
PROVA DIGITAL NO PROCESSO DO TRABALHO E O DIREITO À PRIVACIDADE *DIGITAL PROOF IN THE WORK PROCESS AND THE RIGHT TO PRIVACY*

Clara Angélica Gonçalves Cavalcanti Dias

Carlos João de Gois Junior

RESUMO

O presente artigo tem por escopo proceder à análise da prova digital no processo do trabalho e o direito à privacidade. Diante da utilização de novas tecnologias pela sociedade, os dados e fatos ocorridos com as pessoas trafegam e são armazenados nas operadoras de telefonia, nos provedores de conexão ou de aplicações da internet. Esse novo cenário social, as provas digitais são de extrema importância para o processo judicial, especialmente na busca da verdade real e com o objetivo maior de se fazer justiça, pois abarca toda e qualquer informação que tenha sido produzida, armazenada ou transmitida por meios eletrônicos ou digitais. No que concerne à privacidade pode ser considerada como o direito da pessoa a controlar o uso que os outros façam das informações que lhe dizem respeito ou mesmo o direito do indivíduo de escolher aquilo que está disposto a revelar. Nesse contexto e mediante pesquisa bibliográfica, baseada na coleta e exame de materiais teóricos, são apresentadas questões da relação entre a prova digital no processo do trabalho e o direito à privacidade.

Palavras-chaves: Processo do Trabalho. Prova Digital. Direito à Privacidade.

ABSTRACT

The scope of this article is to analyze digital evidence in the work process and the right to privacy. Given the use of new technologies by society, data and events that occur to people travel and are stored in telephone operators, connection providers or internet applications. In this new social scenario, digital evidence is extremely important for the judicial process, especially in the search for the real truth and with the greater objective of doing justice, as it encompasses any and all information that has been produced, stored or transmitted by electronic means. or digital With regard to privacy, it can be considered as the person's right to control the use that others make of information

Clara Angélica Gonçalves Cavalcanti Dias

Mestre e Doutora pela PUC/SP

Carlos João de Gois Junior

Mestre em Direito pela UFS/SE

Juiz do Trabalho Substituto do TRT da 20ª Região

that concerns them or even the individual's right to choose what they are willing to reveal. In this context and through bibliographical research, based on the collection and examination of theoretical materials, questions are presented regarding the relationship between digital evidence in the work process and the right to to privacy.

Keywords: Work process. Digital Proof. Right to Privacy

1 INTRODUÇÃO

A sociedade atual está vivendo um período de grande inovação tecnológica, o que transformou as relações humanas de maneira profunda, ocorrendo um tráfego e armazenamento dos dados das pessoas pela internet, os quais podem ser utilizados como um importante instrumento na busca da verdade real nos processos judiciais

Em razão dessa nova realidade, o Poder Judiciário vem buscando desenvolvimento tecnológico, com a implantação de inovações com o objetivo de aperfeiçoar a prestação jurisdicional, como a virtualização do processo e da utilização das novas tecnológicas, inclusive no que se refere a utilização da prova digital nos processos judiciais

Nessa ordem de ideias, o objetivo central do presente trabalho, busca, de forma geral, analisar os impactos das novas tecnologias que são aplicadas ao Poder Judiciário, a prova digital, sua definição e conteúdo, o exame do direito à privacidade, bem como demonstrar que o direito à privacidade não é impedimento para que, na busca da verdade real, em situações específicas e com obediências os requisitos legais, sejam produzidas provas digitais

Quanto a metodologia, o presente artigo utilizou a análise exploratória, pautada na revisão bibliográfica e doutrinária, elencando os conceitos primordiais para o desenvolvimento e compreensão do tema abordado.

2 INOVAÇÃO TECNOLÓGICA E PODER JUDICIÁRIO

O mundo atual é marcado pelo avanço e uso da tecnologia, sendo a internet considerada um dos principais meios de comunicação, o que por certo alterou atividade humana de maneira profunda, pois as relações humanas passaram a ocorrer também por meios digitais.

Diversos dispositivos de tecnologia são utilizados pela sociedade atual como

celulares, smartphones, tablets, computadores, câmeras digitais etc..., Além disto, são utilizadas de maneira massiva pela sociedade atual plataformas de rede social e comunicação como o Facebook, o Instagram, Telegram e o WhatsApp.

No que concerne a utilização da internet pela sociedade o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em divulgação da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio contínua (PNAD contínua) de 2021 revelou que: 90% dos moradores dos domicílios pesquisados fizeram uso de internet por qualquer equipamento; sendo que dentre os equipamentos utilizados para acessar a Internet 99,5% usam o telefone móvel celular 45,6% o microcomputador, 44,4% a televisão e 9,9% tablet¹.

Diante deste quadro, o Poder Judiciário nos últimos anos vem buscando desenvolvimento tecnológico, com a implantação de inovações com o objetivo de aperfeiçoar a prestação jurisdicional e facilitar o acesso das partes.

Com a entrada em vigor da Lei nº 11.419/2006, que disciplinou o processo eletrônico, existiu uma grande alteração na acessibilidade à justiça e nos procedimentos processuais, pois possibilitou a prática de atos processuais a qualquer momento, uma vez que o funcionamento do Poder Judiciário passou a ser ininterrupto, não estando restrito aos horários de aberturas dos fóruns.

A Resolução do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) nº 185/2013 tornou obrigatório que os tribunais adotem o Processo Judicial Eletrônico-PJe, proibindo que novos investimentos sejam feitos na criação, desenvolvimento, contratação ou implantação de outros sistemas.

