



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Regional do Trabalho da 11ª Região

Recurso Ordinário Trabalhista **0000184-89.2023.5.11.0010**

Relator: EULAIDE MARIA VILELA LINS

Processo Judicial Eletrônico

Data da Autuação: 18/02/2024

Valor da causa: R\$ 486.053,08

Partes:

RECORRENTE: BANCO ----- (BRASIL) S.A.

ADVOGADO: ANNA CAROLINA BARROS CABRAL DA SILVA

RECORRIDO: -----



PAGINA_CAPA_PROCESSO_PJEADVOGADO: CARLOS HENRIQUE DA SILVA OLIVEIRA
PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 11ª REGIÃO

PROCESSO nº 0000184-89.2023.5.11.0010 (ROT)

RECORRENTE: BANCO ----- (BRASIL) S.A

Advogados: Dra. Anna Carolina Barros Cabral da Silva e outros

RECORRIDA: KÉSSICA SAMARA ACÁCIO DA SILVA

Advogado: Dr. Carlos Henrique Da Silva Oliveira

RELATORA: EULAIDE MARIA VILELA LINS

EMENTA

NULIDADE DO JULGADO. PROVA DIGITAL. INDEFERIMENTO. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

CONFIGURAÇÃO. Configura cerceio de defesa o indeferimento de produção de prova digital (posts de geolocalização), quando a discussão dos autos envolve matéria controvertida, relativa à ultrapassagem da jornada de trabalho sem a anotação respectiva, desconsiderando os controles de ponto que contemplam registros após o horário declinado na inicial. Assim, devem os autos retornar à instância de origem para reabertura da instrução processual e prolação de nova sentença.

Recurso da reclamada conhecido e provido para acolher a preliminar de nulidade processual por cerceamento de defesa, determinando o retorno dos autos à Vara de origem, a fim de ser reaberta a instrução do feito, de modo a admitir a prova digital consistente em posts de geolocalização, proferindo novo julgamento, como entender de direito.

RELATÓRIO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Ordinário, oriundos da MM. 3^a Vara do Trabalho de Manaus.

A autora ingressou com reclamação trabalhista postulando: **i)** a descaracterização do cargo de confiança e enquadramento no *caput* do art. 224 da CLT; **ii)** o pagamento como horas extras da 7^a e 8^a hora trabalhada com os reflexos no saldo de salário, aviso prévio, férias + 1/3, FGTS (8% + 40%), 13º salário, no intervalo do art. 384 da CLT, na parcela prevista no art. 71 da CLT e no RSR; **iii)** diferenças de horas extraordinárias contadas a partir da 8^a hora diária, com reflexos legais; **i**

ID. ee512ee - Pág. 1

v) horas de intervalo intrajornada, com reflexos legais; **v)** 30 horas extraordinárias mensais, referentes as ações universitárias, com reflexos legais; **vi)** integração das horas extras nos RSR; **vii)** honorários advocatícios; **viii)** gratuidade da justiça, juros e correção monetária.

Após regular instrução do feito, a MM. Vara: **a)** acolheu a preliminar de prescrição, fulminando as parcelas anteriores a 6.3.2018; **b)** registrou que em caso de eventual condenação a liquidação da sentença será procedida pela Contadoria do Juízo, observando-se os limites do pedido; **c)**

