

Meios tecnológicos de prova. Uso do WhatsApp. Admissibilidade no processo do trabalho

Francisco das C. Lima Filho

Mestre em Direito pela UNB. Mestre e doutor em Direito Social pela UCLM (Espanha). Desembargador do Trabalho do TRT da 24ª Região e ex-Diretor da EJUD 24ª Região.

“El derecho siempre va detrás de la sociedad, debe adaptarse a la realidad en que se vive.”

José Manuel Otero Lastres

Resumo: O artigo tenta fazer uma defesa da admissibilidade dos meios tecnológicos de comunicação, especificamente o WhatsApp, como meio de prova no âmbito do Processo do Trabalho, com base nos princípios da atipicidade e licitude da prova.

Palavras-chave: Meios tecnológicos. Prova lícita. Comunicação. WhatsApp.

Sumário: **1** Introdução – **2** Admissibilidade de mensagens eletrônicas de comunicação como meios de prova. WhatsApp. Aplicação dos princípios da licitude e da atipicidade da prova – **3** Considerações finais – Referências

1 Introdução

O Direito, por sua própria natureza conservadora que, em regra, disciplina as relações sociais para o futuro, sempre caminha a um ou a alguns passos atrás da realidade que nos rodeia.

De acordo com José Manuel Otero Lastres:¹

El derecho siempre va detrás de la sociedad, lo sabemos todos los juristas. La realidad va por delante y el derecho va siempre detrás, pero lo importante es que el derecho se vaya modernizando, en el sentido de que no haya una brecha muy amplia entre lo que se vive en la realidad y lo que está en las leyes. Por ejemplo, el código de comercio que es de 1885 y hace pocos años que estaba vigente en buena parte de sus normas contemplaba todavía la realidad de los pequeños comerciantes y de los buques de vapor... Lo que

¹ OTERO LASTRES, José Manuel. *El derecho siempre va detrás de la sociedad, debe adaptarse a la realidad en que se vive*. Disponível em: <https://www.laopinioncoruna.es>. Acesso em: 31 jul. 2022.

tenemos que hacer es que las normas contemplen la realidad del tiempo en el que son dictadas. Hay materias en las que el derecho está continuamente modificándose como en el ámbito del derecho administrativo y en otras la transformación va más lenta porque los cambios sociales van más despacio, como con el derecho civil o el mercantil. Pero aun así, por ejemplo, la familia de hoy no tiene nada que ver con la del siglo XIX que es la que se recogía en el código civil que era del siglo XIX. De lo que se trata es de ir modificando las leyes para ir adaptándolas a la realidad en la que se vive.²

Entretanto, o Direito, aí incluído o Direito Processual, que é instrumento do Direito material, como lembra José Roberto dos Santos Bedaque,³ não pode ignorar a realidade dos fatos sociais, das conquistas científicas e tecnológicas e dos novos meios de comunicação surgidos com a *internet*, especialmente a partir da globalização, apenas porque não estão inseridos expressamente na norma legal no que diz respeito aos meios de prova. Eis que o Direito posto, como se sabe, é sempre mais lento do que a realidade de vida, especialmente das novas conquistas da ciência e do desenvolvimento da tecnologia, das rápidas alterações de uma sociedade de massa e multifacetada que exige do Estado respostas rápidas e eficazes às suas demandas, que atualmente se comunica essencialmente por meio virtuais, inclusive no campo das relações de trabalho, que o Direito posto nem sempre ou quase sempre não consegue acompanhar.

Deveras, como lembra a doutrina,⁴ “o fundamento do direito posto na sociedade que historicamente o pressupõe, o que me leva a tratar não de um direito absoluto, mas do direito de uma determinada sociedade (o direito não existe; existem os direitos), aquela sociedade na qual ele está inserido. *No direito pressuposto encontramos os princípios (jurídicos) dessa determinada sociedade*”, o que implica afirmar que o Direito pressuposto é fundamentalmente princípios, sem que isso possa impedir que nele vicejem regras, entendidas estas como normas jurídicas cujo grau de generalidade é mais estreito do que o grau de generalidade dos princípios.⁵

Desse modo, essas normas se revelam “nos princípios colhidos na sociedade” e, portanto, “não podem ser mirados de forma estática, mas dinâmica”, “em razão de total incoerência com o corpo social”, que é, por natureza, dinâmico.