Podemos citar, ainda, como exemplo dessa nova era no Poder Judiciário, a criação do Juízo 100% Digital, por meio da Resolução Administrativa nº 345, de 9 de outubro de 2020, do Conselho Nacional de Justiça, que autorizou os tribunais a adotarem as medidas necessárias à sua implementação, em que todos os atos processuais, a partir dessa opção facultativa, serão exclusivamente praticados por meio eletrônico e remoto por intermédio da rede mundial de computadores. Além disto, o CNJ, através da Resolução Administrativa nº. 372, de 12/02/2021, regulamentou a criação do Balcão Virtual, com o objetivo, em síntese, de que os tribunais, à exceção do Supremo Tribunal Federal, disponibilizem, em sítio eletrônico, ferramenta de videoconferência que permita imediato contato com o setor de atendimento de cada unidade judiciária, durante o horário de atendimento ao público.

1 [Agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/34954-internet-ja-e-acessivel-em-90-0-dos-domicilios-do-pais-em-2021](https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/34954-internet-ja-e-acessivel-em-90-0-dos-domicilios-do-pais-em-2021). Acesso em 02 de novembro de 2023

Quanto ao paradigma probatório dos processos judiciais, diante da atual realidade da sociedade, onde vários dados das pessoas trafegam e são armazenados pela internet, por certo os fatos ocorridos no meio digital ou que por intermédio deste possam ser reproduzidos são um importante instrumento na busca da verdade real nos processos e relevantes à solução justa da lide.

Em relação ao tema, Otávio Calvet (2021), em artigo divulgado no site Conjur, denominado prova testemunhal x provas digitais: um novo rumo para a Justiça do Trabalho, afirmou:

Mais do que simplesmente serem novos recursos para confrontar os depoimentos das testemunhas para verificar sua veracidade, as provas digitais tendem a ser meios preferenciais para se evitar a necessidade das testemunhas, ou seja, somente em caso não ser possível a obtenção da prova por outros meios é que se admitirá a prova testemunhal que, portanto, possivelmente passará a ser vista como um último recurso necessário.

E ninguém pode sustentar que haverá perdas, não há motivo para polarização neste tema. Se os meios digitais fornecerem dados consistentes e confiáveis sobre os fatos alegados na causa, simplesmente a prova testemunhal será desnecessária, cabendo ao juiz indeferi-la. Finalmente um tema trabalhista onde ganham todos, ganha a verdade real e, portanto, o devido processo legal.

Assim, são ampliadas as possibilidades de comprovação dos fatos alegados pelas partes no processo ou mesmo para comprovação da veracidade das provas produzidas, pois o juiz na busca da verdade real pode consultar todas as informações que se encontram disponíveis na internet.

Sobre o tema (CHAVES JÚNIOR, 2016) afirma que:

Essa separação entre o que está nos autos e o que está no mundo é também um mecanismo de racionalização e organização da produção das provas. No processo de papel, esse princípio é inclusive intuitivo, já que não há como se exigir que o julgador conheça algo fora da realidade materializada e estabilizada nos autos [...]. No processo virtual a separação autos-mundo é literalmente desmaterializada. As fronteiras entre os autos e o mundo já não são tão claras, pois ambos pertencem ao mundo virtual. A virtualidade da conexão - o hipertexto - altera profundamente os limites da busca da prova, pois, como se sabe, os links permitem uma navegação indefinida pelo mundo virtual das informações, um link sempre conduz a outro e assim por

diante... A chamada Web semântica vai inclusive levar essa irradiação da informação a níveis inimagináveis”.

No que se refere a utilização da prova digital nos processos judiciais, a Justiça do Trabalho iniciou em 2020 em uma ação institucional de formação e especialização de magistrados e servidores na produção de provas por meios digitais, a qual denominou de Programa Provas Digitais², com o objetivo de utilizar as informações tecnológicas para auxiliar magistrados na instrução processual, especialmente na produção de provas para aspectos controvertidos.

Além disto, o Tribunal Regional do Trabalho (TRT) da 12^a Região implantou o primeiro Núcleo de Provas Digitais ligado à Secretaria de Execução do Tribunal (Sexec), conforme Portaria SEAP nº. 83/2021, com o objetivo de sistematizar a análise e o tratamento de dados das provas digitais, bem como o desenvolvimento de novas ferramentas pelo Laboratório de Inovação, Inteligência e Objetivos de Desenvolvimento Sustentável do Tribunal (Liods – TRT12)”³.

Assim, resta evidente que Poder Judiciário se tornou protagonista em relação a utilização das inovações e transformações tecnológicas, devendo o intérprete e aplicador do Direito realizar uma análise mais aprofundada sobre a prova, considerando o cenário digital da sociedade, com atenção aos direitos e garantias constitucionais.

3 PROVAS DIGITAIS

Antes de tratarmos da prova digitais se faz necessário, para melhor compreensão do presente artigo, analisarmos o conceito de prova.

O termo “prova”, tem origem na expressão do latim *probatio*, derivada do verbo *probare*, que significa tornar evidente, demonstra, revelar, fazer conhecer um determinado fato⁴.

Segundo Marinoni e Mitidiero (2011, p. 334) a prova é o meio retórico, regulado pela legislação, destinado a convencer o Estado da validade de proposições controversas no processo, dentro de parâmetros fixados pelo direito e de critérios

2 O Programa Provas Digitais é uma ação institucional de formação e especialização de magistrados e de servidores da Justiça do Trabalho na produção de provas por meios digitais, dando maior celeridade à tramitação processual, além de contribuir para a busca da verdade dos fatos.

