

REVISTA TRABALHISTA

Direito e Processo

REVISTA TRABALHISTA

Direito e Processo


ANAMATRA

LTR[®]

Revista trabalhista : direito e processo. — Ano 1, v. I, n. 1 (jan./mar. 2002 -). — Brasília : Anamatra ; Rio de Janeiro ; Forense. v. : 28 cm.

Semestral.

Descrição baseada em: Ano I, v. I, n. 1 (jan./mar. 2002).

Numeração sequencial reformulada em 2008 para: Ano 7, n. 28, não havendo interrupção.

A partir do Ano 7, n. 25 a edição está sob a responsabilidade da LTr Editora e Anamatra.

Inclui doutrina, pareceres, jurisprudência, legislação, estudos e comentários.

ISSN 1677-2784

1. Direito do trabalho — Brasil. 2. Jurisprudência trabalhista — Brasil.
3. Legislação trabalhista — Brasil. I. Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra).

LTr/SP

CDU 34:331 (81) (05)

Proibida a reprodução total ou parcial, bem como a reprodução de apostilas a partir desta Revista, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópia e de gravação, sem permissão expressa do Editor (Lei n. 9.610, de 19.2.1998).

Produção Gráfica e Editoração Eletrônica: **Peter Fritz Strotbek — The Best Page**

Capa: **Forma e Conteúdo Editora Criativa**

Finalização: **Danilo Rebello**

Impressão: **Edições Loyola**

© Todos os direitos reservados

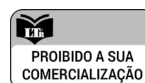
LTr[®]

EDITORA LTDA.

Rua Jaguaribe, 571 – CEP 01224-003 – Fone (11) 2167-1101
São Paulo, SP – Brasil – www.ltr.com.br

LTr 6421.6

Julho, 2023



PRESIDENTE ANAMATRA

LUIZ ANTONIO COLUSSI

CONSELHO EDITORIAL ANAMATRA

CAROLINA HOSTYN GRALHA

Juíza do Trabalho Titular da 1ª Vara do Trabalho de Lajeado e Juíza Auxiliar de Precatórios da 4ª Região. Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade de Salamanca/Espanha e em Direitos Fundamentais e Direito do Trabalho, pela PUCRS.

CHRISTIANA DARC DAMASCENO OLIVEIRA ANDRADE SANDIM

Doutora em Direito, pela Universidade Católica de Santa Fé. Master em Teoria Crítica dos Direitos Humanos, pela Universidade Pablo de Olavide, Sevilla (Espanha). Acadêmica Titular da Cadeira n. 34 da Academia Brasileira de Direito do Trabalho (ABDT). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Júnior – Seção brasileira da Société Internationale de Droit du Travail et de la Sécurité Sociale. Membro Titular do Instituto Latinoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Membro da Comissão Examinadora do 1º Concurso Nacional para Ingresso na Magistratura do Trabalho, TST e ENAMAT. Professora em Cursos de Formação Inicial e Continuada para Magistrados do Trabalho. Juíza Titular da Vara do Trabalho de Plácido de Castro, Estado do Acre. Autora de diversos livros, capítulos e artigos em publicações jurídicas especializadas nacionais e internacionais.

DANIELA LUSTOZA MARQUES DE SOUZA CHAVES

Doutora em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (2021). Mestrado pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (2004). Especialização em Direito e Cidadania (UFRN) e em Direito Processual Civil (EA/RN). Juíza do Trabalho, Titular da 11ª Vara do Trabalho de Natal/RN – Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região.

EDUARDO ROCKENBACH PIRES

Doutor e mestre em direito do trabalho pela Faculdade de Direito da USP. Juiz Titular da 38ª Vara do Trabalho de São Paulo (TRT 2ª Região).

PROF. AVV. FÁBIO PETRUCCI

Professore a contratto presso la Libera Università degli studi di Roma LUISS per l'insegnamento del Diritto della previdenza complementare. Dottore di ricerca in Diritto del Lavoro, Sindacale e della Previdenza presso l'Università degli studi di Roma "Tor Vergata". Ha conseguito la specializzazione, triennale, presso la Scuola di Diritto del lavoro dell'Università di Roma "La Sapienza". Dirigente Responsabile dell'Ufficio Legale e Affari generali della Cassa Nazionale degli Ingegneri e Architetti italiani (Inarcassa). Componente di vari comitati scientifici di riviste giuridiche fra cui la "Revista de Direito Economico e Sociambiental". Avvocato.

FIRMINO ALVES LIMA

Doutor e Mestre em Direito do Trabalho. Juiz do Trabalho Titular no Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito do Trabalho, com pesquisas na área de discriminação nas relações do trabalho.

GUILHERME GUIMARÃES FELICIANO

Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Livre-Docente e Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor Associado do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Juiz Titular da 1ª Vara do Trabalho de Taubaté/SP. Juiz Auxiliar da Vice-Presidência Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.

GUILHERME GUIMARÃES LUDWIG

Juiz do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região/BA. Doutor e Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia/UFBA. Professor de Direito e Processo do Trabalho e Direito da Seguridade Social na Universidade do Estado da Bahia/UNEB. Presidente da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 5ª Região.

JOÃO HUMBERTO CESÁRIO

Pós-doutorando em Direito na Universidade Federal de Mato Grosso.
Doutor em Função Social do Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo.
Mestre em Direito Agroambiental pela Universidade Federal de Mato Grosso. Professor de Teoria e Sociologia do Direito na Universidade do Estado de Mato Grosso. Juiz do Trabalho.

JOSÉ APARECIDO DOS SANTOS

Mestre e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Pós-doutorado em Direitos Humanos na Universidad de Salamanca, Espanha (2017/2018). Advogado cível e trabalhista. Juiz do Trabalho aposentado. Professor do curso de Pós-graduação em Direito, Processo do Trabalho e Direito Previdenciário da Escola dos Magistrados do Trabalho do Paraná.

JOSÉ EDUARDO DE RESENDE CHAVES JÚNIOR

Advogado. Desembargador aposentado do Tribunal Regional do Trabalho de Minas Gerais (TRT-MG). Professor convidado do programa de pós-graduação (mestrado e doutorado) da Faculdade de Direito da UFMG. Doutorado em Direitos Fundamentais. Presidente da União Ibero-americana de Juizes (UIJ). Diretor-fundador do Instituto de Pesquisas e Estudos Avançados da Magistratura e do Ministério Público do Trabalho (IPEATRA). Diretor-fundador do Instituto IDEIA — Direito e Inteligência Artificial.

MARCUS MENEZES BARBERINO MENDES

Mestre em Ciência Econômica pela Universidade Estadual de Campinas (2007).
Juiz titular da Vara do Trabalho de São Roque (SP) – Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.
Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público e Direito do Trabalho.

NARBAL ANTÔNIO DE MENDONÇA FILETI

Mestre em Ciência Jurídica. Especialista em Teoria e Análise Econômicas e Dogmática Jurídica. Professor de Cursos de Pós-Graduação. Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região (SC). Gestor Regional do Programa de Combate ao Trabalho Infantil e Estímulo à Aprendizagem do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região.

SAULO TARCÍSIO DE CARVALHO FONTES

Doutor em Direito pelo UNICEUB. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (2002). Juiz auxiliar da Presidência do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região. Professor da Faculdade Santa Terezinha – CEST.

Sumário

Abreviaturas e siglas usadas.....	11
Editorial.....	13
Regras para publicação de artigos e Acórdãos/Sentenças.....	15

Doutrina

Proteção de Dados Sensíveis na Contratação do Empregado — <i>Aurélio Miguel Bowens da Silva, Thomires Elizabeth Pauliv Badaró de Lima e Luiz Eduardo Gunther</i>	17
A Relativização da Proteção do Trabalhador Ante a Imunidade de Jurisdição de Organismos Internacionais no Brasil: Um Estudo de Caso — <i>Carlos Humberto Rios Mendes Júnior</i>	34
Perícia de Geolocalização: A Prova Produzida pela Tecnologia — <i>Emília Sako, Ernesto Mitsuo Hasegawa e Alexandre Higashi</i>	43
Provas Digitais e sua Repercussão no Direito Processual do Trabalho — <i>Erika Cristina Ferreira Gomes</i>	56
O Direito ao Esquecimento Aplicado ao Direito do Trabalho como Garantia Constitucional — <i>Eduarda de Souza Carvalho e Guilherme Sabalhos Ritzel</i>	69
O Uso da Estatística nos Escritórios de Advocacia e a Importância da Jurimetria Pré-Processual Trabalhista — <i>Isabel de Lemos Pereira Belinha Sardas</i>	82
A Prova Digital: Um Breve Estudo sobre seu Conceito, Natureza Jurídica, Requisitos e Regras de Ônus da Prova Correlatas — <i>José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva</i>	92
Provas Digitais no Processo do Trabalho: Obtenção e Utilização pelo Magistrado — <i>Keli Alves de Souza</i>	112
O Acesso à Justiça e o Processo Constitucional Democrático em Uma Sociedade Digital — <i>Kleber de Souza Waki</i>	123
A Inteligência Artificial no Processo do Trabalho: Uma Análise da Aplicabilidade do PL n. 21/2020 — <i>Marcela Casanova Viana Arena</i>	134
Os Motoristas, a Uber e o TST — O Capitalismo da Empresa Vazia e o Papel do Algoritmo na Organização do Trabalho — <i>Raimundo Dias de Oliveira Neto</i>	146

Como Compatibilizar o Acesso à Informação para a Produção de Provas Digitais e o Respeito aos Direitos Fundamentais e Personalíssimos? — <i>Elisângela Bressani Schadt</i>	160
Responsabilidade Civil na LGPD — <i>Lara Isabel Marcon Santos</i>	168
Processo, Provas Digitais, Latour e o “Efeito Translação” — S. Tavares Pereira	175
O Uso do Documento Eletrônico como Prova, o Tratamento de Banco de Dados na Jurimetria, a Inclusão no Mundo Digital e o Respeito às Garantias Constitucionais e Processuais e à Dignidade da Pessoa Humana — <i>Rosâne Marly Silveira Assmann</i>	184
Técnicas de Captura de Geolocalização para Produção de Prova Judicial — <i>João Pedro Albino e Ana Cláudia Pires Ferreira de Lima</i>	202

Jurisprudência

Sentença

Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.....	219
Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.....	254
<i>Índice Geral</i>	263

Abreviaturas e Siglas Usadas

ABNT	Associação Brasileira de Normas Técnicas
ADCT/ano (ano com 4 dígitos).....	Atos das Disposições Constitucionais Transitórias
CC.....	Código Civil
CCB	Código Civil Brasileiro
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF	Constituição Federal
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CNC	Consolidação das Normas da Corregedoria
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
CPP.....	Código de Processo Penal
CTB	Código de Trânsito Brasileiro
CTN.....	Código Tributário Nacional
DOE.....	Diário Oficial do Estado
DOU	Diário Oficial da União
EC	Emenda Constitucional
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
FGTS	Fundo de Garantia do Tempo de Serviço
INSS.....	Instituto Nacional do Seguro Social
MP	Medida Provisória
NBR.....	Norma Brasileira Regulamentada
OIT	Organização Internacional do Trabalho
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça
TRT.....	Tribunal Regional do Trabalho
TST	Tribunal Superior do Trabalho

Editorial

Estimadas e estimados leitores,

Com esta nova edição digital da Revista Trabalhista, a ANAMATRA conclui um movimento de aproximação crítica com a nova base tecnológica do capitalismo e os desafios impostos às sociedades humanas, esgarçadas em seus pactos de convivência. Se as sociedades desenvolvidas, integrantes do núcleo central do capitalismo, enfrentam desafios aos seus sistemas de representação política e ao exercício dos direitos sociais, sociedades periféricas e de tardio ingresso nos pactos políticos da democracia representativa passaram a conviver com o retrocesso social e institucional, parcialmente detido pelas instituições de controle, como o Poder Judiciário, no caso do Brasil.