indeferiu o pedido de inclusão na lide da FENABAN e da CONTRAF (litisconsórcio necessário); **d)** consignou que a autora não pretende a declaração abstrata de nulidade de cláusula convencional (o que exigiria o manejo de ação anulatória), mas tão somente declaração incidental de ineficácia daquele dispositivo convencional para o caso concreto, rejeitando a preliminar suscita pelo Banco; **e)** registrou que os dispositivos processuais da Lei nº 13.467/2017 regem-se pelo princípio do "*te mpus regit actum*"; **f)** rejeitou a preliminar de cerceamento de defesa em razão do indeferimento da produção de provas digitais. No mérito, julgou parcialmente procedente os pedidos, deferindo: **i)** horas extras, a 50%, pelas 7^a e 8^a horas trabalhadas, conforme os dias efetivamente no período no período de 1/8 /2018 a 3/11/2022, com integração em repousos semanais bancários e reflexos sobre aviso prévio, férias +1/3, 13º salários; **ii)** horas extras, a 50%, além da 8^a hora trabalhada , conforme os dias efetivamente no período no período de 1/1/2020 a 3/11/2022, com integração em repousos semanais bancários e reflexos sobre aviso prévio, férias +1/3, 13º salários; **iii)** intervalo intrajornada; **iv)** horas extras, a 50%, pela participação em ações universitárias; **v)** reflexos das horas extras laboradas (7^a e 8^a e além da 8^a) no FGTS 8% e na multa de 40%; **vi)** justiça gratuita, juros e correção monetária. O juízo determinou que os valores devidos relativos às 7^a e 8^a horas extras e reflexos deverá ser deduzido/compensado com o valor da gratificação de função e reflexos pagos à reclamante, conforme as fichas financeiras, obedecendo as limitações contidas na cláusula 11^a da CCT da categoria. Deferiu ainda honorários advocatícios ao patrono da reclamante (10% do valor da condenação).

Irresignadas, as partes recorreram da decisão:

i) O reclamado (ID. c327718): **i)** arguindo a nulidade do julgado por cerceamento de defesa; **ii)** buscando o indeferimento das horas extras (7^a e 8^a), das horas de intervalo intrajornada e horas extras (campanhas universitárias), bem como dos reflexos legais; **iii)** requerendo, na hipótese de manutenção da sentença, sejam observados os valores indicados na inicial; **iv)** pugnando pelo indeferimento da justiça gratuita à autora; **v)** postulando honorários advocatícios ao seu patrono.

ii) O apelo da reclamante não foi conhecido por intempestividade (ID. 80305aa). Decisão contra a qual não houve recurso (ID. 075b633).

Somente o Banco apresentou contrarrazões.

ID. ee512ee - Pág. 2

ADMISSIBILIDADE

Conheço do recurso porque preenchidos os requisitos de admissibilidade.

PRELIMINAR

Cerceamento de defesa

Alega o Banco, em resumo, que tem direito de produzir as provas necessárias para ratificação de suas alegações (art. 369 do CPC); que o uso de provas digitais em contraponto à prova testemunhal garante maior lisura, bem como elimina incongruências, contradições e até mesmo má-fé; que ao indeferir a produção da referida prova o magistrado violou o princípio do devido processo legal (art. 5º, incs. LIV, LV, da CR); que a prerrogativa do art. 765 da CLT deve ser conjugada com o princípio do contraditório e da ampla defesa, na medida em que o direito à produção de prova é garantia constitucional que rege nosso ordenamento jurídico; que sofreu grave cerceio de defesa ao ser impedido de produzir a prova digital, que em nada prejudicaria a instrução do feito, tampouco macularia o direito à celeridade processual. Requer a nulidade processual por violação aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, bem como o retorno dos autos à instância de origem para produção da prova digital.

À analise.

Na inicial a reclamante postulou, dentre outras parcelas, horas extras além da 6ª diária, por não deter poderes de mando e gestão. Requereu ainda horas extras além da 8ª diária, alegando que não anotava corretamente sua jornada, compreendida entre 8h às 19h, de segunda a sextafeira, com 30/40 minutos de intervalo intrajornada; bem como horas extras pelo trabalho em ações promocionais (eventos noturnos - 19h às 22h30). Impugnou os cartões de ponto por não refletirem a jornada efetivamente cumprida.