3 <https://www.csjt.jus.br/web/csjt/-/trt-12-sc-implanta-primeira-unidade-dedicada-a-provas-digitais-na-justi%C3%A7a-do-trabalho>, acesso em 01/11/2023

4 Ferreira, Aurélio Buarque de Holanda. Novo Dicionário Aurélio da língua portuguesa.

racionais.

Diante deste conceito e considerando o disposto no art. 369 do Código de Processo Civil (CPC)⁵, podemos afirmar que a prova é considerada um instrumento jurídico destinado a demonstrar, mediante a obediência aos procedimentos legais ou moralmente legítimos, a ocorrência ou não de um determinado fato, com o objetivo de convencer o Juiz.

O direito à prova é decorrente do princípio do devido processo legal previsto no art. 5º, LIV, da Constituição Federal, sendo que a atividade probatória observar além dos preceitos da lei processual, os preceitos da moral, segundo preconiza o art. 369 do CPC.

No ordenamento jurídico brasileiro não há hierarquia entre os tipos de prova, sendo permitido o uso de todos os meios de prova lícitos como forma de garantir o direito fundamental à ampla defesa, conforme estabelece o art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988.

Assim, o direito das partes na produção de provas deve observar o princípio da boa-fé processual, uma vez que a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LVI, estabelece a vedação da utilização da prova ilícita, determinando que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

Diante das mudanças ocorridas na sociedade e nas relações humanas decorrentes da utilização de novas tecnologias, com o uso massivo da internet, vários conteúdos são transportados do ambiente físico e expostos no ambiente virtual, os quais podem ser utilizados como prova nos processos judiciais.

Assim, por intermédio da prova digital, a qual enquadra-se na categoria de meios moralmente legítimos, é possível comprovar a existência de um fato ocorrido em meio digital ou que se utilize do meio digital como um instrumento para demonstração de determinado fato ou conteúdo, como por exemplo as conversas e gravações realizadas por aplicativos de mensagens (WhatsApp, Telegram, etc.), postagens em sites ou redes sociais, utilização de telefone celular, e-mails, banco de dados e outros

Em relação ao conceito, Thamay e Tamer (2020, p. 33) definem prova digital nos seguintes termos:

5 Artigo 369 - As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

Trata-se do instrumento jurídico vocacionado a demonstrar a ocorrência ou não de determinado fato e suas circunstâncias, tendo ele ocorrido total ou parcialmente em meios digitais ou, se fora deles, esses sirvam como instrumento de sua demonstração. A prova digital é o meio de demonstrar a ocorrência de um fato ocorrido em meio digital, ou que tem no meio digital um instrumento de demonstração de determinado fato (e) de seu conteúdo”.

A prova digital, por não encontrar previsão explícita no ordenamento jurídico, deve ser considerada uma prova atípica.

Diante da possibilidade de mudanças constantes do meio digital, especialmente considerando a possibilidade de manipulações digitais, por certo pode ocorrer a vulnerabilidade da prova produzida por esse meio, razão pela qual a deve ser observado os pressupostos da autenticidade, integridade e preservação da cadeia de custódia para o reconhecimento da validade e utilidade da prova digital, garantindo assim a segurança jurídica dessa prova.

A autenticidade, segundo art. 4º, VII, da Lei nº 12.527/2011, é “qualidade da informação que tenha sido produzida, expedida, recebida ou modificada por determinado indivíduo, equipamento ou sistema”, ou seja, é a qualidade da prova digital que permite a certeza em relação ao autor do fato digital, não havendo dúvida da sua autoria.

No que diz respeito à integridade, esta deve ser compreendida como uma propriedade necessária da prova digital que aduz que a mesma não foi adulterada, isto é, que não foi alterada ou modificada desde a sua constituição. Assim, a prova digital considerada íntegra é aquela que não foi adulterada e permanece idônea no que tange aos fatos dispostos desde sua constituição, permanecendo de forma completa e íntegra (THAMAY; TAMER, 2020).

Por fim, a cadeia de custódia pode ser definida como conjunto de procedimentos documentados que registram a origem, identificação, coleta, custódia, controle, transferência, análise de fatos produzidos no meio digital, ou seja, é considerado o processo de preservação da autenticidade e integridade da prova digital durante todas as etapas da sua produção que, nas palavras de THAMAY e TAMER (2020, p. 47), vão “desde sua identificação, coleta, extração de resultados, até a apresentação no processo ou procedimento de destino”

Ademais, além destes três requisitos, para o reconhecimento da validade da prova digital ocorra de forma limitada e proporcional à controvérsia processual, deve

ser observada a proporcionalidade entre a de produção da prova digital e os direitos de personalidade da pessoa envolvida, não podendo existir ofensa às garantias constitucionais, o que será analisado nos próximos capítulos.

Quanto a produção da prova digital, pode ser requerida com a inicial, no caso do autor, na contestação, no caso do réu, ou mesmo a qualquer tempo quando se referir a fato superveniente aos alegados ou contrapostos, conforme disciplina os arts. 319, 336, 434, 439 e 441 do CPC.

No processo trabalhista, as partes podem fazer o requerimento e produção da prova digital em audiência, conforme estabelece os arts. 845 e 852-H, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Além disto, a produção da prova digital pode ser determinada de ofício pelo Juiz, a quem o ordenamento jurídico conferiu os poderes para dirigir o processo, realizar quaisquer diligências e produzir todas as provas necessárias para o esclarecimento dos fatos.

