado da produção da prova.

Neste aspecto, é patente que a condução da coleta dos

¹⁶⁹ “Según el Reglamento Procesal Civil (*Civil Procedure Rules*) inglés, promulgado en 1999, la fase previa al juicio puede adoptar formas distintas según el tipo de *vía* que el juez escoja para cada causa particular, lo cual se decide principalmente en función de su importancia y complejidad.” TARUFFO, Michele. *Oralidad y Escritura como Factores de Eficiencia en el Proceso Civil*

depoimentos pelo magistrado e a vinculação deste ao processo para a prolatação de decisão é importante com vistas a privilegiar o princípio da oralidade¹⁷⁰. O magistrado que ouviu diretamente a prova, ainda que esta seja reduzida a termo para registro e contraditório, está infinitamente mais habilitado para determinar a credibilidade do testemunho e a verdade dos fatos como posta pelo conjunto dos depoimentos colhidos.

Com este raciocínio, a coleta concentrada dos depoimentos de partes e testemunhas, como ocorre normalmente no processo do trabalho, somada à vinculação do magistrado que realizou a coleta da prova ao julgamento da demanda, tornariam quase desnecessário o registro da audiência, na tradição europeia, ressalvadas as vantagens ao contraditório e à revisão em recurso, pelo que a “simples” gravação em áudio ou vídeo da audiência, não traria prejuízo à percepção da prova e diversas vantagens em termos de economia de custos e tempo, bem como maior fidelidade ao contraditório com a possibilidade de revisita aos depoimentos gravados, conforme ditos pela testemunha, somados a isto muitas das vantagens enunciadas pelo princípio da oralidade, ainda que secundária em certos casos, com a oitiva por meio de videoconferência.¹⁷¹

Parece, na verdade, que a variedade com que as provas podem se apresentar com a utilização das novas tecnologias encaminham o processo para uma terceira via, misto de procedimento escrito e oral.

¹⁷⁰ Ortells, con razón, dice que el núcleo del modelo en estudio “consiste em que sólo los jueces y magistrados que, integrando el órgano jurisdiccional, han presenciado y dirigido la práctica de los medios de prueba en los actos del juicio o de la vista, pueden dictar sentencia en el proceso correspondiente”⁵². Se ha señalado que dicha identidad, siempre se encuentra amenazada “por traslados, defunciones, enfermedades, ascensos, jubilaciones, etc.”⁵³. A tanto se llega para preservar dicha identidad física que, en el marco de la futura reforma procesal chilena, se ha propuesto mantener la competencia del juez que recibió la prueba para dictar sentencia, en casos de ascensos o traslados ⁵⁴. La reciente modificación de la reforma procesal civil española, también incluye alguna norma que, a nuestro juicio, constituye un esfuerzo excesivo por mantener la referida identidad física

¹⁷¹ “que la práctica oral de las pruebas resulta infinitamente más eficiente que su práctica a través de un acta escrita. Pese a que sea tradicional y ampliamente aceptada, esta creencia común no está exenta de dudas. Una de ellas es que se basa en una especie de psicología *amateur*, según la cual quien juzga los hechos es capaz de determinar la credibilidad del testigo con una mera observación directa de su conducta, de su *lenguaje corporal*, de sus modos de hablar, de contestar, de su asertividad o de su timidez, entre otras cuestiones”. TARUFFO, Michele. Oralidad y Escritura como Factores de Eficiencia en el Proceso Civil

Na verdade, o procedimento escrito, como transformação do que foi dito em signos alfabéticos representativos não se afasta do que ocorre com o armazenamento da prova oral em mídia, com conversão em signos próprios, digitais. A diferença é que os depoimentos, interpretados por quem os registra, mais ainda, no processo trabalhista, em que são resumidos e transpassados para a ata pelo magistrado, perdem muito contato com a prova original, fazendo com que, um ou mais intermediários, a deturpem a transcrição.

A gravação, em áudio ou vídeo dos depoimentos orais, ainda que também impliquem em conversão em arquivos, guarda a linguagem direta e simples do próprio autor do depoimento, de forma a privilegiar uma melhor interpretação das nuances do depoimento, trazendo vantagens aos que buscam a oralidade como princípio e uma investigação mais profunda do peso probatório do depoimento colhido, com vistas a análises psicológicas e sociais.

Este novo procedimento não representa apenas uma nova possibilidade de armazenamento de provas e depoimentos, significa toda uma mudança na cultura jurídica de partes e juízes, que tem vantagens e desvantagens.

O armazenamento em vídeo dos depoimentos das testemunhas implicará na necessidade do magistrado assistir ao vídeo da audiência em sua integralidade a fim de proferir a sentença, principalmente se não foi o juiz a presidir a instrução. O mesmo ocorre com o tribunal no caso de revisão dos fatos em eventual recurso.

Com vistas a esta dificuldade, os sistemas de gravação de audiências em vídeo em fase de implantação¹⁷², possuem abas agrupadoras, onde poderão ser compartimentalizados os temas, nos diversos depoimentos, de forma a facilitar o manuseio dos autos em vídeo, diminuindo o tempo e a dificuldade na sua verificação.

¹⁷² Em 31 de julho de 2015 foi firmado termo de cooperação técnica entre o CNJ e o TRT9 para o desenvolvimento de ferramenta com vistas à gravação das audiências, inspirado no sistema Fidelis desenvolvido no Paraná.

Ainda, esta verificação seria ainda mais facilitada se, durante a oitiva, fossem separados claramente os períodos de perguntas ante os diversos temas em discussão nos autos.

Vemos que isto implicaria em uma profunda alteração na forma de condução dos depoimentos, especialmente dificultado pela quantidade de pedidos, característica das causas individuais trabalhistas, mas que possibilitaria a dispensa da transcrição do depoimento, com evidentes ganhos em tempo às audiências trabalhistas que se avolumam, o que tradicionalmente resulta em atrasos nas pautas de audiência.

Estas circunstâncias fariam com que a verificação das provas para a decisão e a própria forma de fundamentação da sentença fossem completamente alterados, com o retorno a um estado mais puro de oralidade, mais conexo com os primórdios da jurisdição trabalhista, onde o convencimento seria apontado de forma indireta ao depoimento das testemunhas, sem referências específicas aos depoimentos, posto inexistir.

O procedimento lembraria mais a forma de instrução e julgamento dos tribunais de tradição europeia, notadamente a Itália, onde não há sequer ata formal dos depoimentos, certificando o magistrado, simplesmente, em sua sentença o convencimento que obteve das palavras proferidas pelas testemunhas, se reportando, quando necessário, somente às principais questões aventadas.

Outra forma de se tratar desta confusão entre o escrito e o oral seria a fusão dos procedimentos, com a transcrição automática das palavras registradas em vídeo ou áudio, através da utilização de programas próprios, de forma a disponibilizar a transcrição dos depoimentos, mais fáceis e rápidos de manusear, guardando a revisão dos vídeos para questões duvidosa ou delicadas. Já houve tentativas neste sentido, de transcrição automática, mas sem sucesso por deficiências técnicas que em breve serão superadas.

A evolução histórico-legislativa aponta que, desde sempre, com a implantação das novas tecnologias em sede de processo civil, houve a possibilidade de transcrição dos atos gravados, de ofício pelo magistrado ou a pedido da parte, já prevendo o legislador uma utilidade prática na verificação dos depoimentos na forma escrita.

Ainda que a prova oral e sua gravação tenham maior fidedignidade, a forma escrita, tradicional, tem o seu lugar na medida em que representa uma reprodução fidedigna e prática do conteúdo do depoimento, ainda que incompleta com vistas às outras informações trazidas pelo vídeo, mas, muitas vezes, atingindo sua finalidade de forma mais simplificada e célere.

A esperança de uma oralidade renovada ante a possibilidade posta pelas novas tecnologias de se ter contato direto com a palavra falada, também causam preocupação de um desenvolvimento para uma oralidade desencarnada e sem corpo com a utilização demasiada dos novos instrumentos de tecnologia.

Esta oralidade secundária, ressurgida pelas novas tecnologias implementadas ao procedimento judicial, sucessora da oralidade presente nos primórdios da jurisdição, tem como pressuposto a crítica a um procedimento cultural e sociologicamente obsoleto.

O uso das novas tecnologias, inclusive o processo judicial eletrônico como um todo, mais especificamente no tocante à gravação dos depoimentos em substituição à redução dos depoimento à termo, renovam a esperança de se atingir com a oralidade a eficácia do procedimento e a duração razoável do processo. É como se o procedimento escrito tivesse gerado a lentidão processual, sendo a oralidade uma solução para a celeridade e questionamentos quanto às nulidades processuais¹⁷³.

¹⁷³ CHIOVENDA, *Le forme nella difesa giudiziale del diritto, in saggi di diritto processuale civile*, I, Roma, Soc., Foro Italiano, 1930, spéc.p.368. se establece así un arte del Palais en el que todos se complacen en complicar y alargar al máximo los litigios, un arte cuyos voluntarios participantes eran a menudo los jueces, ya que les interesaba que cada acto fuera infinito para

Especificamente em processo do trabalho, onde a oralidade ainda vige nos termos da CLT, em que a defesa será apresentada de forma oral assim como as razões finais, defere-se por tradição prazo para a realização de tais atos de forma escrita ante a complexidade dos pedidos e de forma a possibilitar uma melhor análise das questões controvertidas, seja de fato, seja de direito, às partes e ao magistrado. Inviável se imaginar processos com múltiplas partes, múltiplos pedidos serem resolvidos oralmente na tradição de salomão.¹⁷⁴

Aponta-se ainda que o uso das novas tecnologias possibilitaria um contato mais direto com o juiz, face à oralidade disponível através da videoconferência ou com o peticionamento eletrônico acostado aos autos diretamente pela parte.

Mas há também o risco, já apontado acima de que o procedimento eletrônico como um todo, com despachos realizados somente de forma eletrônica, bem como a oitiva de partes e testemunhas através de videoconferências afastem o juiz ainda mais de um contato mais direto com as partes, seja em depoimento, seja em apresentação de petições para despacho entre as audiências.

As novas tecnologias respondem à inquietude de dar proximidade, simplicidade e acessibilidade à Justiça, características dos procedimentos orais, mas propostos através de uma oralidade secundária, ou mediata, principalmente através da videoconferência, permitidas notadamente na França¹⁷⁵, Grécia e

poder así cobrar los derechos y otros posibles obsequios correspondientes a los mismos”.

¹⁷⁴ P.HEBRAUD señalaba que la oralidad no podría prescindir de una solida preparación por escrito. “Una oralidad excesiva, la reducción de todo el proceso a un único debate, presenta el peligro de facilitar las sorpresas, argumentos de ultimo minuto a los que el adversario no tenga verdadera posibilidad de responder eficazmente (...) El escrito proporciona el asiento sobre el cual se desarrolle, a continuación, el debate oral

¹⁷⁵ Loi n°2007-1787 du 20 décembre 2007 *sur la simplification du droit*, artículo 25: “I.-tras el artículo L.111- 1 del *Code de l'organisation judiciaire*, se inserta un artículo L.111-12 redactado como sigue : « *art L 111- 2- Las audiencias en las jurisdicción judicial, sin perjuicio de las disposiciones particulares del code de procédure pénale y del code d'entrée et séjour des étrangers, y del derecho de asilo, pueden, por decisión del presidente de la formación de enjuiciamiento, ya sea de oficio, o a instancia de parte, y con el consentimiento de todas las partes, pueden desarrollarse en diversas salas de audiencias unidas directamente por medios de telecomunicación audiovisual que garanticen la confidencialidad de la transmisión. Una o varias de estas salas pueden encontrarse fuera del territorio de competencia del tribunal al que se dirige el demandado. Para el desarrollo de los debates en sesiones públicas, cada una de estas salas estará abierta al público. Para los debates que se desarrollen en Chambre de*

Japão.

Curiosamente, a legislação francesa, já citada, proibiu a gravação destas audiências por videoconferência, o que na verdade não surpreende, considerando a desnecessidade de registro dos depoimentos em ata na tradição europeia e a atenção à intimidade das partes envolvidas em uma sociedade onde a possibilidade de publicidade de fatos e ofensa à imagem das pessoas se encontra extremada. Por outro lado, as audiências a distância com gravação, como é a proposta do CNJ através da Resolução 105, resultam em uma oralidade secundária, mas com as mesmas vantagens da forma escrita na medida em que os atos são registrados em arquivo próprio.

Há objeções no sentido de que um procedimento em sua integralidade virtual é incompatível com a exigência de contato direto entre o juiz, as partes e a prova. É certo que com câmeras e similares o juiz poderia “ver” as partes, testemunhas e perigo, mas faltaria um caráter direto neste contato.¹⁷⁶ A distância colocaria um espaço emocional com o resto dos protagonistas que não poderia ser suprido nem com a colocação de telas do tamanho da parede a mostrarem os protagonistas em corpo inteiro.¹⁷⁷ Há também uma perda da solenidade nas declarações, que, ainda que de cunho psicológico, traz diferenciação ao procedimento¹⁷⁸. O mesmo pode ser dizer no tocante à sensação de Justiça da parte, que pretende ser ouvida pelo judiciário e finda por falar para uma tela.

Os procedimentos europeus estabelecem o princípio da

Conséil, se procederá sin la presencia de público en cada una de las salas. Las tomas de imágenes o de sonido no pueden ser objeto, en ningún caso, de grabación, salvo lo dispuesto en el art.L.- 221-1 y sig. Del Code du patrimoine”.

¹⁷⁶ GASCON INCHAUSTI, F., *Les nouvelles technologies dans les procès civils*, in Colloque de Bahia, septembre 2007.

¹⁷⁷ AMRANI-MEKKI, Soraya. *El Impacto De Las Nuevas Tecnologías Sobre La Forma Del Proceso Civil*.

¹⁷⁸ WALKER, J., WATSON, G-D, *New trends in procedural law. “New Technologies and the Civil Litigation Process”, (2007) 31 Hastings Int'l & Comp LR 251-94.*

imediação¹⁷⁹, traduzidos na França como princípio da presença¹⁸⁰, pelo qual deve haver reunião física entre o juiz e as partes, para possibilitar que esse escute as alegações e experimente as provas frontalmente. Na *Common Law*, onde prevalece o julgamento pelo júri, a importância do contato humano é mais forte.

Não se confunda a oralidade secundária obtida pelos depoimentos em videoconferência, criticados pela ausência de imediatidade com o princípio da publicidade¹⁸¹, exacerbado pela transmissão dos julgamentos pela internet ou em cadeias de televisão. Discutível a exposição de partes e testemunhas em formas de comunicação em massa, como já dito, devendo ser analisado com calma a aplicação do princípio da publicidade em uma era em que a publicidade é extremada. Necessária portanto uma releitura do princípio da publicidade em sede de processo eletrônico.

Entendeu Peyrano que, superada a divergência entre oralistas e escrituralistas, declara o surgimento da chamada corrente digitalista¹⁸², que entende mais econômica e próxima da realidade a substituição total das atas escritas pela gravação audiovisual dos depoimentos. Considera esta a perfeita interação entre as duas correntes, privilegiando a oralidade e o registro dos atos para posterior contraditório, revisão e publicidade.

