



PROCESSO Nº TST-RR-1279-63.2012.5.09.0668

A C Ó R D ã O

2ª Turma

GMJRP/lt/ml/JRP/li

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. GRAVAÇÃO REALIZADA PELA ESPOSA DO RECLAMANTE DE CONVERSA TELEFÔNICA ENTRE ELA E O PREPOSTO DA RECLAMADA, QUE PRESTAVA INFORMAÇÕES SOBRE EX-EMPREGADOS. GRAVAÇÃO VISAVA COMPROVAR QUE A RECLAMADA FORNECIA INFORMAÇÕES NEGATIVAS A RESPEITO DO RECLAMANTE A EMPRESAS INTERESSADAS EM CONTRATÁ-LO. IRRELEVANTE O FATO DE QUE O RECLAMANTE, BENEFICIÁRIO DA GRAVAÇÃO, NÃO TER PARTICIPADO DA CONVERSA GRAVADA. EXIGÊNCIA INVIABILIZA O DIREITO DE DEFESA. PROVA LÍCITA. A discussão dos autos não se refere à interceptação telefônica, a qual é feita por terceiro que não participa da conversa, mas de "gravação feita por um dos interlocutores (ou com autorização deste), no caso, a

esposa do autor", por meio da qual se comprovaria que a reclamada "estava repassando informações negativas a seu respeito [reclamante] para outras empresas onde estava prestando processo seletivo". O diálogo entre a esposa do reclamante e o preposto da reclamada, responsável por prestar informações sobre ex-empregados, também não se insere em causa legal de sigilo ou de reserva de conversação para ser inadmitido como prova. Se houvesse vedação, seria em favor do reclamante, sobre quem versava a conversa, e não da reclamada, como entendeu equivocadamente o Regional, ao concluir pela ilicitude da prova.



PROCESSO Nº TST-RR-1279-63.2012.5.09.0668

Registrou o Tribunal a *quo* que a gravação não foi utilizada em proveito da esposa do reclamante (interlocutora que realizou a gravação), "e sim de terceiro (autor), que não participou da conversa", sendo diversa da hipótese decidida no RE-402.717/PR, na qual se concluiu pela licitude da gravação. Quanto à gravação utilizada como prova, a Suprema Corte, nos autos do RE-583.937-RJ, Tema nº 237 da Tabela de Repercussão Geral, em acórdão da relatoria do Exmo. Ministro Cezar Peluso (DJE 18/12/2009), reafirmou a jurisprudência daquela Corte (fundamentos expendidos na decisão proferida no RE-402.717/PR), fixando a

tese: "é lícita a prova consistente em gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro". Impõe ressaltar que, na fundamentação do acórdão do RE-402.717/PR (DJe 13/2/2009), cujos fundamentos foram ratificados em decisão com caráter vinculante (repercussão geral), o Supremo Tribunal

Federal destacou que "já proclamou esta Corte, em hipótese em certo sentido até mais singular, onde se discutia a licitude do uso do teor de conversa telefônica por quem alegava ter sido vítima de crime cometido de um dos interlocutores, o qual desconhecia **a gravação feita por terceiro com autorização do outro**"

(destacou-se), referindo-se à analogia entre "causa excludente de injuricidade da ação" e "legítima defesa", adotada no acórdão proferido no HC nº 74.678 (DJ 15/8/97), relatado pelo Exmo. Ministro Moreira

Alves. Nesse habeas corpus, discutia-se

a "utilização de gravação feita por terceiro com autorização de um dos interlocutores sem o



PROCESSO Nº TST-RR-1279-63.2012.5.09.0668

conhecimento do outro”, em que se decidiu pela licitude da prova, com fundamento em “causa excludente da antijuridicidade da ação”, em que a vítima de extorsão pretendia comprovar a prática do referido crime pelo interlocutor (fiscal de rendas), que não tinha conhecimento da gravação. *In casu*, o reclamante defendia seu direito de personalidade, pretendendo comprovar a prática de ato ilícito pela reclamada (prestação de informações desabonadoras contra ele). Salienta-se que, se o reclamante solicitasse à reclamada informações (como empregador interessado na sua contratação), “sua voz seria reconhecida pelo chefe e pelos colegas de trabalho”, que não prestariam informações. Somente por meio de ligação telefônica feita por outra pessoa seria possível a produção da prova. Nesse contexto, a exigência de que o reclamante fosse um dos interlocutores da conversa gravada inviabilizaria a produção da prova do fato constitutivo do direito daquele e a pretendida proteção jurisdicional de direitos da personalidade. Por outro lado, o direito à privacidade da reclamada não é absoluto para cercear a defesa do reclamante, que também busca preservar sua intimidade, privacidade, honra e imagem. Ao contrário do entendimento adotado pelo Regional, a Suprema Corte não exige que a gravação seja utilizada, em Juízo, em proveito de quem a realizou para ser considerada lícita, mas que tenha sido realizada por um dos interlocutores da conversa, no caso, a esposa do reclamante. A situação se assemelha à destacada pelo Exmo. Ministro Moreira Alves (HC nº 74.678), em que “seria uma aberração considerar como violação do direito à privacidade a gravação pela própria vítima, ou por ela autorizada, de atos criminosos,



PROCESSO N° TST-RR-1279-63.2012.5.09.0668

como o diálogo com sequestradores, estelionatários e todo tipo de achacadores”

(destacou-se). Diante do exposto, a gravação de conversa por um dos interlocutores (esposa do reclamante), a despeito do desconhecimento pelo outro interlocutor (empregado da reclamada), a fim de repelir conduta ilícita do outro, é lícita, não se enquadrando na vedação constante do artigo 5º, incisos LVI e XII, da Constituição Federal, uma vez que constitui exercício regular do direito e de legítima defesa (artigo 5º, inciso LV).