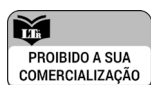
Mas os desafios no campo do direito social foram exponenciados, já que além da vaga contestadora dos direitos sociais, a digitalização da vida social trouxe novos dilemas para o acesso à justiça em seu sentido mais amplo, como o letramento digital, a produção de provas e a ampliação da assimetria entre os litigantes, mormente quando envolvidos os grandes litigantes institucionais e econômicos. O acesso a dados passou a ser um elemento fundamental para a construção de casos, a produção de provas e obtenção de justa, célere e efetiva prestação jurisdicional. Ao mesmo tempo, a construção da tecnologia digital de mineração de dados confronta-se e, muitas vezes, hostiliza os direitos de personalidade, erigidos como direitos fundamentais ou garantias constitucionais, histórica e culturalmente construídas como marcos civilizatórios para os direitos de liberdade e de igualdade entre os seres humanos.

Neste volume, magistradas, magistrados e demais atores jurídicos, com ou sem inserção no mundo acadêmico, debruçaram-se sobre a estrutura das relações de trabalho em ambientes de plataforma digital, acesso à justiça, proteção da intimidade e da personalidade dos seres humanos e suas vidas digitalizadas, a produção de provas, a jurimetria, inteligência artificial. Sem pretender esgotar este admirável e assustador mundo novo digitalizado, a Anamatra espera ter contribuído para que todos os que atuam na seara jurídica do mundo do trabalho tenham ferramentas culturais e críticas para participar dos debates e atuar na defesa incessante do estado democrático do direito e sua faceta mais estrutural e civilizatória: o direito ao trabalho digno e livre. Boa leitura a todas as pessoas!

Boa leitura.

Julho de 2023.

A Comissão Editorial



Regras para publicação de artigos e Acórdãos/Sentenças

1. DA FINALIDADE

1.1. A Revista Trabalhista Direito e Processo tem por finalidade promover o debate e a reflexão crítica sobre os principais temas de competência da Justiça do Trabalho. Para tanto, se propõe a divulgar a produção científica de magistrados do trabalho, procuradores do trabalho e advogados, bem como de outros profissionais do Direito.

2. DA COMISSÃO EDITORIAL

2.1. Caberá ao Conselho Editorial da Revista analisar, aprovar e selecionar as sentenças, os acórdãos e os artigos científicos a serem publicados;

2.2. Da decisão da Comissão não caberá pedido de reconsideração ou recurso.

3. DO ENCAMINHAMENTO

3.1. As sentenças, os acórdãos e os artigos científicos deverão ser encaminhados virtualmente, em formato Microsoft Word, apenas para o endereço eletrônico que constará em cada edital que será publicado no sítio da Anamatra na internet, sob a forma de anexo à mensagem eletrônica;

3.2. O encaminhamento dos artigos científicos autoriza automaticamente a publicação. Caso opte pela posterior desautorização, o autor deverá proceder à comunicação pelo mesmo endereço eletrônico constante no subitem anterior, até o prazo de dez dias antes do encaminhamento do material pela comissão à editora;

3.3. Da mensagem eletrônica deverá constar o endereço completo (residencial ou profissional) do autor para posterior encaminhamento de um exemplar com o trabalho publicado.

4. DAS SENTENÇAS E DOS ACÓRDÃOS — REQUISITOS

4.1. As sentenças e os acórdãos encaminhados para publicação deverão guardar relação com o tema da Revista;

4.2. Os acórdãos estão limitados ao máximo de três por juiz, desembargador ou ministro;

4.3. As sentenças e os acórdãos deverão ser remetidos, obrigatoriamente, acompanhados da data de publicação no Diário Oficial ou com a indicação da audiência em que foram publicados, constando, inclusive, o número dos autos do processo em que foram proferidos;

4.4. Já tendo sido publicada a sentença ou o acórdão, o prolator/relator deverá, obrigatoriamente, indicar em que veículos houve a publicação.

5. DOS ARTIGOS CIENTÍFICOS — REQUISITOS

5.1. Os artigos científicos devem ser, preferencialmente, inéditos no Brasil;

5.2. Os artigos científicos deverão ser encaminhados devidamente corrigidos do ponto de vista ortográfico;

5.3. Para a manutenção da qualidade científica da Revista, os artigos científicos observarão, obrigatoriamente, os seguintes requisitos:

5.3.1. Conterão entre cinco e trinta páginas, **preparados em formato Microsoft Word**;

5.3.2. Os textos conterão, obrigatoriamente, a seguinte estrutura: a) título (e subtítulo, se houver); b) nome do autor; c) qualificação sucinta do autor (em nota de rodapé); d) resumo em português e inglês (ver subitem 7.6), com o máximo de duzentas palavras; e) mínimo de três e máximo de seis palavras-chaves que representem o conteúdo do texto; f) sumário; g) introdução; h) corpo do texto; i) considerações finais; j) referências bibliográficas; e k) data de elaboração, devendo ser, preferencialmente, recente;

5.3.3. A referência ao autor do artigo (subitem 5.3.2, alínea “b”) deverá conter os dados relativos à sua maior titulação acadêmica, além do cargo que ocupa na respectiva Região da Justiça do Trabalho, com indicação do Estado da Federação em caso de magistrado ou de membro do Ministério Público do Trabalho. Para fins de qualificação da revista no sistema QUALIS/CAPES, o autor, se for o caso, deverá identificar-se como mestrando ou doutorando, assumindo a obrigação de lançar a publicação no seu currículo plataforma LATTES mantido no *site* do CNPQ (<www.cnpq.br>);

5.3.4. As citações deverão ser feitas em sistema de nota de rodapé, de acordo com as normas atualizadas da ABNT; não serão aceitos trabalhos com citação do tipo autor-data;

5.3.5. As referências bibliográficas deverão vir no final do texto;

5.3.6. As citações de textos de outros autores que ultrapassem três linhas devem ser feitas em parágrafo apartado, com recuo de 4 cm e sem aspas; as demais citações deverão vir no corpo do texto, entre aspas;

5.3.7. Com o encaminhamento dos artigos, os seus autores automaticamente autorizam a Anamatra e a LTr Editora a realizar pequenas correções gramaticais que não alterem o teor do trabalho;

5.3.8. O Conselho Editorial poderá convidar autores a publicar artigos na Revista, sendo um a cada número do periódico, caso em que, dada a relevância do tema ou a notoriedade do seu autor, será dispensada a observância aos requisitos de que trata o item “5.3.2”.

6. DA NÃO OBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS FORMAIS

6.1. Os trabalhos que não observarem as normas deste edital, especialmente as formais, serão devolvidos aos seus autores, para readequação em oito dias, sob pena de não publicação.

7. DISPOSIÇÕES GERAIS

7.1. O encaminhamento das sentenças, dos acórdãos e dos artigos científicos autoriza automaticamente a sua publicação (ver subitem 3.2);

7.2. As sentenças, os acórdãos e os artigos científicos recebidos para seleção não serão devolvidos e poderão ser publicados em números posteriores do periódico, a critério do Conselho Editorial, permanecendo no banco de dados da Revista, sendo desnecessária nova autorização do prolator/relator/autor;

7.3. Caso o remetente não concorde com a publicação nos números posteriores da Revista, deverá informar expressamente na mensagem de encaminhamento;

7.4. O conteúdo dos artigos científicos é de responsabilidade exclusiva de seus autores;

7.5. Não haverá nenhuma retribuição pecuniária pelos artigos enviados ou publicados, uma vez que a simples remessa para publicação importa a renúncia dos direitos autorais de natureza patrimonial;

Comissão Editorial da Revista Trabalhista Direito e Processo

Doutrina

Proteção de Dados Sensíveis na Contratação do Empregado

Aurélio Miguel Bowens da Silva^(*), Thomires Elizabeth Pauliv Badaró de Lima^(**) e Luiz Eduardo Gunther^(***)

Resumo:

- Analisando o fenômeno poder, suas principais facetas e o poder no âmbito das relações de emprego, o presente artigo científico busca estabelecer quais os limites para o empregador nas exigências durante o processo seletivo e contratação, perpassando pela compreensão da sociedade informacional e seus problemas, a autodeterminação informativa e os dados pessoais sensíveis, avaliando ainda os principais textos legislativos relacionados no Brasil e na Europa, restando estabelecidas algumas premissas a serem observadas neste confronto entre o poder do empregador e a autodeterminação informativa. A pesquisa avança para análise de decisões do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Constitucional de Portugal, para procurar entender a interpretação sobre os dados pessoais sensíveis nas cortes constitucionais. Compreendendo ao final, com todo este arsenal de informações, em que medida é necessária a proteção dos dados pessoais sensíveis do empregado no momento de sua contratação.

Palavras-chave:

- Poder nas relações de trabalho — Sociedade informacional — LGPD — Autodeterminação informativa — Dados sensíveis — Proteção — Contratação do empregado.

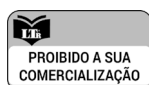
Abstract:

- Analyzing the phenomenon of power, its main facets and power in the context of employment relations, this scientific article seeks to establish the limits for the employer in

(*) Mestrando em Direito Empresarial e Cidadania no Centro Universitário Curitiba — UNICURITIBA. cursou Especialização - MBA em Direito da Economia e da Empresa na FGV/Rio. Atuou como Professor de Direito do Trabalho em Graduação e Pós-Graduação entre 2006 e 2018. No período de 2013 a 2015, foi Assessor Jurídico do Município de Blumenau – SC. Nos anos de 2016 a 2018, foi Conselheiro Estadual da OAB/SC. Desde 2003 é advogado autônomo e desde 2007 é sócio do escritório Aurélio Miguel & Novais Advogados Associados.