¹⁷⁹ JEULAND, E., *L'arbitrage en ligne et procès virtuel : pour le principe de présence*. Droit et Procédures, 2007. p 262 e seguintes.

¹⁸⁰ Así, el artículo 137 de la LEC, dispone: *Presencia judicial em declaraciones, pruebas y vistas*. 1. *Los Jueces y los Magistrados miembros del tribunal que esté conociendo de un asunto presenciarán las declaraciones de las partes y de testigos, los careos, las exposiciones, explicaciones y respuestas que hayan de ofrecer los peritos, así como la crítica oral de su dictamen y cualquier otro acto de prueba que, conforme a lo dispuesto en esta Ley, deba llevarse a cabo contradictoria y públicamente*. 2. *Las vistas y las comparencias que tengan por objeto oír a las partes antes de dictar una resolución se celebraren siempre ante el Juez o los Magistrados integrantes del tribunal que conozca del asunto*. 3. *La infracción de lo dispuesto en los apartados anteriores determinará la nulidad de pleno derecho de las correspondientes actuaciones* ». CORTES DOMINGUEZ, V., MORENO CATENA, V., *La nueva ley de enjuiciamiento civil*, T 1, Practica jurídica, Tecnos, Madrid, 2000, spéc. p. 234 « *El principio de inmediación significa que el juez se halla en contacto o comunicación directa con las partes o con los materiales del proceso, a medida que se van produciendo, sin que exista entre ellos elemento alguno interpuesto* ».

¹⁸¹ Carlos Eduardo de Oliveira Dias, Conselheiro do CNJ, fala sobre a existência de uma evasão de privacidade, tamanha é a exposição a que as pessoas se sujeitam nas redes sociais. Informações obtidas em redes sociais têm sido utilizadas para provar contraditas de testemunhas por amizade íntima.

¹⁸² La prueba entre la oralidade y la escritura. Jorge W. Peyrano.

Realmente, nos termos da nossa legislação é possível a substituição completa dos registros escritos pela gravação das audiências. Importante lembrar que a própria legislação, já apontada acima¹⁸³, prevê que a transcrição dos depoimentos para a forma escrita é facultada ao magistrado ou deferida a requerimento da parte.

A legislação, claramente, dá um outro papel para a ata escrita de depoimentos. É agora, não mais a única forma de registro mas sim um acessório, importante, na medida em que possibilita uma verificação rápida de todos os elementos do depoimento, espalhadas em minutos ou horas de depoimentos orais, mas resumidas, ainda que palavra por palavra, em um ou duas laudas de texto, que tornam muito prática a análise do conjunto do depoimento.

O escrito, o oral e as novas tecnologias, são modalidades de procedimento que devem respeitar os princípios do contraditório, oralidade e publicidade com vistas a assegurar o descobrimento da verdade entre as partes. O importante é que não sejam uns sacrificados em privilégio de outros, devendo coexistir os princípios em todos os procedimentos, atentos ainda à razoabilidade e proporcionalidade, efetividade e duração razoável. No caso da videoconferência, está é muito útil nos casos em que a distância faz com que os custos e riscos do deslocamento das partes seja desproporcionais. Caberia ao magistrado apreciar em concreto a oportunidade de realizar as audiências em questão, ponderando entre a celeridade e a imediação.

Em sede de processo penal, o interrogatório judicial do acusado sempre foi a tradição da legislação, desde o Império, sendo expressamente alterada somente através da Lei. 11.900/2009, que alterou o art. 185 do Código de Processo Penal, autorizando o uso da videoconferência para o interrogatório

¹⁸³ O art. 2º da Resolução 105 do CNJ dispõe que os depoimentos documentados por meio audiovisual não precisam de transcrição. § único. O magistrado, quando for de sua preferência pessoal, poderá determinar que os servidores que estão afetos ao seu gabinete ou secretaria procedam à degravação, observando, nesse caso, as recomendações médicas quanto à prestação do serviço.

de acusados presos¹⁸⁴.

A popularização da internet e a massificação de aparelhos telefônicos capazes de transmissão segura e prática de sons, imagens, texto e outros tipos de arquivo, alteraram os parâmetros de proporcionalidade no tocante à utilização das novas tecnologias com vistas ao interrogatório dos réus, mesmo em sede de Direito Penal onde os princípios garantistas da liberdade são sensíveis.

Mas os períodos de transição para a adoção de novas tecnologias são sempre traumáticos, vide a mudança para a máquina de escrever ou desta para o uso de computadores e a informatização do processo.

Atualmente, com base na previsão do art. 185 do CPP, pode ser feito o interrogatório do acusado com o uso da videoconferência ou outro recurso tecnológico.

Danyelle Galvão¹⁸⁵ conceitua o interrogatório à distância como sendo o ato realizado sem o deslocamento físico do acusado à sede do juízo, com a utilização de um recurso tecnológico que possibilita e comunicação entre as múltiplas pessoas fisicamente distantes. Também pode ser chamado de interrogatório virtual ou online.

A utilização da videoconferência é consistentemente relacionada ao privilégio do acesso à justiça. Reduz a necessidade do transporte de prisioneiros, o que também acelera as audiências dos réus bem como ajuda a vencer as distâncias. Reduzem-se custos e previnem-se riscos, sem prejuízos ao contraditório.

O histórico da utilização de audiências à distância no Brasil é recente, como o é a tecnologia. Danyelle Galvão faz referência ao Juiz Luiz Flávio

¹⁸⁴ GALVÃO, Danyelle da Silva. *Interrogatório por videoconferência*. São Paulo: LiberArs, 2015.

¹⁸⁵ Idem.

Gomes como responsável pela realização dos primeiros atos, que por deficiências técnicas sequer podem ser chamados de videoconferências. Refere-se ainda a novas experiências em 2002 pelo Tribunal De Justiça da Paraíba. Em 2005, legislações estaduais surgiram no sentido de regular a utilização de videoconferência com o objetivo de tornar mais célere o trâmite processual, sendo que foram atacadas quanto à competência estadual de lidar com matérias de processo.

Inclusive as experiências de 2002 foram taxadas como nulas pelo Supremo Tribunal Federal¹⁸⁶, que entendeu não haver lei que regulamentasse a prática, com argumentos de ausência de conhecimento prévio do acusado da data da oitiva, bem como no tocante à ausência de motivação para a decisão do uso da tecnologia, medida excepcional a ser fundamentada.

Quanto às leis estaduais, no HC 90.900, a relatora Min. Ellen Gracie, definiu que estes eram constitucionais por tratarem de procedimento¹⁸⁷ e não de processo. Quanto à preservação do contraditório, a ministra citou a Convenção de Palermo, ratificada pelo Brasil, onde há previsão do uso da videoconferência para o interrogatório judicial¹⁸⁸, bem como que a preservação da conferência do patrono com o acusado por via telefônica, ainda que acompanhado pelos agentes penitenciários, não limita ou exclui a privacidade da conversa. Também afastou que a videoconferência tornasse inviável a análise das condições pessoais do acusado.

¹⁸⁶ HC 88.914. Cezar Peluso. A decisão de 2007 foi um revês na utilização da videoconferência, fazendo com que reflúsem as tentativas nesse sentido com vistas a salvaguardar a integridade do processo. Conforme Rômulo de Andrade Moreia, em A nova lei do interrogatório por videoconferência. Revista Jurídica, Porto Alegre, n 362, dez 2007.

¹⁸⁷ Todo o processo eletrônico é, na verdade, procedimento eletrônico, pelo que tranquilo o posicionamento quanto à possibilidade dos tribunais, nos termos da legislação, disciplinarem detalhes sobre a sua implementação.

¹⁸⁸ Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Disciplina em seu art. 18 que: “Se for possível e em conformidade com os princípios fundamentais do direito interno, quando uma pessoa que se encontre no território de um Estado Parte deva ser ouvida como testemunha ou como perito pelas autoridades judiciais de outro Estado Parte, o primeiro Estado Parte poderá, a pedido do outro, autorizar a sua audição por videoconferência, se não for possível ou desejável que a pessoa compareça no território do Estado Parte requerente. Os Estados Partes poderão acordar em que a audição seja conduzida por uma autoridade judicial do Estado Parte requerente e que a ela assista uma autoridade judicial do Estado Parte requerido.

Todavia, a maioria de então, entendeu em sentido contrário, tanto quanto à inconstitucionalidade formal, tanto quanto à ofensa às garantias processuais, seja no sentido da tecnologia restringir as possibilidades de defesa do réu, seja pela especificidade da convenção internacional ao tratar de crimes transnacionais. O que fez com que os Tribunais estaduais anulassem os interrogatórios à distância, realizados até ali, sob o argumento de que a prática do uso da tecnologia dependia de legislação federal.

No ano seguinte, a aprovação da lei 11.900/2006, teve como argumento os altos custos no transporte dos réus para o interrogatório, os riscos envolvidos tanto para as partes como para a sociedade como um todo, bem como o privilégio a uma duração razoável do processo, pelo que a legislação à guisa das decisões do STF, da ausência de norma federal naquele sentido, e já se utilizando-se de argumentos da legislação civil (Lei n.9.099/95), gerou a norma federal que restava para cumprir-se o requisito formal.

Em matéria penal, ante a especificidade da autorização legislativa e o histórico no tocante às decisões do Supremo Tribunal Federal, discute-se se há possibilidade de utilização da videoconferência para a oitiva de réus soltos.

Afirmam os doutrinadores, baseados na discussão do HC 0013003-71.2011.4.01.000 (que tratou do acidente entre o jato americano “*legacy*” e o voo da Gol linhas aéreas) em que arguiu inexistir previsão legal de oitiva à distância de réus soltos, não havendo, também como um problema, o consentimento do acusado na medida excepcional.

Esta diferenciação decorre do reconhecimento por parte da doutrina em haver prejuízo à ampla defesa do réu na utilização de tecnologias que limitam em diversos pontos a interação normal determinada pela legislação. Cumpre afirmar que a legislação permissiva própria veio esclarecer o caráter excepcional da medida, contemplando que, em que pese haver prejuízo, este seria analisado de acordo com os critérios de proporcionalidade precificados pelo juízo, tendo em

vista os outros princípios e valores em colisão.

São evidentes os prejuízos ao réu. Diversas questões de psicologia do testemunho vêm a mente, como a presunção de culpa pela oitiva do réu preso, a diminuição da solenidade no depoimento do réu, bem como o menor temor de engano por parte das testemunhas. Há sim, diferenças e limitações, onde não deveria haver.

Mas também são evidentes os ganhos, praticamente sobre os mesmos pontos fáticos, se olhados sob outra perspectiva. A oitiva presencial do réu preso, pelos procedimentos de segurança que exprimem tornam tão presente o fato de o réu estar preso quanto o faria a sua oitiva diretamente do presídio.

A sua ausência traz mais tranquilidade às vítimas e testemunhas, não submetidas ao constrangimento de encarar o potencial ofensor, os riscos no transporte, os custos, a possibilidade de tentativas de resgate, os problemas de deslocamento, agendamento e recursos dos órgão responsáveis pelos deslocamentos são extremados e autorizam, em determinadas circunstâncias, a serem explicadas pormenorizadamente em decisão passível de recurso, a utilização correta do meio eletrônico para a colheita do depoimento.

Para muitos, o contato entre o acusado e o julgador deve ser pessoal, presencial, sem a intermediação de câmeras e microfones, sob o argumento que o art. 7,5 da Convenção Americana de Direitos Humanos estabelece que “toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz”¹⁸⁹.

Danyelle Galvão rechaça o argumento aduzindo que a Convenção se refere ao momento da prisão¹⁹⁰, e não aos demais atos judiciais realizados

¹⁸⁹ GALVÃO, Danyelle da Silva. *Interrogatório por videoconferência*. São Paulo: LiberArs, 2015.

¹⁹⁰ É o argumento para a recente implantação das audiências de custódia em sede processual penal, orientadas por uma série de mudanças legislativas de origem europeia, com a inserção de fases processuais prévias com forte apela à oralidade com vistas à simplificação e proximidade do juiz ao início da causa.

durante a persecução penal em juízo, pelo que a convenção requereria a audiência de custódia pessoal, mas não a presença física em todo o processo.

A 6ª emenda à Constituição Americana também parece apontar contra a utilização da videoconferência ao afirmar que *“em todos os processos criminais, o acusado terá direito a um julgamento rápido e público, por um júri imparcial do Estado e distrito onde o crime houver sido cometido, distrito esse que será previamente estabelecido por lei, e de ser informado sobre a natureza e a causa da acusação; de ser acareado com as testemunhas de acusação; de fazer comparecer por meios legais testemunhas da defesa, e de ser defendido por um advogado.”*

Horwitz¹⁹¹, ao falar sobre o realismo americano, explica a corrente com uma interpretação constitucional influenciada pelas necessidades de seu tempo, da moral e teoria política prevalentes, das intenções das políticas públicas e mesmo dos preconceitos que os juízes compartilham com os cidadãos comuns, bem mais do que pelo simples silogismo na determinação das regras a governar os homens. Assim, o que alguns chamam de mutação constitucional e outros de ativismo judicial, na verdade representa a interpretação de uma Constituição viva de acordo com os valores e conceitos que se alteram com o desenvolvimento da sociedade.

Assim, a acareação a que o acusado tem direito pode ser entendida como feita por transmissão eletrônica, entendendo-se que a garantia visa principalmente possibilitar ao acusado que saiba quem é o seu acusador com vistas a melhorar a sua defesa ou oferecer contradita e não ao direito fundamental de poder intimidar pessoalmente a testemunha.

Ainda quanto à 6ª emenda, o julgamento no distrito do crime remete ao juiz natural do caso, nada impedindo que o acusado esteja alhures no momento de seu depoimento, desde que respeitadas as regras preestabelecidas de competência. Assim, compatível a videoconferência com a 6ª emenda.

¹⁹¹ Horwitz, J. Morton. American Legal Realism. Oxford University Press. New York. 1993. p. 9

Dyrceu Aguiar Cintra Jr. afirma que a videoconferência “impossibilita perfeita percepção da personalidade do réu, quer para fins de concessão de liberdade provisória, quer e para a atividade futura de individualização da pena, se for o caso de condenação”¹⁹², enquanto Aury Lopes Jr. afirma que a distância contribui para a desumanização do processo penal¹⁹³.

A análise do comportamento e das reações é inerente ao princípio da oralidade, imediação e livre valoração da prova, no entanto, a análise das expressões ou reações corporais devem ser analisadas com cautela, porque muitas vezes podem não ser naturais ou espontâneas. Primeiro porque o comportamento humano não responde a modelos de conduta, em parâmetros comuns, alterando as reações em virtude de temperamento individual ou com o fito de que as alegações pareçam verossímeis¹⁹⁴.

Essa linha argumentativa também se esvai ao se considerar a possibilidade de oitiva de testemunha por carta precatória¹⁹⁵¹⁹⁶.

Não concordamos com o argumento de Vladimir Aras de que se deve abandonar a dicotomia entre o comparecimento real e virtual¹⁹⁷, pois há diferenças entre o interrogatório presencial na sede do juízo e aquele realizado através da videoconferência. Mas, como já foi dito, esta diferença se perde totalmente com vantagens para o uso da tecnologia em se tratando de oitiva de

¹⁹² CINTRA JR., Dyrceu Aguiar. Interrogatório por videoconferência e devido processo legal. p 99

¹⁹³ LOPES JÚNIOR, Aury. O interrogatório online no processo penal, p. 82.