O Banco rechaçou a pretensão alegando, em resumo: i) que a reclamante exercia cargo de confiança, estando enquadrada na exceção do art. 224, § 2º, da CLT, submetida à jornada de 8h/dia, usufruindo regularmente do intervalo intrajornada; que as horas extras foram corretamente anotadas, quitadas ou compensadas, nada devendo a tal título; ii) que os cartões de ponto

ID. ee512ee - Pág. 3

devendo prevalecer, ante sua regularidade; iii) que conta com sistema de ponto eletrônico; que em todos os locais/unidades há relógio coletor que possibilita a anotação da jornada real de trabalho de maneira uniforme, segura e confiável, bastando para tanto que o empregado apenas passe seu crachá funcional no relógio; iv) que além dos relógios coletores, também é possível o registro da jornada via sistema no próprio

Portal RH, para as situações de esquecimento/perda do crachá, ou quando o relógio coletor estiver inoperante; v) que desde 12/2016 está disponível o aplicativo ----- Pessoas, que possibilita as marcações através do smartphone (celular) e, deste modo, os funcionários que desempenham atividades externas podem fazer o registro em qualquer local que possua cobertura de celular; vi) que todos os empregados elegíveis ao controle de ponto, inclusive em atividades externas, podem registrar a real jornada de trabalho, em qualquer local que estejam prestando serviços; vii) que o sistema ainda permite que o empregado compense até 2 horas extras diárias durante a semana, amparado em ACT, sendo que essa ocorrência aparece registrada na folha de ponto gerada pelo sistema, devidamente assinada, como "horas extras - compensáveis"; viii) que de acordo com a política interna 30% das horas extras (não excedentes de 2 horas dias) não compensadas na mesma semana de sua prestação, são automaticamente pagas no mês seguinte, acrescida do adicional legal, enquanto as restantes (70%) poderão ser compensadas até o último dia útil do mês a que se referem, também com acréscimo de 50%; ix) que o sistema é totalmente confiável posto que não admite nenhum tipo de manipulação; x) que o gestor tem acesso apenas para inserir justificativas de atrasos e faltas, e para inserir quantidade de horas extraordinárias (como uma ocorrência) realizadas fora do ambiente fixo de trabalho quando não for possível a marcação pelo aplicativo "----- Pessoas", instalado em smartphone (celular), em eventuais atividades externas, tais como visita a um cliente, comparecimento em órgãos públicos como representante da empresa, etc., porém jamais para alterar o que foi registrado ou inserir algum horário faltante; xi) que todas as horas extras, inclusive as relativas às campanhas universitárias, eram devidamente registradas e que a autora não fazia cursos fora do horário de expediente. Ao final, requereu, dentre outras medidas, pela produção "*de prova da geolocalização da parte reclamante, nos horários em que indica que estava trabalhando em horas extras, sem registro nos controles de jornada*".

Nas audiências de 1.9 e 31.10.2023 o Banco renovou o pedido, que foi indeferido pelo julgador monocrático (IDs. a1d2edc, 236d4e9). Contra a decisão, o Banco lançou protestos. Em alegações finais, reiterou o pedido de produção da prova digital, sem lograr êxito (ID. c38e813).

Quando da prolação da sentença, foram deferidas horas extras, com adicional de 50%, com reflexos legais.

Neste caso, entendo que a decisão do magistrado não constituiu a melhor solução para a *vexata quaestio*.

ID. ee512ee - Pág. 4

Por meio da prova digital o Banco pretendia demonstrar que a autora deixava suas dependências após o encerramento do expediente, defendendo, deste modo, a validade dos cartões de ponto. Ao indeferir a produção da prova digital, o juiz cerceou-lhe o direito de defesa. A prova técnica seria imprescindível para ratificar tese de defesa. Adite-se que, a designação de nova data de audiência não implicaria comprometimento significativo à celeridade processual.

Entendo que, neste caso, negar o direito à prova destoa dos esforços da Justiça do Trabalho que tem investido no Programa Provas Digitais, por meio do qual busca fazer uso de informações tecnológicas para auxiliar magistrados na instrução processual, especialmente quanto à produção de provas para aspectos controvertidos, como o do caso dos autos, em busca da verdade dos fatos.

Segundo o art. 369 do CPC as partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

Indene de dúvida que a prova digital viabiliza o levantamento de dados consistentes e confiáveis, atuando como contraponto objetivo às informações prestadas pelas testemunhas arroladas.