Recurso de revista **conhecido e provido.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso

de Revista n° **TST-RR-1279-63.2012.5.09.0668**, em que é Recorrente _____ e Recorrida _____ **INGREDIENTES LTDA.**

O Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, pelo acórdão de págs. 155-184, negou provimento ao recurso ordinário do reclamante, mantendo a decisão pela qual se indeferiu a produção de prova pericial em gravação telefônica, por considerar que sua obtenção ocorreu por meio ilícito. O Regional ainda manteve a sentença no tocante à improcedência do pleito de pagamento de indenização por danos morais.

Irresignado, o reclamante interpõe recurso de revista, às págs. 186-204, com amparo no artigo 896, alíneas “a” e “c”, da CLT.

O recurso foi admitido pelo despacho de págs. 206-208. Contrarrazões apresentadas às págs. 210-237.

Dispensada a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, tendo em vista o que dispõe o artigo 95 do RITST.

É o relatório.



PROCESSO Nº TST-RR-1279-63.2012.5.09.0668

V O T O

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. GRAVAÇÃO REALIZADA PELA ESPOSA DO RECLAMANTE DE CONVERSA TELEFÔNICA ENTRE ELA E O PREPOSTO DA RECLAMADA, QUE PRESTAVA INFORMAÇÕES SOBRE EX-EMPREGADOS. GRAVAÇÃO VISAVA COMPROVAR QUE A RECLAMADA FORNECIA INFORMAÇÕES NEGATIVAS A RESPEITO DO RECLAMANTE A EMPRESAS INTERESSADAS EM CONTRATÁ-LO. IRRELEVANTE O FATO DE QUE O RECLAMANTE, BENEFICIÁRIO DA GRAVAÇÃO, NÃO TER PARTICIPADO DA CONVERSA GRAVADA. EXIGÊNCIA INVIABILIZA O DIREITO DE DEFESA. PROVA LÍCITA

I -

CONHECIMENTO

O Regional decidiu a questão com os seguintes fundamentos:

“Quanto à alegação de nulidade por cerceio de defesa, assiste razão ao recorrente.

Na audiência de instrução (fls. 96/98) requereu o reclamante perícia em um CD "a fim de comprovar que a voz que consta no áudio como sendo de Eduardo Garcia, funcionário da Reclamada, é mesmo dele". O Juízo indeferiu, fundamentando que: "**Conforme maiores ilações a serem expandidas quando da prolação da sentença** [sem grifo no original], entende-se por desnecessária tal prova pericial, registrando-se os protestos cautelares por tal indeferimento por parte do Reclamante". As razões finais foram remissivas.

É certo que no entendimento desta Turma, é necessário que em razões finais a parte que se entenda lesada apresente arguição de nulidade ou renove protestos ocorridos em audiência, sendo insuficiente para tal finalidade razões meramente remissivas, sob pena de preclusão consumativa.

No caso dos autos, no entanto, o magistrado registrou expressamente em ata, ao indeferir a prova, que seriam feitas maiores ilações quando da prolação da sentença. E assim ocorreu, pois o juízo de origem abriu um tópico na parte meritória da sentença denominado "I - DO INDEFERIMENTO DE PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL", onde ressaltou, logo de início, que:



PROCESSO Nº TST-RR-1279-63.2012.5.09.0668

Muito embora os protestos do autor em razão do indeferimento de produção de prova pericial não terem sido ratificados em razões finais, visto que as partes optaram por fazê-las de forma remissiva, conforme consignado no termo de audiência de fls. 96/98, **passa este Juízo a fundamentar seu indeferimento, de forma mais aprofundada, como se comprometeu naquela oportunidade, já que se entende por reiterados os "protestos" na forma remissiva das razões finais do reclamante** [sem grifo no original].

Entendo, portanto, que não ocorreu, neste caso, a figura jurídica da preclusão, pois transferindo o magistrado para a sentença a fundamentação completa acerca do indeferimento da prova, o recurso ordinário é a primeira oportunidade que o autor tem para falar nos autos após a realização do ato reputado nulo. Como toda decisão deve ser devidamente fundamentada (artigo 93, IX, da CRFB), apenas após esta ocorrer é que o ato se torna completo e passível de manifestação a respeito pela parte, pois, caso contrário, não haveria como se insurgir da decisão.

Passo à análise da alegação de nulidade por cerceio de defesa.

O reclamante requereu, como já dito, na audiência de instrução (fls. 96/98) perícia em CD "a fim de comprovar que a voz que consta no áudio como sendo de Eduardo Garcia, funcionário da Reclamada, é mesmo dele". De acordo com a inicial, tal gravação supostamente comprovaria que a ré estava repassando informações negativas a seu respeito para outras empresas onde estava prestando processo seletivo (inclusive informando a respeito da propositura de ação judicial), impedindo-o de ser contratado.

Ressaltou o magistrado de origem, no mesmo item da sentença acima indicado, que:

... indeferiu a produção de prova pericial requerida pelo autor naquela assentada de fls. 96/98, vez que, mesmo que comprovado fosse que a voz que consta do áudio (CD-ROM arquivado nesta Secretaria - fl. 36) é de Eduardo Garcia, empregado da ré, ainda assim de nada serviria, pois tal prova jamais poderia ser conhecida e admitida pelo juízo, diante da evidência de sua obtenção por meio ilícito, razão pela qual o prosseguimento da dilação probatória requerido pelo reclamante, na forma de produção de perícia para aferição e identificação das vozes daquela ligação telefônica gravada em mídia CD/Rom, de nada contribuiria para o deslinde do feito, pois, ilícita a gravação telefônica, sequer se poderia aproveitar o resultado da prova técnica, esta então indeferida pelo Juízo, eis que escorado no artigo 765 da CLT, evitando-se assim a oneração desnecessária do feito...