Cumprе mencionar, que os princípios constitucionais da celeridade e razoabilidade da duração do processo não permite que o Juiz seja um mero espectador da lide, não estando adstrito à vontade dos litigantes em relação a busca da verdade, podendo intervir no processo em sua fase instrutória, sob pena de violar os princípios da efetividade do Poder Jurisdicional.

Segundo MARINONI, ARENHART e MITIDIERO (2015, p. 269):

“O juiz tem o poder – de acordo com o sistema do Código de Processo Civil brasileiro -, quando os fatos não lhe parecem esclarecidos, de determinar a prova de ofício, independentemente de requerimento da parte ou de quem quer que seja que participe do processo, ou ainda quando estes outros sujeitos já não têm mais a oportunidade processual para formular esse requerimento.”

Ademais, em relação à prova digital, a Lei nº 11.419/2006 confere ao magistrado a prerrogativa de determinar a exibição e o envio de dados e documentos, por meio eletrônico, necessários à instrução do processo (art. 13), devendo o acesso a eles se dar por qualquer meio tecnológico, preferencialmente o menos oneroso e mais eficiente (art. 13, § 2º).

Importante salientar, que a iniciativa do Juiz na produção da prova digital, as quais seja necessária para forma o seu livre convencimento, não compromete a sua imparcialidade, pois tanto as partes como o Juiz devem buscar a apuração dos fatos

e a verdade.

No processo do trabalho os dados utilizados como provas digitais não se restringem a postagem em redes sociais ou aplicativos de mensagem, sendo possível utilizar informações de geolocalização, biometria, metadados de fotos e até rastreamento de endereço de IP, onde podem ser demonstrados diversos fatos no curso da instrução processual, como por exemplo, a localização de um empregado para verificar sua disposição física em determinado tempo e lugar ou dados pessoais extraídos de sistemas informatizados, acionados por biometria ou reconhecimento facial, por exemplo.

Assim, nesse novo cenário social, as provas digitais são de extrema importância para o processo judicial, visto que abarca toda e qualquer informação que tenha sido produzida, armazenada ou transmitida por meios eletrônicos ou digitais, devendo ser utilizadas na busca da verdade real e com o objetivo maior de se fazer justiça.

4 DIREITO À PRIVACIDADE

Após algumas considerações sobre a prova digital, passamos a apresentar um parâmetro geral sobre o direito a privacidade, não tendo o objetivo de esgotar o tema, diante dos objetivos do presente artigo

A palavra privacidade tem origem do latim *privates*, que significa separado do resto significando, portanto, que uma pessoa possa ficar afastada ou isolada em relação aos demais.

No século XVII surge os primeiros relatos do surgimento da proteção legal da privacidade, no common law inglês, quando foi protegido o princípio do *man's house in his castle*, segundo o qual, o domicílio era inviolável, o que estava ligada ao direito à propriedade privada.

O marco histórico alteração do entendimento de que o direito à privacidade não era ligado à propriedade e sim um direito intrínseco do indivíduo foi o artigo *The Right To Privacy*⁶, escrito pelos autores Samuel Warren e Louis Brandeis, em 1890, no qual esses juristas norte-americanos entenderam ser a privacidade um “direito de ser deixado só”, ou seja, um direito de ser esquecido, com a obrigação de ser respeitada por todos a vida provada e a esfera íntima de cada indivíduo.

6 WARREN Samuel D. BRANDEIS, Louis D. *The Right to Privacy*. Harvard Law Review. 1890, disponível em <https://www.jstor.org/stable/1321160>. Acesso em acesso em 01/11/2023

O direito à privacidade foi se atualizando até ser reconhecido como direito fundamental na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a qual que garantiu a não intromissão na vida privada, na família, no domicílio e nas correspondências.

O ordenamento jurídico brasileiro reconheceu o direito à privacidade nos incisos X, XI e XII do artigo 5º da Constituição (BRASIL, 1988), citemos:

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

(...)

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

(...)

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

Além disto, o artigo 21 do Código Civil (BRASIL, 2002) estabelece que “a vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”.

Assim, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, podemos afirmar que a privacidade é uma espécie pertencente ao grupo de Direitos Fundamentais.

No que concerne ao conceito de privacidade, Silva (2019, p. 373), afirma que é o “conjunto de informações acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem a isso poder ser legalmente sujeito”.

José Afonso da Silva (2001) considera o direito à privacidade um direito conexo ao da vida, como reflexo ou manifestação deste, preferindo utilizar a expressão direito à privacidade, em um sentido amplo, significando as manifestações de natureza íntima, privada e da personalidade, que a Constituição Federal menciona, quais sejam, a intimidade, a honra e a imagem das pessoas.

Diante da intensificação do uso das redes de computadores e novas tecnologias, bem como de grande propagação de informações pessoais nas redes sociais o conceito de privacidade clássico foi alterado, sendo considerado como o

poder de autodeterminação informativa, ou seja, o direito de manter o controle sobre seus próprios dados e informações.

Nesse contexto, a privacidade pode ser considerada como o direito da pessoa a controlar o uso que os outros façam das informações que lhe dizem respeito ou mesmo o direito do indivíduo de escolher aquilo que está disposto a revelar.

