



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE

GUILHERME CARVALHO DE MELO

**CABIMENTO DE PROVA DIGITAL COM GEOLOCALIZAÇÃO PARA FINS DE
CONTROLE DA JORNADA DE TRABALHO**

RECIFE
2023

GUILHERME CARVALHO DE MELO

**CABIMENTO DE PROVA DIGITAL COM GEOLOCALIZAÇÃO PARA FINS DE
CONTROLE DA JORNADA DE TRABALHO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Processual do Trabalho. Direito do Trabalho. Direito Constitucional.

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Torres Teixeira

Recife

2023

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do programa de geração automática do SIB/UFPE

Melo, Guilherme Carvalho de.

Cabimento da prova digital com geolocalização para fins de controle da jornada de trabalho / Guilherme Carvalho de Melo. - Recife, 2023.
59 p.

Orientador(a): Sérgio Torres Teixeira

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, Direito - Bacharelado, 2023.

1. Provas digitais com geolocalização. 2. Provas no controle da jornada de trabalho. 3. Ônus da prova. 4. Direitos fundamentais. I. Teixeira, Sérgio Torres. (Orientação). II. Título.

340 CDD (22.ed.)

GUILHERME CARVALHO DE MELO

**CABIMENTO DE PROVA DIGITAL COM GEOLOCALIZAÇÃO PARA FINS DE
CONTROLE DA JORNADA DE TRABALHO**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito da
Universidade Federal de Pernambuco,
Centro de Ciências Jurídicas, como
requisito parcial para a obtenção do título
de bacharel em Direito.

Aprovado em: 12/09/2023

BANCA EXAMINADORA

Prof^o. Dr. Sérgio Torres Teixeira (Orientador)
Universidade Federal de Pernambuco

Prof. Me. Camila Montanha de Lima (Examinadora interna)
Universidade Federal de Pernambuco

Prof. Daniel Rodrigues Corte Real (Examinador externo)
PPGD/Universidade de Lisboa

Prof. Ravanny Landim Bezerra (Examinadora externa)
PPGD/Universidade Federal de Pernambuco

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus por ter abençoado toda a minha jornada até este presente momento, me proporcionando saúde, alegrias, forças para superar todos os percalços encarados durante a árdua trajetória percorrida ao longo desses anos na Faculdade de Direito do Recife, sobretudo diante de um contexto severamente afetado pelos impactos decorrentes da pandemia, no qual fui agraciado pela proteção concedida a mim e aos meus familiares diante de tamanho impacto causado a mais de 700.000 (setecentos mil) brasileiros.

Por outro lado, jamais poderia deixar de registrar a minha eterna gratidão ao meu núcleo familiar integrado por meu pai, Flávio; minha mãe, Sandra; meu irmão, Henrique; e minha avó, Maria Ignez. Posso dizer que sou privilegiado por ter uma família tão especial que jamais mediu esforços para proporcionar o melhor para todos nós, inclusive extrapolando qualquer limitação presente nos mais diversos contextos que já vivenciamos, visando sempre promover o bem estar em nosso lar.

Adoto como inspiração para a minha vida cada experiência que passamos, a convivência diária e as conquistas de cada um, seja no âmbito profissional, estudantil e na superação de problemas das mais diversas naturezas. Devo tudo a eles, por todo o investimento que fizeram e até hoje fazem para me proporcionarem as melhores heranças que um ser humano pode se orgulhar de receber: o caráter e o conhecimento.

Saibam que cada conquista minha possui uma enorme contribuição de cada um, de modo que meus objetivos na vida são traçados como forma de retribuição por tamanho apoio em toda a minha trajetória, sendo a principal motivação para despende de esforços hercúleos para buscar alcançá-los paulatinamente.

Além disso, a Faculdade de Direito do Recife me proporcionou encontrar a minha namorada, Camila, a quem devo prestar meus agradecimentos por me auxiliar e me apoiar em grande parte dessa trajetória, inclusive em alguns dos meus momentos de maiores adversidades, seja mediante palavras de apoio, carinho, acolhimento e sua amável companhia.

Camila foi fundamental para me incentivar em algumas das minhas maiores conquistas na trajetória acadêmica e foi bastante compreensiva sempre que precisei abdicar de determinados momentos para tentar alcançar meus objetivos traçados ao longo deste percurso. Além disso, durante esses anos da nossa relação,

compartilhamos conquistas, prestamos apoio reciprocamente, dividimos angústias e desenvolvemos parcerias em nossa trajetória acadêmica que se demonstraram essenciais para fortalecer nossa relação e superarmos os eventuais percalços que surgiram durante os anos vividos na graduação, culminando no orgulho que sinto de nossa evolução ao longo desse período, como também no sentimento de gratidão por partilhar a vida com você.

Outrossim, aproveito o ensejo para agradecer a todos os profissionais do Direito que auxiliaram a minha formação com as experiências práticas adquiridas ao longo dos últimos 5 (cinco) anos na condição de estagiário, oportunizando o meu desenvolvimento profissional no âmbito das atividades regulares de seus respectivos ofícios, dentre os quais cito o Defensor Público Estadual, Dr. José Fernando, os advogados Dr. Joaquim e Dr. Rafael, e à Dra. Tarcila, Defensora Pública Federal.

Ainda, não posso olvidar de manifestar minha gratidão ao Dr. Marcelo, Procurador do Trabalho, a quem tenho a honra de aprender constantemente acerca da operacionalização do ordenamento jurídico em seu âmbito prático e contribuir diariamente para o desenvolvimento das atividades do seu gabinete na Procuradoria Regional do Trabalho da 6ª Região, na condição de estagiário, junto com as servidoras Luciana e Maria Clara, as quais tenho elevada admiração pessoal e profissional pelo empenho na prestação de suas atividades, como também sou muito grato pela convivência cotidiana e pela constante troca de experiências e conhecimentos.

Dr. Marcelo foi um dos principais colaboradores para a elaboração deste trabalho, uma vez que a escolha do tema foi definida após acompanhá-lo em uma sessão de julgamento no Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região, despertando meu interesse por esse assunto deveras inovador e interessante para a atuação profissional do operador do direito no âmbito processual do trabalho.

Manifesto meus agradecimentos ao Professor Dr. Sérgio Torres pela orientação prestada ao longo do desenvolvimento do presente trabalho, sempre demonstrando-se solícito e disponível para auxiliar na excelência do conteúdo a ser tratado. Além da evidenciada gratidão pelo apoio proporcionado, vislumbro oportuno registrar a minha admiração em sua atividade jurisdicional como Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região e como professor da Faculdade de Direito do Recife, em que tive a oportunidade de ser monitor na disciplina de Direito Processual do Trabalho, a qual foi essencial para a consolidação dos meus

conhecimentos neste campo jurídico que tanto me interessa para fins de atuação profissional, bem como me proporcionou a honra de ministrar uma aula em um dos históricos anfiteatros da “Casa de Tobias”.

Agradeço, também aos meus avós, Daniel e Nininha, como também ao meu “tio” Roberto, pois vislumbro que, sem o apoio prestado por eles nos anos anteriores ao meu ingresso na Academia, talvez nem haveria a oportunidade de desenvolver o presente trabalho de conclusão de curso para esta instituição centenária.

Agradeço aos amigos que fiz durante a graduação, os quais foram essenciais para proporcionar a leveza necessária ao dia a dia do ambiente acadêmico, bem como pela parceria firmada para o desenvolvimento de infindáveis atividades, seminários e trabalhos propostos ao longo do curso.

Por fim, agradeço à Faculdade de Direito do Recife por ter me proporcionado tantas experiências que guardarei para toda a minha vida, e que posso afirmar que foi local responsável por alterar grande parte das minhas perspectivas sobre as visões de mundo que já possuí outrora e por endossar as razões que me fizeram optar por cursar Direito.

RESUMO

O presente trabalho tem por objeto a análise de aspectos legitimadores do cabimento de provas digitais com geolocalização para fins de controle de jornada, mediante o desenvolvimento da pesquisa por metodologia bibliográfica e descritiva. O referido estudo se debruça sobre aspectos teóricos acerca da teoria da prova, abarcando desde a conceituação da prova no processo e da prova digital com geolocalização, como também pelos princípios correlatos à aplicação destes recursos e a devida justificativa para o cabimento desta espécie probatória, mediante estes fundamentos teóricos iniciais. Outrossim, também foi empreendida análise a respeito das múltiplas vertentes do ônus da prova no processo do trabalho e a possibilidade de produção de prova digital com geolocalização distribuído às partes em diversos contextos, como nos casos dos trabalhadores de atividades externas incompatíveis com o controle da jornada laboral, conforme os termos da Consolidação das Leis do Trabalho, bem como nos casos de empregados que prestam atividades em estabelecimentos com menos de 20 (vinte) funcionários, além das hipóteses de exigibilidade do controle de jornada pelo empregador. Em uma terceira vertente averiguada, discute-se a incidência da eficácia diagonal dos direitos fundamentais diante das relações trabalhistas, em que se faz necessária a prevalência dos direitos fundamentais do trabalhador em detrimento do poder diretivo do empregador, de modo a serem observados os limites à vida privada, intimidade, sigilo de dados telemáticos do trabalhador e da proteção de dados no âmbito do controle da jornada laboral por meio do monitoramento dos seus dados de geolocalização, inclusive pelos novos contornos advindos de mecanismos legais recentemente inseridos na ordem jurídica brasileira.

Palavras-chave: Provas Digitais; Geolocalização; Ônus da Prova; Jornada de Trabalho; Processo do Trabalho; Eficácia Diagonal dos Direitos Fundamentais.

ABSTRACT

This present work aims to analyze legitimizing aspects of the admissibility of digital evidence with geolocation for the purpose of controlling work hours, through the development of research using bibliographical and descriptive methodology. The study focuses on theoretical aspects concerning the theory of proof, encompassing the conceptualization of evidence in the legal process and digital evidence with geolocation, as well as the related principles guiding the application of these resources and the proper justification for the admissibility of this kind of evidence based on these initial theoretical foundations. Furthermore, an analysis was also conducted regarding the multiple aspects of the burden of proof in labor proceedings and the possibility of producing digital evidence with geolocation, distributed to the parties in different contexts. For example, in cases involving workers engaged in external activities incompatible with traditional work hour monitoring, in accordance with the terms established in the Consolidação das Leis do Trabalho, and also including situations where employees work in establishments with fewer than 20 (twenty) employees, as well as circumstances where the employer requires work hour tracking. In a third investigated aspect, the discussion revolves around the diagonal effectiveness of fundamental rights in labor relations, where the prevalence of the worker's fundamental rights is necessary over the employer's directive power. This involves the observation of limits to the worker's private life, intimacy, confidentiality of telematic data, and data protection regarding the monitoring of geolocation data during work hours, including the new contours arising from recently incorporated legal mechanisms into the Brazilian legal system.

Keywords: Digital Proof; Geolocation; Burden of Proof; Working Hours; Work Process; Diagonal Effectiveness of Fundamental Rights.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	11
2	A ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS DIGITAIS COM GEOLOCALIZAÇÃO SOB A ÓTICA DA TEORIA DA PROVA.....	14
2.1	O conceito de prova no processo do trabalho.....	14
2.2	A prova digital com geolocalização.....	15
2.3	A legitimação das provas digitais com geolocalização pelos princípios probatórios do processo do trabalho.....	18
3	O ÔNUS DE DISTRIBUIÇÃO DA PROVA E A POSSIBILIDADE DE COMPROVAÇÃO DO CONTROLE DE JORNADA MEDIANTE O USO DE PROVAS DIGITAIS COM GEOLOCALIZAÇÃO.....	29
3.1	Ônus da prova no processo do trabalho e sua carga dinâmica na atribuição do encargo probatório.....	29
3.2	O ônus da prova do empregado por meio digital com geolocalização para comprovar as alegações referentes às controvérsias relativas à jornada de trabalho.....	33
3.3	A atribuição do ônus da prova para o empregador por meio digital com geolocalização para o controle da jornada.....	37
4	OS LIMITES PARA A APLICABILIDADE DAS PROVAS DIGITAIS COM GEOLOCALIZAÇÃO NO PROCESSO DO TRABALHO.....	43
4.1	Os impactos da prova digital com geolocalização diante da eficácia dos direitos fundamentais à intimidade e vida privada.....	43
4.2	Dos novos contornos à proteção de dados pessoais constantes na legislação brasileira e a admissibilidade do controle da jornada laboral por dados de geolocalização.....	47
5	CONCLUSÕES.....	51
	REFERÊNCIAS.....	55

1 INTRODUÇÃO

Em uma primeira análise, é importante salientar que o Direito do Trabalho atualmente conhecido e existente foi fruto de severas e recorrentes transformações sociais ocorridas ao longo da Idade Moderna e da Idade Contemporânea, cuja finalidade correspondia a necessidade de se instituírem direitos aos trabalhadores que viabilizassem o exercício de suas atividades de forma digna.

Isto se deve ao fato de que, no contexto britânico, principal potência econômica e política entre os séculos XVII e XIX, muitos trabalhadores exerciam suas atividades laborais em longas jornadas que inviabilizavam a convivência familiar, o lazer, a qualidade do sono, entre tantos outros direitos subjetivos inerentes à essência e necessidade humana, o que culminou na eclosão de movimentos sociais voltados à defesa da regulamentação dos direitos da classe trabalhadora, que, posteriormente, foi denominada de Revolução Industrial.

Nesta toada, um dos principais aspectos revolucionários deste movimento histórico foi a delimitação de uma jornada de trabalho razoável para a melhoria da qualidade de vida dos empregados, a qual veio a ser controlada pelos recursos probatórios convenientes e necessários para sua implementação adequada aos mais variados contextos sociais, tecnológicos e pela natureza das atividades desenvolvidas.

Vale dizer, neste íterim, que as provas são decorrentes de um processo evolutivo de meios utilizados para a efetiva demonstração da verossimilhança dos argumentos trazidos por cada parte integrante de determinada controvérsia que, em seus primórdios, consistia na utilização de recursos rudimentares mediante a prevalência de provas atípicas e desprovidas de quaisquer fundamentos adequados para a resolução adequada de uma lide, as quais foram sendo paulatinamente superadas ao longo da evolução das técnicas adotadas para a resolução de conflitos, o que culminou na consolidação do processo em sua atual forma, exigindo-se, para a sua instrução, a devida comprovação das alegações postuladas pelas partes por intermédio dos recursos apropriados e dotados de licitude para que tenham capacidade para produzir efeitos práticos.