PROCESSO Nº TST-RR-1279-63.2012.5.09.0668

Como visto, **o indeferimento da perícia decorreu principalmente por conta de entender o magistrado de origem que a prova é ilícita.** Ocorre que, conforme o próprio juízo *a quo* ressaltou na sentença, **o STF mitiga em alguns casos a proibição de prova obtida através de conversa telefônica gravada, sem autorização de juiz e com desconhecimento do envolvido (artigo 5º, inciso XII, da CFRB).** Há, assim, claro cerceio de direito de defesa do autor. Considerando que o objeto da prova repousa em fatos relevantes, pertinentes e controvertidos e se a prova pericial era importante para o deslinde da questão, implica cerceio do direito de defesa o indeferimento de sua produção. A conclusão pela ilegalidade da prova não pode ser óbice para a produção da mesma, mormente quando tal legalidade em alguns casos é mitigada no próprio STF.

Do exposto, acolhe-se a alegação de nulidade processual por cerceamento de defesa, determinando-se o retorno dos autos à Vara de Origem para realização da prova pericial, a fim de se confirmar ou não se a voz que consta no áudio é do Sr. Eduardo Garcia, empregado da Reclamada, com regular prosseguimento do feito a partir de então.

Esse é o meu entendimento que, no entanto, restou vencido pela maioria, a partir do voto de divergência apresentado pelo Revisor Des. Archimedes Castro Campos Júnior, abaixo transcrito:

As alegações do autor estão fundamentadas exclusivamente na gravação trazida aos autos (CD de áudio), decorrente de conversa telefônica entre a esposa do autor (conforme dito por este em depoimento pessoal) e suposto empregado da reclamada.

O Juízo indeferiu a prova pericial postulada pelo autor, com vistas a comprovar que um dos participantes dessa conversa era, de fato, empregado da reclamada, o que foi negado por esta em contestação.

Se o meio de obtenção da gravação é reputado ilícito e, portanto, imprestável como prova, desnecessária seria a produção da perícia requerida.

Assim, não compartilho da afirmação constante no voto Relator no sentido de que "...não poderia o magistrado de origem, independentemente de considerar ilícita ou não a prova, indeferir a perícia", haja vista que a análise da ilicitude da gravação como meio de prova deve preceder à análise da pertinência da prova pericial requerida, sob pena de inutilidade desta (art. 130, do CPC).

Conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal "é lícita a prova consistente no teor de gravação de conversa telefônica realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, se não há causa legal específica de sigilo nem de reserva da conversação, sobretudo quando se predestine a fazer prova, em juízo ou inquérito, a favor de quem a gravou". (STF, RE 402717/PR, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 02.12.2008).

Nesse mesmo sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de



PROCESSO Nº TST-RR-1279-63.2012.5.09.0668

Justiça:

"HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. VEREADOR. CORRUPÇÃO ATIVA E PASSIVA. CONDENAÇÃO. FITA CASSETE. PROVA. LICITUDE. 1. A uníssona jurisprudência desta Corte, em perfeita consonância com a do Pretório Excelso, firmou o entendimento de que a gravação efetuada por um dos interlocutores que se vê envolvido nos fatos em tese criminosos é prova lícita e pode servir de elemento probatório para a *notitia criminis* e para a persecução criminal" (HC 36545/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 02.08.2005)

A hipótese dos autos difere, porém, da situação retratada nos julgados acima. No caso em análise, a gravação feita por um dos interlocutores (ou com autorização deste), no caso, a esposa do autor, não foi utilizada em proveito desta, e sim de terceiro (autor), que não participou da conversa. Ou seja, não foi utilizada em defesa do próprio interlocutor, que realizou a gravação.

Conforme se extrai da r. sentença:

"No presente caso, o autor não informou em sua exordial como obteve a aludida gravação, sendo que, somente em audiência, por ocasião de seu depoimento pessoal de fls. 96/98, inclusive somente depois de certa insistência do Juiz sobre quem era a voz feminina que teria feito aquela ligação telefônica ali gravada, já que num primeiro momento o reclamante tentou ocultar sua identidade, mas esta era imprescindível exatamente para se aferir a origem de tal gravação trazida como embasamento único de prova para todo o pleito exordial, no que tange sua licitude ou ilicitude, mas ali, superada a recusa e hesitação iniciais, naquele depoimento pessoal de fls. 96/98 o reclamante esclareceu que a interlocutora do diálogo travado supostamente com o senhor Eduardo Garcia, empregado da empresa ré, era sua esposa (fl. 96, item "2"), e não alguém em nome de alguma empresa interessada na sua contratação, como tentou induzir na petição inicial.

Diante desse quadro, tem-se que a mitigação apontada para permitir como lícita uma escuta telefônica não se aplica à situação em análise, sendo forçoso reconhecer como ilícita a prova trazida aos autos, pois o autor não participou da conversa gravada, já que não foi o demandante quaisquer dos interlocutores daquela gravação telefônica trazida em mídia CD/Rom, já que de tal conversa telefônica apenas participaram terceiros estranhos à lide, de um lado supostamente a esposa do reclamante e, do outro lado, supostamente o empregado da ré de nome Eduardo Garcia.



