

PROCESSO nº 0001227-08.2019.5.09.0673 (ROT)

NULIDADE PROCESSUAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. PRODUÇÃO DE PROVAS DIGITAIS. A parte reclamada consignou os protestos no momento processual adequado (art. 795 da CLT), por entender cerceado em seu legítimo direito à produção de provas digitais. As provas digitais estão sendo amplamente aceitas pelo Judiciário Trabalhista em situações das mais corriqueiras às mais arrojadas. Tem tido seu lugar, principalmente, quando a discussão versa sobre horas extras e consequente possibilidade de controle de jornada pelo empregador. Apresenta-se mais comum nas situações em que se busca a verdade real dos fatos do trabalhador que, exemplificativamente, labora longe do olhar de seu patrão. Remanesce, portanto, ante o cerceio de defesa perpetrado, a possibilidade manifesta de eventual prejuízo processual da parte impedida de provar, conforme expressa previsão do artigo 794 da CLT. Impõe-se o prosseguimento da instrução processual, principalmente a fim de evitar qualquer resquício de pré-julgamento.

RELATÓRIO

As remissões às folhas do processo feitas no acórdão levarão em conta o processo de apresentação em PDF, decorrente da exportação integral dos autos em ordem crescente, na data da apreciação do feito, com o intuito de facilitar a localização dos documentos.

V I S T O S, relatados e discutidos estes autos de **RECURSO ORDINÁRIO TRABALHISTA(1009)**, provenientes da **MM. 06ª VARADO TRABALHO DE LONDRINA**.

Inconformada com a r. sentença de fls. 1690-1706, complementada pela decisão resolutiva de embargos de fls. 1729-1730, ambas proferidas pelo Exmo. Juiz do Trabalho REGINALDO MELHADO, que acolheu parcialmente os pedidos, recorre o reclamado, tempestivamente.

O recorrente, através do RECURSO ORDINÁRIO de fls. 1732-1785, postula a reforma da r. sentença quanto aos seguintes pedidos: a) Necessidade de produção de provas digitais - cerceamento de defesa; b) Acolhimento da contradita da testemunha da reclamada; c) Inépcia da inicial - da limitação dos valores àqueles indicados na petição inicial; d) Marco prescricional a partir do ajuizamento; e) Horas extras e equiparação salarial. pedidos contraditórios; f) Horas extras indevidas - gerente de relacionamento empresas II; g) Compensação da gratificação de função para todo o período; h) Ofensa aos princípios da isonomia, razoabilidade e proteção ao direito de propriedade e livre iniciativa, e ainda, da autonomia coletiva acerca da jornada especial dos bancários; i) Jornada especial dos bancários e da inconstitucionalidade progressiva; j) Validade total dos registros; k) Aumento da média remuneratória - dos reflexos/repercussões das horas extras - critérios para a apuração das horas extras; l) Compensação horária; m) Intervalo intrajornada; n) Diferenças por equiparação salarial; o) Participação nos lucros e resultados - inexistência de diferenças; p) Indenização suplementar deferida; q) Índice de correção monetária e juros de mora - tese obrigatória fixada pelo e. STF; r) Descontos previdenciários e fiscais; s) Honorários advocatícios de sucumbência aos patronos do réu/recorrente - honorários deferidos aos patronos da reclamante; t) Suspensão da exigibilidade - ofensa aos princípios constitucionais da igualdade e da essencialidade do advogado à justiça; u) Indevida concessão da assistência judiciária gratuita ao reclamante.

Custas recolhidas (fl. 1799/1801).

Depósito recursal efetuado (fl. 1800).

Contrarrazões apresentadas pelo reclamante (fls. 1804-1830).

Em conformidade com a Consolidação dos Provimentos da Corregedoria Geral da Justiça do Trabalho e a teor do disposto no art. 45 do Regimento Interno deste E. Tribunal Regional do Trabalho, os presentes autos não foram enviados ao Ministério Público do Trabalho.

FUNDAMENTAÇÃO

ADMISSIBILIDADE

CONHEÇO DO RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMADO, assim como das

respectivas contrarrazões, visto que satisfeitos os pressupostos de admissibilidade.