Destarte, a sociedade hodierna convive diariamente com múltiplas formas de tecnologias, inseridas sob os mais variados contextos e relações sociais do

cotidiano, sendo itens essenciais nesta atual conjuntura e que decorrem de um longo processo de evolução e aprimoramento dos recursos tecnológicos disponíveis, os quais repercutem em todos os âmbitos sociais, inclusive no direito e nas respectivas relações jurídicas entre as partes, dentre as quais as constantes na seara trabalhista.

Neste diapasão, considerando o atual fenômeno evolutivo dos meios tecnológicos e digitais disponíveis na sociedade, os quais são capazes de monitorar e registrar a prática dos atos habituais da vida cotidiana do ser humano, observa-se que recursos eletrônicos de amplo acesso à população e, sobretudo, aos trabalhadores, como celulares, *tablets*, *palmtops*, computadores, tacógrafos e outros tantos dispositivos possuem tecnologia compatível com o registro e o monitoramento de dados de geolocalização, onde se possibilita o acompanhamento em tempo real da localização do indivíduo, como também demonstra-se possível a aferição aos locais e horários exatos que foram frequentados pelo sujeito.

Assim, o presente trabalho analisará aspectos teóricos e principiológicos, mediante um estudo da teoria da prova como um atributo legitimador do cabimento e da admissibilidade dos meios de provas digitais com geolocalização no âmbito do processo do trabalho, além de tratar de aspectos conceituais desta espécie probatória recém adotada no ordenamento jurídico brasileiro decorrente das evoluções robustas dos recursos digitais, do seu amplo acesso e do pensamento jurídico moderno ao aquiescer com a inserção desta espécie para fundamentar e comprovar as alegações concernentes à jornada de trabalho.

Ademais, em um momento posterior, analisar-se-á a distribuição dinâmica do ônus da prova, mediante uma análise em que se propõe realizar comentários acerca do conceito do ônus da prova e sua aplicação fundada na dinamicidade na atribuição da incumbência deste encargo probatório na seara trabalhista, em que se designa este dever de produção probatória para uma das partes por conveniência e melhor capacidade, tendo em vista que, pela natureza jurídica desta relação, existem situações em que o empregador possui a obrigação de produzir os meios de prova atinentes às questões relativas à jornada de trabalho.

Contudo, a legislação trabalhista, acentuando-se, sobretudo, com o advento da Reforma Trabalhista, relativiza a obrigação do empregador em realizar o controle da jornada de trabalho em determinados contextos fáticos em virtude do escopo desburocratizante da atividade econômica desenvolvida, como também pela

natureza da atividade realizada pelo empregado, o que poderia inviabilizar o controle efetivo da jornada de trabalho, de modo que o encargo probatório recaia ao empregado, ainda que não esteja expressamente atribuída a ele pela lei.

Assim, com base na análise destas questões correlatas à distribuição do ônus da prova no processo do trabalho acerca do controle da jornada laboral, será empreendida uma análise de determinadas situações em que pode haver maior viabilidade para que sejam aplicados meios probatórios digitais com geolocalização com a incumbência atribuída tanto ao empregado como ao empregador.

Por fim, o trabalho passará a examinar aspectos obstativos da ampla difusão deste tipo de prova no processo do trabalho, uma vez que se demonstra imperioso analisar a necessidade do cabimento desta espécie de prova a depender do caso concreto, mediante a avaliação acerca de eventuais transgressões a direitos de ordem fundamental positivados no texto da Constituição Federal (CF), bem como às disposições recentemente previstas pelo Marco Civil da Internet (MCI) e pela Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) - diplomas estes que visam a tutela de dados pessoais sensíveis e que abrangem os mais diversos tipos de dados, inclusive os de geolocalização, e produzem efeitos em múltiplas áreas do ramo jurídico - para que sejam aceitas e implementadas de forma lícita e sem a ocorrência de violações à privacidade e ao sigilo dessas informações personalíssimas do trabalhador durante o controle da jornada de trabalho empreendido pelo empregador, sob o risco de ser desvirtuado o escopo fundamental desta espécie de prova.

Ao final, será demonstrado que as disposições atualmente presentes no ordenamento jurídico pátrio inferem a admissibilidade do controle da jornada laboral pelos recursos probatórios de análise de dados de geolocalização, sobretudo por seu caráter fidedigno e preciso, mas que o operador do direito deve se atentar a questões técnicas processuais, a exemplo do ônus de distribuição da incumbência probatória, como também aos aspectos constitucionais e infralegais que limitam a ampla difusão destes recursos no cotidiano das relações laborais, evitando-se eventuais transgressões à finalidade fiscalizatória da jornada de trabalho e resguardando a privacidade e a intimidade do trabalhador para além da sua relação jurídica estabelecida junto ao empregador.

2 A ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS DIGITAIS COM GEOLOCALIZAÇÃO SOB A ÓTICA DA TEORIA DA PROVA

2.1 O conceito de prova no processo do trabalho

De início, convém destacar que os povos primitivos possuíam uma organização social bastante peculiar comparada às atuais, sobretudo nas eventuais divergências e conflitos que surgiam, onde a verdade prevalecente era efetivada mediante a imposição de força física nos duelos e por intermédio de crenças religiosas, em que a verdade seria revelada pelo juízo divino, em um ideário de que a divindade não coadunaria com as condutas de um litigante desarrazoado (LOPES, 2002 *apud* DENTE, 2012, p.10).

Com o passar dos anos, as relações sociais foram evoluindo e as problemáticas presentes na sociedade tornaram-se mais complexas, repercutindo na sofisticação dos conflitos, restando urgente a necessidade de implementação de recursos probatórios mais adequados e condizentes com o escopo litigioso moderno de buscar melhores soluções para as lides, ao invés de basear os fundamentos para as decisões em evidências bastante rudimentares e que não haviam nexo de causalidade com os fatos ocorridos.

Ato contínuo, vale frisar que as ações judiciais consistem na tentativa de resolução de determinada controvérsia envolvendo duas partes com interesses majoritariamente distintos e conflitantes, em que cada qual profere suas alegações nos momentos oportunos do curso da ação judicial.

Com efeito, cada postulação realizada pelas partes deve estar bem fundamentada e embasada, como também acompanhada de provas adequadas para instruir o procedimento em busca da verdade real dos fatos, mediante a demonstração de evidências correlatas às teses apresentadas, buscando o convencimento do julgador (LEITE, 2004, p. 359), conceito o qual Marinoni e Arenhart coadunam e complementam endossando que esses recursos probatórios devem estar enquadrados na discricionariedade das normas jurídicas do ordenamento que estejam inseridas (MARINONI; ARENHART, 2009).

Neste mesmo sentido, Nelson Nery Júnior enfatiza que as provas correspondem aos “meios processuais considerados idôneos pelo ordenamento

jurídico para demonstrar a verdade, ou não, da existência e verificação de um fato jurídico” (NERY JÚNIOR *et al*, 1997).

O próprio Código de Processo Civil (CPC), subsidiariamente aplicado ao Processo do Trabalho à luz do parágrafo 1º do artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), traz em seu artigo 369 o conceito de prova, sendo admitido todo elemento probatório respaldado por lei e aqueles moralmente legítimos, ainda que não estejam especificamente previstos no Código, para buscar a demonstração da realidade dos fatos presentes na lide, visando o convencimento do julgador.

Fredie Didier Jr., inclusive, complementa o teor do referido dispositivo extraindo que a prova presente nos autos produz efeitos quando cumprir os pressupostos de veracidade e licitude, pouco importando se os recursos probatórios apresentados correspondem aos elementos necessariamente correlatos à verdade real ou formal dos fatos, desde que sejam suficientes e adequados para serem agraciados com a tutela jurisdicional (DIDIER JR. *et al*, 2010 *apud* DENTE, 2012, p. 11-12).

Desta forma, Didier não dispensa o caráter e dever de verossimilhança que deve dotar as provas processuais, mas ressalta que estas são elementos que bastam ser lícitos e que objetivam promover a demonstração dos fatos de forma fidedigna para que sejam tidos como recursos válidos no processo trabalhista.

2.2 A prova digital com geolocalização

Outrossim, empreendida a análise conceitual das provas *lato sensu*, é salutar a necessidade de evidenciar o conceito da espécie probatória objeto do presente trabalho: a prova digital com geolocalização.

Inicialmente, salienta-se que a prova digital advém das mudanças recorrentes na evolução e disseminação dos meios tecnológicos perante a sociedade moderna, os quais encontram-se inseridos em todas as relações sociais existentes, dentre as quais as relações jurídicas.

Neste sentido, Mauro Schiavi (2023) aborda que este tipo de prova corresponde ao “meio pelo qual os fatos ocorridos em meio digital ingressam nos processos judiciais” e aponta que:

Sob o aspecto processual, as informações constantes de sistemas de armazenamento de dados digitais podem ser utilizadas pelas partes para

demonstrar a veracidade das alegações da petição inicial ou da contestação e também pelo magistrado para formação da sua convicção.

Tanto fatos que se passam exclusivamente na forma digital quanto aqueles que se passam no mundo real, mas que são documentados pela forma digital podem ser utilizados no Processo Judicial.

Há fatos que só existem no universo digital, como a troca de mensagens em grupos de WhatsApp. De outro lado, há outros que acontecem no mundo real, mas sua documentação está em meio digital, como uma gravação de um ato de agressão física, por exemplo.

Em razão disso, a prova pode ser integralmente digital (quando o fato somente existe no universo digital) ou parcialmente digital (quando o fato ocorre no mundo real, mas sua documentação é digital).

Ou seja, seria a possibilidade de inserção de recursos do universo digital em ações submetidas ao poder de jurisdição estatal como forma de fundamentar e comprovar as alegações proferidas no momento oportuno de manifestação da parte na fase instrutória do processo.

Neste cerne, os fatos a serem comprovados são embasados por registros em sistemas de mídias digitais modernas que, mediante a análise de dados registrados por aparelhos tecnológicos, podem contribuir para a produção de um maior arcabouço probatório e para a dinamização do ônus probatório, tendo em vista a possibilidade do uso desse tipo de prova por ambas as partes.

Outrossim, dentre o universo de provas digitais que podem vir a ser utilizadas nas mais variadas matérias trabalhistas, identifica-se a possibilidade de sua implementação para elucidar questões controversas que sejam relativas à jornada de trabalho do empregado nos mais variados contextos, visto que há situações em que a CLT mitigou a proteção à garantia constitucional de que o trabalhador realize as suas atividades com dignidade, mediante a execução da jornada de trabalho regular, podendo, inclusive, desfrutar de intervalos no curso desta duração.

Destarte, o atual contexto social propicia a composição de um cenário adequado para a produção de provas digitais com geolocalização para esta finalidade, uma vez que se tratam de recursos probatórios capazes de realizar um mapeamento dos deslocamentos dos indivíduos “monitorados”, detalhando o histórico de localização do trabalhador de forma precisa.

É como também enfatiza MARTIN (2021):

O mundo modernizado de hoje permite que qualquer pessoa tenha acesso a um telefone celular, o qual é capaz de produzir provas significativas dentro do processo trabalhista, inclusive, utilizando uma ferramenta que já tem mostrado sua importância em alguns processos dessa natureza: a geolocalização. Esse recurso identifica a localização geográfica, utilizada

pela maioria dos aplicativos, de um objeto ou pessoa. Nos aplicativos de GPS, é possível encontrar o histórico de localização do aparelho de forma detalhada, sendo possível a verificação, com precisão de segundos, do exato local em que a pessoa se encontrava em determinada data.

Isto posto, reitera-se que a sociedade hodierna está inserida em um contexto de ampla difusão dos recursos tecnológicos, em que o uso constante das tecnologias culmina em um cenário de vasta produção de dados oriundos das ações humanas que podem ser constatados e refletidos pelos registros nos dispositivos digitais em seus amplos bancos de dados (*big datas*), abrindo margem para discussões acerca de novas acepções às provas provenientes destas mudanças sociais, visto que se tratam de recursos mais sofisticados, evoluídos e verossímeis para a solução das controvérsias advindas das relações jurídicas interpessoais, uma vez que a sociedade está integrada por recursos digitais inerentes às relações sociais contemporâneas.

O próprio Tribunal Superior do Trabalho (TST) corrobora com esta tese e reconhece o cabimento das provas digitais no processo do trabalho, inclusive no âmbito institucional - para além dos entendimentos jurisprudenciais da Corte - por intermédio de publicações informativas em seu sítio eletrônico, busca informar aos cidadãos a evolução das provas admitidas no processo judicial e a possibilidade de comprovação das alegações fáticas nas demandas judiciais a partir da produção de provas por meios digitais (TST, 2021):

A tecnologia muda o meio em que o Judiciário trabalha e também afeta todas as inter-relações humanas, que usam dispositivos informáticos que capturam os hábitos de vida a todo instante. Na hora de reconstituir os fatos para tomar uma decisão judicial, temos de buscar nestes dispositivos e data centers as informações necessárias”

(...)

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

Desta forma, observa-se que, em relação ao objeto central deste trabalho de monografia, no tocante ao cabimento da prova digital com geolocalização para fins de controle de jornada, os aspectos conceituais e extrínsecos que norteiam o surgimento e difusão desta espécie probatória favorecem e legitimam a sua aplicação ao processo do trabalho como meios efetivos para embasar as alegações

proferidas pelas partes e propiciar o convencimento racional do julgador, desde que sejam produzidas por meios lícitos e válidos, devendo observar, também, eventuais limites a direitos de caráter personalíssimo do indivíduo em sua aplicação prática, como a privacidade e intimidade.

2.3 A legitimação das provas digitais com geolocalização pelos princípios probatórios do processo do trabalho

Ainda no tocante aos aspectos teóricos que norteiam a incidência e cabimento das provas no Processo do Trabalho sob os vieses doutrinários e legalistas, cabe empreender, também, uma análise acerca do cabimento das provas digitais com geolocalização diante de alguns dos mais relevantes princípios processuais que fundamentam a aplicabilidade destes recursos fundamentadores nesta seara.