Essa mudança de paradigma do direito a privacidade provocou a criação de normas para disciplinar o uso e preservar a privacidade, intimidade, honra e vida privada dos usuários da internet e das novas tecnologias, como o Marco Civil da Internet (MCI) - Lei nº 12.965/2014 – e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) - Lei nº 13.709/2018, pois impõem, aos provedores de conexão e de aplicações de internet, bem como a toda pessoa natural ou jurídica que realize operações de tratamento de dados, a responsabilidade pela guarda, privacidade e intimidade dos usuários dos serviços e dos titulares dos dados pessoais⁷.

Importante mencionar, que a Emenda Constitucional nº 115/2022 incluiu no texto constitucional o inciso LXXIX, do art. 5º, da CF/88, o qual elevou a categoria de garantia fundamental o direito à proteção de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, demonstrando a preocupação do legislador com enorme número de dados pessoais coletados e tratados no ambiente virtual.

5 A PROVA DIGITAL NO PROCESSO DO TRABALHO E DIREITO À PRIVACIDADE

A Justiça do Trabalho apresenta preocupação com o novo contexto probatório, considerando o cenário digital da sociedade, sendo segmento da Justiça que assumiu o uso das provas digitais em forma de um projeto institucional, o Programa Provas Digitais, conforme já mencionado no presente artigo.

Nos processos de competência da Justiça do Trabalho, vários dados e informações obtidos em redes sociais ou aplicativos de mensagens, bem como informações de geolocalização, biometria, etc..., pode ser utilizado para demonstrar a veracidade de determinado fato e /ou um fato registrado nos meios digitais.

Como exemplo, podemos citar aos dados de geolocalização para comprovar a presença do trabalhador nas dependências da empresa ou em outros lugares, a fim de instruir o pedido de pagamento de horas extras ou de reconhecimento do vínculo empregatício.

⁷ Arts. 3º, III, 7º, VII, 10, 11 e 16 da Lei nº 12.965/2014 e arts. 2º, I e IV, 3º, 17 e 42 da Lei nº 13.709/2018

Podemos elencar ainda, as postagens em redes sociais que são utilizadas pelas partes como meio de prova de suas alegações, especialmente o uso de *prints* e outras formas de comprovação de mensagens, textos, vídeos e áudios⁸.

Em relação a essas provas, independente de requerimento da parte ou mesmo da sua juntada aos autos, considerando o princípio constitucional da celeridade e na busca da verdade real, deve o Juiz requisitar esses dados, não estando está adstrito à vontade dos litigantes, tendo legitimidade para intervir no processo em sua fase instrutória, sem qualquer violação a sua imparcialidade.

Cumpra mencionar, que a lei 12.965/14 estabelece, no artigo art. 22, parágrafo único, os pressupostos para admissibilidade da produção da prova digital, que são: a) fundados indícios da ocorrência do ilícito, isto é, comprovada demonstração da sua necessidade; b) justificativa motivada da utilidade dos registros e dados pessoais solicitados para fins de investigação ou instrução probatória, evidenciando a sua indispensabilidade; e c) período ao qual se referem os registros e dados pessoais, visando a garantir a privacidade e intimidade do titular.

Assim, na requisição ou deferimento destas provas, deve o Juiz realizar uma ponderação de valores entre a busca da verdade real e a garantia da privacidade da parte, não podendo ser acolhida de maneira irrestrita, mas apenas quando: não houver outro meio de provar o fato objeto da lide; se o fato pode ser provado pelo o fornecimento dos registros e dados pessoais produzidos, armazenados ou transmitidos no meio digital; a obtenção dos dados seja referente somente ao período e dados objeto da controvérsia, não violando assim a privacidade e a dignidade da pessoa humana.

Em julgamentos dos Tribunais do Trabalho e do Tribunal Superior do Trabalho é possível vislumbrar a adoção desses requisitos para o reconhecimento da validade da prova digital, os quais citamos alguns acórdãos:

JORNADA DE TRABALHO. PROVA DIGITAL. DADOS DE GEOLOCALIZAÇÃO. EXCEPCIONABILIDADE DE ABERTURA DO SIGILO DE DADOS. OFENSA AO DIREITO À INTIMIDADE E À PRIVACIDADE DO TRABALHADOR. É certo que a legislação pátria autoriza a quebra do sigilo da geolocalização das partes do processo judicial (art. 10, § 2º e art. 22 da Lei n. 12.965/2014 - Marco Civil da Internet). Todavia, somente em casos excepcionais é

⁸ Em decisão do TRT da 3ª Região foi mantida justa causa para trabalhador que falou mal da empregadora em postagem no Facebook da empresa — TRT-MG. <https://portal.trt3.jus.br/internet/conheca-o-trt/comunicacao/noticias-juridicas/mantida-justa-causa-para-trabalhador-que-falou-mal-da-empregadora-em-postagem-no-facebook-da-empresa>, acesso em 10/11/2023.

que se deve utilizar de tal prova digital, pena de ofensa aos art. 5º, X e XII, da Constituição da República, art. 7º, I, art. 10, caput e art. 23 da Lei 12.965/2011 e art. 2º, I e IV, da Lei n. 13.709/2018 - LGPD). Assim, a utilização de dados de geolocalização do empregado, para fins de prova da duração de sua jornada de trabalho, por importar em ofensa ao direito à intimidade e privacidade, somente deve ser permitida quando inexistir outros meios de prova aptas à comprovação da jornada laboral cumprida. No caso dos autos, a reclamada juntou ao processo os controles de ponto da reclamante, além de ter apresentado testemunha que prestou depoimento sobre a jornada cumprida pela obreira, tornando, assim, dispensável a produção da prova digital requerida. Preliminar de cerceio do direito de produção de provas que se rejeita. (TRT da 3.ª Região; Órgão Julgador: Segunda Turma PJe: 0010483-03.2022.5.03.0037 (ROT); Relator(a)/Redator(a) Maristela Iris S. Malheiros; Disponibilização: 21/09/2023, DEJT/TRT3/Cad.Jud, Página 1799)