¹⁹⁴ MARTÍN, M. Isabel Huertas. El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba. P 368-370. Ronaldo Batista Pinto afirma que cita que não se vê juiz algum anotar no termo de declarações as reações físicas do acusado e mesmo que anotasse isto seria muito subjetivo. PINTO, Ronaldo Batista. Interrogatório online ou virtual- constitucionalidade do ato e vantagens em sua aplicação. p. 13. No mesmo sentido GOMES, Luis Flávio. O interrogatório a distância; on-line, boletim IBCCRIM, São Paulo, n 42, jun. 1996, p 6.

¹⁹⁵ Gomes, Rodrigo Carneiro. A videoconferência ou interrogatório on-line, seus contornos legais e a renovação do processo penal célere e eficaz, p 45; CHOUKR, Fauzi Hassan. Código de Processo Penal. Comentário consolidados e crítica jurisprudencial, p. 344.

¹⁹⁶ Para Fauzi Hassan Choukr “é fechar os olhos à realidade afirmar-se que não há contato direto entre juiz e pessoa acusada neste ato. O que não há é contato presencial como, de resto, existe em outras hipóteses do processo penal, uma delas também ligada ao direito à ampla defesa, quando da realização de interrogatórios por meio de carta de ordem” CHOUKR, Fauzi Hassan. Código de Processo Penal. Comentários consolidados e crítica jurisprudencial, p. 344.

¹⁹⁷ ARAS, Vladimir. Videoconferência, Persecução Criminal e Direitos humanos, p. 289.

testemunhas por meio de carta precatória, onde há total perda da oralidade.

Diga-se ainda quanto ao crescente uso da videoconferência como forma de comunicação entre os membros da sociedade, que cada vez mais fazem gravações de áudio e vídeo, transmitidas pela internet como meio usual de comunicação, pelo que vão caindo as barreiras de confiança e de preconceito no tocante ao uso de tecnologias de transmissão de voz e imagem com vista à utilização em depoimentos judiciais.

As cartas precatórias seriam, portanto, realizadas a princípio por intimação expedida pela vara do local em que reside a testemunha, para que compareça ao fórum e seja ouvida pelo juízo deprecante, utilizando-se da infraestrutura ali instalada, com vantagens em termos de segurança e certificação.

Em caso de cartas rogatórias, a intimação pode ser realizada por correio diretamente à testemunha ou parte a ser ouvida, ou com apoio da órgão oficial local, nacional ou estrangeiro, com vistas a viabilizar o local seguro e certo em que se realizará o depoimento.

Em que último caso, é possível o envio de e-mail com o chamamento à testemunha, diretamente, para que preste depoimento de onde estiver, em equipamento próprio, utilizando-se do sistema nacional de videoconferência disponibilizado pelo CNJ, aqui dependendo de aquiescência das partes no tocante à certificação da identidade da testemunha, bem como de sua imparcialidade.

Em que pesem os avanços da tecnologia, os entendimentos do Supremo Tribunal Federal ainda atestavam para a diferenciação entre os meios de coleta de depoimento, daí a necessidade de legislação própria a autorizar o procedimento, o que veio a ser deferido pela vigência do Novo CPC.

Em processo penal, as hipóteses que autorizam a utilização da videoconferência são taxativas: a prevenção de risco à segurança pública,

suspeita de fuga, acusado que integre organização criminosa (§2º do art. 185 do Código de Processo Penal), dificuldade no comparecimento por enfermidade ou outra circunstância pessoal (§2º,II do art. 185 do Código de Processo Penal), preservação do ânimo da testemunha ou vítima quando impossível a colheita do depoimento destas por videoconferência nos termos do art. 217 do Código de Processo Penal¹⁹⁸,

A análise da Leis 11.690/2008 e 11.900/2009, que alteraram os art. 185, 217 e 222¹⁹⁹ do Código de Processo Penal, determinam então a existência de três formas de audiência: com a presença física de todos; com a presença do acusado e a oitiva de vítimas e testemunhas com videoconferência; ou com a presença das vítimas e testemunhas e a oitiva do acusado por videoconferência²⁰⁰²⁰¹.

Os questionamentos sobre os limites e legalidade da utilização em meio penal findaram com a edição da Resolução 105/2010 do CNJ, que traçou as diretrizes para a realização de atos por videoconferências, para todos os ramos do Judiciário. estabelecendo em seu art. 1º que o Conselho Nacional de Justiça

¹⁹⁸ Art. 217 do CPP. Se o juiz verificar que a presença do réu poderá causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará a inquirição por videoconferência e, somente na impossibilidade dessa forma, determinará a retirada do réu, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

¹⁹⁹ Art. 222 do CPP. A testemunha que morar fora da jurisdição do juiz será inquirida pelo juiz do lugar de sua residência, expedindo-se, para esse fim, carta precatória, com prazo razoável, intimadas as partes. § 3º Na hipótese prevista no **caput** deste artigo, a oitiva de testemunha poderá ser realizada por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, permitida a presença do defensor e podendo ser realizada, inclusive, durante a realização da audiência de instrução e julgamento. (Incluído pela Lei nº 11.900, de 2009)

²⁰⁰ Danyelle Galvão fala ainda em um quarto tipo de audiência em que o acusado seria apenas retirado da sala a fim de preservar o ânimo da testemunha, durante a oitiva desta, com preservação da presença do defensor.

²⁰¹ Danyelle Galvão questiona a hipótese deferida pela legislação de ser ouvido o réu por videoconferência por impossibilidade de ser ouvida a testemunha com vistas à sua preservação. Me parece clara a hipótese de residir a testemunha na sede do juízo em que tramita o processo, não havendo na comarca ou proximidade local preparado para o depoimento à distância e estar o réu recolhido em centro de detenção que tem a tecnologia. Nesta hipótese, se não por outro motivo, será feita a oitiva da testemunha junto ao juízo, e negar-se-á a condução do réu, com vistas à preservação do ânimo da testemunha, determinando-se excepcionalmente a sua oitiva por videoconferência. Ainda que residual me parece hipótese viável, em que pese residual na medida em que na maioria das vezes em que se comprovar real ameaça à testemunha, esta também se dará perante a sociedade, caracterizando requisito da hipótese clássica de utilização do meio tecnológico.

desenvolverá e disponibilizará a todos os tribunais sistemas eletrônicos de gravação dos depoimentos e de realização de interrogatório de testemunhas por videoconferência²⁰². Que os Tribunais deverão desenvolver sistema eletrônico para o armazenamento dos depoimentos documentos dos pelo sistema eletrônico audiovisual.

O art. 2º da resolução dispensa a transcrição dos depoimentos documentados por meio audiovisual, mas permite, quando da preferência do magistrado, a determinação de sua degravação pela secretaria.

O art. 3º da Resolução dá preferência ao uso da videoconferência no caso de oitiva de testemunhas residentes fora da sede do juízo em que tramita o processo, como decorrência do princípio da identidade física do juiz, deixando a expedição da carta precatória inquisitória como alternativa inferior.

Curiosamente, o inciso III, do §3º deste art. 3º da Resolução fala que, não sendo possível o cumprimento da carta precatória pelo sistema de videoconferência, integrada aos depoimentos da audiência una realizada no juízo deprecante, observada a ordem prevista pela legislação, deverá o juízo deprecado proceder à inquirição da testemunha em data anterior à designada para a realização da audiência una no juízo deprecante.

Em havendo a cisão a prova testemunhal, a resolução faz calara referência à antecipação da oitiva da testemunha deslocada, entendendo menos gravoso ao processo, o que não é a prática comum em sede de jurisdição civil ou trabalhista, onde normalmente, ainda que não haja regra, há a oitiva das partes e testemunhas para posterior oitiva da testemunha através de carta precatória considerando a alta probabilidade de ser dispensada a oitiva considerando eventual acordo ou os termos das testemunhas ouvidas na sede do juízo

²⁰² Esta previsão somente foi implementada no início de 2016 com a criação, em projeto-piloto, do Sistema Nacional de Videoconferência pelo CNJ, com predisposição a cadastro de todos os magistrados do país a fim de viabilizar com a utilização de programa próprio similar aos mais utilizados, a realização de atos por videoconferência. O sistema se embasa nas determinações da lei 11.419/2006, Art. 185, 217 e 222 do CPP, Resolução 105/2010 do CNJ, bem como os recentes artigos 236, 385, 453, 461 e 937 do novo CPC.

competente.

Por um lado a oitiva da testemunha deslocada fica preservada de contaminação pelo depoimento das demais testemunhas e partes. Mas é discussão que nos foge ao tema.

Ao contrário do que toca à testemunha, a regra geral quanto ao interrogatório é de que o réu, ainda que preso, deverá ser ouvido de forma presencial, salvo decisão fundamentada, nos termos do art. 185, §2º, incisos I, II, III e IV do CPP.

Em que pese entendermos que a resolução, como ela mesmo se refere, tratar da utilização da videoconferência em todos os ramos do Judiciário, a remissão é claramente às normas penais, pelo que haverá de ser interpretada de acordo com a sistemática e princípios próprios a cada ramo do direito.

Prevê ainda a resolução o direito da parte assistir à audiência pelo sistema de videoconferência, bem como a presença de seu advogado tanto na sala onde for prestado o depoimento como naquela em que é realizada a audiência.

Na falta de uma definição de videoconferência, em que pesem as obviedades, uso a definição de Danyelle Galvão, com alterações, para definir que é o meio de transmissão de sons e imagens, e eventualmente dados, entre dois ou mais pontos fisicamente distantes, em tempo real e de forma bilateral, com qualidade que permita a interação entre os participantes.

O CNJ afirma que será responsável pela gravação das audiências em videoconferência, mas também encarrega o tribunal pelo seu armazenamento. A gravação assegura o registro dos depoimentos viabilizando a plena devolução da causa aos tribunais. Nessa sistemática, que dispensa a degravação, mas torna obrigatório o armazenamento da transmissão, fica claro o privilégio à oralidade.

A videoconferência, atualmente, já é utilizada por diversos órgãos brasileiros e em diversos países com ganhos nítidos em eficiência e acessibilidade.

Em visita à 3ª Vara Criminal de Taubaté, que utiliza de forma comum a videoconferência para a oitiva dos réus detidos nos centros de detenção provisórias, em que há sala específica para tal, através de convênio firmado entre a Serpro e a Secretaria de Administração Penitenciária, verificamos que além de existir a tela geral em que o réu é visível e audível a todos na sala de audiência, também há um telefone-ip separado para conversa, com vídeo em tela pequena e fone individual para conversa em separado entre o patrono do réu e este, antes da audiência começar. Os depoimentos são registrados como se o réu estivesse presente na sala, podendo ser reduzido a termo, ou gravado em vídeo, armazenado na própria vara, com transferência para CD de arquivo, mantidos até o trânsito em julgado, tudo isto referendado por normativas do TJSP baseadas nos dispositivos da Legislação vigente.

O ministério da Justiça em convênio com a Defensoria Pública da união, através da Portaria DEPEN/DPU 500/2010, implantou sistema de “visita virtual aos presos. A Controladoria-Geral da União também adotou o sistema de videoconferência na instrução de processo e procedimento disciplinares no âmbito do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal, através da Instrução Normativa 12/2011.

As turmas recursais dos Juizados Especiais também tem utilizado a videoconferência nas sessões das turmas de uniformização de jurisprudência nos termos do art. 14. da Lei 10.259/2001.

O TRT da 8ª Região tem sistema semelhante permitindo que os advogados de Macapá possam realizar sustentação oral em seus recursos julgados pelas turmas na sede do Tribunal em Belém, com a utilização de videoconferência ligando o fórum de Macapá à sede do Tribunal em Belém.

Cito ainda, especificamente, o exemplo canadense entendendo haver uma série de similaridades com o caso brasileiro em certas circunstâncias de implantação de novas tecnologias.²⁰³ Ambos os países têm grande território com patentes dificuldades de locomoção (no caso canadense as condições climáticas são mais opressivas que os problemas de infraestrutura). Com base nisto e em um sistema de jurisdição Federal e Estadual supletivas, surge a necessidade de utilização de métodos alternativos de forma a tornar possível o acesso à Justiça e possibilitar a celeridade processual. A utilização das novas tecnologias são então um dos meios para se vencer os obstáculos.

No Canadá, a videoconferência está disponível nos tribunais, por todo o país, sendo utilizadas em diversas situações que variam de acordo com a legislação provincial. Em muitos, como Ontário, é aceita a videoconferência para audiências de custódia/fiança, depoimento de testemunhas, sustentação em recursos, audiências de julgamento para declaração da dosimetria da pena. Também são realizados por videoconferência o recurso à interpretes junto ao órgão de imigração e refugiados.

A videoconferência também é autorizada para testemunhas vulneráveis (menores ou em regime de proteção à testemunha). A configuração típica é aquela em que o acusado está em um centro de detenção, enquanto o juiz e os advogados estão na sala de audiência.

Além da câmera e tela na sala de audiência, também pode haver uma em sala fechada com vistas a possibilitar contato privado entre a defesa e seu cliente.

Em Saskatchewan, há pelo menos 39 centros de detenção e 6 locais de proteção a testemunhas ligados às salas de audiência do judiciário via

²⁰³ O Canadá tem uma grande extensão geográfica, com uma população dispersa. Tem ainda um sistema de tradição jurídica híbrido, com Civil Law em parte do País, Common Law nas províncias de colonização inglesa, mas com um governo Federal, com Judiciários estadual e Federal com convivência harmônica. O sistema legal de Quebec incorpora o Código Civil de Quebec no tocante as matérias cíveis e a tradição da common law em matéria criminal. Bailey, Jane Bailey. DIGITIZATION OF COURT PROCESSES IN CANADA.

videoconferências.

Na Colúmbia Britânica, como forma de incentivo à adoção das novas tecnologias, as custas judiciais para os processos através de videoconferência são pagos pelo ministério da Justiça, ficando a cargo das partes os custos em caso de demandas em que haja necessidade de deslocamento e comparecimento presencial²⁰⁴.

Finalmente, no tocante ao Processo Judicial Eletrônico na Justiça do Trabalho, entendemos que as previsões dos artigos do CPC2015, notadamente nos artigos 236²⁰⁵, 385²⁰⁶, 453²⁰⁷ e 461²⁰⁸, expressamente autorizam a utilização do meio eletrônico com vistas à substituição da prova oral direta pela mediata, nos termos da Resolução n. 105 do CNJ.

A utilização do PJE elimina a dificuldade sentida na videoconferência penal no tocante ao acesso aos autos pelo defensor que acompanha o réu onde este presta seu depoimento.