Os princípios são consagrados pela legislação trabalhista, nos termos do artigo 8º da CLT, como uma das principais fontes que consagram esta disciplina - uma vez que a legislação trabalhista não distingue estas de forma hierárquica - os quais influenciam na elaboração das normas, na aplicação do Direito e na atividade jurisdicional dos julgadores, conforme evidencia o dispositivo citado:

Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

Neste sentido, Miguel Reale (1999, p. 306-307) corrobora com a definição acima elaborada e expõe sua visão acerca dos princípios como:

enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas. Cobrem, desse modo, tanto o campo da pesquisa pura do direito quanto o de sua atualização prática. Alguns deles se revestem de tamanha importância que o legislador lhes confere força de lei, com a estrutura de modelos jurídicos, inclusive no plano constitucional, consoante a dispõe a nossa Constituição sobre os princípios de isonomia (igualdade de todos perante a lei), de irretroatividade da lei para proteção dos direitos adquiridos etc.

Ou seja, na visão do doutrinador, os princípios são verdadeiros instrumentos auxiliares dos operadores do direito para fins de almejar a compreensão das normas

e diretrizes constantes no ordenamento jurídico, como também na condução do processo legislativo para a elaboração destas.

Neste cerne, é importante salientar que a doutrina clássica estabeleceu quatro funções aos princípios, dentre as quais: a inspiração ao legislador, inclusive com a consubstanciação de muitos princípios em normas positivadas; a interpretação das normas na busca pela verdade real do escopo da lei, sob o risco de violação de todo o ordenamento jurídico em caso de violação a um princípio; o suprimento de lacunas; e a sistematização do ordenamento jurídico ao prestar auxílio às normas jurídicas no intuito de harmonizá-las e tornar o sentido destas coerentes em face às alterações legais e das concepções presentes na sociedade ao longo do tempo (SCHIAVI, 2023, P. 44).

No entanto, é imperioso frisar que o pensamento doutrinário moderno vem redefinindo os princípios e suas funções no ordenamento jurídico, de modo que passam a atribuir um caráter normativo a este tipo de fonte do Direito, dissociado do caráter subsidiário ante a ausência de legislação para disciplinar determinada matéria, sendo um objeto eficaz no ordenamento jurídico e estando equiparados às normas positivadas na produção de efeitos (SCHIAVI, 2023, p. 45).

Isto posto, diante de um cenário de valorização das disposições principiológicas, vale destacar a influência que alguns dos princípios exercem no cabimento dos recursos probatórios no Processo do Trabalho, sendo capazes de legitimar a inserção de meios de prova ainda não pacificados no ordenamento jurídico, como no caso específico deste trabalho, referente à incidência de provas digitais com geolocalização.

Inicialmente, convém mencionar que o princípio da necessidade da prova traz um conceito convergente com a definição de prova exposta alhures, uma vez que é o que promove a incumbência das partes em comprovar as alegações postuladas em juízo, de forma que se entende que o êxito no resultado do processo é advindo das provas juntadas aos autos em análise conjunta com as alegações (SCHIAVI, 2023, p. 49).

Leite (2004, p. 359-360) bem sintetiza o escopo deste princípio preconizando que apenas as alegações das partes na ação judicial “não são suficientes para demonstrar a verdade ou não de determinado fato. É necessário que a parte faça prova de suas alegações, pois os fatos não provados são inexistentes no processo”, denotando um critério de exigibilidade de respaldo das alegações mediante a

produção das provas necessárias e adequadas para a comprovação das manifestações processuais, sob pena destas não produzirem efeitos no bojo da ação.

Logo, na visão de Manoel Antonio Teixeira Filho (2003 *apud* SCHIAVI, 2023, p. 49), o julgador não pode julgar a causa exclusivamente com base nas alegações proferidas pelas partes, visto que há um dever legal e principiológico que lhe impõe a incumbência de julgar as causas mediante a apreciação das provas produzidas.

Assim, considerando que as provas digitais com geolocalização podem ser espécies probatórias mais verossímeis que os meios formais previstos em lei em matéria de jornada de trabalho e são meios que podem ser utilizados para as partes comprovarem as suas alegações neste âmbito, conclui-se que não há óbice para a sua implementação no processo do trabalho.

Por derradeiro, no curso da relação processual, vale frisar a importância de oportunizar a manifestação das partes para proferirem suas alegações e apresentarem seus mecanismos adequados para fundamentar as suas defesas, mediante a efetivação do princípio do contraditório e da ampla defesa.

Esta constatação pode ser analisada a partir do pressuposto legal previsto no artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República e nos artigos 9 e 10 do Código de Processo Civil, os quais tratam que os litigantes que integram um processo judicial possuem direito ao contraditório e à ampla defesa, de modo a permitir a participação das partes quanto às alegações de fato e apresentando os recursos probatórios apropriados para a consubstanciação destes princípios, os quais não podem ser confundidos, embora sejam bastante semelhantes.

Mauro Schiavi (2023, p. 50) ilustra de forma primorosa a representação prática destes princípios processuais ao dizer que esses oportunizam que “ambas as partes devem ser ouvidas”. Além disso, complementa parafraseando Nelson Nery Júnior (*apud* SCHIAVI, 2023, p. 50) acerca do referido princípio, o qual define

Por contraditório deve entender-se, de um lado, a necessidade de dar conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, e, de outro, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhes sejam desfavoráveis. Os contendores têm direito de deduzir suas pretensões e defesas, de realizar as provas que requereram para demonstrar a existência de seu direito, em suma, direito de serem ouvidos paritariamente no processo em todos os seus termos.

Ou seja, diante destas definições acerca do contraditório, entende-se que se trata de um princípio que advém da relação bilateral constante nas ações

processuais em que as partes devem demonstrar o cabimento do seu direito ou refutar a pretensão que lhes é demandada por via de suas alegações e mediante a produção probatória conveniente, desde que atendidos os critérios de validade e licitude anteriormente comentados.

Quanto à ampla defesa, SCHIAVI (2023, p. 52) trata que a doutrina considera como um componente integrante do contraditório, correspondendo ao “direito do réu de resistir, em compasso com os instrumentos processuais previstos na legislação processual, à pretensão do autor”, não excluindo seu cabimento no caso do autor em detrimento das alegações do réu.

Neste diapasão, William Santos Ferreira (*apud* SCHIAVI, 2023, p. 52-53) enfatiza que:

A ampla defesa é o fundamento lógico do contraditório; ampla defesa é o contraditório pela perspectiva da atividade das partes. Em relação a elas, o contraditório é o elemento estático, enquanto a ampla defesa, o dinâmico (...) em poucas palavras, se o tipo de prova ou de procedimento previstos em lei impedir ou dificultar a comprovação de alegações fáticas, a ponto de prejudicar a qualidade da demonstração, há violação às garantias constitucionais do contraditório e ampla defesa. Normalmente, a violação está na falta de oportunidade ou na sua inefetividade e no impedimento de consideração judicial dos argumentos e provas da parte atingida, já a violação da ampla defesa estará na inexistência ou inefetividade de meios e recursos que possibilitem às partes a demonstração de seus argumentos jurídicos e fáticos.

Deste modo, há de se considerar que este princípio consagra explicitamente o escopo do emprego das provas digitais com geolocalização para fins de controle de jornada, uma vez que os trabalhadores são partes hipossuficientes na relação trabalhista e, sobretudo, quanto à produção dos meios de prova relativos às atividades desenvolvidas, visto que, em regra incumbe ao empregador realizar o controle de jornada e, portanto, comprová-lo, mas existem situações presentes no ordenamento juslaboral que o eximem de produzir este tipo de provas desta natureza, resultando no ônus da prova do empregado de provar as alegações que postular, conforme será analisado detalhadamente em capítulo posterior.

Logo, considerando a possibilidade do emprego de provas digitais com geolocalização favorecerem e oportunizarem uma ampla produção probatória nos autos processuais, ainda que seja um recurso que não esteja expressamente previsto em lei, pode ser um meio alternativo e válido para a comprovação do atendimento às normas trabalhistas quanto aos limites da jornada laboral.

Para além disso, a prova digital com geolocalização também encontra respaldo à luz do princípio da licitude e probidade da prova, cujo escopo demonstra-se presente nos termos do inciso LVI do artigo 5º da Constituição Federal, o qual se demonstra bastante similar com o conceito constante no CPC acerca das provas cabíveis no processo civil e do trabalho, vez que as provas que fundamentam as alegações das partes devem ser obtidas por meios lícitos permitidos pelo ordenamento jurídico em regra, salvo raras exceções, segundo Schiavi (2023, p. 54), que o julgador poderá admitir a produção de provas ilícitas no processo.

Assim, considerando a normativa geral, observa-se a importância da produção de provas lícitas como forma de promover a dignidade processual, mediante a prática de um ato de probidade pela parte.

Neste diapasão, vale salientar que a prova digital com geolocalização produzida por meios lícitos, mediante a anuência ou preferência do empregado e observados os limites atinentes à sua privacidade e intimidade, os quais serão analisados em capítulo posterior, pode ser considerada válida e permitida de ser aplicada no processo do trabalho.

Para Leite (2004, p. 360), “as partes têm o dever de agir com lealdade em todos os atos processuais, mormente na produção de prova”, mas não se pode considerar como indevida esta prerrogativa probatória do empregado, elo hipossuficiente na relação material e processual trabalhista, inclusive para a devida comprovação dos seus direitos alegados na lide, uma vez que a prova seja obtida por meios e para fins lícitos.

Ademais, Manoel Antonio Teixeira Filho (2010) expõe em sua obra sobre a prova no Direito Processual Trabalhista, na qual aduz que esta tutela pretendida pelas partes deve ser decidida fundamentadamente diante das provas acostadas aos autos processuais, visto que a desconsideração das provas produzidas e apresentadas nos autos pode gerar nulidade processual, na forma prevista no inciso IX do art. 93 da Constituição da Federal, e a incidência do princípio da persuasão racional, também conhecido como o princípio do convencimento motivado do juiz ou do livre convencimento, o qual está consubstanciado no art. 371 do Código de Processo Civil:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

(...)

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

CPC/2015

Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.

Carlos Henrique Bezerra Leite (2004, p. 360-361) bem conceitua e reflete o teor exposto por este princípio em seu manual de Processo do Trabalho, conforme colaciona-se a seguir:

O ordenamento jurídico brasileiro adota o princípio do livre convencimento, também chamado de princípio da persuasão racional. Esse princípio, na verdade, encerra a base de um sistema processual em que o juiz forma a sua convicção apreciando livremente o valor das provas dos autos. A liberdade de que goza o juiz não pode, porém, converter-se em arbítrio, sendo, antes, um dever motivar o seu raciocínio.

Assim, depreende-se que o ordenamento jurídico estabelece que decisão que for proferida em virtude de convicções pessoais do juízo estará eivada de vícios, de modo que se faz necessária a análise das alegações e das provas apresentadas nos autos para que a decisão judicial seja proferida de maneira adequada.

Considerando que, com base nos princípios e nos aspectos teóricos expostos sobre a produção probatória no Processo do Trabalho, entende-se que, uma vez constante nos autos, poderia o julgador buscar a resolução da lide por todos os meios de provas lícitas e válidas presentes no ordenamento jurídico brasileiro, nestes incluindo-se as provas digitais com geolocalização.

Outro princípio muitas vezes omisso nas principais doutrinas, mas que se demonstra fundamental para a análise da situação objeto deste trabalho de monografia é quanto à legitimação das provas digitais com geolocalização para fins de controle de jornada mediante a análise do princípio da atipicidade das provas.

Na visão de Coimbra (2018, *apud* PUCCL, 2021, p. 17) este princípio pode ser conceituado da seguinte maneira:

Muito embora tenham existência fática, as provas atípicas não receberam da lei a respectiva previsão, fato que resulta por suscitar posições dissonantes no seio doutrinário e jurisprudencial, à vista de sua recorrente utilidade para a elucidação dos fatos da causa.

Pucci (2021, p. 20) sintetiza aduzindo que prova atípica corresponde àquela “que não possui previsão na lei ou é produzida por modelo procedimental diverso do legal”.

Isto ocorre, pois há entendimentos doutrinários que defendem a taxatividade do rol dos meios probatórios legais; para outra corrente, as provas atípicas correspondem a indícios da ocorrência do fato alegado; e um terceiro viés firma a tese de que se as provas atípicas não estão previstas em lei, não haveria, conseqüentemente, taxatividade destes recursos probatórios, de modo que seriam admissíveis no processo (COIMBRA, 2018 *apud* PUCCI, 2021, p. 18-19).

Diante de tamanha importância que permeia este instituto processual, Mauro Schiavi (2023, p. 23) enfatiza que a redação do CPC expressou a aplicação deste princípio ao permitir a incidência de recursos probatórios distintos daqueles expressamente previstos pela legislação processual, ressaltando a constante evolução social na contemporaneidade e dos recursos passíveis de aplicabilidade no processo do trabalho:

Além disso, diante da constante mudança dos costumes da sociedade, da evolução da tecnologia e da própria ciência processual, a cada dia surgem novos instrumentos e meios de prova que podem ser utilizados em processos, mas que não estão catalogados na lei processual

(...)

As fontes da prova são os fatos naturais ou humanos que tenham relevância na esfera jurídica, bem como as coisas corpóreas ou incorpóreas existentes na natureza ou criadas pelo homem, das quais se originam os meios de prova.

Ou seja, a doutrina processual hodierna vem admitindo a inserção de diversas provas como mecanismo efetivo para almejar a holística processual, sobretudo em meio a um contexto de constante evolução e difusão de recursos tecnológicos que paulatinamente tornam-se mais inseridos nos diversos contextos sociais e que, com base nos entendimentos teórico-doutrinários e legais podem ser implementados como meios de prova dotados de licitude.

Neste ínterim, Fredie Didier (2010, *apud* DENTE, 2012, p. 14-15) já destacava a possibilidade de provas diversas das legalmente previstas, antes mesmo da

promulgação do atual CPC, admitindo, inclusive, a produção de provas digitais no processo:

Os fatos podem ser evidenciados por qualquer meio de prova, ainda que não previstos na lei, desde que se trate de um meio lícito e moralmente legítimo (art. 332 CPC). Assim, ao lado dos meios de prova típicos, que contam com expressa previsão em lei, admitem-se os meios de prova atípicos, que não encontram sede legal.