Sobre a matéria, oportuna a notícia veiculada no site do TST, de 13.12.2021, intitulada "*Especial: Justiça do Trabalho é pioneira no uso de provas digitais*".

A Justiça do Trabalho começou, em 2020 e investiu ainda mais esforços em 2021, em uma ação institucional de formação e especialização de magistrados e servidores na produção de provas por meios digitais. A iniciativa, chamada de Programa Provas Digitais, visa fazer uso de informações tecnológicas para auxiliar magistrados na instrução processual, especialmente na produção de provas para aspectos controvertidos. Como resultado, busca-se maior celeridade à tramitação processual e facilidade para a busca da verdade dos fatos.

(...)

Em outras palavras, essa cultura de interação permanente com recursos tecnológicos produz inúmeros registros digitais, o que torna necessário repensar o modelo tradicional de produção de provas, baseado, principalmente, na oitiva de testemunhas. Dessa forma, a utilização de registros digitais para a demonstração de fatos é quase uma necessidade nos dias de hoje. **"As provas digitais nascem para dar maior eficiência probatória ao processo, por atenderem a uma nova sociedade, digital e interconectada. Se todas as nossas condutas são realizadas em uma seara cibernetica, é lá que vamos coletar os registros necessários para fazer prova dessa mesma conduta"**, explica o especialista.

As provas digitais podem ser produzidas em registros nos sistemas de dados de empresas, ferramentas de geoprocessamento, dados publicados em redes sociais e até encontradas por meio de biometria. Qualquer tipo de informação eletrônica, armazenada em bancos de dados, que comprove a efetiva realização de horas extras ou confirme a concessão fraudulenta de afastamento médico pode ser usada como prova digital.

Os dados produzidos podem ser encontrados em fontes abertas (de livre acesso, como pesquisas no Google, sites de transparência, redes sociais) ou fontes fechadas (de acesso restrito, por meio de solicitação judicial), em titularidade de empresas públicas e

ID. ee512ee - Pág. 5

privadas. Por meio deles, é possível averiguar fatos controversos no curso da instrução processual, ou seja, utiliza-se uma prova digital para chegar mais próximo ao que realmente aconteceu.

(...)

O uso das provas digitais possui fundamentos nos artigos 369 e 370 do Código de Processo Civil. O primeiro autoriza as partes a empregarem todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz. O segundo, por sua vez, dispõe que "caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito". Além disso, a Consolidação das Leis do Trabalho, no artigo 765, também estabelece que "os Juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas".

O Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014) ainda define a obrigatoriedade de guarda dos registros de conexão, por no mínimo um ano, e dos registros de acesso a aplicações de internet, por no mínimo seis meses (arts. 13 e 15). Além desses, é imperativa a disponibilização dos registros e dados pessoais armazenados nos provedores de conexão e de acesso a aplicações de internet por ordem judicial (art. 10). Há, ainda, a possibilidade de requisição judicial dos registros e dados pessoais armazenados nas operadoras de telefonia, nos provedores de conexão e de aplicações de internet, para formar o conjunto probatório em processo cível ou penal (art. 22). Nesse sentido, a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018) também possibilita o tratamento de dados pessoais na hipótese de exercício de direitos em processo judicial (art. 7º, VI, e 11, II, "a").

O uso de provas digitais ainda é balizado pelos princípios da Administração Pública, previstos no artigo 37 da Constituição da República e no artigo 2º da Lei 9.784/1999, bem como pela Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011). Também é garantido o sigilo das informações e dos dados recebidos, visando preservar a intimidade da vida privada, da honra e da imagem do seu titular (art. 23 da Lei 12.965/2014 e art. 2º, I e III, da LGPD).

Segundo o promotor de Justiça Fabrício Patury, a Justiça do Trabalho já utilizava provas digitais em processos há muito tempo, porém eram provas de fontes abertas. Um exemplo de provas digitais foi o uso de uma rede social, em 2014, para comprovar que uma enfermeira usou atestado falso para faltar ao trabalho. A trabalhadora havia postado fotos em seu perfil participando de uma maratona e, com a prova digital, foi confirmada sua demissão por justa causa.