²⁰⁴ *videoconferencing – is also permitted for certain kinds of appearances under the Criminal Code of Canada and heavily used for bail hearings and other appearances by in-custody accused persons (e.g. Alberta, BC, Manitoba, Newfoundland Nova Scotia, Ontario, Saskatchewan). It is also used for transmission of remote witness testimony, entry of guilty pleas, case conferences (e.g. Ontario) and also for hearings in the SCC, Federal and Tax Courts. It has repeatedly been proposed as an access to justice solution for mediating distance in ways that allow for persons in remote communities (particularly Aboriginal persons) to appear at bail hearings without having to be removed from their communities. It has also been proposed as a cost saving and security risk reduction measure when used to allow for those in-custody to appear in court without the need to be physically transported there; **courtroom technology** – digital audio recording systems (DARS) are in place in Alberta, BC and Nova Scotia and are being implemented in Ontario. Document storage, viewing, manipulation and e-exhibit systems are available in a number of courts (e.g. Alberta, BC, Ontario, Nova Scotia), as are video display screens, and network connections for counsel Bailey, Jane Bailey. Digitization Of Court Processes in Canada.*

²⁰⁵ § 3º Admite-se a prática de atos processuais por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real.

²⁰⁶ § 3º O depoimento pessoal da parte que residir em comarca, seção ou subseção judiciária diversa daquela onde tramita o processo poderá ser colhido por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, o que poderá ocorrer, inclusive, durante a realização da audiência de instrução e julgamento.

²⁰⁷ § 1º A oitiva de testemunha que residir em comarca, seção ou subseção judiciária diversa daquela onde tramita o processo poderá ser realizada por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão e recepção de sons e imagens em tempo real, o que poderá ocorrer, inclusive, durante a audiência de instrução e julgamento.

²⁰⁸ § 2º A acareação pode ser realizada por videoconferência ou por outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real.

Em se tratando de depoimento de testemunhas por carta precatória, o ganho em termos de oralidade é inegável, sendo quase possível afirmar que a tecnologia disponível na maioria das salas de audiência é compatível com a utilização do sistema nacional de videoconferência em implantação pelo CNJ, possibilitando que as testemunhas deslocadas sejam ouvidas na dinâmica da audiência una, mesmo em localidades distantes, com a possibilidade da companhia de patrono das partes.

É instrumento de grande importância na celeridade processual, posto que possibilita o cumprimento simultâneo das cartas precatórias à audiência una, sem depender da atuação de outro magistrado ou sem impor à oitiva da testemunha à pauta de outra jurisdição, muitas vezes assoberbadas, o que pode ser fator de procrastinação.

Ainda, a possibilidade de oitiva simultânea de testemunhas em dois locais, faria com que as partes envidassem mais esforços em fazer comparecer suas testemunhas à sede do juízo de forma a evitar os custos de envio de patronos à duas comarcas diferentes, o que serve para preservar a celeridade processual em situações em que as partes requerem a oitiva de testemunhas através de carta precatória com único intuito de procrastinar o feito, em que pese se tratem de comarcas contíguas, o que é muito comum em Tribunais onde a conurbação é evidente, o que não impede de serem requeridas oitivas de testemunhas através de carta.

O exemplo do pedido de expedição de cartas precatórias para a oitiva de testemunhas entre Guarulhos e a capital, ou mesmo entre o Fórum Rui Barbosa e o Fórum da Zona Leste de São Paulo são exemplos.

Recentemente foram inauguradas salas de audiência especiais para a utilização do recurso da videoconferência nos Fóruns trabalhistas da Zona Sul de São Paulo e no Fórum de Guarulhos, inaugurado em audiência com autor detido em casa de custódia, presidida por este mestrando. Além das bases

normativas já declinadas, com vistas à certificação probatória dos participantes, foi utilizada conexão específica com os presídios, disponibilizada por convênio com a SERPRO e a Secretaria da Administração Penitenciária. Foi então realizada com sucesso a oitiva do autor, a que não declinou a Reclamada, tendo em vista estar detido com perspectiva de longa duração.

Não houve impugnações, até mesmo porque o art. 385 do NCPC expressamente autoriza a utilização da videoconferência para a realização do depoimento pessoal, o art. 285 autoriza a realização por videoconferência de atos processuais, bem como o art. 195 autoriza o CNJ a regulamentar a prática, o que foi feito através de suas resoluções.

Outra questão que pode ser levantada é quanto à apresentação de exceção de incompetência de empresas que são processadas em comarcas distantes e alegam prejuízos enormes à sua defesa pela necessidade de deslocamento de profissionais e prepostos para estas localidades.

A videoconferência, requerida pela ré, possibilitaria o comparecimento e apresentação de defesa à distância, sem que isso resultasse em prejuízo à condução do processo, sendo possível inclusive a oitiva de suas testemunhas pelo mesmo meio, na mesma oportunidade.

Isto pouparia a necessidade de constituição de correspondente ou o deslocamento de patronos e prepostos da empresa a localidades em que deixou de prestar serviços ou mesmo onde nunca chegou a desenvolver atividades ou manter sede.

Nem se diga que o Reclamante teria direito a contraditar pessoalmente as testemunhas da Reclamada (cross examination) visto que nestas circunstâncias a probabilidade é de que as testemunhas da Reclamada já fossem ouvidas por carta precatória em maior prejuízo à oralidade e na maioria das vezes sem a presença de patrono do Reclamante, que geralmente não

dispõe de recursos para custear tal deslocamento ou a contratação de correspondente.

Outro exemplo de utilidade é a presença do Reclamante na audiência trabalhista una através de videoconferência nos casos de situações excepcionais, como o trabalho no exterior ou eventual prisão do Reclamante.

Ainda que as empresas venham a esgrimir aqueles mesmos argumentos já apontados acima, alegando ter direito à presença física do Reclamante, sob pena de arquivamento, com vistas à coleta de seu depoimento, com a finalidade da busca da confissão, nos reportamos à ponderação de princípios feita sobre o tema em matéria penal, quando da discussão sobre a possibilidade da oitiva réus presos por videoconferência.

As regulações legais autorizam a realização da audiência seja feita de forma remota, em decisão fundamentada, que contemple tanto o princípio do contraditório, como os princípios da celeridade e acesso à Justiça, considerando as distâncias, riscos e custos da transferência de presos, principalmente em sede de Justiça do Trabalho, muitas vezes não acostumadas ao nível de segurança necessário para o recebimento de pessoas sob detenção penal.

Os instrumentos técnicos já estão implantados nos centros de detenção provisórios com vistas ao processo penal, pelo que a sua utilização pela Justiça do Trabalho é somente uma questão de convênio específico ou da implantação do Sistema Nacional de Videoconferência baseado no CNJ.

Vemos assim, que a videoconferência, agora com embasamento legal incontroverso, torna-se meio de extrema utilidade para a oitiva de partes e testemunhas, sendo admitida, desde que de forma fundamentada, ou com a concordância das partes até mesmo para a oitiva dos réus ou mesmo do autor.

Entendemos que as determinações do novo CPC, em conjunto com as determinações já previstas nas leis anteriores sobre uso das novas

tecnologias, Leis n. 11419/06 e 9099/95, informadas pelas previsões direcionadas ao direito penal e canceladas, por fim pela Resolução n. 105/2010 do CNJ, estabilizam a autorização para a utilização da videoconferência na esfera do processo judicial eletrônico trabalhista, em perfeita consonância com os princípios de segurança da informação e celeridade que informam o processo eletrônico.

Também privilegiam os princípios de acesso à Justiça e razoável duração que informam o processo do trabalho, bem como em atenção ao princípio da instrumentalidade das formas que informa o processo civil, bem como em atenção ao princípio da oralidade e imediação que permeiam o processo como um todo.

Ante as autorizações legais, não se pode mais falar de que a videoconferência em matéria judicial seja um arranjo entre as partes, um acordo processual entre autor e réu que, de boa-fé, tornam viável o depoimento que de outra forma não se efetivaria.

Ao contrário, as novas disposições do CPC, plenamente vigentes em seara trabalhista, ante a subsidiariedade determinada pelo art. 15 do NCPC e pelo art. 769 da CLT, colocam ao juízo a possibilidade de determinar a realização dos atos judiciais por meio de videoconferência.

Talvez possamos falar em negócio processual no tocante ao prazo para a realização da audiência ou a outros arranjos que seriam acordados entre as partes, mas isso não é elemento necessário para a realização do ato judicial de forma eletrônica, sendo na verdade elementos condicionantes a coincidência de agenda entre os locais de transmissão, visto que normalmente, com vistas à preservação da separação das testemunhas, a transmissão será realizada de órgão judicial ou oficial do local em que se encontrar o depoente.

Cite-se o exemplo da videoconferência realizada no cumprimento de carta rogatória em Portugal como exemplo de efetividade advinda do uso da ferramenta da videoconferência.

5.5 PROVA ELETRÔNICA DERIVADA DE APLICATIVOS

Reiteramos que a questão da prova eletrônica é tema relevante e requer cuidado na fixação dos ônus probatórios, principalmente quanto à autenticidade do documento, que pode ser facilmente manipulado.

Completando a discussão sobre os ônus acima, o processo civil brasileiro adota a teoria de Carnelutti, estabelecida no seguinte princípio, segundo Amaral Santos: quem opõe uma pretensão em juízo deve provar os fatos que a sustentam. Esta é a teoria clássica de distribuição dos ônus probatórios, do art. 333 do CPC/73, replicada no art. 373 do Novo Código de Processo Civil.

Cabendo ao Reclamante a prova do fato constitutivo, poderá fazer uso de transcrição de conversa realizada através de aplicativo de mensagem (whatsapp, instagram, messenger, viber, line, wechat, telegram, imo, snapchat, icq e etc) transcrevendo em formato PDF-A e apresentando-a como prova eletrônica documental.

A verificação da autenticidade dos documentos eletrônicos se guia pelos termos da Medida Provisória 2200-2/01, que instituiu a Institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP – Brasil.

Se não houver a possibilidade de verificação da prova de acordo com os princípios da autenticidade que permeiam a interpretação do processo judicial eletrônico (assinatura eletrônica), a validade dos documentos como prova será considerada de acordo com as regras previstas no art. 408 e seguintes do NCPC, que dizem que as declarações constantes do documento particular escrito e assinado ou somente assinado presumem-se verdadeiras em relação ao signatário.

Em seu art. 439, o CPC/15 prevê que: “A utilização de documentos eletrônicos no processo convencional dependerá de sua conversão à forma impressa e da verificação de sua autenticidade, na forma da lei.”

Ainda, o art. 422, §3º do CPC/15, determina que a forma impressa de mensagem eletrônica tem aptidão para fazer prova dos fatos ou das coisas representadas, se a sua conformidade com o documento original não for impugnada por aquele contra quem foi produzida.

Assim, não havendo assinatura eletrônica que autentique o documento eletrônico nos termos da ICP – Brasil, o documento não será admitido como prova, sem que aquele que o apresentou comprove sua autenticidade ou que essa seja reconhecida pela parte adversa.

Por outro lado, a crescente utilização de mídias sociais como método de comunicação e realização de negócios não pode ser descartada, mesmo que não tenha compatibilidade técnica com a utilização das assinaturas digitais previstas em lei.

Posto isto, importante a leitura do parágrafo 1º do art. 373 do NCPC que estabelece que diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso.

Assim, caberia ao réu, na verdade, a impugnação específica da transcrição de conversa realizada através de aplicativos de mensagens, sob pena de ser considerado como verdadeiro com base na dialética probatória.

Se a parte contra quem se apresenta a transcrição nega a existência da conversa, caberá àquele que a apresentou a prova da interação ou conversa, que poderá ser requerida ao juízo, nos termos do art. 13º do Marco da Internet.

Comprovada a interação, seja por ofício, seja pelo reconhecimento da parte de que houve a conversa, mas não se obtendo confirmação de seu conteúdo, o ônus probatório passaria ao réu, ou àquele contra quem foi produzido

o documento, devendo apresentar o conteúdo da interação ou conversa, sob pena de ser considerada verdadeira a transcrição apresentada.

Se nega o conteúdo, mas não nega a existência da conversa, o réu atrai o ônus probatório de apresentar os seus próprios registros com vistas à determinação do que realmente foi o conteúdo da conversa, sob pena de ser considerada verdadeira a transcrição apresentada pelo autor.

Assim, extratos de conversas por aplicativos como o Whatsapp, Instagram ou Snapchat, que se caracterizam por se apresentar plataformas sigilosas que não guardam registro do conteúdo de suas conversas, ainda que em tese seja possível, na verdade se configuram em situação em que a perícia técnica para a apuração dos conteúdos se mostra desproporcionalmente difícil, pelo que apelaríamos às regras de distribuição dos ônus probatórios com vistas à impor à parte com melhores condições o ônus de provar a autenticidade do documento

É fato que as mensagens eletrônicas utilizadas em aplicativos tendem à extrema concentração de linguagem. Não há problemas em entendê-las como forma escrita, na medida em que são grafadas com caracteres (alfabéticos ou ideogramas) desde a sua criação, não implicando em diferença a sua forma de transmissão.

O coloquialismo também não é obstáculo, sendo consideradas, como sempre foram as notas e recibos simples, prova escrita, desde que atingidos os critérios de forma e contraditório estabelecidos pela legislação.

Estas formas de comunicação e de prova não formalizados sempre existiram. Em locais mais afastados, ou em cortes em que o número de representantes é limitado é comum o desenvolvimento de métodos alternativos de comunicação entre advogados e magistrados, o que foi exacerbado pelas novas tecnologias.

Convém lembrar que estas formas de comunicação, na medida em que carecem da certificação nos termos da legislação se baseiam em uma cooperação e boa-fé entre os operadores que ultrapassa os limites do que seria certificável em processo judicial.

Novamente, vige a dialética processual e a instrumentalidade das formas, com previsão expressa na legislação que autoriza a utilização das novas tecnologias, nos sentido de que são válidos todos os métodos de comunicação, se atingirem a finalidade. Mas se houve impugnação, há sério risco de nulidade, pela carência de possibilidade de certificação de conteúdo em muitos destes instrumentos, por pura incompatibilidade com as certificações determinadas na legislação como requisito de validade dos documentos e comunicações para efeito de processo judicial eletrônico.

A questão é sobre a validade destas transcrições como prova ante os requisitos legais de formalidade previstos para a força probante dos documentos. Na definição sobre a validade destes documentos e em que medida serão considerados unilaterais e inválidos. Uma vez certificada a origem e o destinatário, estes aplicativos de mensagens instantâneas, orais ou escritas, podem ser utilizados até para a comunicação dos atos judiciais, como se tem notícias de diversos exemplos. Mas, enquanto prova, há de se determinar a sua validade, face aos problemas de certificação de origem, destino e conteúdo da mensagem.

O formalismo para a validação da prova é um obstáculo à utilização dos proventos das novas tecnologias que serve à proteção do devido processo legal, pode também gerar, paradoxalmente, um formalismo mais rigoroso que o tradicional. O art. 130 do Código de Processo Civil alemão²⁰⁹ (ZPO) permite o uso

²⁰⁹ Art.130-A do Zivilprozessordnung. *Soweit für vorbereitende Schriftsätze und deren Anlagen, für Anträge und Erklärungen der Parteien sowie für Auskünfte, Aussagen, Gutachten und Erklärungen Dritter die Schriftform vorgesehen ist, genügt dieser Form die Aufzeichnung als elektronisches Dokument, wenn dieses für die Bearbeitung durch das Gericht geeignet ist. Die verantwortende Person soll das Dokument mit einer qualifizierten elektronischen Signatur nach dem Signaturgesetz versehen. Ist ein übermitteltes elektronisches Dokument für das Gericht zur Bearbeitung nicht geeignet, ist dies dem Absender unter Angabe der geltenden technischen Rahmenbedingungen unverzüglich mitzuteilen.* Art. 130-A do Código de Processo

de escritos eletrônicos, desde que assinados eletronicamente nos termos da legislação sobre certificados digitais.