² Esse parece ser também o entendimento de DÄUBER, Wolfgang. *Direito do trabalho e sociedade na Alemanha*. Trad. Alfred Koller. São Paulo: LTr, 1997, p. 177 e seguintes.

³ BEDAQUE DOS SANTOS, José Roberto. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. São Paulo: Malheiros, 2011.

⁴ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 35-39.

⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 99.

Assim entendido, deve o Direito, inclusive o Direito Processual, ser pensado e interpretado de forma dialética, pois sempre está em movimento, “em constante modificação, formação e destruição – isto é, como de fato ocorre na realidade concreta, nessa dinâmica que é inerente aos princípios”, que são “condicionados historicamente”, o que evidencia que o Direito não é constituído apenas de “interpretações articuladas dentro do direito posto”, mas num sistema de intercomunicação com a sociedade e seus valores, que devem ser levados em consideração, e com as conquistas sociais, científicas e tecnológicas de uma sociedade globalizada em que as barreiras geográficas e da soberania estão sempre sendo colocadas em xeque.

2 Admissibilidade de mensagens eletrônicas de comunicação como meios de prova. WhatsApp. Aplicação dos princípios da licitude e da atipicidade da prova

Em uma nova realidade de evolução e de conquistas científicas e tecnológicas sempre mais sofisticadas que vivencia a humanidade, com marcada influência no campo do trabalho, cada vez mais informatizado, a aceitação de conversas por meio de mensagens do *WhatsApp*, e outros meios tecnológicos de comunicação, vem sendo acolhida como meio de prova tanto pela doutrina⁶ como pela jurisprudência, desde que confirmada pela parte a quem é atribuída, tratando-se, assim, de prova produzida por meio lícito, nos termos do previsto no art. 5º, inciso LVI, do Texto Maior,⁷ e que, mesmo não expressamente prevista em lei, deve ser admitida, porque moralmente legítima, de acordo com o previsto no art. 369 do Código de Processo Civil, base, inclusive, do *princípio da atipicidade*.

De fato, o *princípio da atipicidade*, acolhido nos Códigos de Processo Civil de 1973 (art. 332) e de 2015 (art. 369), significa a admissibilidade de todos os meios de prova previstos ou não no ordenamento jurídico positivo, desde que moralmente legítimos, de modo a se adequar o processo aos avanços científicos e tecnológicos da humanidade.

Por isso:

⁶ De acordo com a doutrina estrangeira, “*la prueba electrónica, o en soporte electrónico, como aquella información contenida en un dispositivo electrónico a través del cual se adquiere el conocimiento de un hecho controvertido, bien mediante el convencimiento psicológico, bien al fijar este hecho como cierto atendiendo a una norma legal*” (SANCHÍS CRESPO, Carolina. *Las tecnologías de la información y de la comunicación en la administración de justicia*. Análisis sistemático de la Ley 18/2011. Madrid: Editorial Thomson Reuters Aranzadi, 2012, p. 71).

⁷ De acordo com o princípio da licitude da prova, que decorre diretamente da garantia do devido processo legal, consagrado pelo art. 5º, inciso LIV, as provas para serem admitidas em Juízo devem ser colhidas por meios lícitos, ou seja, sem violação aos direitos fundamentais da parte.

Dada la acelerada evolución tecnológica y la utilización masiva de los instrumentos electrónicos o digitales en todos los sectores de la vida social, las fuentes de prueba de naturaleza digital se han incrementado de forma considerable. Nos encontramos con nuevos instrumentos informáticos, multimedia y/o de comunicaciones, así como novedosos formatos y soportes: teléfonos móviles, smartphones (Iphones, Androids y otros teléfonos inteligentes), tabletas, ordenadores, dispositivos USB, ZIP, CD-Rom, DVD, reproductores de MP3 o MP4, servidores de información, PDAs, navegadores, pantallas táctiles en automóviles...; sin olvidar el relevante ámbito del cloud computing.⁸

Assim, pode-se afirmar que o sistema processual alberga não só as provas típicas, mas também as denominadas *provas atípicas*.

Michele Taruffo, citado por William Santos Ferreira,⁹ lembra que o fato de o direito regular alguns meio típicos de prova e outros não implica a impossibilidade de admissibilidade da prova atípica, pois não existe nenhum sistema processual que explicitamente assevere que apenas os meios de prova regulados devem ser admitidos; antes, há sistemas processuais que contemplam uma lista de provas reguladas tão extensa com tipos extremamente vagos e gerais de prova que terminam por autorizar virtualmente qualquer outro meio de prova.