MÉRITO

a) Necessidade de produção de provas digitais - cerceamento de defesa

O banco reclamado busca a reforma da r.sentença de origem a fim de que seja declarada nulidade processual por cerceamento de defesa, com a determinação de retorno dos autos para a MM. Vara de origem para a produção das provas digitais requeridas às fls. 1672-1675, quais sejam:

“...requer seja deferida a produção de prova da geolocalização do Reclamante nos horários em que indica que estava trabalhando em horas extras, sem registro nos controles de jornada, para que se comprove se de fato estava ao menos nas dependências da Reclamada, mediante os seguintes parâmetros:

1. Período de 18/12/2014 até 31/11/2018.

2. Quanto aos horários, conforme alegado na inicial, com acréscimo de 1 hora antes e depois do suposto início da jornada, para apuração da geolocalização no deslocamento;

3. Acesso aos Portais Judiciais, para extração de dados de geolocalização ou mediante envio de ofício aos responsáveis pela gestão e armazenamento de dados, em formato interoperável, trazendo o arquivo semântico (mês a mês), zipado e no formato XML, XLS ou JSON, conforme indicado:

a) Operadora de telefonia, requerendo que a parte Reclamante informe em audiência o número / operadora utilizado no período de acima mencionado para que sejam apresentados os registros de ERB (Estação Rádio Base) com a geolocalização das chamadas e mensagens SMS, referentes à conta vinculada ao celular registrado no número informado em audiência.

b) Apple Computer Brasil Ltda., CNPJ 00.623.904/0001-73, Rua Leopoldo Couto de Magalhães Jr., 700, 7º andar, São Paulo-SP, CEP 04542-000;

c) Google Brasil Internet Ltda, CNPJ: 06.990.590/0001-23, Av. Brigadeiro Faria Lima, 3477 - Itaim Bibi, São Paulo - SP, CEP - 04538-132;

d) Facebook Serviços Online do Brasil LTDA, CNPJ 13.347.016/0001-17, Rua

Leopoldo Couto de Magalhães Júnior, 700, 5º Andar - Itaim Bibi, São Paulo-SP, CEP 04542-000; requerendo que a autora informe seu perfil.

e) Twitter Brasil Rede de Informação Ltda, endereço: Rua Hungria, 1100, São Paulo-SP, CEP 01455-906; requerendo que a autora informe seu perfil.” (fls. 1674).

Quanto ao tema, assim decidiu o r. Juízo de origem:

“Indefiro o pedido. Primeiro, por se tratar de mera conjectura profilática do réu, baseada na premissa de que alguém faltará com a verdade na audiência. Segundo, porque não se comprova no petítório ter a parte autora utilizado os dispositivos eletrônicos e aplicativos ali mencionados. Rejeito o pedido, finalmente, porque a inclusão de eventuais informações obtidas na forma pretendida pelo réu poderia representar violação da privacidade do próprio autor e de terceiros, inclusive em comunicações, em violação ao artigo 5º da Constituição Federal.” (fl. 1681)

No ato, a reclamada a registrou seus protestos (cf. fl. 1681).

De plano, como se infere do exposto acima, tem-se que foi devidamente consignado o protesto da reclamada em relação ao indeferimento da produção de prova, nos termos do que dispõe o artigo 795 da CLT, praticando a parte, portanto, a contento, o necessário ato antipreclusivo na primeira oportunidade que teve para manifestar-se nos autos acerca do tema.

Antes de encerrada a instrução processual, podem as partes produzir as provas que entendem necessárias à defesa de seu direito - sob pena de nítido cerceamento do direito de defesa -, sendo necessária, apenas, a abertura de prazo para eventual manifestação da parte contrária.

Remanesce, portanto, ante o cerceio do direito de defesa perpetrado, a possibilidade manifesta de eventual prejuízo processual da parte impedida de provar, conforme expressa previsão do artigo 794, da CLT.

