

PROCESSO nº 000028-67.2023.5.09.0007 (ROT)

PROVAPERICIAL.GEOLOCALIZAÇÃO.VALIDADE. O requerimento de prova, inclusive digital, consiste em exercício regular de direito pela parte, sendo imprescindível destacar o alto grau de confiabilidade que emerge das informações resultantes de perícia de geolocalização quando comparado com meios probatórios tradicionais, como a prova testemunhal. Ademais, insere-se no poder instrutório do juiz acolher o requerimento para realização de perícia de geolocalização. Com efeito, as provas digitais são expressamente admitidas pelo Código de Processo Civil de 2015, o qual aplicável ao Processo do Trabalho, por força do art. art. 769 da CLT. Tem-se, portanto, afastada a alegação do recorrente quanto a invalidade da perícia de geolocalização. Conforme consta da prova técnica de geolocalização juntada às fls. 581 e ss, reputa-se que a parte autora não logrou êxito em comprovar que ativava em jornada de trabalho diversa das anotadas nos cartões de ponto. **Recurso conhecido e desprovido, no particular.**

V I S T O S, relatados e discutidos estes autos de **RECURSO ORDINÁRIO TRABALHISTA (1009)**, provenientes da **7ª VARA DO TRABALHO DE CURITIBA**, sendo recorrente **V. G. C.** e recorrido **G. C. B. S.A.**.

I - RELATÓRIO

Fica sinalizado que haverá indicação, no acórdão, de páginas do processo por meio de números cardinais, conforme exportação dos autos em PDF em ordem crescente, sistema facilitador para a localização das peças processuais.

Trata-se de reclamatória trabalhista ajuizada no dia 18/01/2023 por **V. G. C.** em face de **G. C. B. S.A.**. Foi atribuído à causa o valor de R\$ 111.655,82. Refere-se

a contrato de trabalho que perdurou de 02/07/2018 a 03/05/2022 (fls. 412).

O Juiz do Trabalho **JOSÉ ALEXANDRE BARRA VALENTE** julgou improcedentes os pedidos.

O autor recorre quanto aos seguintes pontos: a) perícia de geolocalização - ausência de valor probatório - renovação de protestos; b) horas extras - jornada laboral - nulidade do banco de horas - intervalo intrajornada - intervalo interjornada; c) PLR; d) honorários de sucumbência (fls. 707/724).

Custas dispensadas, ante a concessão da justiça gratuita.

Contrarrazões pelo réu (fls. 728/753).

O Ministério Público do Trabalho não se manifestou, conforme artigo 36 da Consolidação dos Provimentos da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho.

II - FUNDAMENTAÇÃO

1. ADMISSIBILIDADE

Presentes os pressupostos legais, **ADMITEM-SE** o recurso ordinário interposto pelo autor as contrarrazões apresentadas pelo réu.

2. MÉRITO

a) Perícia de geolocalização - ausência de valor probatório- renovação de protestos e b) Horas extras - jornada laboral - nulidade do banco de horas - intervalo intrajornada - intervalo interjornada (análise conjunta dos tópicos)

Com esteio na perícia de geolocalização, o Juízo singular considerou fidedignos os registros de jornada, além do que reputou válido o banco de horas pactuado, além de ausente demonstrativo de diferença válido. O pedido de horas extras foi julgado improcedente nos seguintes termos, *in verbis*:

A parte reclamante alega que foi contratada para uma jornada de 8 horas diárias e 44 horas semanais, mas, na verdade, *“sempre se ativou além dos horários previamente estipulados, sem, contudo, ter suas horas extras compensadas ou corretamente adimplidas pela Reclamada”*. Aponta que *“durante todo o contrato laborava revezando os horários, podendo ser*

de segunda a sábado de 09:00/09:30 às 19:30/20:00 ou de 12:00/12:30 às 22:30/23:00, gozando sempre de intervalo intrajornada de 30 minutos, bem como em 2 domingos por mês de 13:30 às 20:30/21:00, com 30 minutos de intervalo". Aponta, ainda, que "na semana que antecedia as datas comemorativas como dia dos pais, das mães, das crianças, dos namorados, bem como nas duas semanas que antecediam o natal, laborava de 09:00 às 23:00/23:30, em todas as ocasiões com 30 minutos de intervalo, o que ocorria também nos dois domingos próximos a todas aludidas datas. Nos saldões que ocorriam em média de 6 vezes ao ano, laborava de 09:00 às 23:00/23:30, sempre com intervalo de 30 minutos. Já nos inventários, que ocorriam em uma frequência de 12 vezes ao ano, se ativava de 07:30 às 17:00, com 30 minutos de intervalo intrajornada. Destaca-se, que nas ocasiões de Black Friday, que ocorriam no mês de novembro por 3 dias, laborava de 07:30 às 23:30/00:00, mantendo 30 minutos de intervalo. Laborava em média em 4 feriados no ano, cumprindo nas ocasiões o horário de 13:00 às 21:00, com 30 minutos de intervalo. Ressalta-se que as horas extras laboradas jamais foram integralmente pagas, ou compensadas. Da mesma forma, pelo trabalho em domingos e feriados, jamais recebeu o Reclamante os devidos valores ou mesmo gozou de folga compensatória". Destaca, ainda, que "não podia registrar corretamente sua jornada de trabalho, já que era obrigado a consignar os horários tanto de entrada, saída e intervalo de acordo com as determinações de prepostos da Reclamada, não retratando assim os espelhos de ponto sua real jornada de trabalho". Alega que era habitual "consultar seu espelho de ponto no sistema e verificar que lançamentos efetuados em determinados horários haviam sido alterados ou mesmo excluídos de seu ponto, criando compensações fictícias, tendo conhecimento, com isso, que a Reclamada promovia alterações em seu controle de jornada". Cita diversos depoimentos de prepostos da reclamada e testemunhas em outros processos e conclui, aduzindo que os espelhos de ponto não retratariam a real jornada de trabalho, seja quanto aos horários de entrada, saída e intervalo, ou mesmo no que tange a frequência. Requer a condenação da ré no pagamento das horas extras excedentes da 8ª diária e 44ª semanal, acrescidas dos adicionais convencionais, conforme CCT anexas, bem como das horas extras decorrentes da violação dos intervalos intrajornada, entre jornadas e do artigo 384 da CLT, acrescidas da incidência em RSR e já enriquecidas destes, reflexos em aviso prévio, 13º salário, férias + 1/3 e de tudo em FGTS e multa de 40% sobre o saldo fundiário, observando-se todo o contrato de trabalho. Requer também a condenação da ré ao pagamento dos intervalos intrajornada e entre jornadas, pois aduz que "em que pese ter sido contratado com o Reclamante intervalo intrajornada de 2 horas, durante todo o pacto laboral usufruiu de intervalo para descanso e alimentação inferior, fazendo jus assim ao intervalo intrajornada não usufruído, na forma do § 4º do artigo 71 da CLT, tomando-se como base no