[...]

São meios de prova atípicos, por exemplo, a prova cibernética, a reconstituição de fatos e a prova emprestada. São provas atípicas (inominadas), pois, com elas, se busca a obtenção de conhecimentos sobre fatos por diversas daquela prevista na lei para as provas chamadas típicas.

Logo, depreende-se que a doutrina legítima, de maneira pacífica, mediante a interpretação sistemática dos dispositivos legais presentes no ordenamento jurídico, a inserção de provas digitais e/ou cibernéticas para comprovar as alegações das partes, ainda que não sejam os meios probatórios legalmente exigidos para determinados atos materiais e formais praticados pelas partes.

Continuando a análise principiológica, a análise do cabimento da prova digital com geolocalização para fins de controle de jornada deve ser vislumbrada sob a ótica do princípio da busca da verdade real, que, por seu turno, conforme indica Leite (2021), possui estrita relação com o princípio da primazia da realidade disseminado no Direito material do Trabalho, de modo que o processo trabalhista tem por fim o alcance da mais justa e adequada solução para os litigantes, compreendendo que há hipóteses que as provas produzidas podem inferir o atendimento aos critérios de formalidade sobre elas impostos.

Contudo, nem sempre este tipo de prova prevalecerá na lide, tendo em vista que há situações que não condizem com a realidade dos fatos, sendo necessário recorrer a outros meios de prova que representem maior verossimilhança quanto aos fatos alegados.

Inclusive, a prevalência deste princípio pode ser justificada, também, mediante a flagrante desigualdade da relação trabalhista, sobretudo na produção probatória, de forma que há um maior zelo pela observância de provas não convencionais para cada tipo de situação demandada, tendo em vista a possibilidade de representarem a verdade real dos fatos em detrimento das provas formais, produzidas em conformidade à lei, mas que desvirtuam da realidade da situação ocorrida.

Schiavi (2023, p. 27) explora bem a diferenciação destas concepções de verdades para a ótica processual, avaliando que deve ser vista como um objetivo na atividade do julgador como forma de resultar na satisfação das partes com a condução e o resultado do processo:

A obtenção da verdade real, inegavelmente, atende aos princípios de justiça e efetividade do processo, sendo, portanto, um dos escopos da jurisdição, que é pacificar o conflito com justiça. Desse modo, a moderna doutrina defende a tese da superação da diferenciação entre verdade real e formal, dizendo que a verdade é uma só, a real, mas esta é praticamente impossível de ser atingida. Não obstante, todos que atuam no processo, principalmente o julgador, devem envidar esforços para se chegar ao acertameneto mais próximo da realidade (verdade substancial).

Dito isto, nota-se que o referido princípio busca nortear a atividade jurisdicional para que o seu operador não se satisfaça com as provas juntadas nos autos, mas sim que decida o processo após “investigar mais profundamente os limites objetivos e subjetivos da lide por meio da análise mais apurada da realidade dos fatos” (PEREIRA, 2020).

Com efeito, observa-se que este princípio está contido na interpretação do artigo 765 da CLT, o qual respalda que os titulares do poder jurisdicional podem recorrer a qualquer tipo de diligência necessária ao esclarecimento das situações litigiosas postuladas em juízo. Ou seja, o próprio dispositivo legal considera necessária a prerrogativa do julgador de apreciar as causas a ele submetidas com base em recursos probatórios distintos dos formais, legalmente previstos e estipulados.

Neste contexto, depreende-se que o uso de provas digitais com geolocalização para fins de controle de jornada pode ser uma alternativa viável para a resolução justa e satisfatória do processo, uma vez que são meios probatórios condizentes com o ideário deste princípio, ante o seu caráter fidedigno em detrimento de meios formais convencionais como o ponto assinado em fichas ou registros, bem como os pontos eletrônicos ou biométricos.

Ressalta-se, ainda, a maior probabilidade de ocorrência de eventual falha humana no controle de jornada através destes recursos, ou até mesmo manipulações praticadas com a finalidade de vilipendiar o exercício de direitos trabalhistas, em comparação com os recursos digitais de monitoramento, os quais não se sujeitam ao controle realizado por empregadores e podem auxiliar a dirimir questões controversas como o registro de jornada de empresas com menos de 20

(vinte) empregados, os intervalos intrajornada pré-assinalados, pontos britânicos, horas extras e o controle da jornada do empregado que realiza atividades externas.

Por fim, não se pode olvidar de mencionar o importante princípio da aptidão para a prova ou da “teoria dinâmica da prova”, o qual preconiza que a prova deve ser produzida pela parte que disponha de melhores condições materiais e técnicas e não apenas por quem detém o ônus probatório convencional das lides (SCHIAVI, 2023, p. 64).

Com efeito, o autor aduz que o referido princípio deve ser analisado de forma conjunta com os demais princípios ora analisados, além dos princípios constitucionais do acesso à justiça e da igualdade, uma vez que preconiza que o dever de provar os fatos alegados deverá incumbir à parte que esteja em posição mais favorável e facilitada para apresentar determinados tipos de provas que podem influenciar na decisão do julgador ao contradizer o argumento da outra parte (SCHIAVI, 2023, p. 64).

Além disso, em sua visão (SCHIAVI, 2023, p. 65),

o presente princípio se amolda perfeitamente ao processo do trabalho, considerando-se a hipossuficiência e a dificuldade probatória de produção de determinadas provas pelo trabalhador, e as melhores condições de produção de determinadas provas pelo empregador, como nas hipóteses da prova do salário (art. 464 da CLT), da jornada (art. 74, §2º, da CLT), etc.

Do mesmo modo, Carnelutti (*apud* SILVA, 2003, p. 17) endossa pela necessidade de averiguar o contexto ao qual a relação jurídica está inserida para:

atribuir a prova à parte que esteja mais provavelmente em situação de dá-la, e assim com base numa regra de experiência, a qual estabelece qual das duas partes esteja em condições melhores para fornecer a prova do fato.

Isto posto, resta evidente que as disposições doutrinárias acima citadas corroboram com o cabimento das provas digitais com geolocalização para comprovar as questões atinentes à jornada de trabalho, uma vez que o *onus probandi* incumbe, em regra, ao empregador por ter a obrigação de produzir este tipo de prova, salvo nas hipóteses em que a própria CLT o dispensa de realizar o controle da jornada (artigos 62, I e 74, §2º).

Contudo, pelo comando deste princípio, considerando que as provas convencionais apresentadas pelos empregadores possuem presunção *juris tantum* de veracidade, este princípio pode vir a viabilizar a produção das provas digitais com geolocalização pelos empregados, tendo em vista que o empregado passa a ter

melhor aptidão na obtenção dos dados registrados em seu dispositivo e pode embasar suas alegações nos pleitos referentes à jornada de trabalho de maneira robusta e mediante o emprego de recurso idôneo e confiável.

3 O ÔNUS DE DISTRIBUIÇÃO DA PROVA E A POSSIBILIDADE DE COMPROVAÇÃO DO CONTROLE DE JORNADA MEDIANTE O USO DE PROVAS DIGITAIS COM GEOLOCALIZAÇÃO

3.1 O ônus da prova no processo do trabalho e sua carga dinâmica na atribuição do encargo probatório

Tecidas as considerações teóricas acerca da aplicação das provas digitais com geolocalização para a realização do controle da jornada de trabalho, convém destacar os preceitos legais, doutrinários e jurisprudenciais relativos ao ônus da prova neste âmbito, considerando as hipóteses de sua atribuição para concernente às provas digitais para cada elo da relação laboral.

Inicialmente, cabe mencionar que este instituto processual é decorrente da incidência do princípio da aptidão para a prova, e pode ser conceituado como sendo a incumbência das partes de provarem os fatos jurídicos alegados que suscitaram a demanda proposta, assim como aqueles ocorridos no decorrer da tramitação processual (LEITE, 2004, p. 366).

Didier (2013 *apud* JESUS, 2013, p. 24), no mesmo sentido, indica que corresponde ao “encargo que se atribui a um sujeito para que demonstre determinadas alegações de fato”.

Ou seja, para que as alegações de fato proferidas por alguma das partes seja legítima quando a causa for apreciada pelo julgador, faz-se necessário que estejam essas respaldadas e devidamente comprovadas pelos meios lícitos pertinentes ao caso concreto, que ilustrem de forma fidedigna a ocorrência relatada, sendo necessário, para tanto, a previsão da incumbência probatória em que cada parte deverá se responsabilizar.

Ademais, vale endossar a apresentação de subclassificações em relação ao ônus da prova, as quais se tratam de perspectivas distintas acerca da atribuição da incumbência de comprovar os fatos arguidos em suas oportunidades de manifestações.

Deste modo, há definições doutrinárias que classificam o ônus da prova com um caráter subjetivo, sendo assim atribuído às partes mediante as disposições processuais a respeito da distribuição dos encargos probatórios, ou seja,

direcionando a quem incumbe o ônus da prova no caso concreto¹, como também pode ter seu caráter objetivo ao nortear a atividade do julgador na hipótese de insuficiência de provas pertinentes para a análise e julgamento do caso concreto, reconhecendo que a parte que detinha a incumbência de provar determinado fato alegado poderá ser prejudicada no resultado do processo, uma vez que se trata de mecanismo com finalidade de estabelecer regramentos procedimentais² (NEVES, 2018, p. 734-735)

Além disso, o ônus da prova está previsto na CLT, no disposto no art. 818, cuja distribuição pode ser classificada como “estática”, pelas disposições dos incisos I e II, em que se apresenta de maneira permanente e padronizada, e “dinâmica”, pelo previsto nos parágrafos 1º, 2º e 3º do dispositivo legal, em que seria possível a inversão desta incumbência processual para a parte que seria considerada capaz de dispor de menores condições para obter as provas necessárias para fundamentar as suas alegações fáticas, conforme segue colacionado:

Art. 818. O ônus da prova incumbe:

I - ao reclamante, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao reclamado, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do reclamante.

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos deste artigo ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juízo atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A decisão referida no § 1º deste artigo deverá ser proferida antes da abertura da instrução e, a requerimento da parte, implicará o adiamento da audiência e possibilitará provar os fatos por qualquer meio em direito admitido.

§ 3º A decisão referida no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

Neste diapasão, Pinto (2022, p. 76) aponta para as evoluções no texto legal para a atribuição do ônus da prova, em que o julgador passa a ter um critério mais subjetivo ante ao caso concreto, de forma que poderá atribuir o encargo probatório de maneira distinta, com maior dinamicidade:

¹ Com base na diferenciação destas técnicas de atribuição do ônus da prova propostas por Daniel Amorim Assumpção Neves, ilustra-se o ônus da prova subjetivo como “quem deve provar o que” (NEVES, 2018, p. 734-735), inferindo-se, nesse caso, que consiste em técnica adotada de forma prévia à decisão judicial, onde as partes devem estar conscientizadas da importância de sua atuação na fase instrutória, para buscar o melhor convencimento do julgador pelos meios que serão apresentados para fundamentar as alegações postuladas.

² Logo, depreende-se que o ônus da prova objetivo corresponde à técnica processual utilizada pelo julgador no momento do julgamento do mérito, valendo-se de parâmetros presentes no teor do texto legal que estabelecem as regras necessárias para a aplicação das regras de distribuição do ônus da prova com base no curso da instrução do procedimento.

A CLT incorporou o art. 373 do CPC/15 com poucas distinções em sua redação, inclusive nos parágrafos que dispõem da possibilidade de atribuição do ônus probatório de modo diverso caso o Juiz perceba a excessiva dificuldade em cumprir o encargo, o que entendemos como uma possibilidade de inversão do ônus da prova nas situações em que não há previsão expressa de inversão nas Súmulas.

Inclusive, esta reflexão é corroborada pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho (Enamat), que expôs este entendimento em cartilha elaborada sobre a “Produção e Análise de Provas Digitais no Processo do Trabalho”, nos seguintes dizeres:

A distribuição dinâmica desse encargo foi expressamente admitida no direito processual contemporâneo baseada na teoria da maior aptidão para a prova, podendo o ônus probatório ser atribuído à parte que, por dever de cooperação, possuir melhores condições de trazer para o processo elementos relevantes e adequados para demonstrar a verdade dos fatos e viabilizar um julgamento mais justo (art. 818, § 1º, da CLT e art. 373, § 1º, do CPC), excetuando-se as hipóteses em que a desincumbência seja impossível ou excessivamente difícil (art. 373, § 2º, do CPC).

Assim, verifica-se que em situações controversas, em que alguma das partes dificilmente teria êxito em produzir ou ter acesso a provas robustas, constitutivas de seu direito, que poderiam ser melhor inseridas no processo pela outra parte, o julgador poderá alterar o encargo probatório para fins de realizar uma melhor instrução processual para que a decisão proferida seja mais justa e condizente à realidade dos fatos.

Neste sentido, enfatiza Jesus (2013, p. 27):

Todavia, em determinadas situações, é possível que o juízo determine por bem a transferência do encargo da produção das provas à outra parte, fenômeno esse chamado de inversão do ônus da prova, com a finalidade de promover a isonomia das posições jurídico-processuais das partes. Ressalte-se que, embora incomum, essa inversão também pode ser convencionalizada pelas partes.

Vale dizer que a inversão do ônus da prova trata de uma prerrogativa processual inserida com o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990), cujo escopo buscava tutelar as relações entre fornecedores e consumidores, estes últimos sendo considerados como os elos hipossuficientes da relação, cujas disposições podem ser aplicadas de forma subsidiária em outras áreas do Direito, nelas incluída a trabalhista. O artigo 6º deste diploma estabelece o seguinte:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for

verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

Este dispositivo da legislação consumerista, inclusive, inspirou o legislador na elaboração do artigo 373 do Código de Processo Civil e, posteriormente, na redação do texto do supracitado artigo 818 da CLT, proporcionando a implementação do ideário de uma teoria dinâmica do ônus da prova.