Temos legislação própria em parâmetros idênticos, mas não há consenso na jurisprudência nacional no tocante à aceitação ou não de documentos eletrônicos sem assinatura eletrônica das partes. Parece que as dificuldades técnicas e econômicas de assinatura dos documentos apresentados influencia uma interpretação mais compreensiva destas provas eletrônicas, que a nosso ver acabam por redistribuir os ônus processuais, muitas vezes em prejuízo ao mais frágil.

Não há dúvidas que a legislação autoriza a apresentação das provas através das mais diferentes formas de tecnologia. A questão na verdade é sobre a força probante das mesmas e sobre a quem recaem os ônus de demonstrar a autenticidade do documento eletrônico e por conseguinte, sua validade como prova.

As provas eletrônicas precisam ser examinadas minuciosamente, de preferência por perito nomeado pelo juízo, como forma de se obter o máximo da verdade que se possa extrair dos fatos apresentados nos autos. Há que se tomar cuidado com os dados relativos à parte técnica que envolve tecnologia, pois estes se apresentam em várias camadas, sendo a superficial aquilo que todos os usuários veem, sem praticamente nenhuma informação do que realmente está circulando dentro do ambiente virtual, o que impossibilita, na ampla maioria das vezes, que tais informações sejam usadas como prova de determinados fatos, vez que são facilmente adulteráveis, não gozando de muita credibilidade.

É essencial que dentro do processo estejam também informações

Civil Alemão. No que diz respeito aos documentos preparatórios e seus anexos, para aplicações e declarações das partes, bem como para informações, declarações, opiniões e declarações de terceiros, é prevista a forma escrita, esta forma pode ser substituída por um documento eletrônico, quando apropriado para o uso do Tribunal é. A pessoa responsável deve apresentar o documento com uma assinatura eletrônica qualificada de acordo com a Lei de Assinatura alemã. Sempre que um documento transmitido documento eletrônico para o tribunal para processar não é adequado, este é comunicado ao expedidor indicando as condições técnicas aplicáveis imediatamente. Tradução livre.

sobre as technicalidades inerentes aos meios tecnológicos, pois assim terão melhores condições de poder definir uma solução mais justa para o caso concreto.²¹⁰

Um e-mail sem assinatura eletrônica não é uma prova documental em si e precisa passar por perícia em sua cadeia de custódia e na mensagem propriamente dita para ser considerado como prova válida a ser discutida.

Em resumo, o documento eletrônico pode e deve ser utilizado como prova, mesmo que não tenha sido assinado digitalmente, mas necessitam de cuidados especiais. A autenticidade do documento emitido eletronicamente pode ser obtida por meio da busca e apreensão do computador, celular²¹¹ ou tablet em que tal documento foi emitido, com o objetivo de realizar uma perícia técnica no disco rígido do mesmo, onde poderão ser coletadas informações necessárias para a verificação da autenticidade do documento eletrônico²¹², contudo, este ônus recai sobre a parte que o apresentou, nos termos da legislação processual civil.

²¹⁰ PAGANELLI, Celso Jefferson Messias. Prova eletrônica: convencimento e ativismo judicial. Em: www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11352

²¹¹ Interessante quanto à cadeia de custódia de prova eletrônica em celular é a notícia de que a ANATEL irá proibir a utilização de celulares sem IMEI, o que é elemento de identificação do aparelho utilizado para conversas e mensagens.

²¹² ROMANO, Raquel Alexandra. Documento eletrônico pode ser utilizado como prova. In www.conjur.com.br/2011-fev-23/possivel-verificar-autenticidade-prova-documental-eletronica

5.6 PROVA ELETRÔNICA EXTRAÍDA DA INTERNET

A Lei n. 12.965/2014, define internet como sendo “o sistema constituído do conjunto de protocolos lógicos, estruturado em escala mundial para uso público e irrestrito, com a finalidade de possibilitar a comunicação de dados entre terminais por meio de diferentes redes”.

Trata-se, portanto, de um conjunto de redes de bancos de dados em que a informação é partilhada através de um conjunto de protocolos de intercâmbio comum, o *Transmission Control Protocol* – Protocolo de Controle de Transmissão e o *IP Internet Protocol* – Protocolo de Internet, ou ainda, protocolo de interconexão (TCP-IP)²¹³.

As informações disponíveis na internet estão alocadas em sítios, endereços eletrônicos, que podem ser pesquisados através de ferramentas de busca. Embora as informações contidas nos ambientes virtuais tenham as mais diversas origens, é um fenômeno social da atualidade a confiança nestas informações, baseada em uma dialética reticular, que leva em consideração o confronto destas informações com as demais constantes na rede de informações, bem como nas respostas a estas registradas pelos demais usuários da rede²¹⁴.

²¹³ O TCP/IP foi desenvolvido em 1969 pelo U.S. Department of Defense Advanced Research Projects Agency, como um recurso para um projeto experimental chamado de [ARPANET](#) (Advanced Research Project Agency Network) para preencher a necessidade de comunicação entre um grande número de sistemas de computadores e várias organizações militares dispersas. O objetivo do projeto era disponibilizar links (vínculos) de comunicação com alta velocidade, utilizando redes de [comutação de pacotes](#). O protocolo deveria ser capaz de identificar e encontrar a melhor rota possível entre dois sites (locais), além de ser capaz de procurar rotas alternativas para chegar ao destino, caso qualquer uma das rotas tivesse sido destruída. O objetivo principal da elaboração de TCP/IP foi na época, encontrar um protocolo que pudesse tentar de todas as formas uma comunicação caso ocorresse uma [guerra nuclear](#). A partir de 1972 o projeto ARPANET começou a crescer em uma comunidade internacional e hoje se transformou no que conhecemos como Internet. Em 1983 ficou definido que todos os computadores conectados ao ARPANET passariam a utilizar o TCP/IP. No final dos anos 1980 a Fundação Nacional de Ciências em Washington, D.C, começou a construir o NSFNET, um backbone para um supercomputador que serviria para interconectar diferentes comunidades de pesquisa e também os computadores da ARPANET. Em 1990 o NSFNET se tornou o backbone das redes para a Internet, padronizando definitivamente o TCP/IP. (VAZ. 2012)

²¹⁴ Um dos repositórios mais conhecidos, a wikipedia, que fornece informações como se fosse uma enciclopédia, tem como mecanismo para a compilação de informações a inserção de informações pelos próprios usuários, sem o uso de documentos ou certificações oficiais, sendo os verbetes confirmados e desenvolvidos ou excluídos pelos próprios usuários seguintes.

Quanto aos documento eletrônicos extraídos da internet, sejam os juntados pelas partes, sejam os pesquisados pelo juízo, deverão passar pelo crivo do contraditório com vistas à verificação da verdade entre as partes, para que não haja nulidade e que para que possam, através da dialética processual, ser elucidados erros ou equívocos da base de dados que gerou o documento. Segue-se, em princípio, as mesmas atinentes aos documentos em geral, como já afirmamos acima.

Contudo, os documentos eletrônicos, principalmente os extraídos da internet carecem de validade intrínseca se não detentores dos certificados de autenticidade previstos pela legislação específica, ou seja, assinatura eletrônica nos termos da ICP – Brasil.

O crivo do contraditório, com a aquiescência da parte adversária dará validade ao documento. A impugnação do documento fará com que o ônus de sua autenticidade ou mesmo dos fatos a que se refere permaneçam com a parte que o produziu. O mesmo se dará com o documento acostado pelo juízo, cabendo à parte que o aproveita a prova de sua autenticidade no caso de impugnação, abrindo-se o incidente de falsidade que analisaremos abaixo.

Por outro lado, a medida em que essas bases de dados ganham a confiança da sociedade, margeiam o conceito de notoriedade, pelo que, dependendo das informações, sua origem e as circunstâncias em que se apresenta, pode o juízo considerar para efeito de julgamento, informações que não constam dos autos, tendo origem na rede de computadores, reputando-a como notória ou constatada pela experiência comum.

O art. 374 e 375 do novo CPC, afirmam que não dependem de prova os fatos notórios, bem como que o juiz aplicará as regras de experiência comum ministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial.

Com base nestas regras, seria lícito o julgamento de demandas com a utilização de fundamentos extraídos da internet, desde que considerados como notórios ou oriundos da experiência comum, ambos os conceitos alterados por uma “sociedade da informação” que agrega ao seu consciente cultural todas as informações disponíveis nos sítios de busca da internet.²¹⁵

Há argumentos no sentido de que, em se tratando de processo eletrônico, integrado em uma realidade influenciada pelas novas tecnologias, em uma dita sociedade da informação²¹⁶, o juízo poderia se valer de informações complementares existentes na rede de computadores como fundamento de seu convencimento, sem que isto implicasse em ofensa ao contraditório.

É tentadora a possibilidade de verificação de fatos e circunstâncias através de consultas a sítios da internet que disponibilizam informações de forma gratuita. Como a verificação de distâncias por meio de mapas de localização de endereços, ou mesmo de fotos do local de trabalho tiradas via satélite, tornando, até mesmo, dispensáveis diligências ou inspeções que demandam tempo e recursos.

Na medida em que as informações obtidas na rede de computadores se torna mais confiável, ao menos em alguns sítios específicos, deixando de existir a dúvida sobre a veracidade das informações, que muitas vezes podem ser verificadas imediatamente, diminuiria a incidência de

²¹⁵ José Eduardo de Resende Chaves Júnior, Desembargador do Tribunal do Trabalho de Minas Gerais sustenta que o processo eletrônico deveria ser um *processo em rede*, é dizer, um processo que privilegiasse a aproximação, a conexão entre os autos e o mundo. Isso representaria, assim, a verdadeira desmaterialização das fronteiras entre os autos e o mundo. Seria, esse processo, um fenômeno de interação entre o juiz, as partes e a sociedade, uma estruturação de redes sociais, econômicas e políticas, que levaria a uma *desformalização*, com o correspondente aumento das possibilidades probatórias, densificando, assim, a instrumentalidade própria do processo. Essa sorte de processo privilegiaria o escopo social e político do processo (enquanto, no processo tradicional, “o que não estava nos autos não estaria no mundo”, para CHAVES “o que não está no *Google* não está no mundo”).

²¹⁶ “Sociedade da informação”, também denominada de “sociedade do conhecimento”, é expressão utilizada para identificar o período histórico a partir da preponderância da informação sobre os meios de produção e a distribuição dos bens na sociedade que se estabeleceu a partir da vulgarização das programações de dados utilizados nos meios de comunicação existentes e dos dados obtidos sobre uma pessoa e/ou objeto, para a realização de atos e negócios jurídicos. LISBOA, Roberto Senise. Direito na Sociedade da Informação. Revista dos Tribunais, vol.847, mai/2006. p.78

impugnação às provas apresentadas, ao ponto de argumentarem ser desnecessária a intimação das partes para a manifestação quanto ao documento extraído da internet.

Por outro lado, o processo e a sua verdade são sempre dialéticos. Mesmo as informações dos sítios mais confiáveis, nem sempre o são; são passíveis de erro, somente sendo totalmente aceitas como verdadeiras após a manifestação da parte contrária. Evidente que não haverá impugnação de fatos verdadeiros apresentados em provas sem certificação, como atesta o pequeno número de incidentes de falsidade apresentados em sede de processo judicial eletrônico.

Ainda assim, necessário o crivo do contraditório de forma a estabelecer com exatidão, não o formalismo estabelecido pelo novo CPC, e sim a determinação da verdade real existente entre as partes.

A dinâmica sobre as regras de validação da prova deve permanecer inalterada, em seus pilares, mesmo em sede de processo eletrônico²¹⁷. A legislação, especificamente a sistemática do novo processo civil, subsidiários ao processo do trabalho, proscvem como violadores do contraditório e ampla defesa a ausência de intimação quanto à decisões surpresa, principalmente se baseadas em provas que não constavam dos autos quando do encerramento da instrução processual.

Por outro lado, em se analisando o fenômeno cultural que resultou na sociedade da informação em que vivemos hoje, poderíamos entender os ônus processuais se inverteriam diante da prova extraída da internet, cabendo à parte adversa a desconstituição do documento. Tentador mas extremado.

²¹⁷ VAZ defende em sua tese de doutorado que as provas digitais constituem fonte de prova diferenciada, embora assemelhada aos documentos. Esta premissa conduz à conclusão de que, para garantia dos direitos fundamentais, do devido processo legal e da eficiência do processo penal, a forma de obtenção e produção dessa prova depende de normas específicas, que contemplem suas peculiaridades. Que o procedimento probatório respectivo deve se pautar pelos objetivos de apresentação da integridade e da autenticidade da prova, com a mínimo intervenção n esfera individual, com vistas a assegurar a eficiência do procedimento em um processo garantidas.

Empiricamente, como nos casos das fotografias apresentadas para a contradita da testemunha por amizade íntima, extraídas de redes sociais, como o Facebook, instagram ou whatsapp, não há impugnação da testemunha ou da parte, baseados em uma certeza psicológica da autenticidade do documento, dada a sua origem, submetida ao crivo da publicidade reticular. Veja que, se o fenômeno de transferência de certeza às redes sociais é realmente massificado, implicará na aquiescência quanto à veracidade dos documentos advindos dessas redes, fazendo com que sejam verdade entre as partes, ou ao menos, que seja considerado como documento válido, cabendo ao impugnante a prova de sua falsidade.

Mais presente ainda é a confiança no uso do google street view²¹⁸, muito utilizado com vistas à definição de distâncias e ao reconhecimento de fachadas de imóveis, havendo diversos precedentes do uso da ferramenta em processo do trabalho com vistas à impugnação de pedidos de vale-transporte, tendo em vista a distância do endereço do Reclamante e do local de trabalho. Também o TJ/SP faz utilizou a informação no tocante a determinar a residência de réu em ação de alimentos (Processo: 0011474-93.2016.4.03.6302).

É o que ocorre empiricamente, não havendo notícia, apesar das diversas contraditas, de incidentes que impugnassem a autenticidade dos documentos digitais acostados.

Essa “cultura” também informaria o juízo a punir por ausência de boa-fé a impugnação a documento que goza de tamanha credibilidade, uma vez constatada a veracidade previsível do mesmo.

Temos portanto que o fenômeno cultural relacionado à massificação das informações em rede poderão ser resolvidos processualmente simplesmente pelo comportamento das partes, sem necessidade de alteração dos

²¹⁸ O Google Street View é uma plataforma de navegação que disponibiliza vistas panorâmicas de diferentes regiões do mundo ao nível do chão. As imagens são capturadas por veículos com câmeras capazes de tirar fotografias panorâmicas em 360°

procedimentos ou ônus processuais pelo juízo, que deverão sempre seguir os termos dos artigos 373 e 408 e seguintes do NCPD.