intervalo contratual de 2 horas, ou entendendo de forma diversa, o legal de 1 hora, pelo tempo integral. Da mesma forma, desrespeitado o intervalo mínimo de descanso de 11 horas entre duas jornadas, deverão as horas relativas ao intervalo entre jornadas ser pagas como horas extras, com o devido adicional convencional, conforme CCTs anexas, independentemente do pagamento do trabalho extraordinário decorrente da sobrejornada diária” (petição inicial às fls. 02-09 e id 12bb62e).

A empresa reclamada impugna a jornada de trabalho indicada na inicial, ponderando, em suma, que a parte reclamante levava a efeito suas atividades dentro do limite legal de 44 horas semanais, sempre com intervalo alimentar de no mínimo uma hora, e uma folga semanal, tendo anotado pessoalmente todos os dias e horários laborados em seus cartões de ponto. Aduz que as horas extras, eventualmente, realizadas foram regularmente registradas e pagas ou compensadas, conforme verifica-se nos cartões de ponto e recibos de pagamento, não restando qualquer valor em aberto devido ao obreiro. Requer a rejeição e tece argumentos sucessivos (contestação às fls. 234-266 e id abce1b6).

Analisa-se.

Vieram aos autos os controles de ponto de todo o período contratual (fls. 282-369) e, como já adiantado pelas passagens citadas acima da inicial e da contestação, o tema da idoneidade do controle de ponto é o tema central da lide, antes de discutir se a parte reclamante cumpriu ou não os horários de trabalho descritos na peça inicial.

Pois bem.

Os depoimentos pessoais colhidos nestes autos não trouxeram elementos probatórios suficientes para elucidar a controvérsia sobre a validade dos controles de ponto, pois nenhum dos litigantes incorreu em confissão real, mantendo intactas as suas declarações já adiantadas na inicial e na contestação.

A testemunha J. R. F. M. F. confirmou quase que integralmente as alegações da peça inicial (vide gravação a partir de 26min20seg no PJE mídias).

A reclamada não produziu prova oral, mas requereu a produção de prova documental (ata de audiência às fls. 494 e id 3a1f444).

O requerimento foi parcialmente acolhido, mas apenas para a produção de perícia técnica de geolocalização (ata de audiência às fls. 538-541 e id 34d2830).

A perícia foi apresentada às fls. 580-668 (id 34d2830) e seu resultado contraria, fortemente, não só as declarações da testemunha ouvida na audiência UNA, como toda a argumentação da peça inicial, senão vejamos.

O *expert* que produziu a prova pericial, depois de colher os dados de celular do reclamante, analisá-los em conjunto com os controles de ponto de fls. 282-369, apresentou as seguintes conclusões:

“Após tais estudos de casos, observou-se que as geolocalizações foram eficientes para demonstrar a real rotina da reclamante, verificando as informações elencadas na inicial, cruzando as informações descritas e a higidez das marcações de ponto acostados aos autos.

*A narrativa da inicial, fls. 1, de que o reclamante iniciava sua jornada as 09:00/09:30 às 19:30/20:00 de segunda a sábado **não pôde ser confirmada**. Ao analisar o horário de entrada, apenas em uma única oportunidade no dia 29/11/2019, chegou à empresa reclamada as 09:20:15 e coletou sua última geolocalização as 23:28:04. Este dia é o que mais se aproxima da narrativa, apenas.*

Relativo ao intervalo de 30 minutos, não pôde ser observado com clareza, visto que a empresa reclamante é em um shopping center, havendo em algumas oportunidades, rápidos e curtos deslocamentos do local da empresa à praça de alimentação. Porém, existem outras lojas não relacionadas a alimentação com distância inferior a 5 metros, tornando inviável tal análise.