(**) Doutoranda pelo Programa de Direito Empresarial e Cidadania. Mestre em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba — UNICURITIBA. Especialista em Educação a Distância pelo Centro Universitário UniOpet. Graduada em Direito pela Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro. Advogada e Professora Universitária.

(***) Pós-Doutor em Direito pela PUC-PR (2015). Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2003). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2000). Graduado em Direito e em História pela Universidade Federal do Paraná (1997). Desembargador no Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Professor Permanente do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba — UNICURITIBA. Integrante dos Conselhos Editoriais da Editora Juruá, do Instituto Memória e da Editora Clássica.



the demands during the selection and hiring process, passing through the understanding of the information society and its problems, the informative self-determination and sensitive personal data, evaluating the main related legislative texts in Brazil and Europe, leaving some premises to be observed in this confrontation between the employer's power and informative self-determination. The research advances to the analysis of the decisions of the Federal Supreme Court and the Constitutional Court of Portugal, to try to understand the interpretation of sensitive personal data in constitutional courts. Understanding at the end, with all this arsenal of information, to what extent it is necessary to protect the employee's sensitive personal data at the time of hiring.

Key-words:

- Power in labor relations — Information society — LGPD — Informational self-determination — Sensitive data — Employee hiring protection.

Índice dos Temas:

- 1. Introdução
- 2. Poder nas relações de trabalho e da sociedade informacional
- 3. Autodeterminação informativa, dados pessoais sensíveis e dados pessoais nas relações de trabalho
- 4. Da proteção de dados sensíveis na contratação do empregado no Supremo Tribunal Federal e no Tribunal Constitucional de Portugal
- 5. Considerações finais
- 6. Referências

1. Introdução

A tecnologia da informação e a comunicação transformaram a sociedade atual, impactaram em todas as relações humanas, levando as informações pessoais para espaços inimagináveis, sem qualquer limite de utilização, inclusive os dados pessoais sensíveis, aquelas informações mais íntimas, tais como opção sexual, política, religiosa.

Assim também foram impactadas as relações de trabalho, em que as empresas passaram a pesquisar, capturar e armazenar dados pessoais e sensíveis para diversos fins, em especial para a seleção e contratação de empregados.

Neste contexto, surge a questão de saber se o empregado merece proteção dos dados pessoais sensíveis nas relações de trabalho e

em que medida, em especial no momento da seleção e contratação.

A questão é atual e cada vez mais habitual no dia a dia empresarial, sendo necessária sua avaliação para evitar a discriminação das pessoas no momento da contratação.

Com isso o objetivo geral do presente artigo científico é compreender em que medida é necessária a proteção dos dados pessoais sensíveis do empregado no momento de sua contratação, tendo como objetivos específicos perpassar pela análise da tarefa de tratar sobre os poderes do empregador; refletir sobre a autodeterminação informativa, os dados sensíveis e os limites da atuação da empresa no momento da contratação; e, ainda pesquisar julgados do Supremo Tribunal Federal e do

Tribunal Constitucional de Portugal sobre a presente temática.

O método utilizado é o teórico bibliográfico, pelo qual serão utilizados textos de livros, artigos e publicações em geral.

A partir da pesquisa de doutrinas e textos relacionados aos assuntos “Poder”, “Teorias do Poder”, “Limites do Poder do Empregador”, “Autodeterminação e Desenvolvimento da Personalidade”, “Autodeterminação Informativa”, “Dados Pessoais Sensíveis”, “Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais — LGPD” e “Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados Pessoais — GDPR”, foram selecionadas algumas partes que formaram a estrutura do trabalho. Alguns textos pesquisados foram resultado de buscas em publicações no *site* Google, em especial no Google Acadêmico. Ao final foi contextualizado pesquisas no Supremo Tribunal Federal e no Tribunal Constitucional de Portugal com a expressão “Dados Pessoais” e “Dados Sensíveis”.

Com isso o método lógico de organização do trabalho é o teórico-dedutivo, partindo-se dos aspectos gerais para os particulares, utilizando-se de estudos jurídicos da doutrina, da legislação especial e de artigo científico sobre o tema.

Para tanto a fim de responder a problemática proposta consistente em que medida é necessária a proteção dos dados pessoais sensíveis do empregado no momento de sua contratação, assim como buscar alcançar o objetivo proposto no presente artigo, buscar-se-á através do método dedutivo estabelecer primeiramente quais os limites do empregador nas exigências durante o processo seletivo e contratação, perpassando pela compreensão da sociedade informacional e seus problemas, por segundo adentrar na questão da autodeterminação informativa, os dados pessoais sensíveis, pesquisando ao final decisões do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Constitucional de Portugal, para buscar entender a interpretação sobre os dados pessoais sensíveis nas cortes constitucionais.

2. Do poder nas relações de trabalho e da sociedade informacional

A compreensão do poder passa por muitos aspectos, várias áreas do saber e inúmeros pensadores.

Etimologicamente a palavra poder deriva do latim *potere*, da raiz *poti*, que significa chefe de um grupo; gira em torno da ideia de posse, de força, de vontade e de influência, enquanto hierarquia pressupõe uma série contínua de graus entre pessoas unidas por um vínculo de autoridade.⁽¹⁾

A ideia de poder está relacionada a força, imposição da vontade sobre alguém ou posse de alguma coisa.

Em seu significado mais geral, a palavra Poder designa a capacidade ou possibilidade de agir, de produzir efeitos. Tanto pode ser referida a indivíduos e a grupos humanos como objetos ou a fenômenos naturais (como na expressão Poder calorífico, Poder de absorção).⁽²⁾

Nas relações sociais o poder é a habilidade de impor a vontade sobre outras pessoas, como exemplo o poder social, econômico, político, militar, entre outros.

Já em sentido especificamente jurídico, entende-se como uma expressão de domínio, ou seja, a capacidade de legitimamente submeter alguém a algo.

O sentido jurídico destaca a legitimidade do poder como fator importante na diferenciação do viés social.

Algumas reflexões importantes sobre poder foram feitas por Max Weber, Michel Foucault, Pierre Bouedieu e mais recentemente Niklas Luhmann.

(1) BARROS, Alice Monteiro. *Estudos de direito do trabalho e processo do trabalho, em homenagem a José Luiz Ferreira Prunes*. São Paulo: LTr, 1998. Disponível em: <<http://www.coad.com.br/app/webroot/files/trab/html/doutrina/em368.htm>>. Acesso em: 28 ago. 2021.

(2) BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 12. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2004. p. 933.

Max Weber conceitua o poder como: “toda probabilidade de impor a vontade numa relação social, mesmo contra resistências, seja qual for o fundamento dessa probabilidade”⁽³⁾.

Paralelamente, Weber conceitua potência como: “toda oportunidade de impor a sua própria vontade, no interior de uma relação social, até mesmo contra resistências, pouco importando em que repouse tal oportunidade”.⁽⁴⁾

Os conceitos de “poder” e “potência” apresentados por Weber parecem confundirem-se. Todavia, se distinguem, pois o poder exige especificidade em uma relação social, enquanto potência parte da ideia geral. Portanto, para Weber, o poder nada mais é do que a imposição da vontade do agente ou de uma instituição sobre outras pessoas.

Michel Foucault foi um filósofo e historiador francês, que centralizou o estudo do poder na política e seus instrumentos, criticando as formas de poder militar, nas escolas, sistemas de justiça, entre outros.

Foucault analisou profundamente a relação de poder com a disciplina e constante observação:

O poder disciplinar é com efeito um poder que, em vez de se apropriar e de retirar, tem como função maior “adestrar”; ou sem dúvida adestrar para retirar e se apropriar ainda mais e melhor.

[...]

A disciplina “fabrica” indivíduos; ela é a técnica específica de um poder que toma os indivíduos ao mesmo tempo como objetos e como instrumentos de seu exercício.

[...]

O sucesso do poder disciplinar se deve sem dúvida ao uso de instrumentos simples: o olhar hierárquico, a sanção

normalizadora e sua combinação num procedimento que lhe é específico, o exame.⁽⁵⁾

O Panóptico imaginado por Foucault, era uma prisão perfeita para a época (que não tinha câmeras e sistemas eletrônicos), onde o prisioneiro era observado sem saber se estava sendo visto, com controle por todo o tempo, disciplinando o mesmo a não tentar fugir. Atualmente, é possível pensar a *internet* como um gigantesco Panóptico mundial, em que não sabemos se estamos sendo vistos, disciplinando a nossa forma de agir.

Pierre Bourdieu analisou como o poder se expressa nas formas sutis, compreendendo que além do capital financeiro outros valores indicam poder, como conhecer muitas pessoas ou pessoas importantes.

É necessário saber descobri-lo onde ele se deixa ver menos, onde ele é mais completamente ignorado, portanto, reconhecido: o poder simbólico é, com efeito, esse poder invisível o qual só pode ser exercido com a cumplicidade daqueles que não querem saber que lhe estão sujeitos ou mesmo que o exercem.⁽⁶⁾

Atualmente estes valores podem ser relacionados com um influenciador digital nas redes sociais, que movimenta várias pessoas em busca de um *like* ou comentário. O capital cultural, sua postura, jeito de falar e conhecimento em geral também faz o reconhecimento social e torna a pessoa poderosa.

O jurista e sociólogo alemão Niklas Luhmann escreve sobre o fenômeno do poder como um meio de comunicação que produz vinculação entre ações e decisões. Alguém comunica uma seleção de alternativas que lhe interessa, excluindo outras desinteressantes. A seleção de alternativas é compreendida por quem

(3) WEBER, Max. *Ciência e política: duas vocações*. São Paulo: Martin Claret, 2003. p. 33.

(4) *Ibidem*, p. 16.

(5) FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 30 ed. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 167.

(6) BOURDIEU, Pierre. *O Poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989. p. 7-8.

recebe a comunicação, não restando outras alternativas, senão aquela única pretendida por quem comunicou. O poder está em reduzir as possibilidades de ação, influenciando na escolha da única alternativa pretendida por quem comunicou e que passa a ser desejável por que foi comunicado.

O cumprimento da ordem comunicada não é verdadeiro, mas desejável, porque entre as alternativas é o menos desfavorável, o que evita outros desgostos ou desconfortos em relação as demais alternativas.