Jesus (2013, p. 28) complementa o entendimento da matéria com a sua interpretação do presente dispositivo ao enfatizar com as seguintes constatações:

Conforme o citado dispositivo supra, são requisitos para a inversão do ônus de prova no processo do trabalho:

- a) **Faculdade do juiz:** que pode determinar a inversão de ofício;
- b) **Hipossuficiência do reclamante:** não necessariamente de natureza econômica, mas consistindo na dificuldade excessiva de ter acesso à fonte das provas e, então, produzi-las;
- c) **Verossimilhança das alegações:** sendo aquelas em que têm “aparência de verdade”, orientando-se o juiz também pelas regras de experiência do que ordinariamente acontece, nos termos do artigo 335 do Código de Processo Civil.

Ou seja, verifica-se que o legislador estabeleceu a possibilidade de alterar a parte com os encargos probatórios no processo quando suas alegações forem fidedignas, visto que há a possibilidade de que a parte considerada mais forte no processo tenha melhores condições de provar os fatos ocorridos por meio dos mecanismos e recursos necessários previstos em lei, os quais ela naturalmente deveria produzir no curso de suas atividades, como na forma presente no art. 74 da CLT e seus parágrafos, ao estabelecer que o horário de jornada do trabalhador deve ser registrado por meios eletrônicos, manuais ou mecânicos.

Isto ocorre em razão da maior probabilidade do empregador produzir provas documentais pelas determinações que a legislação trabalhista lhe atribui, ao passo que o empregado dificilmente seria capaz de produzir provas documentais contraditórias àquelas apresentadas pelo empregador, limitando-se, em muitos casos, pela apresentação de provas testemunhais para corroborar com os argumentos tratados na demanda.

Contudo, conforme será visto adiante, a pacificação da implementação de provas digitais com geolocalização nesta seara viabiliza o escopo de uma dinamicidade na atribuição do *onus probandi* nas hipóteses de controle da jornada de trabalho, em que pese a maior facilidade do trabalhador produzir provas nesta seara por meio dos seus equipamentos pessoais que podem ser utilizados para o monitoramento deste tipo de dado, como também em virtude da possibilidade do

empregador obter uma prova mais concreta, pelos mecanismos formais que dispõe, em detrimento da força cogente das provas testemunhais produzidas no curso do procedimento para este tipo de situação, as quais, por seu turno, podem ser elididas por produção de provas testemunhais apresentadas pelo empregador, consistindo, assim, em prova dividida.

3.2 O ônus da prova do empregado por meio digital com geolocalização para comprovar as alegações referentes às controvérsias relativas à jornada de trabalho

Conforme analisado no tópico anterior, a CLT estabelece que o ônus da prova incumbe ao reclamante, quanto aos fatos constitutivos de seus direitos, e ao reclamado, em relação aos fatos extintivos, modificativos e impeditivos do direito pleiteado pelo reclamante.

Neste íterim, é cediço que as provas relativas aos pleitos dos obreiros, na maioria das vezes, tornam-se inalcançáveis e cuja produção resta obstada, de modo que resta ao empregado recorrer à prova testemunhal ao invés das provas documentais (RAMOS, 2010, p. 32), as quais acabam sendo valorizadas no processo do trabalho ante a dificuldade do trabalhador produzir outras provas.

Calcini e Moraes (2022) compartilham desta mesma linha de raciocínio enfatizarem que “um dos pontos questionáveis é se tal prova digital poderia substituir e dispensar a produção da prova oral, a qual é tradicionalmente utilizada na Justiça do Trabalho”.

No entanto, embora as normas principiológicas resultem em conceder maior tutela ao trabalhador na relação processual, as provas testemunhais - em que pese a sua soberania em detrimento das provas documentais - são frequentemente utilizadas para contradizer estas, ante a possibilidade de ocorrências de manipulações, sobretudo naquelas implementadas por recursos manuais, a exemplo de fichas de controle de ponto, como destaca Leite (2022), o que corroborou com a elaboração da Súmula nº 338, III, do Colendo TST, a qual veda a anotação uniforme dos horários de entrada e saída dos empregados.

Além disso, vale ressaltar que as provas testemunhais podem ser elididas e possuem maior fragilidade no tocante à presunção de veracidade, uma vez que podem ser contrariadas mediante a ocorrência de prova dividida, na hipótese do empregador arrolar testemunhas que prestem depoimentos conflitantes às

alegações das testemunhas do reclamante capazes de persuadir o pensamento do julgador de maneira mais elucidativa, como também na hipótese de eventual impossibilidade de produção de prova testemunhal pelo trabalhador, uma vez que estes depoentes podem ter receio de perder seus respectivos empregos e serem prejudicados (RAMOS, 2010, p. 32).

Assim, vislumbra-se a ocorrência de uma diversidade de situações em que residem dificuldades quanto à produção de provas pelo empregado, como a que se refere ao controle de jornada em estabelecimentos com menos de 20 (vinte) empregados, uma vez que a CLT exime o empregador do dever legal de proceder com os registros dessas jornadas no parágrafo 2º do artigo 74, o que poderia encarregar o empregado do ônus da prova neste tipo de situação (JESUS, 2013, p. 31-35).

Afinal, se a legislação desobriga o empregador de proceder com o efetivo registro da jornada de trabalho dos empregados nestes estabelecimentos de menor porte, em caso de eventual alegação de violações às normas atinentes à jornada de trabalho, para dissociar-se da utilização de provas testemunhais no presente contexto, o reclamante pode valer-se da utilização de provas digitais com geolocalização por dispositivos pessoais capazes de comprovar a efetiva jornada prestada, com a apresentação do monitoramento de sua localização e do lapso temporal em que esteve presente no local de trabalho.

Outra hipótese em que se evidencia uma veemente dificuldade do empregado se desincumbir do *onus probandi* no âmbito da jornada de trabalho está relacionada à realização de trabalho externo incompatível com a fixação de horário de trabalho, nos termos previstos no art. 62, inciso I, da CLT:

Art. 62 - Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo:
I - os empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho, devendo tal condição ser anotada na Carteira de Trabalho e Previdência Social e no registro de empregados;

Nestes casos, há uma presunção relativa de que estes empregados não estão sujeitos ao controle de jornada, uma vez que, em tese, realizam atividades externas que impossibilitam a efetividade de um controle da jornada de trabalho e das atividades desempenhadas.

Contudo, esta modalidade de trabalho, por si só, não culmina na impossibilidade de haver registro da duração das atividades, havendo, assim, uma

presunção relativa de incompatibilidade com este controle, como leciona Maurício Godinho Delgado (2019, p. 1.066-1.067):

Mas atenção: cria aqui a CLT apenas uma presunção — a de que tais empregados não estão submetidos, no cotidiano laboral, a fiscalização e controle de horário, não se sujeitando, pois, à regência das regras sobre jornada de trabalho. Repita-se: presunção jurídica ... e não discriminação legal. Desse modo, havendo prova firme (sob ônus do empregado) de que ocorria efetiva fiscalização e controle sobre o cotidiano da prestação laboral, fixando fronteiras claras à jornada laborada, afasta-se a presunção legal instituída, incidindo o conjunto das regras clássicas concernentes à duração do trabalho.

(...)

A maneira como desempenham suas funções contratuais, efetivamente longe das vistas do empregador e de suas chefias, com singular liberdade de tempo, de horário de prestação de serviços, sem frequência significativa aos estabelecimentos físicos da empresa e laborando no plano geográfico realmente externo, tudo conduz à regra celetista de considerar tais profissionais insuscetíveis de controle real e minucioso de seu cotidiano contratual. Por essa razão de caráter fático, razão essencialmente objetiva, é que não se enquadram no requisito imprescindível para a fixação e mensuração da jornada — o controle dos efetivos horários de trabalho pelo empregador.

(...)

Do ponto de vista prático, é possível ao trabalhador suplantar a presunção jurídica — meramente relativa, como se sabe —, por meio de provas que demonstrem a existência de mecanismos constantes, minuciosos e eficazes de controle e mensuração da jornada de trabalho. É o que ocorria, por exemplo, com motoristas carreteiros, desde que cumprindo roteiros repetidos e uniformes, com distintos controles de movimentação do veículo e de suas paradas, com real possibilidade de estimativa de seu horário médio diário ou semanal de trabalho. Evidenciada a existência de controles efetivos da jornada de trabalho, esvai-se a presunção de que se tratava de prestação laborativa enquadrada no tipo jurídico excessivo do art. 62, I, da CLT.

Neste cenário, depreende-se da lição do doutrinador que, apesar da CLT estabelecer que o empregado que exerce função incompatível com o controle direto da jornada pelo empregador não ser contemplado pelo regime de jornada de trabalho estabelecido e previsto na legislação, havendo prova em sentido contrário, fundamentando as alegações fáticas postuladas pelo empregado, não há dúvidas de que poderiam ser plenamente aplicáveis ao caso concreto.

Inclusive, Delgado (2019, p. 1.068-1.069) complementa a citada passagem em seu manual trazendo exemplos de evoluções normativas no tocante ao controle de jornada do empregado externo, como no caso do trabalho dos motoristas profissionais, os quais, inicialmente, não estavam submetidos ao controle de jornada, inclusive havendo Orientação Jurisprudencial do TST neste sentido (OJ

332, SDI-I do TST) que não considerava o tacógrafo³ como recurso probatório suficiente para viabilizar o controle de jornada.

Entretanto, com a promulgação da “Lei dos Motoristas Profissionais” (Lei nº 13.103/2015), a qual passou a prever a obrigatoriedade do controle da jornada pelos recursos expressamente previstos na lei específica:

Art. 2º São direitos dos motoristas profissionais de que trata esta Lei, sem prejuízo de outros previstos em leis específicas:

(...)

V - se empregados:

(...)

b) ter jornada de trabalho controlada e registrada de maneira fidedigna mediante anotação em diário de bordo, papeleta ou ficha de trabalho externo, ou sistema e meios eletrônicos instalados nos veículos, a critério do empregador; e

(...)

Ou seja, nota-se que a legislação passou a disciplinar o controle de jornada para atividades que antes eram tidas como incompatíveis, diante da ausência de fiscalização do empregador, mas que podem vir a ter esse controle viabilizado com a inserção de meios tecnológicos fidedignos que possam tornar as disposições presentes no art. 62, I, da CLT obsoletas para readequarem a situação dos trabalhadores externos nos termos do art. 74, §3º, da CLT, cuja redação prevê a possibilidade de controle de jornada pelos meios ordinários e tradicionalmente presentes na praxis das relações trabalhistas, uma vez que a realização de atividades externas não pode ser condição impeditiva para a realização do controle da jornada de trabalho destes empregados.

Delgado (2019, p. 1.065) também preconiza que

(...) a prática justralhista tem demonstrado que a simples circunstância de ser o trabalho realizado externamente não elimina, em extensão absoluta, a viabilidade de certo controle e fiscalização sobre a efetiva prestação laboral. Existindo tal controle e fiscalização, torna-se viável mensurar-se a jornada

³ O tacógrafo corresponde ao dispositivo que registra a velocidade e distância percorridas por um veículo diante do tempo decorrido, comumente atinente à atividade dos motoristas de caminhão, cuja atividade laboral, por natureza, é externa e, em determinado contexto era considerada incompatível com o controle de jornada (CHROMATIX, 2021). No entanto, com a evolução de tecnologias de monitoramento de dados de geolocalização em tempo real, mediante registros precisos dos percursos realizados e da aferição da duração da jornada de trabalho em determinada data, tornando ineficaz o comando presente no art. 62, I, da CLT, inclusive com base na previsão contida na Lei dos Motoristas profissionais, a Lei nº 13.103/2015, que passou a prever uma série de recursos de aplicação obrigatória pelo empregador para o registro da jornada de trabalho (DELGADO, 2019).

trabalhada, passando a ser possível, dessa maneira, falar-se em horas extras.

Ademais, não se pode olvidar, também, que o TST editou o Informativo nº 184 em 2018, no qual expressou o entendimento de que seria ônus do empregado a comprovação da supressão ou a redução de intervalos intrajornada quando submetido à realização de trabalho externo, ainda que possibilitado o controle dos horários de início e término de sua jornada.

Neste ínterim, resta evidente que o fato do empregado realizar as suas atividades fora do estabelecimento ao qual está vinculado não irá obstar o controle da jornada de trabalho realizada por este obreiro, assim como no caso da realização das atividades laborais em estabelecimentos que disponham de menos de 20 (vinte) empregados, ou, ainda, mediante a apresentação de provas documentais dotadas de presunção *juris tantum* pelo empregador.

Destarte, caberia ao trabalhador a incumbência de produzir provas em *contrario sensu* para corroborar com os fatos constitutivos do direito pleiteado por intermédio dos recursos probatórios idôneos legalmente previstos ou, por conta própria, mediante o uso de recursos de geolocalização presentes em seus dispositivos de uso pessoal, como no caso de aparelhos celulares, *tablets*, computadores, *palmtops* e qualquer outro recurso que possua sistema de mapeamento e rastreamento de geolocalização em tempo real, onde o empregado possa demonstrar os roteiros utilizados para a realização de suas atividades, os locais em que as desempenhou, bem como a marcação temporal do tempo empreendido.

Nestas situações, valendo-se da máxima da dinamicidade do ônus da prova, depreende-se que haveria a possibilidade natural de atribuição deste encargo ao reclamante, visto que estaria dotado de melhores condições para a produção de prova *in casu*, sendo plenamente admitida a possibilidade de apresentação de prova digital com geolocalização oriunda de tecnologias dos seus dispositivos como forma de desincumbir-se desse encargo.

3.3 A atribuição do ônus da prova para o empregador por meio digital com geolocalização para o controle da jornada

Com efeito, insta salientar que a CLT atribui, a título de regra geral, o ônus da prova ao empregador para a comprovação das alegações fáticas acerca de controvérsias relativas à jornada de trabalho por força do comando previsto no art. 74 do presente dispositivo legal, como também pela previsão na Súmula nº 338 do Tribunal Superior do Trabalho, *in verbis*:

JORNADA DE TRABALHO. REGISTRO. ÔNUS DA PROVA.