Cabe aqui um breve comentário acerca da prova buscada pelo banco reclamado, até mesmo por tratar de matéria de aparente vanguarda, que começa a despontar e suscitar análise por esta Justiça Especializada.

As provas digitais, talvez nem sempre assim nominadas, estão sendo amplamente aceitas pelo Judiciário Trabalhista em situações das mais corriqueiras

às mais arrojadas. Tem tido seu lugar, principalmente, quando a discussão versa sobre horas extras e consequente possibilidade de controle de jornada pelo empregador. Apresenta-se mais comum nas situações em que se busca a verdade real dos fatos do trabalhador que, exemplificativamente, labora longe do olhar de seu patrão.

Inúmeras são as situações em que se utiliza a mesma prova aqui requerida - geolocalização - útil para ambas as partes do processo, reclamante e reclamado. Alguns exemplos podem ser citados:

“Conforme bem fundamentado pela r. sentença, da prova oral emprestada, produzida nos autos sob n 0000077-77.2019.5.09.0095, conclui-se que a recorrente utilizava um sistema de geolocalização, que possibilitava ter conhecimento da localização da empregada.

Da análise dos depoimentos prestados, denota-se que embora não houvesse controle da jornada de trabalho da empregada existia, sim, a possibilidade de controle efetivo da sua jornada. De se notar, o depoimento prestado pela testemunha da ré, Sra. Juliana, que afirmou ser necessário repassar relatórios diários para a empresa bem assim, que havia contato diário por telefone. Ainda, considerando que constavam do sistema da ré os roteiros a serem percorridos pela empregada, verifica-se que a simples conferência e contraposição desses dados de geolocalização possibilitaria a reclamada controlar e fiscalizar a jornada da autora no que diz respeito ao horário de início e término da jornada de trabalho.

Portanto, igualmente entendo que o conjunto probatório comprova que a jornada de trabalho da reclamante era efetivamente controlada pela ré.” - PROCESSO nº 0000197-86.2020.5.09.0095 (ROT) - RELATOR: LUIZ EDUARDO GUNTHER 4ª Turma - 24/11/21.

“Consoante já decidido no tópico anterior, a cuja fundamentação me reporto, por brevidade, é perfeitamente possível o controle da jornada de trabalho da empregada que exerce atividade externa, mormente com o auxílio de meios tecnológicos, como os adotados pelo reclamado (aparelho celular e tablet com sistema de rastreamento por geolocalização).” - PROCESSO nº 0001015-72.2020.5.09.0019 (ROT) - RELATOR: ADILSON LUIZ FUNEZ - 3ª Turma - 27/04/22.

“Conforme bem fundamentado pela r. sentença, da prova oral produzida, conclui-se dos depoimentos prestados, que embora não houvesse controle da jornada

de trabalho da autora existia, sim, a possibilidade de controle efetivo da jornada da reclamante. De se notar, o depoimento prestado pela testemunha Joaquim, ratificando o constante do Instrumento Particular de Contrato de Franquia (cl. 6ª, item 6.3, Id. 77e415f- Pág. 5), no sentido de que era obrigação da reclamante “Elaborar e encaminhar ao MASTER B a sua proposta de Agenda de Atividades Semanal” e esclarecendo que havia ainda, a possibilidade de controle da jornada de trabalho pelos superiores hierárquicos, devido a realização de cobrança quanto aos atrasos em reuniões e o envio de propostas até o domingo bem assim, pelo monitoramento das posições da empregada informadas pelo WhatsApp ou pela geolocalização apontada nos sistemas próprios da ré via iPad..” - PROCESSO nº 0000082-72.2020.5.09.0028 (ROT) - RELATOR: LUIZ EDUARDO GUNTHER - 4ª Turma - 27/04/22.