Outro exemplo aconteceu no Rio Grande do Norte. Uma babá conseguiu comprovar o vínculo de emprego por meio de conversas no WhatsApp. A partir do teor das mensagens, o juízo constatou os requisitos necessários para o reconhecimento de vínculo, como a continuidade e habitualidade na prestação dos serviços, que não seriam apenas dois dias por semana, como alegado pela empregadora.

Contudo, os dados utilizados como provas digitais não se restringem a postagem em redes sociais. **Com o uso de fontes de dados fechadas, grande novidade das capacitações realizadas dentro do projeto Provas Digitais, é possível utilizar dados de geolocalização, biometria, metadados de fotos e até rastreamento de IP.** No curso "**Produção de Provas por Meios Digitais**" ministrado em 2020, o promotor Fabrício Patury citou um processo em que foi utilizada a biometria (marcador corporal) do mouse de um empregado para comprovar que o computador fora usado por ele. Em outro caso, os dados de geolocalização do celular conseguiram comprovar, com



exatidão, a presença do trabalhador nas dependências da empresa para efeitos de horas extras.

Em outra capacitação, o delegado de polícia de São Paulo Guilherme Caselli mostrou o caso de uma parte do processo que alegava não ter rendimentos para cumprir as parcelas devidas, no entanto, postava continuamente fotos de viagens internacionais. "A partir de posts com geolocalização, por exemplo, é possível localizar executados em insolvência", esclarece Patury. Também é possível verificar situações de formação de vínculos trabalhistas, horas extras, prestação devida do serviço, e até averiguar a existência de uma justificativa para demissão por justa causa.

ID. ee512ee - Pág. 6

(...)

Para a presidente do Tribunal Superior do Trabalho (TST) e do Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT), ministra Maria Cristina Peduzzi, as inovações tecnológicas são fundamentais para aprimorar a prestação jurisdicional ao cidadão. "**Havendo tantos registros digitais de comportamentos que passam a ser objeto de controvérsia em juízo, é importante usar esses recursos na busca da verdade dos fatos no processo do trabalho. Fazer uso dessas tecnologias é aumentar a qualidade da prestação jurisdicional e da primazia da realidade. Essa iniciativa, ao lado da utilização de tantos outros sistemas eletrônicos, como o PJe, mostra que a Justiça do Trabalho está na direção do futuro**", observa a ministra.

(...)

Segundos juristas e especialistas, a utilização da prova digital no Processo do Trabalho traz muitos pontos positivos, em especial, a possibilidade de apresentação de dados consistentes e confiáveis sobre fatos controvertidos. As evidências colhidas nas redes sociais ou em outras plataformas digitais são um contraponto objetivo às informações passadas por testemunhas arroladas pelas partes.

(...)

Com a vigência da Lei Geral de Proteção de Dados, surgiu também o questionamento sobre a legalidade e possibilidade do uso desses dados para fins de provas digitais. De acordo com o promotor Fabrício Patury, a LGPD não atrapalha a produção desse tipo de provas. "A lei apenas criou regras mais protetivas para evitar vazamentos e abusos de dados. No caso do Judiciário, sempre há consentimento ou uma base legal para a captura. Já temos mais de um ano de LGPD e, nesse tempo, só vi melhoras na produção probatória", relata.

Além disso, como foi apresentado na seção "Fundamentos legais", a própria LGDP faz parte do arcabouço normativo para o uso de provas digitais no Judiciário.

(...)

Registre-se que, a prova digital não veio para excluir outros meios de prova. Na verdade, chegou para auxiliar na formação da convicção do magistrado, com a geolocalização de onde o trabalhador está.

Entendo que na hipótese dos autos há aspectos que denunciam claramente o desacerto da decisão do magistrado ao indeferir a produção da prova digital, vedando-lhe o caminho da ampla defesa e do devido processo legal, pilares dos Estados Democráticos de Direito e do

constitucionalismo dos povos civilizados e expressão maior de segurança jurídica (art. 5º, incs. LIV e LV, da CR).