I - É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2º, da CLT. A não-apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário. (ex-Súmula nº 338 - alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003)

II - A presunção de veracidade da jornada de trabalho, ainda que prevista em instrumento normativo, pode ser elidida por prova em contrário. (ex-OJ nº 234 da SBDI-1 - inserida em 20.06.2001)

III - Os cartões de ponto que demonstram horários de entrada e saída uniformes são inválidos como meio de prova, invertendo-se o ônus da prova, relativo às horas extras, que passa a ser do empregador, prevalecendo a jornada da inicial se dele não se desincumbir. (ex-OJ nº 306 da SBDI-1- DJ 11.08.2003)

Observa-se que a redação do comando interpretativo do TST acima citado está ultrapassada e deve ser interpretada em conjunto com as alterações ao artigo 74 trazidas pela Lei nº 13.874/2019, a qual flexibilizou a obrigatoriedade do controle de jornada, atribuindo aos empregadores este dever legal quando houver mais de 20 (vinte) empregados no estabelecimento.

Art. 74. O horário de trabalho será anotado em registro de empregados.

§ 1º (Revogado).

§ 2º Para os estabelecimentos com mais de 20 (vinte) trabalhadores será obrigatória a anotação da hora de entrada e de saída, em registro manual, mecânico ou eletrônico, conforme instruções expedidas pela Secretaria Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia, permitida a pré-assinalação do período de repouso.

§ 3º Se o trabalho for executado fora do estabelecimento, o horário dos empregados constará do registro manual, mecânico ou eletrônico em seu poder, sem prejuízo do que dispõe o caput deste artigo.

§ 4º Fica permitida a utilização de registro de ponto por exceção à jornada regular de trabalho, mediante acordo individual escrito, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho.

Destarte, verifica-se que a própria legislação e o entendimento sumulado do Tribunal Superior do Trabalho endossam a tese de que cabe ao empregador o ônus da prova em matéria de controle de jornada para que sejam apresentadas provas válidas, sem a presença de vícios em seu teor, e, ainda, estando esta prova apresentada pelo empregador dotada de presunção relativa de veracidade, de modo que pode ser suprimida por provas em sentido contrário que possam trazer um maior caráter de veracidade (RAMOS, 2010, p. 32).

Isto posto, na hipótese de ausência de provas cabais necessárias para o empregador refutar os argumentos trazidos na exordial pelo reclamante, as alegações postuladas nesta peça seriam admitidas pelo julgador e reputadas verdadeiras, visto que o reclamado não conseguiu apresentar prova suficiente para contrapor os fatos e argumentos presentes na petição inicial, incidindo-se, assim, a técnica da atribuição objetiva do ônus da prova para valorar o grau de convencimento do julgador mediante a hipótese do empregado desincumbir-se deste encargo.

Assim, tomando por base o que dispõe o §2º do art. 74 da CLT, nos estabelecimentos que possuam mais de 20 (vinte) empregados, o empregador tem o dever de registrar a jornada de trabalho daqueles por meios manuais, mecânicos ou eletrônicos como forma de cumprir com o encargo probatório atribuído para demonstrar o fato modificativo, extintivo ou impeditivo do direito pleiteado pelo reclamante, ainda que não sejam provas tidas como irrefutáveis.

Outrossim, ainda que a legislação não obrigue o empregador a registrar a jornada de trabalho em estabelecimentos que possuam menos de 20 (vinte) empregados, ressalta-se que o entendimento do ônus probatório do empregador em face dos empregados desses estabelecimentos de menor porte deve remanescer, sob o risco das alegações proferidas pelos empregados serem consideradas verdadeiras, condenando os empregadores ao pagamento das verbas devidas em razão da jornada de trabalho irregular (DELGADO, 2019, p. 1.063-1.065).

Neste sentido, Jesus (2013, p. 35) alerta que muitos empregadores não deixam de registrar a jornada dos seus empregados como forma de garantirem a prova em sentido contrário, na eventual hipótese de serem reclamados em ações trabalhistas:

A larga maioria dos empregadores, com vistas à maior segurança frente a eventuais reclamações trabalhistas, decide fazer o controle da jornada, a fim de constituírem contraprova do pleito de horas extraordinárias; ainda que eventuais irregularidades quanto à duração do trabalho alegados na exordial ser um fato constitutivo do direito do trabalhador-autor, ou seja, de ônus do obreiro.

Acentua-se, ainda, o risco das alegações do empregado prevalecerem mediante a produção de provas testemunhais, por força dos princípios da oralidade, da isonomia processual e da busca da verdade real que incidem sobre o processo do trabalho e, conseqüentemente, nas provas produzidas neste procedimento, haja vista que, como mencionado anteriormente, de modo geral, torna-se dificultosa ao

empregado a obtenção de provas das violações dos direitos em uma relação trabalhista, o que atrai uma carga de relevância às provas testemunhais.

Em razão disso, busca-se a viabilidade da implementação de provas digitais com geolocalização como forma dos empregadores realizarem o controle da jornada laboral dos seus empregados, as quais podem ser aplicadas como meios mais realistas em relação aos fatos ocorridos na relação trabalhista, conforme tratado ao longo do presente trabalho.

Inclusive, Calvet (2021) enfatiza para a prevalência desta espécie de prova em detrimento da prova testemunhal em razão da credibilidade e confiabilidade que seus dados conferem:

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.

Deste modo, depreende-se que as provas produzidas por recursos digitais tendem a trazer um melhor entendimento da situação exposta e maior respaldo às alegações das partes, podendo superar a força imperativa das provas testemunhais no Processo do Trabalho, as quais, diferentemente do atual entendimento predominante no ordenamento jurídico, passariam utilizadas de maneira subsidiária - nas hipóteses em que não haja possibilidade dos argumentos serem comprovados por meio diverso - para que prevaleçam os fundamentos endossados em provas digitais.

Assim, seria possível e viável a implementação de provas digitais com geolocalização para o controle de jornada por iniciativa e encargo atribuído ao empregador, haja vista a possibilidade de contemplar a previsão para o cabimento desta espécie de evidência no contrato de trabalho com o obreiro ou mediante a implementação nos instrumentos de trabalho disponibilizados aos empregados, a exemplo daqueles citados no tópico anterior.

Inclusive, este encargo probatório também pode ser atribuído ao empregador, tomando por base a incidência da teoria da distribuição dinâmica, na hipótese de

sua melhor posição para demonstrar o controle de jornada do trabalhador externo quando dispõe de instrumentos capazes de realizar o monitoramento dos dados de geolocalização.

Este entendimento encontra-se respaldado na jurisprudência do TST, na forma que se verifica abaixo:

À luz da disciplina do inciso I, do artigo 62, da CLT, para que o empregado seja excluído do controle de horário, sem o direito ao pagamento das horas extras, é imprescindível que efetivamente desempenhe atividades incompatíveis com o controle de jornada. Destarte, a aplicação do disposto no inciso I do artigo 62 depende da comprovação da real incompatibilidade entre a natureza da atividade exercida pelo empregado e a fixação de seu horário de trabalho.

In casu, analisando detidamente a prova produzida nos autos, verifico que as funções exercidas pelo Reclamante não se enquadram na hipótese prevista no inciso I, do art. 62, da CLT, vez que restou comprovado nos autos que o roteiro de trabalho do Autor era traçado pela empresa Demandada e deveria ser rigorosamente seguido pelo vendedor, bem como que sempre havia reunião às 07:00h da manhã, antes do início das visitas dos clientes. E, ainda, que havia fiscalização e acompanhamento das atividades dos vendedores por meio de palmtop, contendo GPS, em tempo real.

(...)

Assim, tais elementos são suficientes a demonstrar a possibilidade de controle de jornada. Em face do exposto, afastado o pretendido enquadramento no artigo 62, I, da CLT.

Diante disso, considerando a jornada alegada na inicial e a informada pelas testemunhas ouvidas na prova emprestada vinda aos autos, reconheço que o Autor cumpria a seguinte jornada: de segunda a sexta, das 07:00h às 18:00h, com 30 (trinta) hora de intervalo intrajornada, e, aos sábados, das 07:00 às 13:00h. E, ainda, que laborava nos feriados municipais indicados na exordial.

Diante da jornada ora reconhecida, verifico que o Autor laborava habitualmente em sobrejornada.

(...)

Como se observa, a partir da análise das declarações acima transcritas, entendo que os fatos impeditivos do direito do autor quanto à impossibilidade de controle não foram comprovados de forma satisfatória. A própria testemunha da empresa informou que o roteiro de vendas entregue diariamente deveria ser seguido de forma rigorosa, que todas as vendas se davam necessariamente por meio do palmtop e que iam para a empresa em tempo real, além de haver reunião diária entre às 7h e 7h30min pelo celular com o supervisor.

Em verdade, em que pese o serviço ser executado externamente, havia a efetiva possibilidade de controle da jornada do empregado e não fazê-lo foi uma opção da reclamada.

Diante dessa premissa e ausente impugnação recursal relativa ao horário de trabalho fixado pelo Magistrado sentenciante, nego provimento ao recursal patronal quanto à condenação em horas extras.

(TST - AIRR - 614-59.2017.5.06.0020, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 21/03/2022, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 28/03/2022)

Logo, é imperioso destacar a possibilidade do julgador utilizar das técnicas processuais de distribuição dinâmica do ônus da prova, podendo atribuir encargos específicos, diversos das hipóteses em que o ordenamento jurídico atribui a distribuição estática do *onus probandi*, para atender o escopo de produção de determinada prova em espécie a depender do resultado do andamento processual, das quais, poderá o empregador atender a esta necessidade de se provar os fatos alegados mediante a juntada de prova digital com geolocalização.

Todavia, vale salientar que os meios de obtenção desta espécie de prova para o controle de jornada do trabalhador devem estar adstritos aos limites presentes no ordenamento jurídico, uma vez que eventual incidência desregrada e abusiva pelo empregador pode violar direitos de ordem fundamental dos trabalhadores, que transcendem o âmbito laboral.

4 OS LIMITES PARA A APLICABILIDADE DAS PROVAS DIGITAIS COM GEOLOCALIZAÇÃO NO PROCESSO DO TRABALHO

4.1 Os impactos da prova digital com geolocalização diante da eficácia dos direitos fundamentais à intimidade e vida privada

Diante de todo o exposto no presente trabalho, resta evidente que as provas digitais com geolocalização podem ser recursos probatórios implementados de forma pacificada, alternativos aos meios convencionais de registro de jornada, que podem servir de maneira eficaz como recursos probatórios fidedignos e com vasta amplitude nas atividades laborais, como também no ônus de produção deste tipo de prova, uma vez que existem recursos próprios do empregador, vinculados à atividade do trabalhador, que podem subsidiar a implementação desta espécie de evidência, bem como o próprio empregado pode valer-se destes meios de prova para demonstrar as alegações fáticas postuladas no feito.

Contudo, partindo do pressuposto de que as provas digitais com geolocalização tendem a ser adotadas de forma massiva com a finalidade de auxiliar o controle da jornada de trabalho, em decorrência das evoluções tecnológicas presentes na sociedade contemporânea, faz-se mister ponderar a presença de liames normativos e principiológicos diante do cabimento deste tipo de prova, sobretudo no aspecto fiscalizador exercido pelo empregador.

Isto ocorre diante da necessidade de se impor limites ao controle do empregador sobre a fiscalização da jornada de trabalho do empregado pelos meios de monitoramento de dados de geolocalização, mediante o risco de controle desenfreado pelo empregador que pode transgredir limites obstados pela tutela dos direitos e garantias fundamentais consignados como direitos humanos positivados no texto constitucional, como a vida privada e da intimidade, previstos no artigo 5º, inciso X, da CF (DUDA, 2023, p. 23); assim como a inviolabilidade do sigilo de dados telefônicos previstos no inciso XII do mesmo dispositivo.

Ato contínuo, esses direitos e garantias surgem em contextos históricos distintos, de forma que se busca estabelecer uma diferenciação entre eles por gerações. A primeira geração surge com o advento da revolução americana e da francesa com o ideário da garantia das liberdades do indivíduo, dentre as quais estão englobados os direitos à intimidade e vida privada, as quais, em suas

palavras, correspondem a “garantias sobre a própria pessoa”, de forma que compete ao indivíduo a prerrogativa de tornar públicas ou não as informações veladas por esses direitos (COELHO, 2023, p. 18-19).

Neste sentido, André de Carvalho Ramos enfatiza que uma das classificações atinentes aos direitos humanos corresponde ao direito de defesa, o qual se consubstancia em um conjunto de faculdades atribuídas ao indivíduo para defender o exercício dos seus direitos e garantias fundamentais perante intervenções do Poder Público ou de outro particular. Com relação a estes últimos, o doutrinador ainda atribui a possibilidade de incidência desta função tutelar diante da posição dos particulares entre si, uma vez que existem relações jurídicas assimétricas entre as partes que culminam na posição de vulnerabilidade de um sujeito em detrimento de outrem, o que decorre na consolidação do conceito da eficácia diagonal dos direitos humanos (RAMOS, 2018, p. 63-64).

Destarte, vislumbra-se a aplicação destes preceitos nas relações trabalhistas, uma vez que notadamente as partes estão em níveis de desigualdade, visto que existe o exercício de um poder hierárquico sobre o trabalhador, assim como incumbe ao empregador o cumprimento de alguns encargos atinentes à observância das normas de ordem pública juslaboral, a exemplo das disposições concernentes à jornada de trabalho e os meios legais utilizados para o seu registro.

Desta forma, ao valer-se da utilização de provas digitais com geolocalização para o controle da jornada de trabalho, o empregador deve se atentar aos limites impostos pela incidência da eficácia diagonal dos direitos fundamentais à privacidade e à intimidade do obreiro, uma vez que o monitoramento destes dados deve ser restrito ao horário de trabalho para não invadir a seara protetiva destes direitos.

Ramos (2018, p. 63-64) complementa a lição sobre a prevalência destas prerrogativas individuais ao estabelecer o dever protetivo dessas ao Estado, o qual deverá intervir nas violações flagradas para cessá-las, inclusive mediante o poder jurisdicional que lhe incumbe, visando efetivar a prevalência da vontade do particular em seu foro íntimo.