As mudanças de paradigmas sociais devem ser considerados na análise da legislação. Na melhor tradição dos realistas americanos²¹⁹, a legislação é viva e pulsa, assim como a sociedade que circunda e permeia. As alterações no consciente social devem e irão ter reflexos no direito. Seja pela edição de leis, seja pela nova leitura aos mesmos instrumentos normativos, com os novos ares, sob novas luzes, naturais ou eletrônicas.

Esta interpretação estaria de acordo com a teoria Tridimensional de Miguel Reale no atual quadro da interpretação constitucional, na medida em que esta *“decorre da conjugação dos valores metafísicos com a realidade social, mediante o processo normativo, razão pelo qual é denominada, mediante o processo normativo, razão pelo qual é denominada onto-axio-gnosológica. As normas jurídicas, por conseguinte, exsurtem no meio social não como expressão única e suficiente do Direito, mas como um das dimensões da experiência jurídica estando presentes outras duas dimensões: o fato e o valor.”*²²⁰

Assim, devemos considerar as provas de origem puramente eletrônica, ainda que advindas da internet, como documentos em sua acepção técnica, sendo reconhecíveis como prova válida, desde que seguidos os procedimentos de validação aplicáveis a todas as provas, com as especificidades compatíveis com sensibilidade das provas eletrônicas.

Quanto ao momento da apresentação das provas em processo

²¹⁹ Indagamos se a tradicional interpretação constitucional brasileiro, como proposta por Carlos Maximiliano não estaria ligada às bases do “Realismo” americano, lançadas por Holmes em “The Common Law”, estendidas no texto “The Path of the Law” e depois utilizadas no dissenso do julgamento de *Lochner v. New York*, onde apresenta uma interpretação constitucional influenciada pelas necessidades de seu tempo, da moral e teoria política prevalentes, das intenções das políticas públicas e mesmo dos preconceitos que os juízes compartilham com os cidadãos comuns, bem mais do que pelo simples silogismo na determinação das regras a governar os homens. Horwitz, J. Morton. *American Legal Realism*. Oxford University Press. New York.1993. p. 9.

²²⁰ BITTAR, Eduardo C B; ALMEIDA, Guilherme Assis. *Curso de Filosofia do Direito*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

eletrônico, seguem as regras preclusivas previstas no art. 435 do novo CPC, que determinam, de acordo com o “princípio da pré-constituição da prova”²²¹, que é lícito às partes, em qualquer tempo, juntar aos autos documentos novos, quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados ou para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos.

Admite-se ainda a juntada de documentos posterior ao momento adequado, após a petição inicial ou a contestação, quando os documentos foram originados após a preclusão legal, bem como dos que se tornaram conhecidos, acessíveis ou disponíveis após esses atos, cabendo à parte que os produzir comprovar o motivo que a impediu de juntá-los anteriormente e incumbindo ao juiz, em qualquer caso, avaliar a conduta da parte de acordo com a boa fé.

A parte, intimada a falar sobre documento constante dos autos, poderá: impugnar a admissibilidade da prova documental; impugnar sua autenticidade; suscitar sua falsidade, com ou sem deflagração do incidente de arguição de falsidade; manifestar-se sobre seu conteúdo, nos mesmos termos do procedimento comum.

A interpretação lógica da regra permissiva exaustiva é a regra que não permite a juntada de documentos ao longo da instrução, após o momento adequado inicial. A regra se dirige especificamente às partes, em processo civil, com aplicação subsidiária em processo do trabalho.

Por outro lado, a regra não atinge propriamente o juiz da causa em processo do trabalho, que tem ampla liberdade probatória, com base no princípio da busca da verdade real, podendo acostar provas aos autos ao longo da instrução processual, desde que, sejam seguidas as demais regras quanto à apresentação de documentos, previstas no art. 436 do Novo CPC.

Pode o juiz perquirir e acostar provas, ao longo da instrução

²²¹ Sustenta-se a existência do princípio da pré-constituição da prova, decorrente de regras atinentes à produção da prova documental. PAULA, Carlos Alberto Reis de. A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho. 2ª ed. São Paulo: LTR, 2010.

processual. Não há dúvidas quanto a este ponto, nem quanto a seu tratamento idêntico em sede de processo eletrônico.

Assim, temos que as provas, documentos eletrônicos de origem digital, oriundas de sites da internet poderão ser juntadas aos autos como documentos próprios. Ao juízo também será permitida a consulta e juntada de documentos oriundos da internet, descobertos ao longo da instrução processual, desde que, em ambos os casos, seja deferido contraditório adequado às partes com vistas a explicar o significado dos documentos, dando as circunstâncias de sua origem ou mesmo para que possa impugnar a validade dos documentos, instaurando incidente de falsidade sobre o documento eletrônico juntado, cujos detalhes veremos mais abaixo.

Assim, importante reafirmar que os documentos de origem da internet não poderão ser juntados aos autos, mesmo pelo juízo, após o momento processual adequado, ou seja, não poderão ser consideradas com vistas ao julgamento sem que haja contraditório efetivo dispensado às partes²²².

A exposição do juiz da lide aos conhecimentos e informações disponíveis na internet é condizente com neoconstitucionalismo, que busca uma postura mais ativa do juiz, bem como com os princípios da imaterialidade e conexão que informam o processo judicial eletrônico. Ainda assim, deve o magistrado conceder prazo às partes para o contraditório e a ampla defesa, indicando as provas que pretende considerar.

Os documentos oriundos dos sítios da internet não necessariamente condizem com a realidade ou mesmo podem ter sua interpretação profundamente alterada ante a explicação das circunstâncias de sua produção.

²²² Questionamento importante que propusemos desenvolver é: se o Magistrado Trabalhista pode valer-se de informações e conhecimentos que não constam expressamente nos autos para proferir decisão, tendo por contexto o ambiente virtual e o processo judicial eletrônico. (...) Nesse sentido, com o processo judicial eletrônico, o qual faz parte da “rede”, ficou muito mais fácil a colheita de provas fora do ambiente dos autos, devendo o magistrado apenas justificar a sua atitude, bem como conceder prazo às partes para o contraditório e ampla defesa. SCALÉRCIO, Marcos. Ônus da prova no processo do trabalho conforme o Novo CPC. São Paulo: LTr, 2017, p 45.

Deve, portanto, o juízo, em caso de obtenção de nova informação oriunda da internet, por ocasião do julgamento, reabrir a instrução processual com vistas à manifestação das partes, para que circunstanciem a prova juntada ou impugnem a sua validade, o que será avaliado em incidente próprio, com características específicas, no tocante à prova eletrônica, o que será em capítulo próprio.

As partes também podem apresentar, documentos oriundos da internet, o que ocorre principalmente com a apresentação de inicial e defesa.

Aos documentos advindos da internet, com vistas a possibilitar a perícia técnica em eventual impugnação deverão conter elementos que indiquem a sua integridade e local de registro. Assim, e-mails devem ser juntados em sua versão integral, que contém o número de páginas total e o código de localização do registro, geralmente impresso no final da página, quando extraída a mensagem diretamente da rede.

A impressão somente da mensagem final, sem os registros adequados torna frágil a prova, posto que dificulta a sua perícia.

Com os registros adequados é possível a realização investigação junto aos servidores, nos termos do marco civil da internet, com vistas à obtenção de informação sobre a integridade do documento apresentado.

Uma forma de certificação da informação obtida na internet que confere autenticidade imediata à prova, ao menos quanto ao fato quanto à localização e integridade do registro é a ata notarial.

Baseado no art. 384 do CPC, que autoriza a documentação e certificação de fatos, por tabelião, passou a ser utilizada como forma de certificação de registros em redes sociais públicas, como o Facebook, com vistas a uma imediata e mais contundente força probatória.

Registrada a ata notarial, adquire status de documento público, tendo poder persuasivo mais intenso que o documento particular²²³.

Uma vez certificado através de ata notarial, o documento eletrônico, com assinatura digital própria, superará a arguição de falsidade material, podendo somente ser alegada a falsidade ideológica quanto ao conteúdo do documento, o que poderá ser provada pelos demais elementos de prova, mas ficando desnecessária eventual prova pericial.

Quanto à caixa e-mail concedida aos empregados, também se encontra na internet, em meio reticular eletrônico, mas em servidor destinado e concedido pelo empregador ao empregado.

Há debate na jurisprudência no sentido de se entender inviolável o sigilo de correspondência eletrônica, pelo que as informações contidas no e-mail corporativo do empregado não poderiam ser acessadas pelo empregador sob pena de ofensa à intimidade e ilicitude da prova.

O entendimento dominante no TST²²⁴, é de que a concessão da caixa de e-mail tem por finalidade aumentar a eficiência do trabalho para o alcance do objeto social da empresa. Dessa forma, o e-mail corporativo não se equipara às hipóteses previstas nos incisos X e XII do art. 5º da CF, tratando-se de ferramenta de trabalho que deve ser utilizada com a mesma diligência emprestada a qualquer outra de natureza diversa. Considera-se ainda que o empregador é responsável diante do provedor pelo conteúdo, não somente das mensagens trocadas, mas pelos endereços visitados pelo empregado, pelo que este é fiscalizável e responsável pelo uso da internet no ambiente de trabalho e no uso do e-mail corporativo.

Em se tratando de sistema acessível e alterável pelo empregador, a

²²³ SCHIAVI, Mauro. Provas no processo do trabalho. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2017, 187.

²²⁴ AIRR – 1542/2005-055-02-40.4 – Data de Julgamento: 4.6.2008- Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho – 7ª T. -DJ6.6.2008.

impugnação aos termos de eventual documento apresentado implicam na sua apresentação íntegra e rastreável (integralidade da mensagem com a impressão dos códigos quanto ao endereço de registro da mensagem) de forma a possibilitar o ofício aos servidores contratados pelo empregador, para que possam identificar e confirmar a autenticidade das mensagens.

5.7 INCIDENTE DE FALSIDADE NO PROCESSO ELETRÔNICO

Inserida a prova em formato digital nos autos processuais, de acordo com a obrigatoriedade determinada pelas normativas que regulam o processo eletrônico, resta verificar o procedimento para a análise da autenticidade dos documentos, com vistas a resolver o incidente de falsidade gerado pela sua impugnação.

Os documentos digitais, ainda que guardem características próprias, guardam semelhanças com os documentos físicos no tocante à dinâmica processual para a sua apresentação, pelo que podem seguir os mesmos procedimentos no tocante a sua impugnação, reguardados os ditames da Legislação própria.

A tecnologia de escrita tradicional empregava meios mais tangíveis. A noção de informação armazenada em objetos tangíveis, alterados pela manipulação do papel, em suas diversas variações históricas, através de alterações visíveis (tingimento, ranhura) ao olho humano.

A autenticação deste tipo de documento se dá pela inspeção do registro físico de modo a verificar se houve modificação ou reuso do mesmo. Se a assinatura impressa no documento corresponde aos marcadores grafotécnicos daquele a quem corresponderia a mesma. Se a impressão da luz sobre o negativo do filme foi modificada. Evidentemente, os procedimentos de perícia sobre os documentos tangíveis são vastos e complexos, tanto quanto o seu número de possibilidades.

Todos, contudo se baseiam no conceito de “original”. Os documentos físicos, ou tangíveis, ganham vida através do seu original. O termo original tem diversas acepções, mas resta o fato de se tratar do documento verdadeiro, em sua versão primordial. Geralmente, os documentos físicos são dificilmente duplicáveis, possuindo, cada um, um arranjo de matéria único.

Os procedimentos de verificação quanto autenticidade dos documentos acostados em juízo se baseiam na inspeção do documento original com vista à determinação de sua originalidade, seja direta, seja indireta através da juntada aos autos de cópias, que implicam na apresentação dos originais para a verificação.

Mesmo os documentos digitais, quando oriundo apenas da “imaginalização” dos documentos físicos, terão, necessariamente o mesmo procedimento, ou seja, uma vez impugnada a sua autenticidade, deverá ser instaurado um incidente de falsidade, que implicará na apresentação dos documentos físicos originais que deram origem à cópia eletrônica.

Este é o caso mais comum no atual estágio do processo eletrônico, em que a maioria dos documentos juntados são meramente imagens, digitalizações, dos documentos físicos acostadas aos autos digitais.

Evidentemente que, uma vez apresentada a prova digital, seja no caso de documentos físicos ou eletrônicos no original, esta será reputada verdadeira se não impugnada a sua autenticidade no prazo adequado. Ante a preclusão, serão considerados verdadeiros os documentos eletrônicos não impugnados.²²⁵

Os documentos digitais se consubstanciam em uma forma de escrita mais avançada. A escrita em documento digital é diferente. Trata-se de uma sequência de dígitos (1 e 0), em meio microscópico, distinguíveis por fluxos elétricos em sistemas mecânicos. Estes registros são na são, na verdade, camadas de informação, em meio que geralmente pode ser lido, apagado e alterado sem deixar rastro. Assim, quase todas os registros eletrônicos podem ser modificados, daí a dificuldade de nos atrelarmos ao conceito de originalidade.

Por outro lado. Estes registros, de acordo com os sistemas que os

²²⁵ RO 1002251-06.2016.5.02.0010.

produzem ou leem, também produzem metadados, informações sobre as propriedades do registro que vão se acumulando paralelamente às informações deste e podem determinar se houve ou não alteração dos registros em questão e quando²²⁶.

Em razão dos documentos eletrônicos se basearem em uma meio físico mutável, muda-se o paradigma para o teste de autenticidade. A inspeção passa a se basear no conceito de integridade do “registro” e no conceito de “onde” foi registrado.

Com base nesses conceitos, desenvolvidos por PAUL, temos que a possibilidade de verificação da autenticidade do documento eletrônico passa pela existência de marcadores quanto à integridade do “registro” com sua origem.

Temos então uma motivação para a opção pela juntada dos documentos eletrônicos em versão PDF-A, para os documentos escritos, e JPEG e MPEG para os registros em áudio e vídeo, considerando que são códigos de registro que primam pela produção dos metadados que possibilitam a verificação da integridade do documento e do local em que os mesmos estão registrados.

Assim, em se tratando de documentos físicos digitalizados em formato PDF-A, é possível a rápida verificação com vistas a se determinar se foram alterados ou não após o evento da imaginalização.

Quanto aos documentos eletrônicos em sua origem, há mais dificuldades.

Evidentemente a apresentação aos autos será feita em um dos formatos previstos pelas normativas do PJe (PDF-A, JPEG, MPEG). Em caso de impugnação, os documentos “originais” deverão ser apresentados.

²²⁶ Os sistemas mantêm o que se chama de “log”, um registro de funcionamento com os eventos ocorridos em um dispositivo, com indicação de data, arquivos criados, modificados, impressos, deletados, etc. Andrea Monti. La nuova disciplina del sequestro informatico. In: Lupária, Luca (Org.). Sistema penale e criminalità informatica. Milão: Giuffrè, 2009, p. 204.

Como já dissemos, esta originalidade será determinada com a inspeção técnica das bases físicas (mídias) em que foram primeiramente registrados os documentos.

Assim, registros eletrônicos de jornada terão a impugnação aos documentos acostados resolvida com uma verificação da correlação destes com os registros constantes do relógio eletrônico que deu origem ao extrato, assim, como a imagens de circuito de segurança serão comparadas com os HDs em que foram gravadas originariamente.