A causalidade do poder consiste na neutralização da vontade, embora não necessariamente na ruptura da vontade do subalterno. Ela o atinge também e justamente quando este quer agir no mesmo sentido e vem a saber que teria de agir assim de qualquer modo. A função do poder consiste na regulação da contingência. Como qualquer outro código de meios, o código do poder se refere também a uma discrepância possível — não necessariamente real — dos resultados seletivos de Alter e Ego, aos torna-los iguais.⁽⁷⁾

Com efeito, o fenômeno poder tem várias facetas nas relações humanas, inclusive nas relações de trabalho, onde suas manifestações são diversas.

No entanto, juridicamente o contrato de trabalho reconhece o poder como fenômeno decorrente da subordinação objetiva, ou seja, da obrigação de observar as determinações relacionadas a atividade contratada.

O poder diretivo patronal, como prerrogativa do empregador, surgiu após a organização do Estado e da institucionalização do poder. Segundo Martinez:

Não é demasiado lembrar que a capacidade de submeter residia, numa fase pré-estatal, na força ou no prestígio de

indivíduos singularmente considerados. A partir do instante em que o Estado se organizou, o “poder” se objetivou e passou a ser concebido como algo separado da pessoa que o exercita. O “poder” foi, então, institucionalizado e o seu exercício passou a ser limitado dentro de uma esfera civilizatória, impeditiva de abusos e de excessos. Criou-se assim, um institucionalismo moderado, a que se refere José Martins Catharino.

Nessa órbita passou a girar também o “poder diretivo patronal”, como prerrogativa dada ao empregador para exigir determinados comportamentos lícitos dos seus empregados com vistas ao alcance de propósitos preestabelecidos.⁽⁸⁾

O poder diretivo está relacionado a organização das atividades na empresa, para que esta alcance seu objetivo maior, o tão perseguido lucro. Assim sendo, não se justifica a extrapolação do poder para outras questões que não estejam relacionadas ao trabalho desempenhado.

Ressalta-se que no contexto empresarial interno, existem interpretações distintas acerca da origem e fundamentação do poder.

Segundo Delgado:

A teoria trabalhista tem eleito algumas principais interpretações acerca da origem (título) e fundamentação do poder no contexto empresarial interno. Trata-se das correntes privatísticas, que se remetem à ideia de propriedade privada; da corrente institucionalista, que se reporta à ideia de empresa como instituição; da corrente publicística, que se remete à ideia de poder empregatício como delegação do poder público; e,

(7) LUHMANN, Niklas. *Poder*. Brasília. Editora Universidade de Brasília, 1985. p. 11.

(8) MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 179.

finalmente, das concepções contratu-
listas.⁽⁹⁾

Essa diferenciação decorre da mesma discus-
são acerca da natureza do contrato de trabalho,
tendo predominado a teoria da natureza contra-
tual, que remete a ideia de propriedade privada.

O poder decorre da subordinação con-
tratural na relação de emprego e se identifica
em três facetas: (I) o poder de organização,
consubstanciado na possibilidade de dizer
para o empregado o que fazer, como fazer e de
que forma fazer; (II) o poder de fiscalização,
por preposto encarregado e instrumentos de
fiscalização, inclusive tecnológicos, e; (III) o
poder disciplinar, a possibilidade de aplicar
advertência, suspensão ou dispensar por justa
causa, conforme a gravidade do ato faltoso
cometido.

Quanto às concepções teóricas que envolvem
os fundamentos do poder disciplinar, Mauricio
Godinho Delgado destaca três concepções
conhecidas como negativista, autonomista e a
vertente intermediária. Neste sentido:

A) Posição Negativista — A posição
negativista contesta a possibilidade de se
encontrar fundamentação jurídica para
o poder disciplinar. [...] Funda-se essa
posição principalmente no argumento
de que o poder de punir constituiria
prerrogativa estatal, o que tornaria in-
concebível o acatamento de tal prerro-
gativa no universo das relações privadas.
[...]

B) Posição Autonomista — Em contra-
ponto à vertente negativista, a posição
autonomista enxerga nesse poder ta-
manha concentração de institutos e
particularidades que seria hábil a dar
origem até mesmo a um ramo próprio e
distintivo do Direito.

[...]

(9) DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do traba-
lho*. 8. Ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 598.

A posição autonomista também não
pode ser acatada. É que se sabe que a no-
ção unilateral de poder disciplinar — que
subjaz às construções autonomistas/ins-
titucionalistas — tem sido cada vez mais
contestada nas sociedades democráticas.
[...]

C) Vertente Intermediária — Em meio às
duas posições polarizantes, firmou-se a
compreensão do poder disciplinar como
segmento fático-jurídico reconhecido
pelo Direito [...].

Prevalece, desse modo, uma linha in-
termediária entre a posição negativa do
poder disciplinar e a posição ampliativa
desse poder: esta linha equidistante não
nega, assim, a válida existência desse
poder, mas também não lhe defere
tamanha amplitude de estruturação e
prerrogativas.⁽¹⁰⁾

A delimitação do poder do empregador na
relação de emprego, deve levar em considera-
ção que a Constituição Federal trata o trabalho
como fundamento da República, ou seja, no
mesmo patamar de igualdade da livre inicia-
tiva (art. 1º, IV, da Constituição da República
Federativa do Brasil de 1988).⁽¹¹⁾

Sobre a limitação do poder diretivo, leciona
Martinez:

Basta observar, com base no histórico
acórdão do STF (RE 201819/RJ), que
“as violações a direitos fundamentais
não ocorrem somente no âmbito das
relações entre o cidadão e o Estado, mas
igualmente nas relações travadas entre
pessoas físicas e jurídicas de direito pri-
vado. Assim, os direitos fundamentais
assegurados pela Constituição vinculam
diretamente não apenas os poderes pú-
blicos, estando direcionados também à

(10) *Idem*.

(11) BRASIL. *Constituição (1988). Constituição da República
Federativa do Brasil*. Brasília, DF. Disponível em: <[http://
www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.
htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 28 ago. 2021.

proteção dos particulares em face dos poderes privados.” Nesses moldes, “a autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais”.⁽¹²⁾

Neste contexto, o poder da empresa na relação de emprego está limitado aos contornos da subordinação contratual objetiva (organizar as atividades, fiscalizar e disciplinar) e os direitos fundamentais do empregado, dentre estes a intimidade, a personalidade e a autodeterminação informativa.

A sociedade da informação revela um momento em que a sociedade foi transformada por conta dos grandes avanços tecnológicos, como por exemplo, o rápido desenvolvimento dos computadores e sistemas, a invenção da *internet* e multiplicação das redes sociais.

Esse momento histórico desenvolveu e acelerou todas as áreas da sociedade, como as relações econômicas, culturais e as sociais, em especial a comunicação e a liberdade de expressão.

O impacto foi tamanho, que a sociedade passou a tratar os meios de comunicação como poder propriamente dito, ou ao menos uma das facetas deste fenômeno, como aptidão de influenciar uma seleção de ações ou omissões.

A modificação talvez mais importante com relação a teorias do poder anteriores

reside em que a teoria dos meios de comunicação compreende o fenômeno do poder com base em uma diferença entre código e processo de comunicação, não estando, por conseguinte, em condições de atribuir poder como propriedade ou capacidade a um dos parceiros. Poder é uma comunicação orientada por um código. A atribuição do poder ao poderoso é regulada, neste código, com consequências de grande alcance, o que acarreta reforço dos motivos de observância, responsabilidade, institucionalidade, direcionamento de desejos de alteração etc.⁽¹³⁾

Os dados pessoais estabelecem perfis e a partir destes é possível criar seleções e códigos que vão influenciar a escolha da sociedade em qualquer área, surgindo daí inúmeras possibilidades.

Recentemente inclusive um dos ministros do Supremo Tribunal Federal tratou sobre o assunto no artigo Constitucionalismo digital e jurisdição constitucional: uma agenda de pesquisa para o caso brasileiro.

Mendes ressaltou que o uso da *internet* pode afetar a capacidade decisória de um povo e lembrou o caso da Cambridge Analytica, empresa de marketing político que obteve dados de testes psicológicos de usuários do Facebook e, com base nessas informações, atuou para influenciar a eleição presidencial que elegeu Donald Trump nos Estados Unidos e o plebiscito que decidiu a saída do Reino Unido da União Europeia (Brexit). “Se isso tem efeito em eleições nacionais, que dirá em eleições locais”, afirmou.⁽¹⁴⁾

(12) MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 185.

(13) LUHMANN, Niklas. *Poder*. Brasília. Editora Universidade de Brasília, 1985. p. 14.

(14) BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Notícias STF*. Ministro Gilmar Mendes fala sobre constitucionalismo digital. Publicado no site do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=475571&tip=UN>>. Acesso em: 28 ago. 2021.

“Privacidade Hackeada” é um filme da Netflix que trata do escândalo com o Facebook e a empresa *Cambridge Analytica*, que teriam utilizado dados de milhares de usuários para gerar um determinado impacto nas eleições presidenciais dos EUA e no Brexit (Saída do Reino Unido da União Europeia), ambos em 2016.

Assim como vários outros, a título de exemplo, “O Dilema das Redes” é outro filme que também pode ser assistido no Netflix, que passa a mensagem de que as redes sociais conectam as pessoas, mas também as controlam.

Assistindo esses documentários fica fácil notar que a sociedade atual tem nos meios de comunicação poder social, econômico e político, se utilizando dos dados pessoais como combustível para tanto.

A sociedade informacional como um novo contexto fático, exige um novo olhar do Direito, atento a esta nova realidade e a importância dos dados pessoais na atualidade, a ponto de ser chamado de “novo petróleo” pelos agentes da economia mundial.

Desta importância, dos dados pessoais, vale lembrar que cada pessoa tem direito sobre os seus dados pessoais, o que envolve a necessidade de saber mais sobre a autodeterminação informativa.

3. Autodeterminação informativa, dados pessoais sensíveis e dados pessoais nas relações de trabalho

No contexto de uma sociedade informacional, em que se utilizam os dados pessoais das pessoas para formar perfis e influenciar as decisões, nos meios de comunicação, passa a ser essencial a compreensão da personalidade e autodeterminação das pessoas.

A personalidade, a condição de ser uma pessoa, ou melhor, o conjunto de qualidades que define a individualidade de uma pessoa, é o próprio existir de cada ser humano.