MANDADO DE SEGURANÇA. PROVAS DIGITAIS. COLETA DE DADOS DE GEOLOCALIZAÇÃO. ADMISSIBILIDADE NO PROCESSO DO TRABALHO, DESDE QUE OBSERVADOS OS PRINCÍPIOS DO TRATAMENTO DE DADOS. CASO CONCRETO EM QUE A DECISÃO ATACADA NÃO OBSERVA PRINCÍPIOS DA LGPD. SEGURANÇA CONCEDIDA. I - As provas digitais, incluindo a coleta de dados de geolocalização, são compatíveis e admissíveis no processo do trabalho, à luz dos arts. 369 e 370 do CPC (princípio da atipicidade das provas) e do art. 765 da CLT (ampla liberdade ao juízo na direção do processo). II - A Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD (Lei nº 13.709/2018) não surgiu com o intuito de proibir o acesso a dados pessoais, mas sim para regular o tratamento desses dados, fixando balizas objetivas para a proteção desse direito fundamental (art. 5º, LXXIX, CF). A própria lei elenca hipóteses em que se permite o tratamento de dados pessoais, incluindo o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral (art. 7º, VI; art. 11, II, "d"). Assim, desde que observados alguns princípios como finalidade, adequação, necessidade, segurança e não discriminação (art. 6º da LGPD), além de fundamentos como respeito à privacidade, inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem (art. 2º da LGPD), é possível o uso de provas digitais, a exemplo da geolocalização. III - Caso concreto em que a decisão atacada não observou a necessária limitação do tratamento de dados ao mínimo necessário para a realização das finalidades do processo. Dada a amplitude da determinação - coleta de geolocalização durante todo o período não prescrito, sem delimitação de dias da semana ou horários -, é possível que os dados a serem remetidos pela empresa de telefonia abranjam informações não relacionadas ao objeto do processo, com potencial violação à intimidade e à privacidade do empregado. Incidência do art. 6º, III e VIII, da LGPD.

IV - Segurança concedida, para cassar a decisão atacada. (TRT da 4ª Região, 1ª Seção de Dissídios Individuais, 0025826-89.2023.5.04.0000 MSCIV, em 31/10/2023, Desembargador Roger Ballejo Villarinho)

“RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ATO COATOR CONSUBSTANCIADO NA DECISÃO JUDICIAL QUE DETERMINOU A PRODUÇÃO DE PROVA. REQUISIÇÃO DE EXTRATOS DE UTILIZAÇÃO DE TRANSPORTE PÚBLICO. VIOLAÇÃO DA INTIMIDADE E PRIVACIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. LEGÍTIMO DIREITO DE PROVA PELA RECLAMADA. DISTINGUISHING DE PRECEDENTES DESTA SUBSEÇÃO. I - Trata-se de mandado de segurança impetrado pela reclamante da ação matriz em face da decisão judicial que, com o fim de produção de provas, determinou o encaminhamento de ofício à empresa de bilhetagem de transporte público Riocard para fins de esclarecimento dos fatos alegados na inicial, mormente em relação ao controle de jornada. II - No caso em exame, a autoridade coatora, baseando-se no princípio da busca da verdade real, bem como nas divergências nos depoimentos prestados, determinou que fosse oficiada a empresa RioCard, responsável pela emissão de vale-transporte. A alegação da impetrante é de que a providência violaria sua intimidade e privacidade, configurando prova ilícita. III - Sabe-se que o juiz, como destinatário da prova produzida nos autos, tem o poder instrutório para determinar as provas que entende úteis e denegar aquelas que entende desnecessárias ou meramente protelatórias (arts. 765 da CLT e 370, parágrafo único, do CPC/2015). Cumpre definir, então, se a prova autorizada pelo magistrado se choca com os direitos fundamentais alegados. IV - A Constituição Federal, ao disciplinar os direitos e deveres individuais e coletivos em seu art. 5º, assegura, como princípio basilar dos demais, o direito à igualdade de tratamento de todos perante a lei “sem distinção de qualquer natureza”, destacando a “inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade” aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País (caput). Os direitos e deveres individuais fundamentais que se desdobram destes principais elencados no caput do artigo 5º estão previstos nos incisos que se seguem, sobressaindo-se para a solução da lide especificamente o direito à intimidade, à vida privada, ao contraditório, à ampla defesa e à proteção aos dados pessoais (incisos X, LV e LXXIX). Por sua vez, a Lei Geral de Proteção de Dados, Lei nº 13.709/2018, estabelece em seu art. 7º, caput e inciso VII, que “o tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado”, além das hipóteses ali previstas, “para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral”. Como se vê, a própria LGPD excepciona a proteção à vida privada e à intimidade quando se está diante do exercício regular de direito em processo judicial. Na seara dos direitos fundamentais, diante