*O discurso de que laborava dois domingos por mês foi observado em diversas oportunidades, conforme Tabela 2 do laudo pericial. O horário de entrada ocorria por volta das 14:00:00 e o fim de jornada, por volta das 20:00:00. Portanto, o discurso de que os domingos eram laborados 13:30 às 20:30/21:00 **não pode ser confirmado**.*

*A indagação de que em vésperas de feriados comemorativos, laborava da 09:00 às 23:00/23:30 e saldões, **pôde ser confirmado em apenas uma única ocasião**. Em 29/11/2019, chegou ao local da empresa às 09:20:15. Permaneceu no local até as 23:29:04.*

*Elenca ainda que em Black Friday, laborava das 07:30 às 23:00/00:00. **Não foram detectadas ocasiões em que chegou por volta das 07:30 na empresa reclamada e permaneceu até as 23:00/00:00**. Nestes dias em que chegou por volta das 07:30 para trabalhar, o dia que deixou o local de trabalho mais tarde, fora às 18:14:32.*

Portanto, **não podendo confirmar tais descrições.**

No que se diz respeito do labor aos feriados, **existem algumas oportunidades em que laborou de fato nos feriados, mas que os pontos estão marcados e compatíveis com a geolocalização do reclamante,** conforme Tabela 2.

Por fim, conclui-se, conforme análise dos dados fornecidos de geolocalização, que **os pontos marcados possuem elevada compatibilidade,** em certos registros, exatidão de horários, conforme é possível visualizar de forma clara e cristalina na Tabela 2 do laudo pericial." (fls. 658 e id b2f675b, mas sem os grifos no original).

As passagens grifadas por este Juízo nas conclusões do perito elencadas acima indicam, de forma claríssima, que a tese de que o controle de ponto era falseado, alterado, invalidado, inidôneo dentre outras qualificações não se confirmou, pelo contrário.

O controle de ponto juntado às fls. 282-369 **reflete, sim, a real jornada de trabalho do reclamante.**

É claro que há uma forte divisão da prova neste autos, entre o depoimento da testemunha J. R. F. M. F. e o laudo técnico pericial de fls. 580-668, mas nesta situação específica, devemos dar maior credibilidade às conclusões da perícia técnica.

A perícia técnica é extremamente precisa na análise dos fatos, pois decorre de informações do próprio celular do reclamante, enquanto o depoimento testemunhal passa pelas impressões e a memória de um ser humano, passível de falhas no momento de rememorar os fatos ocorridos às vezes muito tempo antes da produção da prova, o que acaba contribuindo na imprecisão das informações. Como bem destacamos na audiência de fls. 538-541 (id 34d2830), a saber:

"(...) A prova digital é auto declarativa, auto produtiva, possuindo maior força probante, dispensando sua autenticação. Trata-se de prova realizada com informações de arquivos de nuvens com a exportação de documentos digitais. É a chamada herança digital, prova de biometria, que é todo marcador corporal de cada indivíduo.

São provas obtidas com informações de empresas de tecnologia ou até mesmo estação de rádio base (ERB) de operadores de telefonia celular.

A identificação de dados biométricos podem provar o trabalho efetivo ou até

abuso nas relações de trabalho (o apple watch permite registros de batimentos cardíacos ou condições degradantes de oxigenação).

Esse meio de prova evita que o Magistrado tenha que decidir em inúmeras vezes com base em prova testemunhal, geralmente contraditória e, em algumas situações, frágil ou faltante com a verdade.

A Reforma Trabalhista tentou, inclusive, incluir a responsabilização da testemunha através de multa em caso de depoimento que altere a verdade dos fatos ou omita fatos essenciais ao julgamento da causa (art. 793-D da CLT), mas o entendimento da necessidade de contraditório prévio previsto na Instrução Normativa 41 do TST levou, na prática, ao desuso desta medida, conforme seu art.10, parágrafo único, ao dispor que 'Após a colheita da prova oral, a aplicação de multa à testemunha dar-se-á na sentença e será precedida de instauração de incidente mediante o qual o juiz indicará o ponto ou os pontos controvertidos no depoimento, assegurados o contraditório, a defesa, com os meios a ela inerentes, além de possibilitar a retratação'.

Isso sem se considerar que há consenso quanto à fragilidade da prova testemunhal, pois a afirmação dos fatos depende das lembranças da pessoa convidada a depor, muitas vezes de ocorrências passadas há anos, em dinâmicas laborais variáveis, que nem sempre lhe permite esclarecer os fatos com a fidedignidade esperada.

Importante também se destacar que não há violação ou objeção da Lei Geral de Proteção de Dados, Lei 13.709/2018, pois conforme autoriza o art. 7º, inciso VI, o tratamento de dados pessoais poderá ser realizado para o exercício regular de direitos em processo judicial (...)".

E aqui é importante fazer alguns destaques acerca da impugnação da parte reclamante às fls. 671-675 (id cc0f540).

Primeiro destaque. O depoimento prestado pela testemunha J. R. F. M. F. não era suficiente para elucidar a controvérsia e determinar o encerramento das instruções, tanto que a parte reclamada havia solicitado a produção de uma contraprova, no caso, a expedição de ofícios à URBS para buscar contrariar a tese de que o reclamante permanecia laborando nas dependências da loja da empresa reclamada até 19h/20h/21h, em dias de grande movimento.

Segundo destaque. A forte impugnação ao sistema de controle de ponto foi

criada pela própria parte reclamante ao narrar na peça inicial diversos casos passados em que, obviamente, ocorreram irregularidades. O problema de se sustentar uma tese de completa invalidade de todo o sistema de controle de ponto de uma empresa com atuação nacional é que a sua comprovação em processos judiciais deve exigir algo mais do que o depoimento de uma testemunha. Para fatos tão extraordinários como àqueles descritos na inicial há necessidade de prova robusta e tal qualidade de prova não pode ser atribuída ao depoimento de um empregado apenas, para contrariar quase cinco anos de registro de ponto.