Apesar das diferenças dos seres humanos, pesquisadores da *Northwestern University*, nos Estados Unidos, examinaram mais de 1,5 milhão de pessoas e definiram quatro grupos bem distintos de personalidade: (I) regular, pessoas com bastante neuroticismo (tendência a emoções negativas) e extroversão (aberto ao contato), com baixos níveis de abertura a novas experiências; (II) reservada, emocionalmente estável, com baixo neuroticismo e pouca abertura a experiências; (III) exemplar, baixo neuroticismo e alto nas demais características, confiáveis e abertas a novas ideias, e; (IV) egocêntrica, pontua muito em extroversão e abaixo da média em abertura, simpatia e consciência.⁽¹⁵⁾

A liberdade das pessoas como direito, abrange o direito de personalidade, de desenvolver o conjunto de suas qualidades como melhor entender durante a sua vida, assim como o direito de privacidade, de ver suas informações pessoais protegidas.

A Constituição Federal não especifica a privacidade entre os direitos fundamentais do cidadão, no rol do art. 5º, mas estabelece implicitamente no inciso X, quando dispõe sobre a proteção da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas.⁽¹⁶⁾

Toda informação da pessoa é privada, um dado pessoal, como por exemplo o nome, um cadastro, uma fotografia, podendo em regra proteger essas informações do público em geral.

Como se vive em uma sociedade informacional é necessário o controle da privacidade, das informações pessoais, o que leva a ideia de autodeterminação informativa, que é a

(15) REVISTA GALILEU. *Existem quatro tipos de personalidades*, afirma estudo. Disponível em: <<https://revistagalileu.globo.com/Ciencia/noticia/2018/09/existem-quatro-tipos-de-personalidades-afirma-estudo.html>>. Acesso em: 28 ago. 2021.

(16) BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 ago. 2021.

livre escolha do próprio destino, ganhando os novos contornos da sociedade informacional, passando a ter como desdobramento, a livre escolha do destino da privacidade, dos dados pessoais.

Com efeito, a autodeterminação informativa importa na consciência do cidadão em saber, quais dos seus dados são coletados, qual a finalidade, por quem e por quanto tempo, para então decidir o fornecer ou não os dados pessoais.

Havia doutrinadores, como Allan Westin, que já afirmavam ser a privacidade o direito a controlar a maneira na qual os outros utilizariam as informações a nosso respeito. Entretanto, foi com uma célebre sentença do Tribunal Constitucional Alemão, em 1983, que ao julgar uma lei do censo aprovada no ano anterior, utilizou a expressão “autodeterminação informativa” para designar o direito dos indivíduos de decidirem por si sós, quando e dentro de quais limites seus dados pessoais podem ser utilizados.⁽¹⁷⁾

O art. 2º da LGPD (Lei Geral de Proteção dos Dados)⁽¹⁸⁾ estabelece como fundamento de todo o sistema legal a ser protegido a autodeterminação informativa, ou seja, o direito de cada pessoa de fazer o que entender melhor com seus dados pessoais.

A mesma ideia também se aplica aos dados pessoais sensíveis, a possibilidade de fazer o que bem entender, mas neste caso com um rigorismo ainda mais na proteção dispensada à estas informações.

(17) KFOURI, Gustavo; MELO, Bricio Luis Anunciação; DA SILVA, Lucas Gonçalves. A lei geral de proteção de dados como instrumento de concretização da autonomia privada em um mundo cada vez mais tecnológico. *Revista Jurídica*. Curitiba, 2020. E-ISSN: 2316-2880. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RIMA/article/view/3972>>. Acesso em: 28 ago. 2021.

(18) BRASIL. *Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Brasília, DF. Lei Geral de Proteção de Dados. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm>. Acesso em: 28 ago. 2021.

Os dados pessoais sensíveis, como o próprio nome revela, são dados mais sentidos pelas pessoas, envolvem informações mais íntimas que, uma vez reveladas ao público em geral, podem ensejar maiores constrangimentos.

São dados pessoais que podem gerar alguma forma de discriminação, como por exemplo, a raça, opção política ou religiosa, informações sobre a saúde, em especial doenças, opção sexual, etc.

São dados que estejam relacionados a características da personalidade do indivíduo e suas escolhas pessoais, tais como a origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente a saúde ou a vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural.⁽¹⁹⁾

Apesar do art. 5º, X da Constituição Federal garantir a todo cidadão brasileiro que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas⁽²⁰⁾, havia a necessidade de regulamentação acerca da proteção desta intimidade e os dados gerados, o que somente ocorreu com a publicação da Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018 — Lei Geral de Proteção de Dados.

A Lei Geral de Proteção de Dados — LGPD menciona no art. 5º, II, o conceito de dado pessoal sensível, como sendo dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico

(19) GUNTHER, Luiz Eduardo; COMAR, Rodrigo Thomazinho; RODRIGUES, Luciano Ehleke. A proteção e o tratamento dos dados pessoais sensíveis na era digital e o direito à privacidade: os limites da intervenção do Estado. *Revista Relações Internacionais do Mundo Atual*. Curitiba, v. 03, n. 53, p. 354/377, Jul-Set. 2019. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/3581/371371972>>. Acesso em: 28 ago. 2021.

(20) BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 ago. 2021.

ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural.⁽²¹⁾

Considerando que no rol dos dados pessoais, os dados sensíveis demandam um maior cuidado e proteção, o art. 11 da LGPD implementa um maior rigor em seu tratamento, estabelecendo as hipóteses taxativas para seu tratamento, quais sejam: (I) consentimento específico e destacado da pessoa; (II) pelo bem próprio da pessoa ou da coletividade, desde que os dados sensíveis sejam indispensáveis para tanto.

O motivo dos dados sensíveis merecerem uma proteção mais intensa é justamente uma consideração probabilística de que tais dados são mais afeitos a apresentarem problemas mais graves quando de má utilização — daí exatamente o fato de denominá-los como “sensíveis” em relação aos demais, enfatizando sua peculiaridade neste sentido.⁽²²⁾

Com efeito, a aceitação específica e destacada da pessoa, é a questão central quando se fala em tratamento dos dados pessoais sensíveis, simplesmente porque evita a discussão acerca do enquadramento nas hipóteses de tratamento pelo bem próprio da pessoa ou da coletividade, desde que indispensáveis para tanto.

Desta forma, fica evidenciando a ciência expressa acerca da captura de determinado dado sensível, com o conhecimento destacado da pessoa, dá a segurança necessária para os envolvidos na relação, no que tange a tratamento devido dos dados.

(21) BRASIL. *Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Brasília, DF. Lei Geral de Proteção de Dados. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm>. Acesso em: 28 ago. 2021.

(22) GUNTHER, Luiz Eduardo; COMAR, Rodrigo Thomazinho; RODRIGUES, Luciano Ehlke. A proteção e o tratamento dos dados pessoais sensíveis na era digital e o direito à privacidade: os limites da intervenção do Estado. *Revista Relações Internacionais do Mundo Atual*, Curitiba, v. 03, n. 53, p. 354/377, jul./set. 2019. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/3581/371371972>>. Acesso em: 28 ago. 2021.

Possivelmente existiam bancos de dados pessoais utilizados pelos empregadores, mas não com o volume e a facilidade de implementação viabilizada pela rede mundial de computadores (internet), redes sociais e inteligência artificial.

As empresas passaram a adotar algumas práticas, como por exemplo: a) pesquisar nas redes sociais informações pessoais dos candidatos à vaga de emprego, negando a contratação em razão de determinados dados sensíveis encontrados; b) alimentar banco de dados de associações ou grupos de empresas com dados pessoais e sensíveis de empregados, restringindo a contratação de determinados perfis; c) a partir de um perfil estabelecido pela inteligência artificial, para análise de contratação ou evolução na carreira, afastar outros perfis com base em dados sensíveis.

O portal de notícias G1 fez publicação com o título “Empresas monitoram comportamento nas redes sociais para contratar ou demitir”, informando na matéria jornalística os cuidados a serem tomados.⁽²³⁾

Também foi notícia no site de tecnologia Meio Bit que “Ferramenta de recrutamento da Amazon com AI discriminava candidatas mulheres”.⁽²⁴⁾

A proteção de dados pessoais sensíveis importaria na proibição das práticas citadas, entre outras que tenham como base tais informações, evitando assim a discriminação das pessoas no momento da contratação.

Entende-se que a proteção é necessária, deve ser perquirida a medida desta proteção,

(23) CAVALLINI, Marta. *Empresas monitoram comportamento nas redes sociais para contratar ou demitir; veja cuidados*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/concursos-e-emprego/noticia/empresas-monitoram-comportamento-nas-redes-sociais-para-contratar-ou-demitir-veja-cuidados.ghtml>>. Acesso em: 28 ago. 2021.

(24) ELLIS, Nick. *Ferramenta de recrutamento da Amazon com AI discriminava candidatas mulheres. Meio Bit*. Disponível em: <<https://tecnoblog.net/meiobit/391571/ferramenta-de-recrutamento-amazon-ai-discriminava-mulheres/>>. Acesso em: 28 ago. 2021.

eis que alguns dados pessoais sensíveis podem ser necessários em determinadas atividades, como por exemplo, saber do estado gestacional da empregada, para impedir o trabalho na proximidade do equipamento de raio x, que pode prejudicar a formação da criança.

Apesar do contexto das relações de trabalho, que tem como objeto um contrato em que as partes são nitidamente desiguais, a LGPD não faz nenhuma distinção em relação aos demais tipos contratos.

A possibilidade de coleta e tratamento dos dados pessoais decorrentes da relação de trabalho estaria abrangida na autorização do art. 7º, II e V da LGPD⁽²⁵⁾, quais sejam, para cumprimento de obrigação legal e para execução do contrato ou de procedimentos preliminares.

Por outro lado, a legislação europeia, consubstanciada no Regulamento Geral de Proteção de Dados — GDPR, fez referência a necessidade de um tratamento diferenciado dos dados pessoais nas relações de trabalho.

O Regulamento Geral de Proteção de Dados — GDPR estabelece no art. 88 que as normas no contexto do contrato de trabalho deve ser mais específicas para garantir a transparência e proteção dos dados no recrutamento e demais fases da execução contratual, em especial para salvaguardar a dignidade da pessoa humana, os interesses legítimos e os direitos fundamentais.

Dispõe o art. 88 do Regulamento Geral de Proteção de Dados — GDPR:

1. Os Estados-Membros podem estabelecer, no seu ordenamento jurídico ou em convenções coletivas, normas mais específicas para garantir a defesa dos direitos e liberdades no que respeita ao tratamento de dados pessoais dos trabalhadores no contexto laboral, nomeadamente para efeitos de recrutamento, execução do contrato, incluindo o cumprimento das obrigações previstas no ordenamento jurídico ou em convenções

(25) BRASIL. *Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Brasília, DF. Lei Geral de Proteção de Dados. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm>. Acesso em: 28 ago. 2021.

coletivas, de gestão, planejamento e organização de trabalho, de igualdade e diversidade no local de trabalho, de saúde e segurança no trabalho, de proteção dos bens do empregador ou do cliente e para efeitos do exercício e gozo, individual ou coletivo, dos direitos e benefícios relacionados com o emprego, bem como para efeitos de cessação da reação de trabalho.