Também há casos em que os excelentíssimos Juízes de Primeiro Grau tem deferido a produção de provas digitais, inclusive em processos onde figura como reclamado o banco ora recorrente. A título de exemplo cita-se a situação ocorrida nos autos de Reclamatória Trabalhista de nº 0000945-45.2020.5.09.0863, em que foi deferida a prova digital. Depois de cumprida a dilação probatória, com a colaboração da parte autora, houve insurgência desta, via mandado de segurança, sob alegação de quebra de sigilos fiscal e telemáticos. Referido mandado de segurança (nº 0000907-66.2021.5.09.0000 (MSCiv) foi julgado extinto sem resolução do mérito por perda do objeto uma vez que a própria reclamante, então impetrante, havia atendido a determinação judicial e colacionado aos autos informações referentes a sua geolocalização que foram fornecidas pelo *Google* via *takeout.google.com*.

Quanto a este aspecto, quebra de sigilo, há que se atentar para matéria constante no sítio eletrônico do C. TST (<https://www.tst.jus.br/provas-digitais>) intitulada “Especial: Justiça do Trabalho é pioneira no uso de provas digitais - As informações tecnológicas auxiliam magistrados na instrução processual.” A notícia elenca os fundamentos legais para o uso das provas digitais:

“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 “cabera 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 no 12.965/2014 e art. 2o, I e III, da LGPD).”

Brevemente comentada a viabilidade da prova digital e seu cabimento no caso ora examinado, necessário o prosseguimento da instrução processual, principalmente a fim de evitar qualquer resquício de prejulgamento.

Dessa forma, tendo a parte apresentado insurgência expressa ao indeferimento do pedido de realização de prova digital sobre fato controvertido na demanda, nos termos do que dispõe o artigo 795 da CLT, mesmo diante de eventual formação de convencimento por parte do órgão julgador, entendo que houve cerceamento do direito de defesa alegado.

Declaro, assim, a nulidade dos atos processuais praticados a partir da audiência de instrução realizada em 03/05/2022 (fls. 1681-1683), permanecendo válidos os depoimentos prestados (depoimento pessoal do reclamante e oitiva de testemunhas e informantes). Determino o retorno dos autos à MM. Vara de origem para que se proceda a regular instrução processual, com a oportunização da prova pretendida, nos termos da lei.

Assim, **acolho** a preliminar de nulidade processual por cerceamento do direito de defesa para declarar nulos os atos processuais praticados a partir da ata de audiência de instrução processual realizada em 03/05/2022 (fls. 1681-1683), permanecendo válidos os depoimentos prestados (depoimento pessoal do reclamante e oitiva de testemunhas e informantes); bem como determinar o retorno dos autos à MM. Vara de origem para regular instrução processual, possibilitando a produção da prova digital pleiteada pelo reclamado, procedendo-se, em seguida, à regular complementação da prestação jurisdicional.

ACÓRDÃO

Em Sessão Presencial realizada nesta data, sob a Presidência do Excelentíssimo Desembargador Arnor Lima Neto; presente a Excelentíssima Procuradora Andrea Ehke, representante do Ministério Público do Trabalho; computados os votos dos Excelentíssimos Desembargadores Sergio Murilo Rodrigues Lemos, Odete Grasselli e Arnor Lima Neto, sustentou oralmente a advogada Maria Victoria Vieira Hauer Malschitzky inscrita pela parte recorrida, sustentou oralmente o advogado Frederico Antonio Cruz Pistori inscrito pela parte recorrente; **ACORDAM** os Desembargadores da 6ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, por unanimidade de votos, **CONHECER DO RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMADO**, assim como das respectivas contrarrazões. No mérito, por igual votação, **DAR-LHE PROVIMENTO** para, nos termos da fundamentação: a) acolher a preliminar de nulidade processual por cerceamento do direito de defesa para declarar nulos os atos processuais praticados a partir da ata de audiência de instrução processual realizada em 03/05/2022 (fls. 1681-1683), permanecendo válidos os depoimentos prestados (depoimento pessoal do reclamante e oitiva de testemunhas e informantes); b) determinar o retorno dos autos à MM. Vara de origem para regular instrução processual, possibilitando a produção da prova digital pleiteada pelo reclamado, procedendo-se, em seguida, à regular complementação da prestação jurisdicional.

Custas inalteradas.

Intimem-se.

Curitiba, 10 de fevereiro de 2023.

SERGIO MURILO RODRIGUES LEMOS
Relator