Daí que os documentos apresentados pelo autor às fls. 37 e seguintes não se prestaram a provar os fatos constitutivos alegados, pois além de se referirem a outras filiais, referem-se a outros processos judiciais que não guardam relação alguma com a presente demanda, bem como, devidamente impugnadas pela defesa, não traduzem prova emprestada.

Terceiro e último destaque. A prova técnica em momento algum afrontou os termos da Lei Geral de Proteção de Dados, pelo contrário. Seu uso nestes autos se deu de forma adequada e respeitosa, apenas e tão somente para demonstrar se os registros de ponto seriam ou não corretos, motivo pelo qual indevida a impugnação ao laudo pericial apresentada às fls. 671-675.

Em suma, a parte reclamante **não conseguiu demonstrar** que os controles de ponto eram fraudados pela antiga empregadora.

Prevalecem, assim, os controles de ponto de fls. 282-369 para efeito de apuração da jornada laborada e dos intervalos concedidos.

Observamos que os controles de ponto juntados com a contestação (fls. 282-369) apresentam horários diversos, variáveis, com apontamentos de crédito ou débito para banco de horas, além de registros de intervalos de descanso intrajornada. E podemos aferir, ainda, que há registro de jornada extraordinária, mas em poucos dias, bem diferente da tese da inicial.

Ademais, a empresa reclamada não pagava horas extras, mas adotava um sistema de compensação por banco de horas.

Só que a parte reclamante teve um número significativo de horas negativas no seu banco de horas. Analisando os controles de ponto de forma mais detida e

minuciosa, observamos que tal saldo negativo decorreu do período da pandemia mundial de Covid-19 que se instalou no Brasil a partir da segunda quinzena de março de 2020 (vide documentos a partir de fls. 321 e seguintes).

É por isso que o saldo negativo de banco de horas tornou quase impossível o reclamante deduzir as horas a pagar com as poucas horas extras realizadas depois da retomada das atividades empresariais, a partir do final do primeiro semestre de 2021 (vide às fls. 351 e seguintes, quando o saldo negativo do banco de horas ainda computava em junho/2021 o total de 191:44).

Por isso, as horas extras apuradas no demonstrativo de fls. 529-530 não se sustentam, uma vez que a parte reclamante desconsidera o significativo saldo negativo do banco de horas.

Em suma, a parte reclamante teve algumas horas extras, mas seu total foi insuficiente para quitar o saldo negativo do banco de horas, por isso, indevido se falar em horas a pagar nestes autos.

Inexistiu, ainda, afronta aos intervalos interjornadas.

Por fim, quanto ao intervalo intrajornada, não há como acatar as declarações da testemunha J. R. F. M. F. .

Ainda que o laudo pericial tenha indicado a dificuldade em apurar se nos horários de intervalo o reclamante estava, efetivamente, realizando seu período de descanso, destacamos que a testemunha J. R. F. M. F. deu declarações inverídicas sobre todos os temas envolvendo a jornada e, por isso, seu depoimento **deve ser completamente desconsiderado**, mas sem necessidade de remessa de peças processuais à Polícia Federal para possível indiciamento pela prática de falso testemunho.

E a partir da prova documental (controles de ponto de fls. 282-369), concluímos que o intervalo de descanso de 1h foi integralmente cumprido ao longo do pacto laboral.

Não há nos autos qualquer elemento de prova demonstrando que os litigantes pactuaram um intervalo de 2h, como alegado na inicial, devendo prevalecer, aqui, o período de 1h apenas.

Por fim, o trabalho em domingos e feriados foi realizado com a devida compensação, sem que tenha sido possível aferir a existência de saldo devedor de horas prestadas nesses dias para quitação pelo banco de horas.

Destacamos que a ocorrência de horas extras em poucos dias de trabalho ao longo de toda a contratualidade **é insuficiente** para gerar a nulidade do acordo de compensação, conforme o disposto na lei (CLT, art. 59-B, parágrafo único) e na majoritária jurisprudência acerca do assunto, baseada nos arestos abaixo:

“HORAS EXTRAS HABITUAIS. ACORDO DE COMPENSAÇÃO DE JORNADA. BANCO DE HORAS. VALIDADE. A ocorrência de prestação extraordinária de trabalho habitual não mais descaracteriza o ajuste compensatório e o banco de horas, por força do disposto no art. 59-B, parágrafo único, da CLT” (TRT-2 10012863520205020318 SP, Relator: JORGE EDUARDO ASSAD, 12ª Turma - Cadeira 5, Data de Publicação: 03/03/2022).

“RECURSO ORDINÁRIO. HORAS EXTRAS HABITUAIS. PRETENSÃO DE INVALIDAÇÃO DO ACORDO DE COMPENSAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. EXEGESE DO ARTIGO 59-B, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CLT. Sobre a pretensão de invalidação do acordo de compensação, sob o argumento de labor extraordinário habitual, deve ser ressaltado, assim como o fez a Meritíssima Magistrada de primeiro grau, que o parágrafo único, do artigo 59-B, da CLT, estabelece, de forma expressa que: ‘A prestação de horas extras habituais não descaracteriza o acordo de compensação de jornada e o banco de horas’. Assim, mantenho a r. sentença, por seus próprios e jurídicos fundamentos. Recurso desprovido” (TRT-15 - RORSum: 00104954620205150039 0010495-46.2020.5.15.0039, Relator: OLGA AIDA JOAQUIM GOMIERI, 1ª Câmara, Data de Publicação: 09/08/2021).