Sempre tendo-se em mente que a verificação da integridade do documento depende dos sistemas de armazenamento próprio da mídia original e em sua maior ou menor propensão à alteração ou sobrescrição em termos de registro de metadados.

Assim, com as especificidades próprias de cada tipo de mídia, seguir-se-á os procedimentos do Novo CPC.

Schiavi²²⁷ lembra que a formação de documento não verdadeiro, como a utilização de papel assinado em branco ou a falsificação de uma assinatura no documento é chamada de falsidade material, passível de impugnação e impondo a realização de perícia técnica com vistas à verificação da autenticidade do documento. Quanto o documento é verdadeiro, mas declara fato ou acontecimento inverídico, diz que há falsidade ideológica.

Nos casos de falsidade material, o CPC de 1973 dispunha no seu art. 390 que haveria a instauração do incidente de falsidade, uma ação incidental movida no curso de um processo já pendente.

O art. 430 do Novo CPC trata com redação diferente o mesmo instituto, determinando que esta será resolvida como questão incidental, salvo se

²²⁷ SCHIAVI, Mauro. Provas no processo do trabalho. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2017, 187.

a parte requerer que seja considerada como questão principal.

Assim, deixa de se comportar o incidente de falsidade como ação incidental, passando a questão incidental, continuando, a nosso ver, a poder ser apresentada como “incidente de falsidade” que não deixou de ser.

Deixando de ser ação incidental, o incidente de falsidade deixa de exigir peça formal, passando a poder ser invocada, também no processo do trabalho, ante a aplicação subsidiária, através de simples requerimento a partir da juntada dos documentos impugnados.

O prazo do CPC de 15 dias para tal impugnação não se aplica ao processo do trabalho²²⁸, por incompatível, a exemplo do prazo para a contestação excluído pelos ditames da instrução normativa 39 do TST.

À dinâmica trabalhista impõe a mesma solução jurisprudencial e doutrinária para o prazo concedido à réplica, que determina ser este em audiência, por imposição da dialética do processual comum, ou no prazo determinado pelo juízo²²⁹.

Assim, o prazo para a impugnação dos documentos acostados pelo autor é o prazo para contestar, ou seja, até a proposta conciliatória infrutífera. Ao autor, a prazo para requerer o incidente de falsidade é até o prazo dispensado à manifestação dos documentos da defesa.

Em caso de juntada de documentos novos, o prazo para a impugnação será aquele consignado à manifestação da parte, conforme o despacho, conforme a prática processual trabalhista.

Se a falsidade for requerida como questão principal, implicará em

²²⁸ Schiavi afirma se aplicar ao processo do trabalho o prazo de 15 dias por aplicação do art. 15 do CPC. idem

²²⁹ (AIRR – 99840-92.2008.5.10.0003, Relator Ministro: Hugo Carlos Scheuermann, Data de Julgamento: 02/12/2015, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 04/12/2015

declaração no dispositivo da r. sentença, cabendo a decisão os efeitos da coisa julgada, inclusive considerando os termos do art. 506 do NCPD no tocante ao seu aproveitamento perante terceiros.

Cabe o incidente de falsidade cabe tanto quanto à falsidade material quanto para a falsidade ideológica, mas somente a primeira demanda a realização de perícia técnica.

Não será realizada a perícia técnica se a parte impugnada retirar o documento ou se não atender à determinação de apresentação dos “originais”, hipóteses em que serão desentranhados e desconsiderados os documentos apresentados.

Em havendo elementos dialéticos nos elementos probatórios, será considerada a capacidade das partes de produzir os documentos com vistas à eventual inversão dos ônus probatórios, cabendo ao autor a apresentação de sua versão do documento, principalmente em se tratando de documentos eletrônicos advindos de comunicação entre as partes.

Cumpra sempre lembrar que o ônus principal de provar a veracidade do documento é daquele que o acosta, não sendo, ainda assim, impossível que ao impugnante caiba o ônus de apresentar elemento ou indício de prova que deveria possuir pelas circunstâncias da comunicação ou do registro do fato.

6. CONCLUSÃO

Após o desenvolvimento do presente trabalho, há algumas considerações a serem feitas.

A análise breve da evolução história do processo eletrônico no Brasil nos mostra que houve uma grande evolução no tocante à legislação, que conceitua de forma útil e dá subsídios para a consolidação dos institutos jurídicos que dão e darão suporte ao desenvolvimento do processo judicial eletrônico no Judiciário brasileiro, especialmente no tocante à Justiça do Trabalho.

Também cabe apontar que foram realizados imensos investimentos pelo Poder Judiciário, principalmente pela Justiça do Trabalho, para desenvolver meios e infraestrutura que possibilitasse sua transição para uma matriz digital de acumulação de dados, com a tramitação integral de seus processos em meio reticular-eletrônico, inclusive com o crescimento e especialização de setores dedicados exclusivamente ao desenvolvimento de softwares e instalação e manutenção de equipamentos de tecnologia de informação, com vistas a adequar as capacidades instaladas com a demanda de dados decorrente do uso massificado dos instrumentos tecnológicos colocados à disposição do jurisdicionado.

Todo este desenvolvimento tecnológico que levou à digitalização integral dos documentos a serem juntados aos autos não foi fruto de uma atitude unilateral e sim um reflexo dos meios e usos da sociedade, que está em um momento de transição para uma utilização cada vez mais persistente de novas tecnologias em suas atividades comuns.

Com isto, é interessante o vislumbre no sentido de que as mídias digitais passam, gradativamente, a gozar da mesma confiança junto à sociedade que antes gozavam as escrituras, pelo que diminui a resistência e aumenta-se o uso de prova de origem puramente digital, com implicações importantes no

tocante à sua interpretação jurídica, disciplina de juntada e principalmente, no tocante à verificação de sua autenticidade, conceito que estão em momento de transição de inspeção de originalidade para uma mera verificação de integridade documental eletrônica e verificação do local de registro dentro da rede mundial de computadores.

Há ainda questões com dissonância como dos efeitos da ausência de assinatura digital nos documentos digitais particulares juntados e as implicações quanto a isto para a carga probatória dos mesmos. Questões que esperamos ter abordado de forma competente, não com vistas a resolver em definitivo, mas com a intenção de provocar mais indagações no tocante aos reflexos teleológicos e axiológicos da interpretação das regras de validade das provas digitais.

Confiamos nos ditames constitucionais e, imbuídos de seus princípios, a quem somos fiéis, devemos interpretar as normas processuais de forma a privilegiar a consecução de todos os princípios e garantias processuais, sempre lembrando que a interpretação da norma processual mais correta é aquela que privilegia o correto e célere andamento do processo ao seu fim com a efetiva tutela jurisdicional.

7. REFERÊNCIAS

ABRAMOVITZ, Lenny. The Role of Technology in the Provision of Poverty Law Services. [article]. *Journal of Law and Social Policy*, Vol. 23, (2014), pp. [i]-163.

ADORNO JUNIOR, Hélcio Luiz; **SOARES**, Marcele Carine dos Prazeres, *Universitas*, ano 6, no. 11, julho/dezembro 2013, pp 65-86

ALMEIDA, José Raul Gavião, O interrogatório a distância, Teses, USP, SP, 2000.

ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. Processo eletrônico e teoria geral do processo eletrônico: a informatização judicial no Brasil. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. 424 p.

ALVIM, J.E. Carreira; **CABRAL JÚNIOR**, Silvério Nery. Processo judicial eletrônico. Curitiba: Juruá, 2008.

AMARAL, Paulo Osternack, Provas Atípicas no Processo Civil, Tese, 2014.

AMRANI-MEKKI, Soraya. El Impacto De Las Nuevas Tecnologías Sobre La Forma Del Proceso Civil.v. I p Ponencias generales e informes nacionales, valencia: International Association of Procedural law (IAPL), Valencia, 2008

ARAZI, Roland. *La prueba en el proceso civil*. Buenos Aires: Ediciones La Rocca, 1998.

ARENHART, Sérgio Cruz. O ônus da prova e sua modificação no Direito Processual Civil Brasileiro. Disponível em <http://www.abdpc.org.br>

ARONE, Bruno da Costa, “Reflexões sobre a oralidade no processo eletrônico”, *Revista Eletrônica de Direito Processual*, ano. 3, vol. 3, RJ, 2009, pp. 109-124.

ATHENIENSE, Alexandre Rodrigues. Comentários à Lei n. 11.419/2006 e as práticas processuais por meio eletrônico nos tribunais brasileiros. Curitiba: Juruá, 2010.

_____. Os avanços e entraves do processo eletrônico no judiciário brasileiro em 2010. *ADV: Advocacia Dinâmica – Seleções Jurídicas*, Rio de Janeiro, p. 11-15, jan. 2011.

BAILEY, Jane. DIGITIZATION OF COURT PROCESSES IN CANADA. Laboratoire de Cyberjustice. Working paper n.2. Montreal. 2012.

BALDINI, Renato Ornellas, Distribuição dinâmica do ônus da prova no Direito Processual do Trabalho”. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo. São Paulo. 2013.

BARBOSA, Hugo Leonardo Penna. Lei nº 11.419/2006: o processo eletrônico como garantia de um judiciário efetivo. *Revista Dialética de Direito Processual*,

São Paulo, n. 49, p. 79-94, abr. 2007.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Fundamentos Constitucionais do Princípio da Cooperação Processual*. Salvador: JusPodivm, 2013.

BENTHAM, J., Tratado de las pruebas judiciales, Buenos Aires, 2002, p. 73.

BOROWSKI, Isabella Resende von, “interrogatório por video conferência no processo penal brasileiro, tese, 2014.

Boucinhas Filho, Jorge Cavalcanti. Processo em meio eletrônico e a qualidade de vida de seus usuários. In: Princípios do processo em meio reticular-eletrônico: fenomenologia, normatividade e aplicação / Cláudio Brandão, organizador; São Paulo: LTR, 2017.

BRAGA DA SILVEIRA, Bruna. A distribuição dinâmica do ônus da prova no CPC. In: *Direito Probatório*. Salvador: JusPodivm, 2015.

BRANDÃO, Cláudio Mascarenhas. Processo eletrônico na Justiça do Trabalho. In: CHAVES, Luciano Athayde (org) Curso de processo do trabalho. São Paulo. Ltr, 2009.

_____. Processo judicial eletrônico – Uma silenciosa revolução na Justiça do Trabalho. In. Revista LTR, São Paulo, ano 77, jan. 2013. p. 16-24.

BRASILEIRO, Ricardo Adriano Massara. Intimações eletrônicas no regime da Lei n. 11.419, de 19 de dezembro de 2006. Revista Dialética de Direito Processual, São Paulo, n. 72, p. 111-121, mar. 2009.

BRENNER, Susan W . Law in an Era of Pervasive Technology [article], Widener Law Journal, Vol. 15, Issue 3 (2006), pp. 667-784.

CABRERA, Juan Trujillo, La Carga Dinámica de la Prueba, Ed. Leyer, 2007.

CALAMANDREI. Piero. Il processo come un giuoco. Rivista di Diritto Processuale. Vol. V, Parte I. Padova: CEDAM, 1950. p. 23-51.

_____, “Elogio de los jueces escrito por un abogado, REUS, 2009.

CAMBI, Eduardo. *Inversão do ônus da prova e tutela de direitos transindividuais: alcance exegético do art. 6º, VIII, do CDC*. Revista de processo, n. 127, ano 30, setembro de 2005.

CARPES, Artur. *Ônus dinâmico da prova*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

CAPPELLETTI, Procedure Orale et Procedure et Procédure Écrite – Oral and Written Procédure in civil litigation, Milano: New York: Giuffrè: Oceana, 1971.

CARVAJAL, Patricio-Ignacio. *Non liquet!:* facilidad probatoria en el proyecto de un nuevo código procesal civil. *Revista chilena del derecho* [online]. 2012, vol.39, n.3,

pp. 565-604. Disponível em: <http://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v39n3/art01.pdf>. Acesso em 12/11/2017.

CARVALHO, Ricardo Motta Vaz de, “O impacto do processo judicial eletrônico no direito contemporâneo” Trabalho publicado nos anais do xix Encontro Nacional do Conpedi realizado em Fortaleza – CE nos dias 09,10,11 e 12 de junho de 2010, pp. 4121-4133.

CASTELLS, M. **A sociedade em rede** – a era da informação: economia, sociedade e cultura; Volume I. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CASTRO, Aldemario Araújo. O triunfo da convergência digital e as cautelas necessárias. *Consulex. Revista Jurídica*, Brasília, v. 15, n. 338, p. 25-26, fev. 2011.

CHAVES, Luciano Athayde. *A Recente Reforma no Processo Comum, Reflexos no Direito Judiciário do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2007.

CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende (Coord.). *Comentários à lei do processo eletrônico*. São Paulo: LTR, 2010.

----- . Processo em meio reticular eletrônico: constitucionalismo dialógico e democracia hiper-real, no contexto dos megadados. In: *Princípios do processo em meio reticular-eletrônico: fenomenologia, normatividade e aplicação* / Cláudio Brandão, organizador; São Paulo: LTR, 2017.

----- . Elementos para uma nova teoria do processo em rede. In: *O que há de novo em processo do trabalho*. São Paulo: Ltr, 2015.

CHIOVENDA, Giuseppe., *Le forme nella difesa giudiziale del diritto, in saggi di diritto processuale civile*, I, Roma, Soc., Foro Italiano, 1930, spéc.p.368

-----, G., *Principios de Derecho Procesal Civil*, Tomo 2, Madrid, 1922.

----- . *Instituições de direito processual civil*. Vol. III, 3 ed. Campinas: Bookseller, 2002

CINTRA JR., Dyrceu Aguiar. Interrogatório por videoconferência e devido processo legal. P 99

CLEMENTINO, Edilberto Barbosa. *Processo judicial eletrônico*. Curitiba: Juruá, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. *Afirmção Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

CORDEIRO, Wolney de Macedo. Novas tecnologias e o processo do trabalho. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 30, n. 110, p. 161-173, dez. 2010.

CORTES DOMINGUEZ, V., MORENO CATENA, V., *La nueva ley de enjuiciamiento civil*, T 1, Practica jurídica, Tecnos, Madrid, 2000

COSTA, João Paulo Silveira, “Reflexoes sobre a prova documental no processo eletrônico”, 2o. Congresso internacional de direito e contemporaneidade, Santa Maria, 4,5,6 jun/2013.

DALL’AGNOL JUNIOR, Antônio Janyr. *Distribuição dinâmica dos ônus probatórios*. In: Revista Jurídica, nº 280. Porto Alegre: Notadez/Fonte do Direito, 2001.

DANTAS NETO, Renato de Magalhães. Autos virtuais: o novo layout do processo judicial brasileiro. Revista de Processo, São Paulo, v. 36, n. 194, p. 173-203, abr. 2011.

DÉMOULAIN, Matthieu. Nouvelles technologies et droit des relations de travail: Essai sur une évolution des relations de travail. Éditions Panthéon-Assas, Paris, 2012.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; e OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*, v. II, 10ª ed. Salvador: *Juspodivm*, 2015.
_____. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A reforma do código de processo civil. São Paulo. Malheiros. 1995.