da necessidade de resguardar os princípios e direitos assegurados pela Constituição, tem-se uma aparente colisão de direitos assentada, de um lado, no direito à intimidade e à vida privada da empregada, reclamante da ação matriz e, do outro, no pleno exercício do contraditório e da ampla defesa do empregador diante das alegações da parte autora, reforçado pelo princípio da busca da verdade real. Diz-se ser uma aparente colisão, uma vez que, vistos os direitos fundamentais não como uma mera regra de conduta, mas como princípios, isto é, “normas jurídicas impositivas de uma otimização”, segundo Emerson Garcia citando Robert Alexy, “os princípios coexistem e convivem harmonicamente, permitindo que, em caso de colisão, um deles seja preponderantemente aplicado ao caso concreto, a partir da identificação do seu peso e da ponderação com outros princípios, conforme as circunstâncias em que esteja envolto”. Destaca-se que a referida Lei nº 13.709/2018 traz, já nas suas disposições preliminares, a ponderação do exercício desses direitos que se colidem, a fim de que tal confronto não resulte em verdadeira violação e prejuízo às partes envolvidas, mas garanta a otimização e harmonização de cada um frente aos demais. Nesse sentido, disciplina expressamente, em seu art. 6º, que “as atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios”, dentre os quais se destaca o da necessidade, definido como sendo a “limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados”. Firmadas tais diretrizes, em apertada síntese, busca-se a solução do caso concreto, cujo enredo está cada vez mais presente nos processos judiciais. V- No caso concreto, vislumbra-se verdadeiro “distinguishing” daqueles debates travados nesta Justiça do Trabalho, cujo objeto é a quebra de sigilo de geolocalização. Isto porque, ao contrário dos precedentes apontados no parecer do Ministério Público do Trabalho (ROT-658-34.2021.5.12.0000, DJE 9/5/2022, Relator Ministro Amaury Rodrigues Pinto Junior; ROT-1003410-04.2022.5.02.0000, DJE 26/5/2023, Relatora Ministra Morgana de Almeida Richa), dentre outros, no caso concreto não há quebra de sigilo de “geolocalização” propriamente dito. Em consulta pela internet de como se apresentam as informações pessoais do usuário do cartão de transporte Riocard, cujos extratos foram requeridos pela autoridade coatora, observa-se que estes apenas informam o dia e a hora do uso do cartão, o valor debitado e a linha de ônibus em que o usuário fez uso do transporte público, nada mais. Ou seja, pelos extratos, não é possível ter ciência em qual ponto ou até qual ponto o sujeito realmente se deslocou. VI - Diante da análise dos direitos em colisão, salvaguardados estão, portanto, os princípios constitucionais da intimidade, da privacidade e da proteção dos dados pessoais, em conjunto e de forma harmônica com os do contraditório

e da ampla defesa (CF, art. 5º, X, LV e LXXIX). Não havendo qualquer violação a direito líquido e certo, nega-se provimento ao recurso ordinário. Recurso ordinário conhecido e desprovido” (TST. Subseção II Especializada em Dissídios Individuais. ROT-103254-68.2022.5.01.0000, Relatora Ministra Liana Chaib, DEJT 13/10/2023).

Nesse contexto, estando preenchidos os requisitos acima elencados, por certo não existe no ordenamento jurídico pátrio obstáculo para que, na busca da verdade real e para a formação do convencimento do Magistrado, sejam produzidas e requisitadas prova digitais.

Importante mencionar, que no sistema constitucional brasileiro nenhum direito ou garantia se reveste de caráter absoluto e pode ser exercido incondicionalmente, cabendo limites e restrições⁹.

No que se refere a legislação infraconstitucional, a LGPD, em seu Artigo 7º, inciso VI, quando faz referência a autorização legal de base para tratamento de dados pessoais, autoriza expressamente seu uso como base legal para fins de uso em processos judiciais, administrativo ou arbitral, excepcionando assim a proteção à privacidade quando se está diante do exercício regular de direito em processo judicial.

Desse modo, a proteção do ordenamento jurídico pátrio à privacidade não é impedimento para que, na busca da verdade real, em situações específicas e com obediências os requisitos legais, seja permitido o acesso aos dados e registros telefônicos e telemáticos armazenados nas operadoras de telefonia, nos provedores de conexão ou de aplicações da internet.

9 O Supremo Tribunal Federal, no Mandado de Segurança nº 23.452, fixou que “os direitos e garantias individuais não têm caráter absoluto. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas – e considerado o substrato ético que as informa – permite que sobre elas incidam limitações de ordem pública, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros” (Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000020652&base=baseAcordaos> Acesso em 02 de novembro de 2023)

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da sociedade atual, marcada pelo avanço e uso da tecnologia, onde vários dados das pessoas trafegam e são armazenados pela internet, estamos passando por uma transformação em relação ao paradigma probatório pois os fatos ocorridos no meio digital ou que por intermédio deste possam ser reproduzidos são um importante instrumento na busca da verdade real nos processos e relevantes à solução justa da lide.

Assim, por intermédio da prova digital é possível comprovar a existência de um fato ocorrido em meio digital ou que se utilize do meio digital como um instrumento para demonstração de determinado fato ou conteúdo, como por exemplo as conversas e gravações realizadas por aplicativos de mensagens (WhatsApp, Telegram, etc.), postagens em sites ou redes sociais e outros.

As provas digitais são de grande importância para o processo judicial, pois alcança qualquer informação que tenha sido produzida, armazenada ou transmitida por meios eletrônicos ou digitais, devendo ser utilizadas na busca da verdade real e com o objetivo maior de se fazer justiça.