PROCESSO N° TST-RR-1279-63.2012.5.09.0668

Como dito, essa mitigação da proibição constitucional de gravação de ligações telefônicas somente é cabível quando um dos interlocutores, ainda que sem conhecimento dos outros interlocutores que participam da ligação telefônica, realiza por conta própria e em proveito próprio a gravação do diálogo que está mantendo com terceiros e, então, esse interlocutor e apenas ele é quem pode usar para si tal prova, pois apenas para ele a prova pode ser tida como lícita, mas jamais fornecê-la para terceiros, mesmo que parentes (esposa e marido, no caso em tela), razão pela qual deve prevalecer como prova ilícita a gravação trazida em mídia CD/Rom arquivada em apartado junto à Secretaria da Vara, já que a parte autora não teve qualquer mínima participação naquele diálogo, pois ali apenas falaram terceiros estranhos à lide, como já mencionado acima e, então, não se beneficia o demandante dessa mitigação excepcional, pois, caso contrário, então qualquer pessoa poderia sair por aí fazendo gravações telefônicas e repassando-as para terceiros usarem em nome próprio, já que somente se fosse o reclamante um dos interlocutores de tal ligação telefônica ali gravada é que permitiria a aplicação desse flexibilização da vedação constitucional”.

Compartilho do entendimento exposto pelo Juízo de origem, quanto à ilicitude da prova, amparado em jurisprudência deste E. Tribunal Regional do Trabalho e também do Superior Tribunal de Justiça, conforme segue:

"GRAVAÇÃO DE CONVERSA POR UM DOS INTERLOCUTORES - TERCEIRO ESTRANHO A LIDE QUE SE APRESENTA COM FALSA IDENTIDADE - PROVA ILÍCITA DISPOSIÇÃO DE INDUZIR A ERRO - EVIDENTE TENTATIVA DE PROVOCAR O RESULTADO - In casu, é incontroverso que a gravação das conversas em fita magnética foi realizada por um dos interlocutores que se apresentou com outra identidade, ou seja, por um dos participantes do diálogo, mas pessoa estranha a lide. A esposa do reclamante, sob falsa identidade, buscava obter prova para dar suporte à presente reclamação trabalhista. Quando a escuta telefônica ou gravação é feita por um dos interlocutores estranho a lide (ainda que o outro não tenha conhecimento da gravação) é considerada prova ilícita, incidindo a hipótese do inciso LVI do artigo 5º da CF. Sentença que se reforma. (TRT 09ª R. - RO 1680/2006-670-09-00.3 - 4ª T. - Rel. Sérgio Murilo Rodrigues Lemos - DJe 03.05.2011 - p. 38)

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ART. 121, DO



PROCESSO Nº TST-RR-1279-63.2012.5.09.0668
CÓDIGO PENAL. GRAVAÇÃO DE CONVERSA TELEFÔNICA POR UM DOS INTERLOCUTORES. AUTOR DA GRAVAÇÃO QUE NÃO A REALIZOU PARA A PRÓPRIA DEFESA E, TAMPOUCO, EM RAZÃO DE INVESTIDA CRIMINOSA. INDEVIDA VIOLAÇÃO DA PRIVACIDADE. ILICITUDE DA PROVA.

I - No "Supremo Tribunal, não tem voga a afirmação apodítica dessa licitude (licitude da gravação de conversa realizada por um dos interlocutores), (...): a hipótese de gravação de comunicação telefônica própria, sem ciência do interlocutor, tem sido aqui examinada caso a caso, e ora reputada prova ilícita, por violação da privacidade (...), ora considerada lícita, se utilizada na defesa de direito do autor ou partícipe da gravação, em especial, se vítima ou destinatária de proposta criminosa de outro (...)." (cf, HC 80949-9/RJ, 1ª Turma, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 14/12/2001).

II - Portanto, a análise da licitude ou não da gravação de conversa por um dos interlocutores sem a ciência do outro deve ser casuística, i.e., deve ser caso a caso.

III - No caso em tela, a gravação da conversa telefônica foi realizada pela amásia do réu, tão-somente com o intuito de responsabilizá-lo pelo crime, uma vez que a vítima do homicídio era pessoa com quem ela mantinha relação amorosa. Dessa forma, como se percebe, tal prova (gravação telefônica) foi colhida com indevida violação de privacidade (art. 5º, X, da CF) e não como meio de defesa ou em razão de investida criminosa, razão pela qual deve ser reputada ilícita. Writ concedido a fim de que a prova obtida em virtude da gravação telefônica seja excluída dos autos. (HC 57.961/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 21/06/2007, DJ 12/11/2007, p. 242)"

Sob tais fundamentos, divirjo do i. Relator, em relação à declaração de nulidade do feito, por cerceamento de defesa, e consequente determinação de retorno dos autos à origem.

Caso acolhida, impõe-se necessidade de prosseguimento do julgamento em relação ao dano moral pretendido.

Ante o exposto, nego provimento." (págs. 160-166 - grifou-se)

Nas razões recursais, às págs. 186-204, o reclamante



PROCESSO Nº TST-RR-1279-63.2012.5.09.0668

defende a licitude da gravação telefônica de conversa entre sua esposa e um preposto da reclamada, por meio da qual comprovaria que a reclamada prestava informações desabonadoras a seu respeito.

Esclarece que, ao se candidatar a diversos empregos, viu-se preterido em fases avançadas dos processos seletivos, razão pela qual “passou a “diligenciar” a respeito, quando foi teve “notícia informal” de prática da Recorrida atos voltados a cercear o acesso ao mercado de trabalho de seus desafetos. Deste fato teve a ideia provar tal fato, o que se fez pelo contato telefônico pedindo informações” (pág. 192).

Entende que “não há no ordenamento jurídico qualquer vedação à admissão de gravação dessa natureza, como meio de prova idôneo. O que é proibido é a interceptação telefônica sem autorização judicial, tipicidade que não se relaciona de nenhuma forma com os fatos descritos nestes autos” (pág. 192). Assim, pugna que o CD (*compact disc*) de áudio seja admitido como prova obtida por meio lícito.