Desse modo, o direito fundamental à prova não pode ser limitado pela vedação do emprego de provas atípicas, sequer positivado. Por conseguinte, a admissão de elementos de prova atípicos ou não previstos expressamente no ordenamento jurídico processual positivo é tema que ganhou especial relevância com a crescente utilização de dados extraídos da *internet* como meios de prova em juízo e passou a ser admitido com maior frequência a partir da implantação do processo judicial eletrônico e com o advento da pandemia da covid-19, inclusive e especialmente, no âmbito do Processo do Trabalho, que é presidido pelos princípios da simplicidade e informalidade.

Assim entendido, a apresentação de mensagens e fotografias que evidenciem o comportamento da parte fora do processo, postadas nas redes sociais como *Facebook*, *por meio de WhatsApp*, de *e-mail* e outros, a nosso ver se encontra em harmonia com o *princípio da atipicidade*, uma vez que, vale repetir, obtidas de forma regular e lícita (arts. 5º, inciso LVI, da Carta de 1988 e 369 do Código de Processo Civil – CPC), o que, todavia, não pode ser confundido com a valoração da prova a ser levada a efeito como qualquer outro elemento, e avaliada, de forma discursiva

⁸ DELGADO MARTÍN, Joaquín. *La prueba del WhatsApp*. Diário La Ley, nº 8.605, Sección Tribuna, 15 de septiembre de 2015.

⁹ FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 59.

e fundamentada, pelo julgador, nos termos do previsto no art. 371 do Código de Processo Civil – CPC.

Nesse sentido foram admitidas mensagens de *WhatsApp*, inclusive como prova de cometimento de falta grave pelo trabalhador, a exemplo do seguinte julgado do TRT da 24ª Região:

1. POSTAGENS FEITAS EM REDES SOCIAIS. ADMISSIBILIDADE COMO PROVA EM JUÍZO, EM HARMONIA COM O PRINCÍPIO DA ATIPICIDADE CONSTANTE DO ART. 369 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – Não se pode ignorar que atualmente as redes sociais fazem parte do cotidiano da grande maioria da população, sendo utilizadas como meio de comunicação e de divulgação de informações e, em muitos casos, até mesmo como instrumento de trabalho. Por conseguinte, as informações e postagens nelas procedidas podem perfeitamente ser consideradas como meio de prova em juízo, porque a regra do art. 369 do Código de Processo Civil alberga o princípio da atipicidade da prova, não sendo taxativa, admitindo outros meios que, mesmo não expressamente previstos, sejam moralmente legítimos. 2. FALTA GRAVE. ABANDONO DE EMPREGO – Comprovado que o trabalhador no período das faltas que tentou justificar com a existência de problemas familiares, na verdade estava de férias, por conta própria, em outro Estado de onde postou em redes sociais imagens e mensagens nesse sentido e que mesmo convocado a retornar ao trabalho não o fez no prazo estabelecido pelo empregador, evidenciada a falta de abandono de emprego, nos termos reconhecidos pela sentença. Recursos improvidos (Proc. nº 0025014-61.2015.5.24.0003 – RO. 2ª T. Relator Des. Francisco das C. Lima Folho).

1. *GRATUIDADE JUDICIAL. DIMENSÃO DO DIREITO-GARANTIA DE ACESSO AO JUDICIÁRIO* – O fato da recorrente trata-se de pessoa jurídica, não impede seja concedido o benefício da gratuidade que, em verdade constitui uma dimensão do direito-garantia de acesso à justiça, à medida não se encontra em condições de proceder ao recolhimento das custas processuais e depósito recursal, de valores elevados, presumindo-se verdadeira essa afirmação, especialmente no momento em que se vivencia com a grande maioria das empresas com sérias dificuldades financeiras em virtude da queda de vendas e consumo em virtude da pandemia da covid-19, nomeadamente se tratando de pequena empresa. 2. *AUSÊNCIA DA ACIONADA À AUDIÊNCIA EM PROSSEGUIMENTO. EFEITOS* – A ausência injustificada da acionada à audiência de prosseguimento implica na aplicação da pena de confissão dos fatos alegados na inicial não elididos por outras provas. Intellecção do contido no art. 844 da CLT e do entendimento consubstanciado na Súmula 74 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho – CLT. 3. *PROVA DE FATOS POR MEIO DE EXIBIÇÃO DE CONVERSA TRAVADA PELO MECANISMO*