“BANCO DE HORAS. PRESTAÇÃO HABITUAL DE HORAS EXTRAS. AUSÊNCIA DE NULIDADE. Incide ao caso o quanto disposto no artigo 59-B, Parágrafo Único, da CLT, incluído pela Lei n. 13.467, de 2017, segundo o qual ‘A prestação de horas extras habituais não descaracteriza o acordo de compensação de jornada e o banco de horas.’ Recurso a que se nega provimento” (TRT-2 - ROT: 10008780620215020384, Relator: SONIA MARIA FORSTER DO AMARAL, 2ª Turma, Data de Publicação: 22/10/2022).

Disso resulta que a parte reclamante não conseguiu comprovar, de forma firme e segura, a existência de horas extras e a nulidade do acordo de compensação de jornada, ainda que tenha apresentado um demonstrativo de horas extras, ante a imprestabilidade do documento de fls. 529-530.

Nesse sentido, a majoritária jurisprudência dos Tribunais, a saber:

"HORAS EXTRAS. VALIDADE DOS CARTÕES DE PONTO. AMOSTRAGEM INVÁLIDA. DIFERENÇAS DE HORAS EXTRAS INDEVIDAS. Considerando que a prova testemunhal não foi capaz de desconstituir os horários registrados nos cartões de ponto, **era encargo do reclamante demonstrar, ao menos por amostragem, as horas extras que entendia devidas e não foram pagas.** Se o demonstrativo apresentado pelo autor não retrata a realidade vivenciada nos cartões de ponto, não há falar em pagamento de diferenças de horas extras" (TRT-3 - RO: 00109717220195030033 MG 0010971-72.2019.5.03.0033, Relator: Paulo Mauricio R. Pires, Data de Julgamento: 28/06/2021, Quinta Turma, Data de Publicação: 29/06/2021) (sem os grifos no original).

"CARTÃO DE PONTO VÁLIDO. HORAS EXTRAS INDEVIDAS. Considerados idôneos os controles de ponto, **cabia à reclamante demonstrar a existência de horas extras não quitadas, ônus do qual não se desincumbiu, eis que não apresentou qualquer demonstrativo de horas extras não quitadas, tendo em vista banco de horas firmado por meio de norma coletiva.** HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. Com o advento da Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017), instituiu-se a previsão dos honorários advocatícios decorrentes da mera sucumbência, sem qualquer isenção à parte reclamante" (TRT-1 - RO: 01001779120205010074 RJ, Relator: DALVA MACEDO, Data de Julgamento: 14/04/2021, Quarta Turma, Data de Publicação: 29/04/2021) (sem os grifos no original).

"JORNADA DE TRABALHO. CARTÕES VÁLIDOS. AUSÊNCIA DE QUADRO DEMONSTRATIVO DE DIFERENÇAS. VERBAS TRABALHISTAS INDEVIDAS. Conferida a validade aos cartões de ponto, incumbe ao empregado apresentar quadro demonstrativo com a devida quantificação de diferenças a seu favor. **Não é atribuição do juízo sentenciante substituir a parte no desempenho de seus encargos processuais, descabendo, pois, ao magistrado 'garimpar' horas extras e domingos porventura pagos a menor.** A inobservância de tal critério conduz à improcedência dos pedidos pleiteados" (TRT-23 00011035120175230076 MT, Relator: ROBERTO BENATAR, Gab. Des. Roberto Benatar, Data de Publicação: 06/12/2018) (sem os grifos no original).

"1. HORAS EXTRAS. DIFERENÇAS. NÃO COMPROVAÇÃO. Na hipótese de pleito referente a pagamento de diferenças de horas extras, compete ao autor, a teor do disposto nos arts. 818 da CLT e 333, I, do CPC, **a demonstração criteriosa das eventuais divergências entre as horas extraordinárias trabalhadas, constantes nos registros de frequência, e as consignadas nos demonstrativos de pagamento.** Não se desincumbindo de tal ônus, indevidas são as diferenças perseguidas pelo obreiro. 2. Recurso ordinário conhecido e desprovido" (TRT-10 - RO: 00004432120145100821 DF, Data de Julgamento: 08/04/2015, Data de Publicação: 14/04/2015) (sem os grifos no original).

Um cotejo entre os controles de ponto e os holerites indica que as horas laboradas não coincidem com o horário descrito na inicial, bem como demonstra que as horas extras foram compensadas com o significativo saldo negativo do banco de horas decorrente do período de fechamento da empresa reclamada durante a pandemia de Covid-19.

Os intervalos de descanso também foram respeitados, contrariando a tese da inicial.

Rejeito todos os pedidos envolvendo a jornada de trabalho.

Irresignado, o reclamante renova seus protestos pela determinação do d. Juízo pela perícia de geolocalização. Defende que “os relatórios anexados não tem o condão de descartar a prova testemunhal, que continua tendo enorme importância no âmbito da Justiça do Trabalho, sobretudo pelo princípio da primazia da realidade sobre a forma. O que se deve buscar com novos meios de produção de prova é a complementação de informações, e não somente atribuir aos relatórios de utilização de cartão de transporte a verdade absoluta, o que, ressalta-se, não pode ser obtida pelos relatórios anexados. Ademais, fere os direitos constitucionais à intimidade, à vida privada e aos dados das comunicações telefônicas. Ademais, como se sabe a Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD estabelece regramento próprio para o acesso aos dados pessoais”.

Na sequência, insiste na invalidade dos controles de jornada. Aponta confissão do preposto, no particular, pois, em seu depoimento, disse que, “no caso de inconsistência do sistema de ponto, o preposto declara que o próprio vendedor faz a marcação manual, porém com necessidade de aprovação da gerência. (20:20 e seguintes da gravação)”. Assevera: “era nítida a manipulação dos gestores nos horários dos empregados, posto que, mesmo que tivessem a opção de inserir seus próprios horários, seus superiores tinham total aval para não validar os horários apresentados, podendo, inclusive, determinar que fosse feita uma retificação”.