2. As normas referidas incluem medidas adequadas e específicas para salvaguardar a dignidade, os interesses legítimos e os direitos fundamentais do titular de dados, com especial relevo para a transparência do tratamento de dados, a transferência de dados pessoais num grupo empresarial ou num grupo de empresas envolvidas numa atividade econômica conjunta e os sistemas de controle no local de trabalho.

3. Os Estados-Membros notificam a Comissão das disposições de direito interno que adotarem nos termos do n. 1, até 25 de maio de 2018 e, sem demora, de qualquer alteração subsequente das mesmas.⁽²⁶⁾

Observa-se do recorte acima e na leitura do artigo que no processo de seleção e contratação, devem ser observadas normas que garantam a defesa da dignidade da pessoa humana, dos interesses legítimos e dos direitos fundamentais.

Mesmo não tendo aplicação no território brasileiro, a GDPR foi inspiração para a LGPD e como tal seus valores devem influenciar a interpretação e aplicação da legislação protetiva de dados no Brasil.

Não se pode esquecer que a relação de emprego é desigual por natureza, razão pela qual a legislação trabalhista estabelece um mínimo de direitos a serem garantidos aos empregados, em especial os direitos fundamentais expressos no art. 7º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988⁽²⁷⁾.

(26) UE. GDPR. *Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados — “Tratamento no contexto laboral”*. Disponível em: <<https://www.privacy-regulation.eu/pt/88.htm>>. Acesso em: 28 ago. 2021.

(27) BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 ago. 2021.

Partindo da premissa que a relação é desigual, a proteção de dados também deve atentar à hipossuficiência do empregado, tendo como parâmetro a legislação inspiradora (GDPR), a defesa da dignidade da pessoa humana, dos interesses legítimos e respeito aos direitos fundamentais.

4. Da proteção de dados sensíveis na contratação do empregado no Supremo Tribunal Federal e no Tribunal Constitucional de Portugal

Considerando a novidade legislativa do termo “dados sensíveis”, em pesquisa no site do Supremo Tribunal Federal, o que ocorreu no dia 28 de agosto de 2021⁽²⁸⁾, buscando o termo apenas na ementa das decisões, restou como resultado 15 decisões relacionadas, a grande maioria tratando do direito de quebra do sigilo de dados pessoais e sensíveis na Comissão Parlamentar de Inquérito da Pandemia — CPI — Covid-19.

Os resultados obtidos abrangem 2 julgados relatados ou decididos liminarmente pelo Ministro Ricardo Lewandowski (Mandado de Segurança n. 38061 e MS n. 38043) e 6 julgados do Ministro Nunes Marques (MSs ns. 38.237, 38.176, 38.041, 37.968, 38.006 e 38.070)⁽²⁹⁾, sendo que os demais não tratavam do assunto “dados sensíveis” especificamente.

Resumidamente, tratam-se de Mandados de Segurança preventivos ou contra ato do Presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito da Pandemia, ajuizados por pessoas investigadas ou não na CPI, que pretendiam impedir a quebra do sigilo telefônico, fiscal, bancário e telemático, tendo como principal argumento a ilegalidade na exibição dos seus dados sensíveis.

(28) BRASIL. STF. Publicado no site do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=decisoese&pesquisa_inteiro_teor=fals e&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=%22dados%20 sens%C3%ADveis%22&sort=_score&sortBy=desc>. Acesso em: 28 ago. 2021.

(29) *Idem*.

As decisões em regra deferem as pretensões e impedem a exibição dos dados sensíveis na CPI, podendo ser destacadas duas das decisões que refletem o entendimento das demais ou que são repetidas nas demais decisões.

A primeira decisão do Ministro Ricardo Lewandowski:

Em razão da abrangência das informações cujo sigilo pretende-se quebrar no presente caso, é inevitável o acesso a dados pessoais e *dados sensíveis*, entendidos nos termos do art. 5º, I e II, da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais — LGPD (Lei n. 13.709/2018). A LGPD define como “dados pessoais” toda informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável. Já os *dados sensíveis* são aqueles relativos a “origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural”. O tratamento de *dados pessoais sensíveis* deve ser precedido de cautelas maiores, uma vez que eventual publicização desses tipos de dados pode trazer consequências mais gravosas aos direitos e liberdades de seus titulares. Nesse contexto, o art. 11, II, “d”, dispõe que o tratamento de *dados pessoais sensíveis* poderá ocorrer nas hipóteses em que for indispensável para o exercício regular de direitos, inclusive em processo judicial, administrativo e arbitral.⁽³⁰⁾

A segunda do Ministro Marques Nunes

Este último ponto precisa ser devidamente ressaltado porque, nos tempos que correm, o modo de vida das pessoas está cada vez mais ligado ao uso de tecnologias das comunicações. Os computadores pessoais e telefones inteligentes (“*smartphones*”) servem, na atualidade, para comunicações e registros os mais diversos, desde aspectos ligados aos chamados *dados sensíveis* (dados pessoais sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a

(30) BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MS n. 38.061. Publicado no site do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=decisoese&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=%22dados%20 sens%C3%ADveis%22&sort=_score&sortBy=desc>. Acesso em: 28 ago. 2021.

sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico), que a princípio não apresentam nenhum interesse para investigação parlamentar, às questões ligadas ao trabalho e aos negócios dessas, sim, de possível interesse para uma CPI. A grande convergência de informações para esses mecanismos implica o dever, por parte das autoridades investigativas, de minimizar o acesso aos dados pessoais do investigado, limitando-se ao estritamente necessário para a investigação, sob pena de ferimento irreparável do direito à intimidade e à privacidade. O direito fundamental à privacidade (art. 5, X, da Constituição Federal), como tal entendido “o direito de manter o controle sobre suas próprias informações e de determinar a maneira de construir sua própria esfera particular” (RODOTÁ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. Tradução Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda, p. 15), está na ordem do dia das discussões constitucionais justamente pela circunstância de que as tecnologias da informação têm induzido a hiperdocumentação do dia a dia das pessoas, desde os menores atos domésticos até às suas movimentações físicas e às manifestações públicas em redes sociais; isso, associado à facilidade de manipulação e recuperação das informações a partir de *dados*, por meio de mecanismos apropriados, deixa vulneráveis aspectos *sensíveis* da vida íntima dos cidadãos. Nesse contexto, a quebra de sigilo das comunicações deve ser medida excepcionalíssima, e, ainda mais, deve recair sobre o mínimo possível para o desenvolvimento da investigação (seja ela judicial ou legislativa). A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), aliás, embora não se dirija especificamente à disciplina das medidas de investigação, deixou claro, no art. 4º, § 1º, que tais medidas devem sempre ser proporcionais e estritamente necessárias ao atendimento do interesse público, observados o devido processo legal, os princípios gerais de proteção e os direitos do titular previstos na própria LGPD.⁽³¹⁾

(31) BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *MS n. 38.237*. Publicado no site do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=deciso&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=%22dados%20sens%C3%ADveis%22&sort=_score&sortBy=desc>. Acesso em: 28 ago. 2021.

A compreensão das decisões do STF é no sentido de que a utilização dos dados sensíveis deve ser proporcional e estritamente necessária ao atendimento do exercício regular do direito e do interesse público.

Proporcional, nem mais, nem mesmo, os dados sensíveis devem ser utilizados somente quando estritamente necessários.

Ainda em busca junto ao Tribunal Constitucional de Portugal, a pesquisa pronta pelo termo “dados pessoais” resultou em 2 julgados que tratam de utilização de “dados sensíveis” pelo empregador e da inconstitucionalidade ou não das respectivas normas.⁽³²⁾

O primeiro julgamento é o Acórdão n. 368/2002⁽³³⁾, que analisou a inconstitucionalidade do Decreto-Lei n. 26/1994 e da Lei n. 7/1995, que previam a realização de exames periódicos de saúde aos trabalhadores, “tendo em vista verificar a aptidão física e psíquica do trabalhador para o exercício da sua profissão, bem como a repercussão do trabalho e das suas condições na saúde do trabalhador” e estabeleciam o dever de os trabalhadores comparecerem aos exames médicos e realizarem os testes “que visem garantir a segurança e saúde no trabalho”.

Entendeu a Corte Portuguesa pela obrigatoriedade de sujeição a exame médico em razão da necessidade de verificar que a prestação de trabalho decorra sem risco para o próprio trabalhador e para terceiros, mas somente o exame estritamente necessário, adequado e proporcionado à verificação de alterações na saúde do trabalhador.

O mesmo vale para questionários e testes relativos a aspectos incluídos na vida privada

(32) PORTUGAL. Publicado no site do *Tribunal Constitucional de Portugal*. Disponível em: <<http://www.tribunal-constitucional.pt/tc/acordaos/20030306.html>>. Acesso em: 28 ago. 2021.

(33) PORTUGAL. *Acórdão n. 368/02*. Publicado no site do *Tribunal Constitucional de Portugal*. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20030306.html>>. Acesso em: 28 ago. 2021.

do trabalhador: a utilização destes meios — abrangendo os testes sobre a saúde do trabalhador — deve ser limitada aos casos em que seja necessária para proteção de interesses de segurança de terceiros (assim, por exemplo, testes de estabilidade emocional de um piloto de avião) ou do próprio trabalhador, ou de outro interesse público relevante, e apenas se se mostrarem realmente adequados aos objetivos prosseguidos.

O segundo julgamento encontrado é o Acórdão n. 306/03⁽³⁴⁾, que analisa a inconstitucionalidade do art. 17 do Código do Trabalho de Portugal, relativa à prestação a empresa de informações relativas à saúde ou estado de gravidez do candidato ao emprego.

Entendeu a Corte de Portugal que não seria possível a empresa exigir informações ou exames, que dariam conhecimento da doença do empregado ou gravidez, bastando a informação médica de aptidão ou não para o trabalho.

A compreensão do julgado é no sentido de que o direito de intimidade do empregado abrange o acesso e divulgação de dados relacionados a sua vida íntima, tais como é a saúde, ultrapassando o estritamente necessário para salvaguardar os direitos da empresa a exigência de informações ou exames médicos.

Considerou o julgado violado o princípio da proporcionalidade, porque para a finalidade que se tinha em vista seria suficiente a intervenção do médico, apenas comunicando ao empregador a aptidão ou inaptidão do trabalhador para o desempenho da atividade.