Ou seja, trata-se de uma questão de hierarquia no exercício de direitos, onde a intimidade, a privacidade do trabalhador e o sigilo de dados telemáticos irradiam sobre as relações interpessoais, onde além do dever tutelar conferido ao Estado, o empregador deve buscar promover as suas atividades regularmente em

consonância com a necessária observância aos direitos fundamentais alheios, de forma a não transgredi-los, posto que possuem cogência imperativa em sua aplicação. É como Ramos (2018, p. 339-340) indica:

(...) Os direitos humanos incidem não somente nas relações entre “Estado e indivíduo”(eficácia vertical dos direitos humanos), mas também nas relações entre particulares, o que obriga as empresas a respeitarem os direitos humanos na condução de suas atividades. Por sua vez, a dimensão objetiva consiste no reconhecimento de deveres de proteção aos direitos humanos reconhecidos. Assim, os direitos humanos possuem dupla dimensão, a saber: a dimensão subjetiva (reconhecimento de faculdades) e a dimensão objetiva (imposição de deveres de proteção). De acordo com a dimensão objetiva, o Estado deve agir para promover o respeito aos direitos humanos, não permitindo que seus agentes públicos ou mesmo particulares os violem. Essa dimensão objetiva é fruto implícito do próprio reconhecimento de determinado direito; (...).

(...) há regras específicas de direitos humanos que incidem sobre as empresas para que estas observem, na condução de suas atividades, determinados padrões de conduta tanto no seu aspecto interno (nas relações com seus trabalhadores, por exemplo) quanto externo (nas relações com a comunidade, como, por exemplo, no respeito às normas ambientais). Pela abordagem indireta, as normas de direitos humanos já existentes responsabilizam os Estados e exigem que estes, então, cobrem das empresas uma conduta pro homine.

Outrossim, em uma eventual hipótese de inexistência de limites a esta incumbência fiscalizadora do empregador, corre o risco do empregado se encontrar inserido dentro de um contexto panóptico, valendo-se das ideias proferidas por Foucault (1999) em seu célebre livro “Vigiar e Punir” ou por George Orwell em “1984” (2021), ao mencionar a vigilância em tempo integral pelo *Big Brother* (Grande Irmão), onde o trabalhador estaria inserido em um contexto laboral que não haveria o exercício pleno de sua privacidade, posto que poderia estar sendo observado inclusive fora do horário estabelecido para a sua jornada de trabalho.

Este, inclusive, foi o entendimento do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região no julgamento do Mandado de Segurança nº 0011155-59.2021.5.03.0000, ao proferir decisão nos autos da referida ação limitando o rastreamento dos dados de geolocalização para que não ultrapasse os limites legais da duração do trabalho, cuja ementa segue abaixo:

DADOS DE GEOLOCALIZAÇÃO. REQUISIÇÃO. OFENSA AO DIREITO AO SIGILO TELEMÁTICO E À PRIVACIDADE. Embora a prova digital da geolocalização possa ser admitida em determinados casos, ofende direito líquido e certo ao sigilo telemático e à privacidade, a decisão que determina a requisição de dados sobre horários, lugares, posições da impetrante, durante largo período de tempo, vinte e quatro horas por dia, com o objetivo de suprir prova da jornada a qual deveria ser trazida aos autos pela empresa. Inteligência dos incisos X e XII do art. 5º da CR.

É com base nesse contexto que a incidência desses recursos tecnológicos com rastreamento de dados de geolocalização deve ser delimitada pela necessária observância desses direitos fundamentais de caráter personalíssimo do trabalhador, os quais, em regra, não podem ser públicos, tampouco transgredidos pelo empregador.

Além disso, a transgressão dos limites da vida privada do trabalhador, mediante o monitoramento desses dados, corresponde a um ato praticado pelo empregador dotado de abusividade, visto que, para além do controle do horário de trabalho do seu empregado, poderá ter acesso a informações referentes aos “padrões de comportamento, hábitos, relações pessoais e vida privada”, o que submerge o poder hierárquico no âmbito desta referida relação jurídica (COELHO, 2023, p. 19).

Deste modo, embora o texto Constitucional confira a todos os direitos e garantias fundamentais ao acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CF), ao devido processo legal (art. 5º, LIV, CF), e à ampla defesa e o contraditório (art. 5º, LV, CF), depreende-se, por todo o exposto, que estes direitos não possuem caráter absoluto e soberano, de modo que conflitam com direitos e garantias fundamentais do empregado devendo-se sopesar o que melhor coaduna com os preceitos do ordenamento jurídico para que prevaleçam perante a controvérsia presente no caso concreto (COELHO, 2023, p. 21).

Logo, a produção probatória por recursos de geolocalização pode ser viabilizada em larga escala, podendo vir a ser adotada como um recurso probatório comum e não em caráter subsidiário, conforme prevalece o entendimento dos tribunais atualmente, desde que observem tais limitações acima destrinchadas para promover maior efetividade no cumprimento das normas fundamentais do ordenamento jurídico junto ao escopo processual e de tutela das relações trabalhistas com a adoção de sistemas de controle de jornada por dados de geolocalização, devendo tal controle estar restrito ao período efetivamente trabalhado, o que poderia ser benéfico para ambos os pólos desta relação jurídica, visto que pode haver a elucidação de controvérsias do controle de jornada nas mais diversas hipóteses, independente de qual for a parte incumbida do ônus da prova.

4.2 Dos novos contornos à proteção de dados pessoais constantes na legislação brasileira e a admissibilidade do controle da jornada laboral por dados de geolocalização

Conforme elucidado no tópico anterior, há de se ressaltar a necessidade de se ponderar se a prova digital com geolocalização implementada ao caso concreto é medida adequada e razoável que se encontra limitada pela necessidade de observância aos direitos fundamentais à privacidade, intimidade e ao sigilo de dados.

É como entende André de Carvalho Ramos (2018, p. 768-769):

Tendo em vista a consagração da relatividade das liberdades públicas, o Supremo Tribunal Federal, ao longo dos anos, sedimentou as hipóteses e formas pelas quais o sigilo de dados pode ser violado por terceiros legitimamente.

(...)

Os dados pessoais consistem em informações relativas à intimidade de um indivíduo, que este não revela ao público em geral, só autorizando determinadas pessoas a acessá-las.

(...)

Como o sigilo de dados pessoais ou ainda de dados constante de banco de dados reservados não é absoluto, é possível invocar o critério da proporcionalidade para afastar o direito à privacidade e privilegiar outro direito previsto na Constituição ou nos tratados de direitos humanos. Para tanto, cumpre demonstrar:

- a) a adequação da medida ao fim pretendido;
- b) sua necessidade (inexistência de meio menos invasivo que alcance o mesmo fim); e
- c) a importância da quebra para a preservação de outro direito fundamental.

(...)

Logo, depreende-se do entendimento do Pretório Excelso que, ainda que sejam direitos de ordem fundamental e constitucional, existem determinadas hipóteses devidamente justificadas em que se admite a mitigação da proteção revestida por esses dados pessoais, desde que atendam aos requisitos acima expostos.

Entretanto, as revoluções que eclodiram de maneira abrupta no universo tecnológico, as quais refletiram em impactos para a sociedade como um todo, culminaram na necessidade de positivação de alguns mecanismos legais no ordenamento jurídico brasileiro, tanto para proteger as relações presentes nestes meios, como também para proteger o usuário dos recursos digitais diante do amplo

acesso aos dados pessoais por terceiros propiciado pela massificação das redes sociais e aplicativos conectados à *internet*.

Isto posto, com o advento do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014), da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018) e da Emenda Constitucional nº 115/2022, os dados pessoais do indivíduo passaram a ser revestidos de maior proteção sob a ótica do ordenamento jurídico brasileiro, por se tratarem de informações sensíveis do indivíduo e que podem culminar em sua identificação, mesmo que se trate apenas de informações de dados de geolocalização (COMÉRIO; JUNQUILHO, 2022).

Contudo, em que pese a proteção dos dados pessoais tenha como uma de suas principais características a prevalência da privacidade do indivíduo, o seu diploma legal estabelece uma série de hipóteses em que se depreende pela possibilidade de incidência no âmbito probatório do controle da jornada laboral, ainda que adentre a seara intimista do empregado, de certa forma. Algumas dessas hipóteses estão presentes no artigo 7º LGPD:

Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses:

I - mediante o fornecimento de consentimento pelo titular;

II - para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;

(...)

V - quando necessário para a execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular dos dados;

VI - para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral, esse último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem);

(...)

Assim, observa-se que a legislação elenca algumas situações em que os dados pessoais podem ser liberados, das quais as acima mencionadas podem ser implementadas ao âmbito trabalhista, de modo que, para que o controle da jornada possa ser realizado por meios de registro de dados de geolocalização, faz-se necessária a anuência do trabalhador; caso contrário, trata-se de um meio probatório exclusivo do empregado, que poderá produzi-la paralelamente aos meios legais adotados pelo empregador como forma de comprovar os fatos constitutivos do seu direito, renunciando, para tal, do seu direito à privacidade (DUTRA, 2022).

Inclusive, é interessante observar o teor da ementa de uma decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região que deu provimento à arguição quanto

à necessidade de produção de prova digital por geolocalização sob o fundamento do disposto no inciso I do art. 7º acima colacionado:

NULIDADE DE SENTENÇA. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INDEFERIMENTO DE PROVA DIGITAL. A Lei nº 13.709/2018 - Lei Geral de Proteção de Dados - dispõe expressamente que o tratamento de dados pessoais poderá ser realizado mediante o fornecimento de consentimento pelo titular (inciso I do artigo 7º). No caso, quem requereu a produção da prova digital foi o próprio titular do direito à privacidade, o qual preferiu ter seus dados digitais relacionados à geolocalização utilizados como prova da sua jornada extraordinária do que mantê-los preservados. Diante desse contexto e sendo os dados de geolocalização a única prova hábil de que dispõe o reclamante para demonstrar que laborou na jornada de trabalho indicada na inicial, o indeferimento da produção de prova digital violou os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, incisos XXXV e LV, da CF). Preliminar de cerceamento de defesa acolhida.

(TRT-18 - RORSum-0010730-48.2022.5.18.0010, Relator Desembargador: Daniel Viana Júnior, Data de julgamento: 20/04/2023, 2ª Turma, Data de publicação: DEJT 27/04/2023)

No caso em comento, o juiz *a quo* indeferiu a possibilidade de produção deste meio probatório, ainda que a parte reclamante tenha alegado que se tratava do único recurso probatório que poderia ser adequadamente utilizado para fundamentar sua tese nos autos. Todavia, o juízo *ad quem* entendeu que configurava hipótese de cerceamento do direito de defesa da parte e aquiesceu com a produção da prova digital com dados de geolocalização com base no consentimento do titular dos dados.

Além disso, com base na redação do artigo 8º da LGPD suas disposições, aplicando-se esta lei na presente problemática, vislumbra-se que se faz necessária a livre manifestação de consentimento pelo titular dos dados pessoais por meios lícitos, incumbindo o ônus da prova quanto à concordância da concessão dos dados ao controlador, que, no caso da relação trabalhista, trata-se do empregador.

Ato contínuo, para além da possibilidade de controle da jornada de trabalho por recursos digitais com geolocalização, existe a possibilidade destes recursos serem invocados durante a instrução probatória de uma ação judicial, como disposto no artigo 7º, VI, da LGPD, como também nos artigos 22 e 23 do Marco Civil da Internet, em que deve prevalecer a privacidade e intimidade do titular dos dados, de modo que a prova suscitada deve estar adstrita à real necessidade, finalidade e à adequação da medida requisitada (DUTRA, 2022).

Comério e Junquilha (2022) também compactuam desta mesma visão:

A ampla proteção desses direitos no Brasil justifica e impõe necessários limites ao uso de provas digitais como a geocalização que identifiquem o

cidadão e que, por isso, devem alcançar somente os registros concernentes ao efetivo horário de trabalho e em dias úteis, utilizando-se como metodologia a amostragem, sob pena de violação ao sigilo telemático, à privacidade e à proteção de dados pessoais.

Neste cerne, cabe o que exige uma intervenção cautelosa pelo julgador, o qual deve restringir a produção probatória ao limite da jornada de trabalho para não haver acesso aos conteúdos da vida particular do litigante, como também poderá atribuir o sigilo dos autos processuais ou desta prova específica para que não ocorra qualquer violação à proteção dos seus dados pessoais (COELHO, 2023, p. 20-22).

No mais, observa-se que embora haja normativas que tutelam a proteção de dados de todos os cidadãos brasileiros, inclusive elevando este direito ao âmbito fundamental, tendo em vista a sua presença no rol do art. 5º da Constituição Federal, é possível que a sua eficácia seja mitigada em hipóteses que se faça imprescindível e mais adequada para a instrução probatória processual, como também mediante a concordância expressa do obreiro ao ceder o direito ao acesso aos seus dados de geolocalização, ressalvando a necessidade de que o controle da jornada por intermédio de dados de geolocalização seja empreendido exclusivamente nos limites da duração da jornada de trabalho regular deste empregado, sob o risco de transgredir os limites de sua privacidade, intimidade e do seu sigilo de dados.

5 CONCLUSÕES

Portanto, diante de toda a exposição até aqui trabalhada, nota-se que o ordenamento jurídico pátrio abre margem para a ampla produção probatória para resguardar os direitos atinentes a uma determinada relação jurídica inter partes, bem como mediante a incidência como medida processual que corrobora com as alegações proferidas pelas partes, desde que seja esta realizada por meios lícitos previstos pelo ordenamento jurídico.

Assim, conforme analisado, a depender do polo em que a parte esteja situada na lide, existem hipóteses em que a ela incumbirá o encargo de demonstrar o fato constitutivo do seu direito, caso seja demandante, ou para apresentar o fato extintivo, modificativo e impeditivo do direito de outrem, quando for a parte demandada.

Contudo, entende-se que a prova a ser apresentada pela parte deve estar em plena observância aos princípios gerais e constitucionais do Direito, como também àqueles referentes ao campo jurídico ao qual se busca aplicá-la.

No presente caso, trata-se da análise do cabimento da espécie de prova digital com geolocalização, no âmbito das relações trabalhistas, para fins de efetividade do controle de jornada. À princípio, vislumbra-se ser plenamente possível a incidência deste tipo de prova de maneira absoluta, diante do contexto de avanços tecnológicos fulminantes e robustos que impactam a todas as relações jurídicas existentes na sociedade, mediante a criação de mecanismos capazes de auxiliar as atividades realizadas pelo ser humano, como também para disciplinar as relações jurídicas entre essas estabelecidas.