Ainda, defende que “a testemunha ouvida a rogo do Reclamante, Sr. J. R. F. M. F. , comprovou a jornada em sobrelabor, bem como que os cartões de ponto não eram corretamente anotados”, destacado que “a testemunha informou laborar em média das 09:00 às 20:00. (30:00 e seguintes da gravação) Afirmou ainda, que só poderia usufruir de 30 a 40 minutos de intervalo intrajornada. (30:37 e seguintes da

gravação)".

Por fim, menciona que, em diversos outros autos houve confissão dos prepostos da recorrida quanto a imprestabilidade dos registros de jornada e insiste na invalidade dos controles de horários.

Em seguida, pretende seja declarado nulo o banco de horas adotado "porque a prova dos autos caminha pela habitualidade das horas extras, condição que acarreta ao acordo de compensação de horas a sua invalidade, nos termos da Sumula nº 85 do TST, inciso IV. Além disso, restou provado nos autos através de provas oral e documental o labor superior a dez horas diárias, o que por si já é suficiente para se invalidar qualquer acordo de compensação de jornada, nos termos do §2º do art. 59 da CLT".

Sucessivamente, caso sejam considerados válidos os espelhos de ponto, aponta que "FOI JUNTADA PLANILHA DE HORAS EXTRAS, conforme anexos da Impugnação à Contestação, ID 210ª0a0 e 53ª2689 (...) Assim, a obrigação do Recorrente foi cumprida quanto ao apontamento já que demonstrou trabalho em horas extras, sem a sua quitação no contracheque e a inexistência de compensação no mesmo mês".

Requer "a reforma da r. sentença para deferir as horas extras existentes nos espelhos de ponto e não quitadas ou compensadas".

Quanto ao intervalo intrajornada, aduz: "tendo em vista a invalidade dos controles de jornada e a comprovação de supressão do intervalo intrajornada, medida que se impõe é pela reforma da r. sentença para condenar a Recorrida no pagamento do intervalo intrajornada de forma integral, somadas aos adicionais e respectivos reflexos pleiteados na peça vestibular. Ademais, como no caso o intervalo contratado com a Recorrente era de 2 horas, mas gozava de apenas 30, deve a r. sentença ser reformada para conceder ao mesmo 2 horas extras, por dia, pela inobservância do intervalo intrajornada (...) caso não entenda pelo deferimento das 2 horas diárias, que seja deferido o intervalo mínimo legal de 1 hora, a título de hora extra, devidamente acrescida do adicional convencional de 70%".

Em relação ao intervalo interjornada, assevera: "conforme devidamente comprovado, em algumas datas, como na semana anterior as datas comemorativas, 2 semanas antes do natal, nos saldões, inventários e Black Friday, a jornada laborada

pela obreira era majorada, de forma que não era usufruída a integralidade do intervalo interjornada. Assim, uma vez invalidados os espelhos de ponto e fixada a jornada da inicial, o r. julgado de primeira instância ser reformado, para sempre que for constatado o descumprido do intervalo entre uma jornada e outra, seja deferido o pagamento do período integral a título de intervalo interjornada, no caso 11 horas extras para cada ocasião em que aludido intervalo não foi observado em sua integralidade, na esteira da regra do artigo 71, § 4º, da CLT e Orientação Jurisprudencial nº. 307 da SDI-1-TST, bem como, adicional conforme CCTs da categoria e reflexos sobre aviso prévio, 13º salário, férias + 1/3 e de todas em FGTS e multa de 40% sobre o saldo fundiário. Ou, tendo em vista o princípio da eventualidade, em se entendendo pelo não cabimento das 11 horas como extras, que seja deferido, como hora extra, o tempo suprimido deste intervalo, acrescido do adicional convencional, bem como seus reflexos sobre aviso prévio, 13º salário, férias + 1/3 e de todas em FGTS e multa de 40% sobre o saldo fundiário”.

Ao exame, por partes.

Perícia de geolocalização e (in)validade dos cartões-ponto

Inicialmente, inviável falar em invalidade da perícia de geolocalização baseada no histórico de localização do celular do reclamante. O requerimento de prova, inclusive digital, consiste em exercício regular de direito pela parte, sendo imprescindível destacar o alto grau de confiabilidade que emerge das informações resultantes da geolocalização quando comparado com meios probatórios tradicionais, como a prova testemunhal.

Ademais, insere-se no poder instrutório do juiz acolher o requerimento para realização de perícia de geolocalização. Com efeito, as provas digitais são expressamente admitidas pelo Código de Processo Civil de 2015, o qual aplicável ao Processo do Trabalho, por força do art. art. 769 da CLT.

Acerca da validade da perícia de geolocalização, oportuno mencionar trecho da decisão proferida pela Seção Especializada deste Regional, nos autos de nº 0005717-16-2023-5-09-0000, de relatoria do Exmo. Des. Luiz Alves , publicada em 23/10/2023, *in verbis*:

Nos termos do artigo 5º, inciso LXIX, “conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”.

Conforme o art. 1º da Lei nº 12.016/2009: “conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça”.

Conforme já analisado em decisão monocrática, a geolocalização consiste em meio de prova digital que compreende o monitoramento geográfico de dados trafegados pelo celular da parte, permitindo-se verificar a localização do dispositivo móvel em um dado intervalo de tempo.

Não se terá por essa prova digital acesso a conversas ou a imagens de quaisquer das partes ou terceiros.