O empregador não tem necessidade de conhecer diretamente dados relativos à esfera íntima do candidato a emprego ou do trabalhador, bastandolhe obter a informação da eventual existência de inconvenientes à contratação ou à atribuição de determinadas atividades. A vinculação do médico ao segredo

profissional reduz ao mínimo a indevida e desnecessária divulgação de dados cobertos pela reserva da intimidade da vida privada.

5. Considerações finais

O poder do empregador está adstrito aos contornos da subordinação contratual objetiva, ou seja, apenas no âmbito das atividades contratadas, para organizar as tarefas, fiscalizar o cumprimento destas e com poder disciplinar para tanto.

O poder da empresa não recai sobre a pessoa do empregado, não podendo perquirir sobre sua intimidade, para saber sua opção sexual, religiosa, política ou outras informações sobre o empregado, que somente a ele competem.

Muito pelo contrário, o poder da empresa também é limitado pelos direitos fundamentais do empregado, que deve ter respeitada a sua intimidade, personalidade e autodeterminação informativa.

A sociedade atual, impactada pela tecnologia de informação e comunicação, abre um leque de possibilidades e acessos ao empregador, viabilizando o monitoramento nas redes sociais de diversas informações sobre o empregado.

Neste contexto, deve o empregado avaliar quais informações disponibiliza nas redes sociais, pois quanto mais expõe sua intimidade, mais acessível fica ao monitoramento empresarial e os possíveis constrangimentos e discriminações decorrentes.

O direito fundamental a autodeterminação informativa deve ser exercido pelas pessoas de forma ampla, desde o momento em que resolvem expor determinada informação nas redes sociais até o momento em que passam por um processo seletivo ou contratação.

Os dados pessoais sensíveis podem gerar problemas relacionados a discriminação entre outros, o que significa dizer que, em regra, somente devem ser informados com a aceitação

(34) PORTUGAL. *Acórdão n. 306/03*. Publicado no site do Tribunal Constitucional de Portugal. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20030306.html>>. Acesso em: 28 ago. 2021.

específica, para o próprio bem da pessoa ou da coletividade, nos termos do art. 11 da LGPD.

Apesar da LGPD não dispor de tratamento diferenciado nas relações de trabalho, deve se inspirar no Regulamento Geral de Proteção de Dados da Europa, que estabelece a necessidade da instituição de regras mais específicas, observadas normas que garantam a defesa da dignidade da pessoa humana, dos interesses legítimos e dos direitos fundamentais.

A compreensão das decisões do STF sobre dados sensíveis é no sentido de que a utilização destes deve ser proporcional e estritamente necessária ao atendimento do exercício regular do direito e do interesse público.

A Corte Portuguesa também tem admitido que a utilização dos dados sensíveis somente seria possível para evitar riscos ao próprio trabalhador e para terceiros, mas somente o estritamente necessário, adequado e proporcionado à verificação da finalidade.

A LGPD estabelece em seu art. 1º a finalidade de proteger a liberdade, a privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade, relacionando como fundamentos para tanto a autodeterminação informativa e a inviolabilidade da intimidade, dentre outros, em seu art. 2º.

Sendo fundamento da norma a autodeterminação e inviolabilidade da intimidade, parece evidente que o poder de saber tudo sobre seus dados e a inviolabilidade da intimidade, são dois princípios/valores que vão regular toda a interpretação e aplicação da lei.

O art. 4º, § 1º da LGPD evidencia que inclusive nas hipóteses do inciso III do mesmo dispositivo (segurança pública; defesa nacional; segurança do Estado; ou atividades de investigação e repressão de infrações penais) a legislação deverá prever medidas proporcionais e estritamente necessárias ao atendimento do interesse público.

O que leva a concluir assim que duas regras se aplicam nas relações da LGPD, quais sejam,

a proporcionalidade e estrita necessidade para o atendimento da finalidade. O que se observa inclusive nos julgados pesquisados e acima mencionados no presente trabalho.

Nos processos de seleção devem ser exigidas informações e documentos relacionados ao currículo profissional ou as informações prestadas no preenchimento da ficha de solicitação de emprego.

Considerando que o poder do empregador está relacionado a subordinação contratual objetiva, as informações tomadas no momento que anteveem este contrato não podem ser diferentes. Saber qual a experiência profissional, os locais em que trabalhou, as atividades que desenvolveu, os cursos que realizou, são informações pessoais necessárias para a avaliação do candidato ao emprego.

Nada impede que a empresa pesquise nas redes sociais outras informações expostas pelo empregado, mas é importante lembrar que na avaliação do candidato, não deve considerar informações pessoais que não se relacionam a atividade em si ou que envolvem dados sensíveis, que dizem respeito apenas ao âmbito de intimidade daquele indivíduo.

Escolhido o candidato, passando ao momento da contratação, alguns documentos são indispensáveis para o cumprimento de obrigação legal e procedimentos preliminares ao contrato, razão pela qual podem ser solicitados, nos termos do art. 7º, II e V da LGPD, são eles: Carteira de Trabalho e Previdência Social – CTPS; Certidão de casamento e Nascimento dos filhos; Carteira de Vacinação dos filhos menores de 7 anos; Atestado Médico Admissional, conforme dispõe o art. 168, I da CLT (Consolidação das Leis Trabalhistas)⁽³⁵⁾; Comprovante de escolaridade; Comprovante de endereço; Carteira de Identidade; Cadastro Nacional de Pessoa Física — CPF; Título

(35) BRASIL. *Decreto-lei 5.452, de 1º de maio de 1943*. Consolidação das Leis do Trabalho, Brasília, DF. Publicado em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 28 ago. 2021.

de Eleitor; Certificado de Reservista; Cartão do Programa de Integração Social — PIS, e; Foto para identificação na ficha de registro de empregado.

Mesmo sem exigência da LGPD, seguindo a inspiradora RGD, nada impede e a precaução aconselha, que a empresa informe ao candidato no processo de seleção e contatação sobre os dados pessoais que estão sendo coletados, a finalidade e quando serão excluídos. Para tanto basta o registro em termo escrito ou o aceite do candidato no próprio sistema.

Em regra, não devem ser exigidos dados sensíveis na seleção do candidato ou durante a contratação para o emprego, porque tais informações não são necessárias para a finalidade pretendida.

Com efeito, em alguns casos pode surgir a necessidade de informação de dados pessoais sensíveis, o que somente seria possível para evitar riscos ao próprio trabalhador ou riscos para terceiros.

Mas em qualquer caso, somente o estritamente necessário, adequado e proporcionado à verificação da finalidade.

Os dados pessoais sensíveis somente devem ser informados com a aceitação específica e para o próprio bem da pessoa ou da coletividade, nos termos do art. 11 da LGPD.

Apesar do art. 11 da LGPD tratar como hipóteses não cumulativas, a inspiração da RGD impõe a cumulação da aceitação específica e da hipótese de para o próprio bem da pessoa ou coletividade.

A interpretação das hipóteses deve ser a mais restritiva possível, qual seja, para o bem da pessoa, quando necessária ao exercício regular de um direito, e para o bem da coletividade, quando o interesse público exige, observando se é indispensável e proporcional à finalidade.

Como por exemplo, sendo necessária a informação de aptidão ou não para determinada atividade, bastaria à empresa a informação

médica de aptidão ou não, sem adentrar na análise dos exames e informações médicas.

Pelo princípio da proporcionalidade, já estaria atendida a necessidade pela informação da aptidão ou não para aquela atividade.

Neste contexto, estariam observados os fundamentos da LGPD, a autodeterminação informativa e a inviolabilidade da intimidade, além dos cuidados da RGD na contratação de empregados, a defesa da dignidade da pessoa humana, dos interesses legítimos e dos direitos fundamentais.

6. Referências

BARROS, Alice Monteiro. *Estudos de direito do trabalho e processo do trabalho, em homenagem a José Luiz Ferreira Prunes*. São Paulo: LTr, 1998. Disponível em: <<http://www.coad.com.br/app/webroot/files/trab/html/doutrina/em368.htm>>. Acesso em: 28 ago. 2021.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 12. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2004.

BOURDIEU, Pierre. *O Poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 ago. 2021.

_____. *Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Brasília, DF. Lei Geral de Proteção de Dados. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm>. Acesso em: 28 ago. 2021.

_____. *Decreto-lei 5.452, de 1º de maio de 1943*. Consolidação das Leis do Trabalho, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 28 ago. 2021.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Notícias STF*. Ministro Gilmar Mendes fala sobre constitucionalismo digital. Publicado no site do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=475571&tip=UN>>. Acesso em: 28 ago. 2021.

_____. STF. Publicado no *site* do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=decisoese&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=%22dados%20sens%C3%ADveis%22&sort=_score&sortBy=desc>. Acesso em: 28 ago. 2021.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *MS n. 38.061*. Publicado no *site* do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=decisoese&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=%22dados%20sens%C3%ADveis%22&sort=_score&sortBy=desc>. Acesso em: 28 ago. 2021.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *MS n. 38.237*. Publicado no *site* do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=decisoese&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=%22dados%20sens%C3%ADveis%22&sort=_score&sortBy=desc>. Acesso em: 28 ago. 2021.

CAVALLINI, Marta. *Empresas monitoram comportamento nas redes sociais para contratar ou demitir; veja cuidados*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/concursos-e-emprego/noticia/empresas-monitoram-comportamento-nas-redes-sociais-para-contratar-ou-demitir-veja-cuidados.ghtml>>. Acesso em: 28 ago. 2021.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009.

ELLIS, Nick. Ferramenta de recrutamento da Amazon com AI discriminava candidatas mulheres. *Meio Bit*. Disponível em: <<https://tecnoblog.net/meiobit/391571/ferramenta-de-recrutamento-amazon-ai-discriminava-mulheres/>>. Acesso em: 28 ago. 2021.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 30 ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

GUNTHER, Luiz Eduardo; COMAR, Rodrigo Thomazinho; RODRIGUES, Luciano Ehlke. A proteção e o tratamento dos dados pessoais

sensíveis na era digital e o direito à privacidade: os limites da intervenção do Estado. *Revista Relações Internacionais do Mundo Atual*. Curitiba, V. 03, n. 53, p. 354/377, Jul-Set. 2019. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/3581/371371972>>. Acesso em: 28 ago. 2021.

KFOURI, Gustavo; MELO, Bricio Luis Anunciação; SILVA, Lucas Gonçalves da. A lei geral de proteção de dados como instrumento de concretização da autonomia privada em um mundo cada vez mais tecnológico. *Revista Jurídica*. Curitiba, 2020. E-ISSN: 2316-2880. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RIMA/article/view/3972>>. Acesso em: 28 ago. 2021.