Afirma que a gravação “era o único meio de prova que o recorrente dispunha quanto à conduta da reclamada”, pois se a ligação telefônica fosse feita por ele, “identificando-se ou não (sua voz seria reconhecida pelo chefe e pelos colegas de trabalho), nenhum resultado prático obteria” (pág. 193).

Defende a admissibilidade da gravação, que comprova que a reclamada, por meio do preposto que participou da conversa gravada, prestava informações desabonadoras a seu respeito, prejudicando-o em processos seletivos em outras empresas.

Por consequência, pretende que seja realizada perícia técnica no material gravado, a fim de identificar uma das vozes constantes da gravação como sendo do sr. Eduardo Garcia, preposto da reclamada (ex-empregadora).

Aponta violação dos artigos 794 da CLT e 5º, incisos X, XII, LIV e LV, da Constituição Federal e divergência jurisprudencial.

Inicialmente, cabe esclarecer que a hipótese dos autos não diz respeito à interceptação telefônica, a qual é feita por terceiro que não participa da conversa, mas de “gravação feita por um dos interlocutores (ou com autorização deste), no caso, a esposa do autor” (pág. 165), sem o



PROCESSO Nº TST-RR-1279-63.2012.5.09.0668

conhecimento do outro interlocutor da conversa, empregado da reclamada que prestou informações negativas sobre o reclamante (ex-empregado).

Assim, se a esposa do reclamante “realizou a gravação” (pág.

165) e participou da conversa gravada, nos termos registrados no acórdão regional, não se trata de prova decorrente de violação de sigilo de comunicação telefônica, em que nenhum dos interlocutores possui ciência da gravação, a qual é vedada pelo artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal.

O diálogo entre a esposa do reclamante e o preposto da reclamada, responsável por prestar informações sobre ex-empregados, também não se insere em causa legal de sigilo ou de reserva de conversação para ser inadmitido como prova.

Se houvesse vedação, seria em favor do reclamante, sobre quem versava a conversa, e não da reclamada, como equivocadamente entendeu o Regional, ao concluir que a prova era ilícita.

A discussão dos autos refere-se à admissão, como prova nos autos, de mídia eletrônica (CD/Rom) com gravação de áudio de conversa telefônica entre a esposa do reclamante e “Eduardo Garcia, funcionário da Reclamada”, por meio da qual se comprovaria que a reclamada “estava repassando informações negativas a seu respeito [reclamante] para outras empresas onde estava prestando processo seletivo” (pág. 163).

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal reafirmou a jurisprudência no sentido de que “é lícita a prova consistente em gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro”, nos autos do RE-583.937-RJ, em repercussão geral - Tema nº 237, em acórdão da relatoria do Exmo. Ministro Cezar Peluso (DJE 18/12/2009).

A Suprema Corte embasou-se nos fundamentos expendidos no acórdão proferido no RE 402.717/PR, os quais foram transcritos na decisão em repercussão geral.



PROCESSO Nº TST-RR-1279-63.2012.5.09.0668

O Regional, também com apoio à decisão proferida nesse

último recurso extraordinário, consignou que "é lícita a prova consistente no teor de gravação de conversa telefônica realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, se não há causa legal específica de sigilo nem de reserva da conversação, sobretudo quando se predestine a fazer prova, em juízo ou inquérito, a favor de quem a gravou". (STF, RE 402717/PR, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 02.12.2008)" (pág. 165).

Entendeu o Tribunal *a quo* que a hipótese dos autos era

diversa da decidida pela Suprema Corte, pois "a gravação feita por um dos interlocutores (ou com autorização deste), no caso, a esposa do autor, não foi utilizada em proveito desta, e sim de terceiro (autor), que não participou da conversa" (pág. 165), motivo pelo qual

entendeu que a prova era ilícita.

Impõe ressaltar que na ementa do acórdão proferido nos

autos do RE-402.717/PR (DJe 13/2/2009), citado pelo Tribunal *a quo*, foi

consignado: "é lícita a prova consistente no teor de gravação de conversa telefônica realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, se não há causa legal específica de sigilo nem de reserva da conversação, sobretudo quando se predestine a fazer prova, em juízo ou inquérito, a favor de quem a gravou".

Por outro lado, na fundamentação da citada decisão, o Supremo Tribunal Federal destacou que "já proclamou esta Corte, em hipótese em certo sentido até mais singular, onde se discutia a licitude do uso do teor de conversa telefônica por quem alegava ter sido vítima de crime cometido de um dos interlocutores, o qual desconhecia a **gravação feita por terceiro com autorização do outro**" (destacou-se), fazendo referência à analogia entre "causa excludente de injuridicidade da ação" e à "legítima defesa", tese adotada no acórdão proferido no HC nº 74.678 (DJ 15/8/97), relatado pelo Exmo. Ministro Moreira Alves (trecho transcrito no acórdão proferido nos autos do RE-402.717/PR).

No HC nº 74.678 discutia-se a "utilização de gravação feita por

terceiro com autorização de um dos interlocutores sem o conhecimento do outro", tendo a



PROCESSO N° TST-RR-1279-63.2012.5.09.0668

Suprema Corte, por unanimidade, decidido pela licitude da prova, com fundamento na existência de "causa excludente da antijuridicidade da ação", em que o beneficiário da gravação, vítima de extorsão praticada por um dos interlocutores (fiscal de renda), pretendia comprovar a prática do referido crime pelo interlocutor que não tinha conhecimento da gravação.

Destaca-se o teor da ementa constante da decisão proferida no citado habeas corpus, *in verbis*:

"Habeas corpus. Utilização de gravação de conversa telefônica feita por terceiro com a autorização de um dos interlocutores sem o conhecimento do outro quando há, para essa utilização, excludente de antijuridicidade.