Quanto à legalidade e licitude deste meio de prova, observo que a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD - Lei nº 13.709/2018), dispendo sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, objetivou, precisamente, “proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural” (art. 1º da mencionada Lei).

E, nessa linha, incorporou ao ordenamento jurídico normas para evitar vazamentos e proteger dados pessoais.

Não constitui essa proteção, todavia, óbice à coleta desses dados por meio de ordem judicial, assinalando-se que o art. 7º da LGPD autorizou o tratamento de dados pessoais nas hipóteses de “cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador” (in. II) e “para o exercício regular de direitos em processo judicial” (inc. VI).

Assim, a realização de produção de determinada prova, inclusive digital, em princípio revela apenas o exercício regular da direção do processo pelo Magistrado, notadamente considerando a maior solidez e alto grau de confiabilidade das informações que dela possam advir.

Permite-se às partes o uso de todos os meios legais de prova, bem como os

moralmente legítimos (art. 369, CPC), cabendo ao juiz, inclusive de ofício, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito (art. 370, CPC).

Assim, se o meio probatório digital fornece para o fato que se quer comprovar (se as folhas de ponto retratam o verdadeiro horário de trabalho) dados consistentes e confiáveis, não há porque sua produção ser obstada, com vista a busca mais efetiva da verdade real, e, portanto, à maior segurança da prestação jurisdicional, bem assim atendendo ao princípio da rápida duração do processo.

Não se trata, no plano abstrato, de prova obtida por meio ilícito, nem tampouco se estará desprezando os direitos à privacidade e à intimidade 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, observados os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade e os princípios da motivação, do devido processo legal, do acesso à justiça e da ampla defesa.

Destaque-se que não foi realizada a entrega do aparelho celular da impetrante ao perito, limitando-se a produção da prova à entrega de dados na modalidade remota e em tempo real por meio do aplicativo Software AnyDesk, na presença da autora ou de seu representante legal (fls. 16/17), cujos dados coletados foram restritos a somente um mês, por amostragem (fl. 10).

Apesar da arguição de ilegalidade e arbitrariedade, a impetrante não logrou êxito em demonstrar a existência de violação a direito líquido e certo, em decorrência da decisão atacada, limitando-se a demonstrar mero inconformismo, tentando fazer prevalecer o seu entendimento sobre a matéria, o que não merece prosperar pela via estreita do mandado de segurança.

Eventual entendimento diverso ensejaria discussão atinente ao próprio mérito da questão, sendo portanto impossível sua revisão por meio da presente ação, cuja análise limita-se à legalidade da decisão atacada.

Destarte, forçoso reconhecer que não houve qualquer ilegalidade ou abuso de autoridade na decisão atacada. O ato impugnado não padece de qualquer vício de ilegalidade, porquanto praticado nos estritos termos das previsões legais pertinentes à matéria, não havendo direito líquido e certo da impetrante a comportar tutela pela via utilizada.

No mesmo sentido, opina o Ministério Público do Trabalho (fl. 56):

“Com efeito, entende o Parquet não estar demonstrada, in casu, a existência de fumus boni iuris capaz de ensejar o deferimento da liminar pleiteada.

O ato impugnado determinou a coleta apenas de dados de geolocalização do agravante, o que permite verificar somente a localização do aparelho nos dias e horários determinados, os quais se restringiram aos dias úteis dos meses indicados pelo próprio trabalhador na inicial da ação trabalhista como aqueles em que supostamente estaria trabalhando em jornada extraordinária.

Assim, a r. decisão proferida na reclamação trabalhista não viola, em princípio, a intimidade, privacidade ou sigilo de dados do impetrante, pois não dá ao Judiciário acesso a conversas, mensagens, imagens ou outros dados trafegados por meio do aparelho celular do autor, mas apenas a sua localização nos períodos determinados, com o escopo de constituir prova acerca do cumprimento de horas extras conforme descrito na inicial dos autos originários.

Cumprido destacar ainda que, a fim de se resguardar o direito à privacidade do trabalhador, assegurado 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), a decisão liminar entendeu por respeitado o sigilo aos dados coletados.

Destarte, à míngua de elementos capazes de demonstrar a presença dos respectivos requisitos legais, impõe-se a manutenção da decisão que indeferiu a liminar pleiteada no writ, razão pela qual, manifesta-se o Parquet pelo conhecimento e não provimento do referido mandado de segurança.”

Ante o exposto, ratifica-se a decisão de Id. 64287c7, e DENEGA-SE, em definitivo, a segurança pleiteada.

Por fim, considerando a declaração de hipossuficiência econômica firmada por procurador com poderes específicos (procuração de fl. 26), que no entender da Súmula 463 do TST e desta Seção Especializada é suficiente para presumir a condição declarada, defere-se o benefício da justiça gratuita à impetrante.

Tem-se, portanto, afastada a alegação do recorrente quanto a invalidade da

perícia de geolocalização.

Conforme laudo da prova técnica de geolocalização juntado às fls. 581 e ss, reputa-se que a parte autora não logrou êxito em comprovar que ativava em jornada de trabalho diversa das anotadas nos cartões ponto. No particular, eis a conclusão do *expert* (fl. 658):

Após tais estudos de casos, observou-se que as geolocalizações foram eficientes para demonstrar a real rotina da reclamante, verificando as informações elencadas na inicial, cruzando as informações descritas e a higidez das marcações de ponto acostados aos autos.