EISNER, I., “La intermediación en el proceso”, Revista Jurídica La Ley, Tomo 99, p. 894

FELICIANO, Guilherme Guimarães. Da forma à função: redescobrir o processo do trabalho por uma perspectiva mais humana / Guilherme Guimarães Feliciano, Talita Guelfi. São Paulo: LTr, 2015.

FERREIRA, William Santos. *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*, Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas (coord.). São Paulo: RT, 2015.

FEÓLA, Luis Fernando. Prática jurídica no Pje/JT – processo judicial eletrônico da justiça do trabalho. São Paulo: LTR, 2014.

FLOUR, J., “Quelques remarques sur l’évolution du formalisme”, *in Le droit privé français au milieu du XXème siècle*, Mélanges RIPERT, LGDJ, Paris, 1950, T.I, pp.93 y ss

FONSECA, Fernando Daniel de Moura; BIRCHAL, Leonardo de Abreu. Algumas considerações sobre os atos processuais em meio eletrônico: da Lei 9.800/99 à Lei 11.419/2006. Revista de Processo, São Paulo, v. 33, n.155, p. 125-153, jan.

2008.

FRANCO, Ivan Candido da Silva de; CUNHA, Luciana Gross. The CNJ and the Discourses of Law and Development, [article], *DIREITO GV Law Review*, Vol. 9, Issue 2 (July-December 2013).

FREITAS, Flávia Miranda de. A importância da definição de documento eletrônico. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 34, n. 173, p. 357-372, jul. 2009.

GASSER, Christoph. Submission of Evidence through Digital Documents in Swiss Civil Litigation [article] *Digital Evidence and Electronic Signature Law Review*, Vol. 3 (2006), pp. 84-88.

GALVÃO, Danyelle da Silva. *Interrogatório por videoconferência*. São Paulo: LiberArs, 2015.

GASCON INCHAUSTI, F., *Les nouvelles technologies dans les procès civils*, in Colloque de Bahia, septembre 2007.

GIANNINI, Leandro J. *Principio de colaboración y carga dinámica de la prueba* (una distinción necesaria). Disponível em: <http://www.academia.edu/4982453/Principio_de_colaboracio_y_carga_dinamica_de_la_prueba_una_distincion_necesaria_>. Acesso em 09/01/2018.

GIGLIO, Wagner D. Mundo novo – novas ideias – novo direito. *Legislação do Trabalho*, São Paulo, n 293, jan./fev; 1962.

_____. Informatização do processo judicial – acertos e desacertos – Lei n. 11.419, de 18.12.2006. *Revista LTR*, São Paulo, v 71, n3. p. 304, mar. 2007.

International Conference on Digital Evidence [notes]. *Digital Evidence and Electronic Signature Law Review*, Vol. 5.

GOMEZ, Carlos E. Jiménez, "Desafios de la modernización de la justicia en tiempos del gobierno abierto", *Revista Digital de Derecho Administrativo*, no. 12, Segundo Semestre/2014.

GOMES, Luis Flávio. O interrogatório a distância; on-line, boletim IBCCRIM, São Paulo, n 42, jun. 1996

HORWITZ, J. Morton. *American Legal Realism*. Oxford University Press. New York.1993.

JEULAND, E., *L'arbitrage en ligne et procès virtuel : pour le principe de présence.*, Droit et procédures, 2007.

KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso comum” comum para assegurar o acesso à justiça e a probatio diabolica. I: *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

LACOURSIÈRE, Marc. Le consommateur et l'accès à la justice. Les Cahiers de droit, Volume 49, numéro 1, mars 2008.

LAFOND, Pierre-Claude. L'accès à la justice civile au Québec. Portrait général, Éditions Yvon Blais, Cowansville, 2012.

LEIPOLD, H.C. Dieter. Elementos Orales Y Escritos En La Fase Introductoria Del Proceso Civil.. I p Ponencias generales e informes nacionales, valencia: International Association of Procedural Law (IAPL), Valencia, 2008

LÉVY, Pierre. Tecnologias intelectuais e modos de conhecer: nós somos o texto. Disponível em: <<http://caosmose.net/pierrelevy/nossomos.html>> Acesso em 09/01/2018.

LIRA, Leandro de Lima, O processo eletrônico e sua implementação na justiça brasileira, teses, Campina Grande, 2004.

LISBOA, Roberto Senise. Direito na Sociedade da Informação. Revista dos Tribunais, vol.847, mai/2006.

LOPES, João Batista. A prova no direito processual civil. 2ª ed. São Paulo: RT, 2002.

LOPES JUNIOR, Aury. O interrogatório online no processo penal, p. 82.

LUIS VARGAS, Abraham. *Cargas probatorias dinámicas. Sus perfiles actuales y algunas respuestas para sus críticos*. Disponível em: www.acaderc.org.ar

LUÑO, Antonio E. Perez. Los derechos fundamentales. Madrid: Editorial Techno, 2007.

LUPO, G.; BAILEY, J. Designing and Implementing e-Justice Systems: Some Lessons Learned from EU and Canadian Examples. *Laws* **2014**, 3, 353-387.

MALAGÓ, Fábio Machado. Distribuição do ônus da Prova. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo. São Paulo. 2014.

MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In Yarshell, Flavio Luiz; (Coord.). Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover. São Paulo DPJ Editora 2005.

MALLET, Estevão, “Notas sobre o sistema recursal do projeto de código de processo civil e o processo do trabalho”, Rev. TST, Brasília, vol, 78, n. 4, out/dez

2012, pp. 53-69.

MANHABUSCO, José Carlos, A inversão do ônus da prova no processo do trabalho: (teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. São Paulo: LTr, 2017

MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades de caso concreto. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao010/luiz_marinoni.htm. Acesso em 12.11.2015.

-----, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. “Código de processo civil comentado”. 3ª ed. São Paulo: RT, 2011.

MARTIN, Peter W., “Abandoning law reports for official digital case law”, The Journal of appellate practice and process, vol. 12, n. 1, 2011 – pp. 25-89.

MARTINEZ, Ramses Henrique. Processo judicial eletrônico : uma abordagem metodológica para o processo de sua implementação. São Paulo, 2012. Tese (Doutorado) – Faculdade do Direito da Universidade de São Paulo.

MCCLANE, Jeremy R. Class Action in the Age of Twitter: A Dispute Systems Approach. Harvard Negotiation Law Review. Vol 19:213, Spring, 2014. p. 213-284.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Julgamento e ônus da prova. In: *Temas de Direito Processual Civil* –segunda série. São Paulo: Saraiva, 1988.

MURILLO, Walter Eduardo Campos. *Aplicabilidad de la teoría de las cargas probatorias dinámicas al proceso civil peruano. Apuntes iniciales*. Revista Oficial del Poder Judicial: Año 6 - 7, n° 8 y n° 9 / 2012-2013.

NERY JUNIOR, Nelson. Código de Processo Civil Comentado. 16ª ed. São Paulo: Saraiva. 2017.

OLIVEIRA, Francisco Antonio de. A prova no processo do trabalho. São Paulo: LTr, 2014.

PAULA, Carlos Alberto Reis de. A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho. 2ª ed. São Paulo: LTR, 2010.

PAULA, Wesley R. de. Publicidade no processo judicial eletrônico. São Paulo: Ltr, 2009.

_____. Processo judicial eletrônico e internet: intimidade, privacidade e a publicidade processual. Antinomias entre as garantias constitucionais sob a ótica do CNJ. Revista Forense, v. 414, Rio de Janeiro,: Forense, jul/dez 2011.

PEREIRA, Carolina Grant. O processo digital no processo do trabalho: reflexos de uma sociedade da informação. Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI, Florianópolis: Boiteaux, 2010.

PEYRANO, Jorge W. *La carga de la prueba*. Disponível em: <<<https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/38jorge-w-peyrano.pdf> >>. Acesso em: 15.11.2017.

_____. *La regla de la carga de la prueba enfocada como norma de clausura del sistema*. Civil Procedure Review, v. 1, n.3: 95-102, sep./dec., 2010.

PIRES, Libia da Grança, Teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho, teses, usp, São Paulo, 2011.

PIROTTA, Wilson Ricardo Buquetti, Para uma leitura do direito do trabalho à luz dos direitos humano: analogia e auto integração do sistema, tese, 2009.

RAMOS, Vitor de Paula. *Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

REALE, Maurizio, Il processo Civile Telematico, Supplemento altalex quotidiano, gennaio, 2014.

RESTREPO, Juliana Pérez. *La Carga Dinámica De La Prueba En La Responsabilidad Administrativa Por La Actividad Médica*. Disponível em: <https://aprendeonline.udea.edu.co/revistas/index.php/red/article/download/11386/0399>. Acesso em 09/01/2018.

RIBEIRO, Rodrigo Koehler; **VALCANOVER**, Fabiano Haselof. Processo eletrônico tem princípios novos e revisa antigos. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3792, 18 nov. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/25872>>. Acesso em: 13 jul. 2016.

ROHRMANN, Carlos Alberto, **ALBERGARIA NETO**, Jason Soares Albergaria, “Digital Evidence in Brasil”, Digital Evidence and Eletronic Signature Law Review, vol. 5, 2008.

SÁNCHEZ, Pedro Donaires. Aplicación jurisprudencial de la doctrina de las cargas probatorias dinâmicas. *Derecho y Cambio Social*. Disponível em www.derechoycambiosocial.com/. Acesso em 12/11/2015.

SANTOS, Moacyr Amaral. Prova judiciária no cível e no comercial. Vol. I. 4ª ed. São Paulo: Max Limonad.

SANTOS, Sandra Aparecida de Sá dos. A inversão do ônus da prova: como garantia constitucional do devido processo legal. São Paulo: RT, 2002.

SCALERIO, Marcos. Petição inicial e defesa no processo do trabalho conforme o novo CPC. São Paulo: LTr, 2017.

SCARPINELLA Bueno, Cassio. “Curso sistematizado de direito processual civil”. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. Vol 2, Tomo I.

SENÉCAL, François; **BENYEKHLEF**, Karim. Groundwork for Assessing the Legal Risks of Cyberjustice. Canadian Journal of Law and Technology, Forthcoming. July 1, 2009.

SCHIAVI, Mauro. Manual de direito processual do trabalho. 12ª ed. de acordo com Novo CPC. - São Paulo: LTr, 2017.

----- . Provas no processo do trabalho. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2017.

SCHULTZ, T., *Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne, une approche critique*, Bruylant, Bruxelles, 2005

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Questões velhas e novas sobre a inversão do ônus da prova* (CDC, art. 6º, VIII). In: Revista de Processo, n. 146. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 49 – 67.

SILVA, Cláudia Marin da. As Novas Tecnologias de Informação e Comunicação e a Emergência da Sociedade Informacional . Disponível em: <<http://www.angelfire.com/sk/holgonsi/claudia.html>>. Acesso em 09/01/2018.

SILVA, Homero Batista Mateus da. Curso de direito do trabalho aplicado. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. v. 9: processo do trabalho.

----- Comentários à reforma trabalhista. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017,

SILVA, Otávio Pinto e. Processo eletrônico trabalhista. São Paulo: Ltr, 2013. _____ . PJe-JT: desafios para a Justiça do Trabalho. Revista do Advogado, v. 120, p. 68-75, 2013.

_____ . O 'PJe' e o exercício da advocacia trabalhista. Revista do Advogado, v. 121, p. 68-75, 2013.

SILVA JÚNIOR, Walter N. da. “Informatização do processo”. **CHAVES**, Luciano Athayde (org.). Direito Processual do Trabalho: reforma e efetividade. São Paulo: LTR, 2007.

SOUZA, Fabiano Coelho. Princípio do Hiper-realismo: O processo Eletrônico no Templo da Verdade (ou num Novo Baile de Máscaras). In Princípios do processo em meio reticular-eletrônico: fenomenologia, normatividade e aplicação / Cláudio Brandão, organizador; São Paulo: LTR, 2017.

STORME, Marcel. Más Voz Y Menos Letra: En Defensa De La Oralidad En Los Procesos Judiciales., v. I p Ponencias generales e informes nacionales, valencia: International Association of Procedural law (IAPL), Valencia, 2008

TARUFFO, Michele. O ônus como figura processual. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume XI. Disponível em: www.redp.com.br. Acesso em 12/11/2015.

-----, Michele. Oralidad y Escritura como Factores de Eficiencia en el Proceso Civil.v. I p Ponencias generales e informes nacionales, valencia: International Association of Procedural Law (IAPL), Valencia, 2008

TASLITZ, Andrew E., “Digital Juries Versus Digital Lawyer, Criminal Justice, spring 2004.

TEIXEIRA. Tarcísio. Curso de Direito e Processo Eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2013.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. Curso de Direito Processual do Trabalho, vol I. São Paulo: LTR, 2009.

----- . A sentença no processo do trabalho. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2017.

TÉLLEZ, Julio Alvear; CUEVAS, Ignacio Covarrubias. Observaciones constitucionales al proyecto de nuevo Código Procesal Civil. *Revista Actualidad Jurídica - Universidad del Desarrollo*. N° 27 - Enero 2013. Disponível em: <http://derecho-scl.udd.cl/investigacion/files/2013/09/Obsevaciones-constitucionales-1.pdf>. Acesso em 12/11/2015. P. 29-61.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. vol. 1, 46. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2007, p. 472.

URBINA, Eduardo Vesga. La carga de la prueba en le procedimiento laboral: dos casos prácticos. Disponível em: <http://www.azc.uam.mx/publicaciones/alegatos/pdfs/13/13-15.pdf>

VAZ, Denise Provasi. Provas Digitais no Processo Penal, Formulação do conceito, definição das características e sistematização do procedimento probatório. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. São Paulo. 2012

VEGAS JUNIOR, Walter Rosati. Prova no processo do trabalho: das influências dos avanços tecnológicos e sua utilização no direito trabalhista. Curitiba: Juruá, 2017

VÉLEZ, Diego Palomo. Las cargas probatorias dinámicas: ¿Es indispensable darse toda esta vuelta? *Revista Ius et Praxis*, Año 19, N° 2, 2013, pp. 447 – 464. Disponível em: <http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v19n2/art15.pdf>. Acesso em 13/11/2015.

VERMEYS, Nicola. Étude sur les incidences juridiques de l’utilisation de l’infonuagique par le gouvernement du québec. laboratoire de cyberjustice. working paper n.11. Montreal. 2014.

WALKER, J., **WATSON**, G-D, *New Trends in Procedural Law: New Technologies and the Civil Litigation Process” 31 Hastings Int’l & Comp LR 251-94 with Garry*

Watson, 2007

ZAHLOUTH JÚNIOR, Carlos Rodrigues. A informática e a justiça do trabalho da oitava região. Disponível em : <http://ww1.anamatra.org.br/>

ZAMUR FILHO, Jamil. Processo judicial eletrônico: alcance e efetividade sob a égide da Lei n.11.419, de 19.12.2006. São Paulo, 2011. Dissertação (Mestrado) – Faculdade do Direito da Universidade de São Paulo.

ZANGRANDO, Carlos Henrique da Silva. O processo “eletrônico” e suas repercussões no processo do trabalho. Suplemento Ltr, São Paulo, ano 43, n.20/07.