Afastada a ilicitude de tal conduta – a de, por legítima defesa, fazer gravar e divulgar conversa telefônica ainda que não haja o conhecimento de terceiro que está praticando crime -, é ela, por via de consequência, lícita e, também consequentemente, essa gravação não pode ser tida como prova ilícita, para invocar-se o artigo 5º, inciso LVI, da Constituição com fundamento em que houve violação da intimidade (art. 5º, X, da Carta Magna). Habeas corpus indeferido" (HC n° 74.678, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 15/08/1997 – grifou-se).

In casu, assim como a vítima de extorsão, o reclamante

pretendia comprovar que a reclamada estaria prestando informações negativas a seu respeito para empresas, nas quais ele participava de processo seletivo.

De fato, se o reclamante, por meio de ligação telefônica, solicitasse à reclamada referências a seu respeito (como possível empregador interessado na sua contratação), "sua voz seria reconhecida pelo chefe e pelos colegas de trabalho" (pág. 193), que não prestariam informações.

Nessas circunstâncias, somente se outra pessoa (esposa) realizasse a ligação telefônica seria possível comprovar que a reclamada repassava "informações negativas a seu respeito [reclamante] para outras empresas onde estava prestando processo seletivo" (pág. 163).

Não se trata, pois, de gravação realizada por "qualquer



PROCESSO N° TST-RR-1279-63.2012.5.09.0668

pessoa" para "terceiros usarem em nome próprio" (pág. 166), como registrado no acórdão regional, mas por pessoa próxima do reclamante, que não utilizou a gravação como se fosse interlocutor da conversa, tendo afirmado que "era sua esposa" (pág. 165).

O Regional se posiciona pela ilicitude da gravação como se o reclamante dispusesse de inúmeras maneiras para produzir a prova.

Salienta-se que a Suprema Corte, para considerar lícita a prova, não exige que a gravação seja utilizada, em Juízo, em proveito de quem a realizou, mas que tenha sido realizada por um dos interlocutores da conversa, no caso, a esposa do reclamante.

A situação se assemelha à destacada pelo Exmo. Ministro Moreira Alves no acórdão proferido no HC n° 74.678, em que constou que "seria uma aberração considerar como violação do direito à privacidade a gravação pela própria vítima, **ou por ela autorizada**, de atos criminosos, como o diálogo com sequestradores, estelionatários e todo tipo de achacadores" (grifou-se).

Por outro lado, o direito à privacidade da reclamada não é absoluto para cercear a defesa do reclamante, que também busca preservar sua intimidade, privacidade, honra e imagem, que teriam sido afrontados por aquela (informações negativas a seu respeito).

Frisa-se que os direitos insculpidos no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal destinam-se a todos e, se considerasse ilícita a gravação da conversa telefônica, restaria inviabilizada a proteção jurisdicional dos direitos previstos nesse dispositivo que o reclamante alega terem sido desrespeitados pela reclamada.

Nessas circunstâncias, a exigência de que o reclamante, para ser beneficiário da prova, fosse um dos interlocutores da conversa gravada, inviabilizaria a comprovação do fato alegado na petição inicial e caracterizaria cerceamento do direito de defesa daquele.

Desse modo, a gravação de conversa por um dos interlocutores (esposa do reclamante), a despeito da ausência de consentimento ou desconhecimento da outra pessoa, a fim de repelir conduta ilícita do outro, não se enquadra na vedação constante do



PROCESSO Nº TST-RR-1279-63.2012.5.09.0668

artigo 5º, incisos LVI e XII, da Constituição Federal, uma vez que constitui exercício regular do direito e de legítima defesa.

Na mesma linha de entendimento, os seguintes julgados

do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte:

“HABEAS CORPUS. AÇÃO PENAL. CONCUSSÃO E FORMAÇÃO DE QUADRILHA ARMADA. TRANCAMENTO. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. NÃO OCORRÊNCIA. NEGATIVA DE AUTORIA. ANÁLISE DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ESTREITA DO WRIT. INÉPCIA DA DENÚNCIA. ACUSAÇÃO FUNDADA EM SÓLIDOS ELEMENTOS PROBATÓRIOS. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP. GRAVAÇÃO AMBIENTAL. ILICITUDE DA PROVA. INEXISTÊNCIA. GRAVAÇÃO FEITA POR UM DOS INTERLOCUTORES PARA DEFESA DE TERCEIRA PESSOA. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE SIGILO A SER PROTEGIDO. HABEAS CORPUS DENEGADO.

(...)

5. A gravação de conversa realizada por um dos interlocutores não caracteriza interceptação, inexistindo dispositivo legal que a proíba.

6. No caso, **a gravação ambiental foi realizada no intuito de promover a defesa de terceira pessoa, vítima de extorsão, sendo o indivíduo que gravou a conversa amigo da vítima.** Assim, deve prevalecer a possibilidade de ampla e livre persecução do delito de extrema gravidade supostamente cometido, envolvendo a participação de funcionários públicos, sendo legítima a prova produzida nessas circunstâncias, visando a defesa de terceiro, sem que se verificasse violação do direito individual ao segredo das comunicações.

7. Ademais, a conversa gravada foi utilizada apenas como complemento de prova, baseando-se a exordial acusatória não apenas em seu teor, mas em diversos outros elementos.

8. Habeas corpus denegado” (HC-210.498/PR, Quinta Turma, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, DJe 15/3/2012 - grifou-se).