A narrativa da inicial, fls. 1, de que o reclamante iniciava sua jornada as 09:00/09:30 às 19:30/20:00 de segunda a sábado não pôde ser confirmada. Ao analisar o horário de entrada, apenas em uma única oportunidade no dia 29/11/2019, chegou à empresa reclamada as 09:20:15 e coletou sua última geolocalização as 23:28:04. Este dia é o que mais se aproxima da narrativa, apenas.

Relativo ao intervalo de 30 minutos, não pôde ser observado com clareza, visto que a empresa reclamante é em um shopping center, havendo em algumas oportunidades, rápidos e curtos deslocamentos do local da empresa à praça de alimentação. Porém, existem outras lojas não relacionadas a alimentação com distância inferior a 5 metros, tornando inviável tal análise.

O discurso de que laborava dois domingos por mês foi observado em diversas oportunidades, conforme Tabela 2 do laudo pericial. O horário de entrada ocorria por volta das 14:00:00 e o fim de jornada, por volta das 20:00:00. Portanto, o discurso de que os domingos eram laborados 13:30 às 20:30/21:00 não pode ser confirmado.

A indagação de que em vésperas de feriados comemorativos, laborava da 09:00 às 23:00/23:30 e saldões, pôde ser confirmado em apenas uma única ocasião. Em 29/11/2019, chegou ao local da empresa às 09:20:15. Permaneceu no local até as 23:29:04.

Elenca ainda que em Black Friday, laborava das 07:30 às 23:00/00:00. Não foram detectadas ocasiões em que chegou por volta das 07:30 na empresa reclamada e permaneceu até as 23:00/00:00. Nestes dias em que chegou por volta das 07:30 para

trabalhar, o dia que deixou o local de trabalho mais tarde, fora às 18:14:32.

Portanto, não podendo confirmar tais descrições.

No que se diz respeito do labor aos feriados, existem algumas oportunidades em que laborou de fato nos feriados, mas que os pontos estão marcados e compatíveis com a geolocalização do reclamante, conforme Tabela 2.

Por fim, conclui-se, conforme análise dos dados fornecidos de geolocalização, que os pontos marcados possuem elevada compatibilidade, em certos registros, exatidão de horários, conforme é possível visualizar de forma clara e cristalina na Tabela 2 do laudo pericial.

Insta salientar que a necessidade de autorização do gerente para a realização de horas extras não enseja a invalidade dos cartões-ponto, pois essa afirmação deve ser analisada em conjunto com as demais informações prestadas pelo preposto. Deflui-se do depoimento deste a impossibilidade de labor sem o registro de jornada, porquanto o sistema de vendas é travado, bem como a simples consulta ao gerente para autorizar o trabalho extraordinário não representa circunstância apta a invalidar as anotações de jornada. Outrossim, inviável acolher a alegação autoral quanto à confissão de prepostos havida em outras lides, haja vista que as referidas provas não pertencem à presente demanda, tampouco foram admitidas como provas emprestadas.

Conquanto o depoimento da testemunha José Ricardo tenha sido contrário à conclusão do perito, coaduna-se com o entendimento do Juízo de origem, no sentido de que “A perícia técnica é extremamente precisa na análise dos fatos, pois decorre de informações do próprio celular do reclamante, enquanto o depoimento testemunhal passa pelas impressões e a memória de um ser humano, passível de falhas no momento de rememorar os fatos ocorridos às vezes muito tempo antes da produção da prova, o que acaba contribuindo na imprecisão das informações”.

Ademais, constata-se que os registros constantes nos cartões de fls. 282 e ss são variáveis e denotam inúmeras anotações de créditos e de débitos a título de banco de horas, inclusive com horários mais elásticos que os indicados na própria exordial, o que corrobora a validade dos registros. Registre-se que não se trata de “horário britânico”. A título exemplificativo, no domingo, dia 08/07/2018 e no dia 11/10/2018, principiou a jornada às 13h45 e a encerrou às 22h41 (fl. 287), horário este

de término do labor mais elástico do que o relatado na exordial (fl. 2).

Portanto, foram apresentados os controles de jornada e não se constata a ocorrência de registros uniformes em relação a período expressivo do contrato de trabalho, de modo que não se afigura possível a aplicação das consequências previstas na Súmula 338 do C TST. Consigne-se que, para a validade dos cartões-ponto, não é necessário que tenham sido subscritos pela empregada.

Destarte, entende-se que prevalece o valor probatório da prova documental pré-constituída, em atendimento ao disposto no art. 74, § 2º, da CLT. Correta, portanto, a decisão do Juízo de origem que reconheceu que o autor laborou exclusivamente nos dias e horários que constam nos controles de jornada juntados com a defesa, não se vislumbrando a existência de incongruências nas anotações de jornada.

Válidos, portanto, os cartões-ponto como meios de prova.

(...)

III - ACÓRDÃO

Em Sessão Virtual realizada nesta data, sob a Presidência do Excelentíssimo Desembargador Paulo Ricardo Pozzolo; presente a Excelentíssima Procuradora Andrea Ehlke, representante do Ministério Público do Trabalho; computados os votos dos Excelentíssimos Desembargadores Odete Grasselli, Sergio Murilo Rodrigues Lemos e Paulo Ricardo Pozzolo; **ACORDAM** os Desembargadores da 6ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, por unanimidade de votos, **CONHECER DO RECURSO ORDINÁRIO INTERPOSTO PELO AUTOR**, e das contrarrazões. No mérito, por igual votação, **NEGAR-LHE PROVIMENTO**, nos termos da fundamentação.

Custas inalteradas.

Intimem-se.

Curitiba, 3 de abril de 2024.

ODETE GRASSELLI

Desembargadora Relatora