Entretanto, esta espécie probatória demanda bastante cautela para que a sua aplicação ocorra de maneira maciça nas relações trabalhistas, sobretudo nesse contexto de uma relação jurídica deveras desequilibrada, onde se demonstra presente uma relação hierárquica e de subordinação perante o vínculo laboral entre os envolvidos.

Isto ocorre, sobretudo, pelo fato da necessidade da produção dessas evidências probatórias do controle da jornada laboral ser recorrida em caráter subsidiário, uma vez que a CLT elenca rol exemplificativo de recursos probatórios convencionais diversos a serem adotados pelo empregador para o registro do controle da jornada laboral, como registros manuais, mecânicos e eletrônicos.

Todavia, é cediço que pode ocorrer do empregado não possuir acesso às provas registradas nesse sentido, restando apenas a comprovação desse fato constitutivo aos direitos decorrentes das implicações relativas à jornada laboral por intermédio de provas testemunhais, as quais possuem enorme relevância para o Direito do Trabalho, mas que podem ser refutadas por prova oral produzida pelo empregador.

Além disso, existem situações em que a legislação mitiga a obrigação do empregador de registrar a jornada de trabalho do seu empregado, dentre as quais na hipótese de estabelecimentos com quantitativo de empregados inferior a 20 (vinte) colaboradores e nos casos em que o empregado desempenha atividade externa incompatível com o controle da jornada de trabalho, o que compromete a análise sobre a real duração do trabalho do obreiro.

Deste modo, evidencia-se a possibilidade de adoção dos meios de prova digital por geolocalização para a devida realização do controle da jornada, visto que são recursos que podem auxiliar esta incumbência do empregador e como forma do empregado apresentar prova em sentido contrário às apresentadas pelo empregador pelos mecanismos tradicionais mediante o uso de um instrumento de alta precisão.

Tratam-se de recursos digitais de monitoramento dos dados de localização que captam informações de aparelhos eletrônicos conectados via satélite ou por meio de dados conectados à rede mundial de computadores que registram informações relativas às localizações em que o indivíduo transitou, como também os respectivos horários em que esteve em cada local.

Com isso, resta evidente que a aplicação desenfreada desses mecanismos pode propiciar ao empregador o acesso às informações das localizações em que seu empregado esteve fora dos recinto laboral, o que torna por violar a sua intimidade e privacidade, uma vez que o empregador teria acesso a esses dados de sua vida pessoal, o que, além de transgredir estes direitos de cunho fundamental, que - por sua vez - podem se sobrepor aos direitos e garantias do empregador a depender da real necessidade do caso concreto, desvirtuam o escopo da obtenção deste meio de prova, qual seja o de realizar o devido registro da jornada laboral.

Com efeito, é importante ressaltar que mecanismos legais recentemente positivados, como o Marco Civil da Internet e a Lei Geral de Proteção de Dados versam sobre a proteção de dados pessoais no âmbito das relações jurídicas, sobretudo diante da propagação destas nos meios virtuais, de modo que existem

uma série de requisitos para que seja possível o tratamento destas informações de cunho personalíssimo por terceiros.

Neste diapasão, considerando que uma das hipóteses previstas é a anuência expressa do titular dos dados a serem tratados, infere-se que se faz necessário o atendimento aos critérios de necessidade da medida, adequação e finalidade para que seja viabilizado o compartilhamento dos dados de geolocalização dos meios digitais acessados pelo trabalhador.

Desta forma, vislumbra-se que uma das possibilidades de viabilizar o cabimento desta espécie probatória ocorre por meio da previsão no contrato de trabalho, devendo o tratamento de dados pelo empregador estar adstrito à jornada pactuada, ressaltando-se a possibilidade de registro de horas extras por esses meios, devendo ser devidamente justificado e registrado de forma expressa por cada dia em que for necessário desempenho das atividades por período extraordinário, no intuito de evitar um monitoramento dos dados de geolocalização por tempo superior à duração regular do trabalho, o que decorreria no monitoramento abusivo e transgressivo aos limites impostos pela vida privada do empregado.

Outra alternativa para o referido impasse poderia ocorrer diante do fornecimento, pelo empregador, de dispositivos móveis compatíveis com o monitoramento de dados de geolocalização a serem utilizados exclusivamente no desempenho das atividades, os quais deveriam ser mantidos no estabelecimento, preferencialmente desligados após o cumprimento da jornada de trabalho, por serem de titularidade do empregador e pela possibilidade do registro da jornada de trabalho. É o caso de telefones funcionais e *palmtops*, estes últimos frequentemente utilizados no caso de trabalhadores externos que desempenham atividades atreladas à representação comercial e vendas, onde há o registro de cada localidade em que compareceram para atender a algum cliente, assim como o registro dos horários em que cada visita foi realizada.

Imperioso salientar, ainda, que tais hipóteses tratam das possibilidades em que se atribui o ônus da prova ao empregador, o qual teria, nesses casos, a responsabilidade pelo efetivo registro da jornada laboral. Nas hipóteses em que a lei dispensa a exigibilidade do registro da jornada pelo empregador, o empregado poderá valer-se dos recursos digitais do seu próprio aparelho celular, em que se faz possível o registro desses dados de geolocalização mediante a ativação do registro do histórico do monitoramento e das localizações do indivíduo, junto com os horários

correspondentes, através do Google Maps e de outros aplicativos de mapeamento e rastreamento de localização em tempo real disponíveis como forma de demonstrar a veracidade dos fatos constitutivos do seu direito ora alegados.

Logo, demonstra-se factível o cabimento de provas digitais com geolocalização para fins de controle de jornada, tanto pela produção voluntária e unilateral pelo indivíduo como contraprova aos meios ordinários porventura apresentados pelo empregador, dotados de presunção relativa de veracidade, assim como por produção probatória pelo empregador, quando houver consentimento do indivíduo, restringindo a sua aplicação aos liames da jornada de trabalho pré-estabelecido no contrato de trabalho e em respeito aos limites impostos pela Constituição Federal e pela CLT, visando a prevalência à privacidade, intimidade, ao sigilo de dados do trabalhador e à proteção de dados, direitos e garantias fundamentais constitucionalmente positivados no ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, atendidos os requisitos legais que fundamentam e respaldam o cabimento desta espécie de prova, admite-se a possibilidade de serem implementadas como alternativas para o controle da jornada de trabalho sem excluir ou prevalecer em detrimento de outras formas de registro usualmente implementadas no âmbito da relação trabalhista.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Da República Federativa Do Brasil De 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02 out. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5452, de 1 de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 02 out. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 11 jul. 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. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 27 jul. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.103, de 2 de março de 2015**. Dispõe sobre o exercício da profissão de motorista; altera a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro, e 11.442, de 5 de janeiro de 2007 (empresas e transportadores autônomos de carga), para disciplinar a jornada de trabalho e o tempo de direção do motorista profissional; altera a Lei nº 7.408, de 25 de novembro de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 12.619, de 30 de abril de 2012; e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13103.htm. Acesso em: 24 jul. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de Março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 02 de outubro de 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de Agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 02 de outubro de 2022.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **AIRR nº 614-59.2017.5.06.0020**. Agravante: JBS S.A.. Agravado: ADONIAS LUIZ DA SILVA. Relator: José Roberto Freire Pimenta. Brasília, DF, 21 de março de 2022. Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/#1125fbe6218d7f4637225b09067674b2>. Acesso em: 25 ago. 2023.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Informativo nº 184 (12 a 24 set. 2018)**. 24 set. 2018. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/144933>. Acesso em: 24 jul. 2023.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Orientação Jurisprudencial nº 332 da Subseção de Direitos Individuais I do Tribunal Superior do Trabalho**. O tacógrafo, por si só, sem a existência de outros elementos, não serve para controlar a jornada de trabalho de empregado que exerce atividade externa. Brasília, DF: Tribunal Superior do Trabalho, 2003. Disponível em: https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_1/n_s1_321.htm. Acesso em: 24 jul. 2023.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 338, III**. Os cartões de ponto que demonstram horários de entrada e saída uniformes são inválidos como meio de prova, invertendo-se o ônus da prova, relativo às horas extras, que passa a ser do empregador, prevalecendo a jornada da inicial se dele não se desincumbir. Brasília, DF: Tribunal Superior do Trabalho, 2005. Disponível em: <https://www.egov.df.gov.br/wp-content/uploads/2018/02/S%C3%BAmula-TST-n.-338.pdf>. Acesso em: 24 jul. 2023.

BRASIL. Tribunal Regional da 18ª Região. **RORSum nº 0010730-48.2022.5.18.0010**. Recorrente: Flávio Dutra dos Santos. Recorrida: Pirâmide Tecnologia Contra Incêndio EIRELI. Relator Desembargador: Daniel Viana Júnior. Goiânia, GO, 20 de abril de 2023. Disponível em: <https://pje.trt18.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0010730-48.2022.5.18.0010/2#5e611d7>. Acesso em: 25 ago. 2023.

CALCINI, Ricardo; MORAES, Leandro Bocchi de. **Uso da geolocalização como meio de prova na Justiça do Trabalho**. [S. l.], 12 de maio de 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-mai-12/pratica-trabalhista-utilizacao-geolocalizacao-meio-prova-jt>. Acesso em: 7 de outubro de 2022.

CALVET, Otávio Torres. **Prova testemunhal x provas digitais: um novo rumo para a Justiça do Trabalho**. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-27/trabalho-contemporaneo-prova-testemunhal-digital-rumo-justica-trabalho>. Acesso em: 23 jul. 2023.

CHROMATOX. **Tacógrafo: o que é, para que serve e por que é obrigatório?**. 2021. Disponível em: <https://www.chromatox.com.br/blog/motoristas/tacografo/#:~:text=O%20tac%C3%B3grafo%20%C3%A9%20importante%20porque,e%20em%20que%20permaneceu%20dirigindo>. Acesso em: 24 jul. 2023.

COELHO, Daniel Oliveira. **Uso de dados de geolocalização como prova da jornada de trabalho ante os direitos à intimidade e à vida privada**. Monografia (Graduação em Direito) - Universidade Federal de Goiás. Goiânia, 2023.

COMÉRIO, Murilo Siqueira; JUNQUILHO, Tainá Aguiar. **O uso de dados de geolocalização como prova digital no processo do trabalho**. Migalhas. 11 de abril de 2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/363628/o-uso-de-dados-de-geolocalizacao-como-prova-digital>. Acesso em: 10 de outubro de 2022.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18ª Ed. - São Paulo: LTr, 2019.

DENTE, Clóvis André. **A inversão do ônus da prova no processo trabalhista brasileiro**. Monografia (Graduação em Direito) - Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul. Santa Rosa, 2012.

DUDA, Maria Fernanda de Araújo. **Sociedade e estado em rede**: o diálogo necessário entre as provas digitais e os direitos fundamentais na justiça do trabalho no Brasil. Monografia (Graduação em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal, 2023.

DUTRA, Quésia Falcão de. **A geolocalização como fonte de prova no processo do trabalho**. [S. l.], 2 de setembro de 2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/372828/a-geolocalizacao-como-fonte-de-prova-no-processo-do-trabalho>. Acesso em: 7 de outubro de 2022.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. 20ª Ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1999.

JESUS, Fabiana Almeida Ribeiro de. **Aspectos teóricos e processuais dos controles de jornada de trabalho**: da prática e da eficácia. Monografia (Graduação em Direito) - Universidade Federal Fluminense. Niterói, 2013.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 19ª Ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

LEITE, Isabella. **Ônus da prova**: registro de ponto. 2022. Disponível em: <https://saberalei.com.br/onus-da-prova-trabalhista-registro-de-ponto/#:~:text=%C3%94NUS%20DA%20PROVA%20I%20%2D%20%C3%89,elidida%20por%20prova%20em%20contr%C3%A1rio>. Acesso em: 24 jul. 2023.

LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. 2ª ed. ver. atual. amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: RT, 2009.

MARTIN, Bárbara Guimarães de. **As provas digitais e a utilização da geolocalização na Justiça do Trabalho**. [S. l.], 19 de novembro de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-nov-19/martin-provas-digitais-geolocalizacao-justica-trabalho>. Acesso em: 7 de outubro de 2022.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção Neves. **Manual de Direito Processual Civil**. Vol. Único. 10ª ed. rev. amp. atual. Editora JusPodivm, 2018.

ORWELL, George. **1984**. Tradução de Karla Lima. 1ª Ed. Jandira, SP: Principis, 2021.

PEREIRA, Leone. **Princípios do direito processual do trabalho**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito do Trabalho e Processo do Trabalho. Pedro Paulo Teixeira Manus e Suely Gitelman (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/383/edicao-1/principios-do-direito-proce-sual-do-trabalho>. Acesso em: 11 jul. 2023.

PINTO, Gêssica Carolina Goulart. **Teoria e prática do Direito do Trabalho no Brasil: a questão do ônus da prova e a superexploração**. Monografia (Graduação em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2022.

PUCCI, Alexandre Branco. A admissibilidade de provas atípicas no processo civil cooperativo. **Revista da PGE-MS**. 17ª ed. p.12-22.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 5ª ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

RAMOS, Leonardo Barcia. **Ônus da prova na hora extraordinária**. Monografia (Graduação em Direito) - Universidade do Sul de Santa Catarina. Palhoça, 2010.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 24^a ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 306-307.

SANTOS, Débora Faria dos. **Informativo 184 do TST e a alteração do ônus da prova quanto ao intervalo intrajornada na jornada externa**. 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/290071/informativo-184-do-tst-e-a-alteracao-do-onus-da-prova-quanto-ao-intervalo-intrajornada-na-jornada-externa>. Acesso em: 24 jul. 2023.

SCHIAVI, Mauro. **Provas no Processo do Trabalho**. 9^a ed. Rev. Atual. Amp. São Paulo: Editora JusPodivm, 2023.

SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. **O ônus da prova e sua inversão no processo do trabalho**. Biblioteca Digital Jurídica do Superior Tribunal de Justiça, 2003. Disponível em: https://core.ac.uk/display/79069878?utm_source=pdf&utm_medium=banner&utm_campaign=pdf-decoration-v1. Acesso em: 12 jul. 2023.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **A prova no processo do trabalho**. 9. ed. São Paulo: Ltr, 2010.

TST. **Especial: Justiça do Trabalho é pioneira no uso de provas digitais**. Brasília, 2021. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/provas-digitais>. Acesso em: 12 de jul. de 2023.