DO WHATSAPP. LEGITIMIDADE. INTELECÇÃO DO ART. 369 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – CPC – Embora não expressamente prevista em lei, o mecanismo do *WhatsApp* constitui meio legítimo de prova para demonstração de fatos ligados a ausência de quitação de verbas rescisórias, pois inserido no conceito de meio moralmente legítimo, na forma do previsto no art. 369 do Código de Processo Civil – CPC. Recurso da acionada improvido (Proc. nº 0024660-82.2019.5.24.0007 – ROT. 2ª T. Rel. Des. Francisco das C. Lima Filho).

Nesse mesmo sentido tem se encaminhado a jurisprudência de outros Tribunais Regionais do Trabalho, como se vê, exemplificativamente, do seguinte aresto:

PROVA. LICITUDE. ÁUDIOS ENVIADOS POR WHATSAPP. A utilização de gravação ou registro de conversa por meio telefônico por um dos participantes, ainda que sem o conhecimento do outro, é meio lícito de prova. Esse entendimento, relativo às conversas por telefone, aplica-se igualmente às novas ferramentas de comunicação, tais como as mensagens e áudios enviados por aplicativos como o *WhatsApp*, de forma que não há vedação ao uso do conteúdo por um dos interlocutores como prova em processo judicial. (TRT- 3 – RO: 00101270420195030137 MG 0010127-04.2019.5.03.0137, Relator: Cesar Machado, Data de Julgamento: 22/10/2020, Sexta Turma, Data de Publicação: 26/10/2020).

Na Espanha, o Tribunal Supremo, na sentença de 23 de julho de 2020 (STS 23/7/20, Rec. 239/2018) terminou pondo fim a uma cizânia doutrinária jurisprudencial que havia a respeito do uso dos meios eletrônicos como prova, para considerar, no julgamento de um conflito coletivo de impugnação de convênio coletivo, “la existencia de un concepto amplio de prueba documental” (ex. art. 299.1 LEC), afirmando a natureza de documento para efeitos probatórios procesauais, de “los correos electrónicos aportados en juicio”.

Para a Corte espanhola se distinguem “los medios de prueba (numerus clausus) de las fuentes de prueba (numerus apertus)”, assentando ainda que os “los correos electrónicos (su impresión o los pantallazos de los mismos) son un medio de prueba válido para sustentar la revisión fáctica en los recursos de suplicación en el ámbito laboral” e que “el avance tecnológico ha hecho que muchos documentos se materialicen y presenten a juicio a través de nuevos soportes electrónicos, lo que no debe excluir su naturaleza de prueba documental”, pois “ello no supone que todo correo electrónico acredite el error fáctico de instancia, al igual que sucede con los documentos privados. Para ello será necesario valorar

si se ha impugnado su autenticidad por la parte a quien perjudique; si ha sido autenticado, en su caso; y si goza de literosuficiencia”.

No âmbito do Processo do Trabalho, a necessidade de aceitação dos meios eletrônicos de prova se mostra ainda mais evidente, pois na atualidade praticamente todas as comunicações entre empregados e empregadores são feitas por sofisticados instrumentos eletrônicos de comunicação, nomeadamente por e-mail e WhatsApp. Daí nos parecer acertado o advogado espanhol Raúl Rojas, ao lembrar:

En el ámbito del *proceso laboral* quizás, esta necesidad de acreditación judicial desde lo “digital” tiene cada vez más relevancia debido a que las comunicaciones entre empresa y trabajador prácticamente se desarrollan a través de *medios tecnológicos* y en entornos digitales, y no hacerlo de forma correcta puede conllevar en muchas ocasiones el fracaso de nuestra pretensión.¹⁰

Como se vê, também na jurisprudência internacional vem se pacificando o entendimento de se admitir como meio de prova em juízo o uso dos meios eletrônicos de comunicação, entre os quais certamente o mais usado na atualidade é o WhatsApp.