“RECURSO ESPECIAL. ARTIGO 214 C/C O ART. 224, "A", DO CP (ANTIGA REDAÇÃO). ART. 619 DO CPP. VIOLAÇÃO NÃO CARACTERIZADA. **GRAVAÇÃO DE CONVERSA EM TERMINAL TELEFÔNICO PRÓPRIO, COM AUXÍLIO DE TERCEIRO.** PODER-DEVER DE PROTEÇÃO DO FILHO MENOR. PROVA LÍCITA. ADMISSIBILIDADE. PALAVRA DA VÍTIMA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. FALTA DE INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO FEDERAL. SÚMULA 284/STF. REGIME PRISIONAL INICIAL.



PROCESSO Nº TST-RR-1279-63.2012.5.09.0668
MATÉRIA NÃO PREQUESTIONADA. SÚMULA 211/STJ.
RECONHECIMENTO DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. CONCESSÃO
DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO.

1. Não existe a violação ao artigo 619 do Código de Processo Penal quando o acórdão recorrido decidiu a controvérsia de forma fundamentada, sem incorrer em qualquer omissão.

2. A teor do disposto no artigo 157 do Código Penal são inadmissíveis as provas ilícitas, assim consideradas as que violam direito material do réu, devendo ser desentranhadas do processo, de modo a conferir efetividade ao princípio do devido processo legal e a tutelar os direitos constitucionais de qualquer acusado no processo penal.

3. No caso concreto, **a genitora da vítima solicitou auxílio técnico a terceiro para a gravação de conversas realizadas através de terminal telefônico de sua residência, na qualidade de representante civil do menor impúbere e investida no poder-dever de proteção e vigilância do filho, não havendo ilicitude na gravação.** Dada a absoluta incapacidade da vítima para os atos da vida civil - e ante a notícia de que estava sendo vítima de crime de natureza hedionda - a iniciativa da genitora de registrar conversa feita pelo filho com o autor da conjecturada prática criminosa se assemelha à gravação de conversa telefônica feita com a autorização de um dos interlocutores, sem ciência do outro, quando há cometimento de delito por este último, hipótese já reconhecida como válida pelo Supremo Tribunal Federal.

(...)

8. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, não provido. Habeas corpus concedido de ofício para determinar que o Tribunal de Justiça avalie a possibilidade de fixar o regime inicial diverso do fechado, consoante as diretrizes do artigo 33 do Código Penal” (REsp 1.026.605, Sexta Turma, Relator Ministro Rogério Schietti Cruz, DJe 13/6/2014).

“RECURSO DE REVISTA - PRELIMINAR DE NULIDADE POR USO DE PROVA OBTIDA POR MEIO ILÍCITO. A gravação de conversa, realizada por um dos interlocutores, não se enquadra no conceito de interceptação telefônica, razão pela qual não se pode considerá-la meio ilícito de obtenção de prova. **O uso desse meio em processo judicial é plenamente válido, mesmo que o ofendido seja um terceiro, que não participou do diálogo, mas foi citado na conversa e obteve a prova por intermédio do interlocutor.** Se a obtenção é lícita, o produto, ou seja, a prova, também o é. Na hipótese a reclamante viu sua honra ser maculada por declarações da ex-empregadora, no intuito de frustrar sua admissão em um novo emprego, o que, obviamente, só poderia ter sido documentado por um terceiro, que foi quem recebeu as informações depreciativas a respeito da trabalhadora. Intacto o art. 5º, LVI, da Constituição Federal. Precedentes do



PROCESSO Nº TST-RR-1279-63.2012.5.09.0668

STF e desta Corte. Recurso de revista não conhecido.” (TST-RR - 21500-05.2008.5.15.0001, 1ª Turma, Relator Juiz Convocado José Pedro de Camargo Rodrigues de Souza, DEJT de 8/6/2012 - grifou-se).

"INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. PROVA LÍCITA. GRAVAÇÃO DE CONVERSA TELEFÔNICA POR UM DOS INTERLOCUTORES, SEM O CONHECIMENTO DO OUTRO. A proteção constitucional estabelecida no artigo 5º, inciso XII, da CF, dirige-se à proteção do sigilo e privacidade dos interlocutores contra interceptação da conversa por terceiros. Vale dizer, entre os interlocutores não há sigilo no teor da comunicação que estabelecem entre si. Não há proibição de que algum deles divulgue o teor dessa comunicação, se essa não estiver impregnada de causa legal de sigilo ou de reserva da conversação. Precedentes do STF. Nesse passo, a gravação de conversa telefônica com o fim de provar que a empresa prestava informações desabonadoras da conduta profissional do seu ex-empregado, quando consultada, é válida. Recurso de revista não conhecido.” (RR-1358-87.2012.5.15.0114, 6ª Turma, Relator Ministro Augusto César Leite de Carvalho, DEJT 15/6/2018).

"VÍDEO MONITORAMENTO. VEÍCULO DA EMPRESA. GRAVAÇÃO AMBIENTAL. PROVA LÍCITA. No caso, a reclamada, empresa de segurança privada, instalou câmera de vídeo no veículo onde os requeridos trabalhavam, a fim de verificar a conduta dos mesmos durante atividades externas. A controvérsia diz respeito a licitude da prova obtida mediante a gravação do ambiente de trabalho. É sabido que a intimidade e a privacidade das pessoas não constituem direitos absolutos, podendo sofrer restrições, como, por exemplo, quando presentes os requisitos exigidos pela Constituição (art. 5º, XII). Da mesma forma, o poder diretivo e fiscalizador do empregador não são absolutos, pois nosso ordenamento jurídico veda condutas que agridam a privacidade, a intimidade e a dignidade dos trabalhadores. Segundo a Corte de origem, por se tratar de empresa de segurança patrimonial, **a prova dos fatos ocorridos dentro do veículo da reclamada durante as atividades externas não poderia ser obtida por outros meios que não o monitoramento por vídeo, GPS e outros dispositivos de segurança, razão pela qual admitiu a utilização das gravações ambientais feitas.** Do quadro-fático retratado no acórdão do Tribunal Regional, extrai-se que **um dos recorrentes (Sr. Gilberto) estava ciente do sistema de monitoramento da frota.** E que, não obstante, ele e o outro recorrente (Sr. Wildson), acompanhados de um terceiro não identificado, fizeram varredura no veículo em busca dos equipamentos de segurança. Nesse cenário, **não se vislumbra ilegalidade na decisão recorrida que admitiu a utilização do vídeo de monitoramento realizado**