Em arremate, invoca-se o disposto no art. 765 da CLT que autoriza o juiz a adotar qualquer medida necessária ao esclarecimento da causa, de modo a aproximar-se da realidade dos fatos em discussão, o que não foi observado. O fundamental é que se dê cumprimento ao desiderato maior da ampla defesa. Sendo o processo, não um fim em si mesmo, mas meio para a consecução de um direito, devem ser expungidas de seu âmbito atos e medidas que afrontem ou impeçam o exercício da ampla defesa ou violem o devido processo legal (art. 5º, incs. LIV, e LV, da CR).

Neste sentido, tem decidido os Tribunais pátrios:

ID. ee512ee - Pág. 7

PRODUÇÃO DE PROVA DIGITAL, CONSISTENTE EM PESQUISA DE GEOLOCALIZAÇÃO. O requerimento formulado por uma das partes no sentido de produção de determinada prova, inclusive digital, revela o exercício regular de um direito, notadamente considerando a maior solidez e alto grau de confiabilidade das informações que dela possam advir, em comparação com outros meios probatórios clássicos. Não se tratará de prova obtida por meio ilícito, nem tampouco se estará desprezando os direitos à privacidade assegurados pelos arts. 5º, X e XII da CF e arts. 7º, I e II, e 10 da Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) quando conferido aos dados coletados o adequado sigilo, reservada sua análise às partes envolvidas no processo e com vista à confirmação dos fatos afirmados pela própria parte. (TRT 12ª. MSCiv 0000955-41.2021.5.12.0000. Seção Especializada 2. Rel. Desdor. Gracio Ricardo Barboza Petrone. DEJTSC 18/05/2022).

Em caso similar, esta Turma decidiu no mesmo sentido (Processo RO-0000263-24.2021.5.11.0015, julgado em 18.8.2022).

Assim, acolhe-se a preliminar de cerceamento de defesa para anular a decisão proferida, determinar a reabertura da instrução processual para a produção da prova digital, com prolação de novo julgamento, como entender de direito.

DISPOSITIVO

Conheço do recurso e dou-lhe provimento para, acolher a preliminar de nulidade processual por cerceamento de defesa, determinando o retorno dos autos à Vara de origem, a fim de ser reaberta a instrução do feito, de modo a admitir a prova digital consistente em *posts* de geolocalização, proferindo novo julgamento, como entender de direito, conforme as razões expostas.

Participaram do julgamento a Excelentíssima

Desembargadora SOLANGE MARIA SANTIAGO MORAIS - **Presidente**; a Excelentíssima Juíza Convocada EULAIDE

MARIA VILELA LINS - **Relatora**; o Excelentíssimo Desembargador DAVID ALVES DE MELLO

ID. ee512ee - Pág. 8

JÚNIOR e o Excelentíssimo Procurador Regional do Trabalho JORSINEI DOURADO DO NASCIMENTO.

ISTO POSTO

ACORDAM os Desembargadores do Trabalho e a Juíza do Trabalho Convocada da **PRIMEIRA TURMA** do Tribunal Regional do Trabalho da 11ª Região, por unanimidade de votos, conhecer do recurso e **dar-lhe provimento** para, acolher a preliminar de nulidade processual por cerceamento de defesa, determinando o retorno dos autos à Vara de origem, a fim de ser reaberta a instrução do feito, de modo a admitir a prova digital consistente em *posts* de geolocalização, proferindo novo julgamento, como entender de direito, conforme as razões expostas.

Sessão de Julgamento Virtual realizada no período de 23 a 28 de maio de 2024.

EULAIDE MARIA VILELA LINS

Relatora

Assinado eletronicamente por: EULAIDE MARIA VILELA LINS - 07/06/2024 12:56:45 - ee512ee
<https://pje.trt11.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?nd=24022610175528400000012218262>
 Número do processo: 0000184-89.2023.5.11.0010
 Número do documento: 24022610175528400000012218262