No processo do trabalho os dados utilizados como provas digitais não se restringem a postagem em redes sociais ou aplicativos de mensagem, sendo possível utilizar informações de geolocalização, biometria, metadados de fotos e até rastreamento de endereço de IP, onde podem ser demonstrados diversos fatos no curso da instrução processual, como por exemplo, a localização de um empregado para verificar sua disposição física em determinado tempo e lugar ou dados pessoais extraídos de sistemas informatizados, acionados por biometria ou reconhecimento facial, por exemplo.

Na produção da prova digital deve ser realizada uma ponderação de valores entre a busca da verdade real e a garantia da privacidade da parte, não podendo ser acolhida de maneira irrestrita, mas apenas quando: não houver outro meio de provar o fato objeto da lide; se o fato pode ser provado pelo o fornecimento dos registros e dados pessoais produzidos, armazenados ou transmitidos no meio digital; a obtenção dos dados seja referente somente ao período e dados objeto da controvérsia, não violando assim a privacidade e a dignidade da pessoa humana.

Nesse contexto, não existe no ordenamento jurídico pátrio obstáculo para que, na busca da verdade real e para a formação do convencimento, sejam produzidas e requisitadas prova digitais, desde que preenchidos os requisitos mencionados.

Isto posto, a proteção do ordenamento jurídico brasileiro à privacidade não é impedimento para que, na busca da verdade real, em situações específicas e com obediências os requisitos legais, seja permitido o acesso aos dados e registros telefônicos e telemáticos armazenados nas operadoras de telefonia, nos provedores de conexão ou de aplicações da internet.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007

ALMEIDA, C. L. **Direito processual do trabalho**. São Paulo: LTr, 2016.

ALMEIDA, Eneá de Stutz (Org.). **Direitos e garantias fundamentais**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

BARROS, A. M. de. **Curso de direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2007.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidente da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 02/06/2023.

BRASIL. Código de Processo Civil (2015). **Código de Processo Civil Brasileiro**. Brasília, DF: Senado, 2015. 26 de mar. de 2015

BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943. **Aprova a consolidação das leis do trabalho**.

BRASIL. Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006. disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11419.htm>. Acesso em 07/07/2023.

BRASIL. Lei no 12.965, de 23 de abril de 2014. **Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil**. Brasília, 2014.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio** contínua (PNAD contínua) de 2021. Disponível em < <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/3>>. Acesso em 07/06/2023;

BRASIL. Tribunal Pleno do STF. **Mandado de Segurança nº 23.452**. Relator: Ministro Celso de Mello. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, Data de Julgamento: 16/09/1999. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000020652&base=baseAcordaos> Acesso em 02 de novembro de 2023

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Especial: **Justiça do Trabalho é pioneira no uso de provas digitais**. Disponível em <https://www.tst.jus.br/provas-digitais>.

CALVET, Otávio Torres. **Prova testemunhal x provas digitais: um novo rumo para a Justiça do Trabalho**. Fonte: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-27/trabalho-contemporaneo-prova-testemunhal-digital-rumo-justica-trabalho>. Inserção: 27/04/2021. Data de acesso: 01/11/2023

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução 185** de 18/12/2013. Disponível em < <https://www.cnj.jus.br/>>. Acesso em 07/07/2023

Resolução 345 de 09/10/2020. Disponível em: . Acesso em 20/04/2015 < <https://www.cnj.jus.br/>>. Acesso em 07/07/2023.

CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. **Conexão e processo**, 2016. Disponível em: <https://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/simposio-deprocesso/assets/2016/03.pdf>. Acesso em: 10/11/ 2023

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Graice Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Direito à inafastabilidade do poder judiciário**. In: LEÃO, Adroaldo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (coords.). Direitos constitucionalizados. Rio de Janeiro: Forense, 2005

DINAMARCO, Cândido Rangel . **Fundamentos do Processo Civil. Moderno** . 4 . ed. , Sa o Paulo: Malheiros , 2001 , t.2.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Os Direitos Fundamentais Implícitos e seu reflexo no Sistema Constitucional Brasileiro**. Revista Jurídica Virtual. Brasília. v. 8, n. 82, dez./jan., 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/rev_14/direitos_fund.htm. Acesso em: 01 de junho de 2023.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio da língua portuguesa**

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 12^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil comentado**. 3^a. ed. São Paulo: RT, 2011

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O Novo Processo Civil**. Edição 1^o, Nova edição. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2015, p. 269

PASTORE, Guilherme de Siqueira. **Considerações sobre a autenticidade e a integridade da prova digital**. Cadernos Jurídicos, São Paulo, ano 21, no 53, p. 63-79, jan./mar. 2020.

PESSOA Flávia Moreira Guimarães. **Curso de Direito Constitucional do Trabalho. Uma Abordagem à luz dos direitos fundamentais**. Jus Podivm, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2001

SOARES. Pollyana Lúcia Rosado **As provas digitais no processo do trabalho**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3. Região. Belo Horizonte. 67, n. 104 p. 287-295. jul/dez 2021

SOUTO MAIOR, J. L. **Direito Processual do Trabalho**. São Paulo: LTR, 1988

SCHIAVI, M. **Manual de direito processual do trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016

THAMAY, Rennan; TAMER, Mauricio. **Provas no direito digital: conceito da prova digital, procedimentos e provas digitais em espécie**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020

WARREN Samuel D. BRANDEIS, Louis D. **The Right to Privacy**. **Harvard Law Review**. 1890, acesso em 01/11/2023, <https://www.jstor.org/stable/1321160>

Publicado originalmente na Revista Contribuciones a Las Ciencias Sociales, São José dos Pinhais, v.17, n.1, p. 3101-3119, 2024