Se tudo isso não bastasse, entre nós a Lei nº 14.195/2011 legitimou de vez o mecanismo de comunicação *WhatsApp* como meio de prova, à medida que autorizou a citação também por esse mecanismo, o que reafirma a legalidade de mensagens por meio desse instrumento de comunicação, inclusive dos atos processuais,¹¹ o que também foi autorizado pela Resolução nº 354 do Conselho Nacional de Justiça (arts. 9º e 10).

Nessa nova realidade tecnológica, ao julgador não é dado ignorá-la, podendo e devendo se valer dos novos e modernos aparatos tecnológicos de comunicação como meio de prova, nos termos da inteligência do contido na norma constante do art. 369 do Código de Processo Civil – CPC,¹² especialmente porque atualmente a grande maioria das comunicações privadas e mesmo no setor público é feita por meios eletrônicos, inclusive por mensagens de *WhatsApp*, nomeadamente em tempos de pandemia, sendo mesmo costume na grande maioria das empresas a manutenção de grupos de trabalhadores que recebem todas as comunicações,

¹⁰ ROJAS, Raúl. *¿El correo electrónico puede servir como prueba documental en un juicio?* Disponível em: www.revistabyte.es. Acesso em: 31 jul. 2022.

¹¹ A Lei nº 14.195/21 deu nova redação do art. 246 do Código de Processo Civil – CPC, incluindo novos parágrafos estabelecendo a preferência da citação por meio eletrônico, em razão da crescente utilização das ferramentas tecnológicas de comunicação, como o correio eletrônico (*e-mail*) e os aplicativos de mensagens como o *WhatsApp*.

¹² BATISTA COSTA, Juliana *et al.* As redes sociais como meio de prova no processo civil. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/view/10707>. Acesso em: 31 jul. 2022.

tanto de colegas como do próprio empregador e seus prepostos, por esse mecanismo de comunicação que o Direito, menos ainda o julgador, não poderá ignorar.

3 Considerações finais

Em definitivo, não se pode mais negar, ante a realidade do desenvolvimento da ciência e das novas tecnologias de comunicação, especialmente no campo das comunicações por meios eletrônicos, como as redes sociais, *e-mail*, *WhatsApp* e outros, que são cada vez mais comuns como mecanismos de comunicação entre as pessoas, empresas e empregados e, portanto, não podem ser desprezados como meios de prova no processo, se não impugnados seus conteúdos, apenas porque eventualmente não expressamente previstos nas leis processuais, desde, é claro, que tenham sido obtidos por meio lícitos.

Aplicam-se, com o devido respeito, os princípios da licitude e da atipicidade da prova que o Direito Processual não pode ignorar, menos ainda o Direito Processual do Trabalho, marcado e informado pelos princípios da simplicidade e informalidade.

Como lembrou Georges Ripert em dado momento histórico: “Quando o Direito ignora a realidade, a realidade se vingará ignorando o Direito”.

Abstract: The article tries to defend the admissibility of technological means communication, specifically *WhatsApp*, as a means of proof in the context of the Labor Process, based on the principles of the atypicalness and lawfulness of the evidence.

Keywords: Technological means. Proof bid. Communication. *WhatsApp*.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

BATISTA COSTA, Juliana *et al.* As redes sociais como meio de prova no processo civil. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/view/10707>.

BEDAQUE DOS SANTOS, José Roberto. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. São Paulo: Malheiros, 2011.

DELGADO MARTÍN, Joaquín. La prueba del *WhatsApp*. *Diario La Ley*, nº 8.605, Sección Tribuna, 15 de septiembre de 2015.

FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

OTERO LASTRES, José Manuel. *El derecho siempre va detrás de la sociedad, debe adaptarse a la realidad en que se vive*. Disponível em: <https://www.laopinioncoruna.es>.

ROJAS, Raúl. *¿El correo electrónico puede servir como prueba documental en un juicio?* Disponível em: www.revistabyte.es.

SANCHÍS CRESPO, Carolina. *Las tecnologías de la información y de la comunicación en la administración de justicia*. Análisis sistemático de la Ley 18/2011. Madrid: Editorial Thomson Reuters Aranzadi, 2012.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

LIMA FILHO, Francisco das C. Meios tecnológicos de prova. Uso do WhatsApp. Admissibilidade no processo do trabalho. *Revista Fórum Trabalhista – RFT*, Belo Horizonte, ano 11, n. 46, p. 77-85, jul./set. 2022.