PROCESSO N° TST-RR-1279-63.2012.5.09.0668
dentro do veículo de propriedade da empresa, pois demonstrada a indispensabilidade da medida para fins de prova da falta grave praticada pelos recorrentes . Recurso de revista não conhecido."
(RR-44900-19.2012.5.17.0012, 2ª Turma, Relatora Ministra Delaíde Miranda Arantes, DEJT 23/8/2019 - grifou-se).

“GRAVAÇÃO TELEFÔNICA EFETUADA POR UM DOS INTERLOCUTORES. VALIDADE DA PROVA. RESCISÃO CONTRATUAL POR JUSTA CAUSA. DIVULGAÇÃO A TERCEIROS. INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. A tese empresarial é que as 'conversas telefônicas' utilizadas pelo reclamante para embasar seu pedido de indenização por danos morais, não são admitidas pelo ordenamento jurídico, por serem ilícitas. O entendimento desta Corte é no sentido da licitude de gravação de conversa realizada por um dos interlocutores, o que obsta o seguimento da revista (art. 896, § 4.º, da CLT e Súmula n.º 333/TST). Quanto ao dano moral, intangível o quadro fático delineado pelo TRT de que o Reclamante tem encontrado dificuldades na sua recolocação no mercado de trabalho, em virtude das informações prestadas pela Reclamada, não se vislumbrando as violações apontadas, por restar configurado o dano moral. Outrossim, em relação ao quantum indenizatório do dano moral, o valor de R\$ 15.000,00, fixado pelo acórdão, está de acordo com o art. 944 do CC, segundo o qual a indenização mede-se pela extensão do dano. Agravo de instrumento desprovido." (AIRR - 14-49.2010.5.02.0261, Data de Julgamento: 25/2/2015, Relator: Desembargador Convocado Arnaldo Boson Paes, 7.ª Turma, Data de Publicação: DEJT 6/3/2015).

“RECURSO DE REVISTA. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. PRESCRIÇÃO. -ACTIO NATA-. GRAVAÇÃO DE CONVERSA TELEFÔNICA REALIZADA POR TERCEIRO. MEIO DE PROVA DA CIÊNCIA DA LESÃO DO DIREITO. LICITUDE DA PROVA. 1. Pelo princípio da -actio nata-, o termo inicial da prescrição ocorre com a ciência da lesão, momento em que nasce para o autor a pretensão de reparação do direito violado. 2. A gravação de conversa telefônica destinada a comprovação de fatos em juízo, desde que ausente causa legal de sigilo ou de reserva da conversação, não se confunde com interceptação telefônica, despidendo-se de qualquer mácula de ilicitude. Precedentes desta Corte e do E. STF. Recurso de revista conhecido e provido.” (TST-RR - 16400-26.2009.5.13.0022, Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Data de Julgamento: 24/8/2011, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 2/9/2011 - grifou-se).



PROCESSO N° TST-RR-1279-63.2012.5.09.0668

Na hipótese, foi considerada lícita a prova consistente de “gravações das conversas entre a suposta head hunter, e Sra. Silvia e, Sr. Mario”, não sendo o reclamante, de nome Robson, interlocutor das conversas.

Diante do exposto, é lícita a gravação de conversa realizada por um dos interlocutores (esposa), mesmo sem o conhecimento do outro interlocutor (preposto da reclamada que prestava informações sobre ex-empregados), sendo irrelevante o fato de que aquela não era beneficiária da prova, mas seu marido, o reclamante.

Desse modo, o Regional, ao considerar ilícita a gravação simplesmente pelo fato de que o reclamante não participou da conversa gravada, cerceou o direito de defesa do autor.

Conheço do recurso de revista por violação do artigo 5º, incisos LVI e LV, da Constituição Federal.

II - MÉRITO

Em decorrência do conhecimento do recurso de revista, por violação artigo 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal, impõe-se o acolhimento da pretensão recursal.

Assim, **dou provimento** ao recurso de revista para acolher a alegação de nulidade processual por cerceamento de defesa, determinando-se o retorno dos autos à Vara do Trabalho de Origem para realização da prova pericial, a fim de se confirmar, ou não, se a voz que consta no áudio é do Sr. Eduardo Garcia, preposto da reclamada, com o regular prosseguimento do feito a partir de então.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de revista por violação do artigo 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal e, no mérito, dar-lhe provimento para acolher a alegação de nulidade processual por cerceamento de defesa, determinando-se o retorno dos autos à Vara de Origem para realização da prova pericial, a fim de se confirmar ou não se a voz que consta no áudio é do Sr.



PROCESSO N° TST-RR-1279-63.2012.5.09.0668

Eduardo Garcia, empregado da reclamada, com regular prosseguimento do feito a partir de então. Prejudicada a análise do tema relativo à indenização por dano moral. Inverte-se o ônus da sucumbência. Custas pela reclamada.

Mantido o valor da causa para fins processuais.

Brasília, 12 de novembro de 2019.

Firmado por assinatura digital (MP 2.200-2/2001)

JOSÉ ROBERTO FREIRE PIMENTA
Ministro Relator