LUHMANN, Niklas. *Poder*. Brasília. Editora Universidade de Brasília, 1985.

MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2010.

PORTUGAL. Publicado no *site* do *Tribunal Constitucional de Portugal*. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20030306.html>>. Acesso em: 28 ago. 2021.

_____. *Acórdão n. 368/02*. Publicado no *site* do Tribunal Constitucional de Portugal. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20030306.html>>. Acesso em: 28 ago. 2021.

_____. *Acórdão n. 306/03*. Publicado no *site* do Tribunal Constitucional de Portugal. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20030306.html>>. Acesso em: 28 ago. 2021.

REVISTA GALILEU. *Existem quatro tipos de personalidades*, afirma estudo. Disponível em: <<https://revistagalileu.globo.com/Ciencia/noticia/2018/09/existem-quatro-tipos-de-personalidades-afirma-estudo.html>>. Acesso em: 28 ago. 2021.

UE. GDPR. *Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados* — “Tratamento no contexto laboral”. Disponível em: <<https://www.privacy-regulation.eu/pt/88.htm>>. Acesso em: 28 ago. 2021.

WEBER, Max. *Ciência e política: duas vocações*. São Paulo: Martin Claret, 2003.

A Relativização da Proteção do Trabalhador Ante a Imunidade de Jurisdição de Organismos Internacionais no Brasil: Um Estudo de Caso

Carlos Humberto Rios Mendes Júnior^(*)

Resumo:

- O pleno do Supremo Tribunal Federal, ao reconhecer a repercussão geral e decidir o Recurso Extraordinário n. 1.034.840/DF que trata sobre a imunidade de jurisdição de organismos internacionais quanto a matéria trabalhista solapou, *a contrario sensu*, entendimentos anteriores sobre o mesmo assunto, particularmente a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho. O objetivo deste estudo é analisar tal *dictum* e utilizá-lo como paradigma sobre o desrespeito ao princípio da inafastabilidade da proteção ao trabalhador diante de tratados internacionais firmados pelo Brasil que aferem imunidade para organismos internacionais, mas o fazem sob escopo indevido, como o trabalhista. Levando-se em conta que a proteção integral do trabalhador é direito fundamental encartado na Constituição Federal de 1988 e, portanto, parte do seu núcleo duro, e o STF, por suposto, guardião da Carta Magna, pretende-se abordar o inusitado choque entre imunidade internacional e efetivação de direitos trabalhistas que, sob o viés garantista que nos é contemporâneo, seria de simples e direta resolução, mas assim não o foi, ocasionando irresponsabilidade relativa na cumprimento de obrigações trabalhistas no Brasil por parte de organismos internacionais.

Palavras-chave:

- Proteção ao trabalhador — Imunidade — Organismo internacional.

Abstract:

- The plenary session of the Federal Supreme Court, upon recognizing the general repercussion and deciding on the Extraordinary Appeal 1,034,840/DF, which deals with the immunity from jurisdiction of international organizations in relation to labor matters, undermined, *a contrario sensu* previous understandings on the same subject, particularly

(*) Policial Federal, lotado na Superintendência Regional da Polícia Federal no Amazonas. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Especialista em Direito do Trabalho e Direito Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

the jurisprudence of the Superior Labor Court. The objective of this study is to analyze this *dictum* and use it as a paradigm on the disrespect of the principle of non-removability of worker protection in the face of international treaties signed by Brazil that grant immunity to international organizations, but do so under an undue scope, such as labor. Taking into account that the integral protection of the worker is a fundamental right enshrined in the Federal Constitution of 1988 and, therefore, part of its hard core, and the STF, guardian of the *Carta Magna*, it is intended to address the unusual clash between international immunity and the enforcement of labor rights that, under the guaranteeism focus that is contemporary to us, would be of simple and direct resolution, but it was not, causing relative irresponsibility in the fulfillment of labor obligations in Brazil by international organizations.

Key-words:

- ▶ Worker protection — Immunity — International body

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. O Recurso Extraordinário n. 1.034.840 DF
 - ▶ 2.1. Apresentação do caso
 - ▶ 2.2. Imunidade de jurisdição em tratado firmado pelo Brasil
 - ▶ 2.3. A proteção ao trabalhador e a solução dada pelo STF: incompatibilidade
- ▶ 3. Conclusão
- ▶ 4. Referências

1. Introdução

Na seara internacional, respeitar a soberania de outro sujeito de direito é respeitar a própria existência de dito sujeito, tomando a vontade deste outro como limitador de sua própria. Permite-se, assim, e de maneira muito similar ao respeito às vontades entre pessoas no âmbito interno (*raison d'être* afinal, do próprio direito), a convivência pacífica, ou pelo menos a ela se almeja.

É neste sentido que a imunidade de sujeitos de direito internacional (exceções à jurisdição de um sujeito quando em relação a outro) mostra-se como ferramenta básica de reconhecimento de soberania, de exercício da não-intervenção e, por fim, de reconhecimento mútuo.

Natural é, portanto, que a discussão do nível, abrangência e alcance dessa imunidade não seja algo novo, estando presente em maior ou menor grau desde o início da atuação externa dos países, com a forma mais básica do direito internacional.

Ocorre que, se o respeito à soberania de outros atores na seara internacional, do qual a imunidade é instrumento, mostra-se base permissiva e indispensável na construção de uma relação harmônica entre ditos atores, permitindo sua convivência livre de ingerências e intervenções para uns com os outros, implica também e necessariamente na escolha de quais matérias determinado país considera indelévels de sua consideração jurisdicional, e quais, em contrapartida, irão fugir ao arbítrio da sua soberania.

Foi nesse contexto que o pleno do Supremo Tribunal Federal, sob a relatoria do Ministro Luiz Fux, em 1º de junho de 2017, reconheceu a repercussão geral e decidiu o Recurso Extraordinário n. 1.034.840/DF, que trata de expediente contra acórdão proferido pelo Tribunal Superior do Trabalho, que por sua vez assentava sobre a imunidade de jurisdição de organismos internacionais quanto a matéria trabalhista.

Ao analisar tal *dictum*, que em realidade é muito mais uma sedimentação (que se almeja definitiva) de entendimentos anteriores sobre o mesmo assunto, pretende este estudo tratar da questão da proteção ao trabalhador pelo judiciário brasileiro, direito fundamental encartado na Constituição Federal de 1988 (e, portanto, parte do seu núcleo duro), e sob quais aspectos nosso tribunal constitucional entende que seu afastamento possa ocorrer.

Assim, objetiva-se refletir a dicotomia imunidade - soberania no que diga respeito à salvaguarda de garantias trabalhistas, para se analisar até que ponto direitos humanos ditos universais realmente o são.

2. O Recurso Extraordinário n. 1.034.840/DF

2.1. Apresentação do caso

O Recurso Extraordinário n. 1.034.840/DF⁽¹⁾ teve sua repercussão geral reconhecida e

foi decidido pelo plenário virtual do Supremo Tribunal Federal⁽²⁾ na data de 1º de junho de 2017.

Com relatoria do Ministro Luiz Fux, tratou de expediente impetrado pela Advocacia Geral da União contra acórdão do Tribunal Superior do Trabalho, que por sua vez havia decidido sobre a imunidade relativa do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD, organização vinculada à Organização das Nações Unidas e considerada um de seus braços mais atuantes e com maior presença nos países em desenvolvimento⁽³⁾) quanto a questões trabalhistas.

O recorrido, em sua petição inicial, afirmou que foi contratado por aquela organização internacional para prestar serviços como assessor técnico para assuntos de imprensa, o que fez durante o período de 1º de junho de 1997 a 31 de dezembro de 2003, momento no qual foi dispensado sem ter recebido qualquer verba trabalhista, sequer tendo sua carteira de trabalho assinada.

O juízo originário extinguiu o processo sem resolução de mérito, afirmando imunidade de jurisdição dos organismos internacionais.

A Terceira Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região negou provimento a recurso ordinário, alegando a manutenção de dita imunidade (sobre a qual “deveria haver expressa renúncia por parte do organismo internacional”, afirmou).

(1) RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ORGANISMO INTERNACIONAL. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS — ONU. PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO — PNUD. CONVENÇÃO SOBRE PRIVILÉGIOS E IMUNIDADES DAS NAÇÕES UNIDAS — DECRETO N. 27.784/1950. CONVENÇÃO SOBRE PRIVILÉGIOS E IMUNIDADES DAS AGÊNCIAS ESPECIALIZADAS DAS NAÇÕES UNIDAS — DECRETO N. 52.288/1963. ACORDO BÁSICO DE ASSISTÊNCIA TÉCNICA COM AS NAÇÕES UNIDAS E SUAS AGÊNCIAS ESPECIALIZADAS — DECRETO N. 59.308/1966. IMPOSSIBILIDADE DE O ORGANISMO INTERNACIONAL VIR A SER DEMANDADO EM JUÍZO, SALVO EM CASO DE RENÚNCIA EXPRESSA À IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO EM PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CONTROVÉRSIA CONSTITUCIONAL DOTADA DE REPERCUSSÃO GERAL. REAFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO

TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO. (STF – RE n. 1.034.840 DF, relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 1º jun. 2017, Data de Publicação: Dje-143 30 jun. 2017.)

(2) O plenário virtual do STF pode ser utilizado para decidir o mérito se houver reafirmação de jurisprudência dominante do próprio tribunal constitucional, conforme seu Regimento Interno (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Regimento Interno*: [atualizado até julho de 2016]. Brasília: STF, 2016).

(3) REZEK, Francisco. A Justiça do Brasil ante a Imunidade de Jurisdição das Nações Unidas. In: RAMINA, Larissa; FRIEDRICH, Tatyana Scheila (Coords.). *Coleção Direito Internacional Multifacetado: direitos humanos e jurisdição internacional*. v. IV. Curitiba: Juruá, 2014.

Em sede de recurso de revista, a Terceira Turma do TST, por sua vez, afirmou possível a relativização de dita imunidade. Em suma, para o TST a diferenciação entre atos de gestão e de império seria primordial na discussão da imunidade, a qual não abarcaria, assim, as questões de matéria trabalhista.

Desta feita, para o colendo tribunal, no caso de funcionário brasileiro contratado por organismo internacional no Brasil, as relações de trabalho, como atos de gestão que são, não estariam resguardados pela imunidade. Deveria o juízo originário julgar o mérito.

Assim rezava o acórdão do TST, contestado pelo Recurso Extraordinário:

“RECURSO DE REVISTA – ORGANISMO INTERNACIONAL – IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO. Esta Corte tem entendido que os entes de direito público externo não possuem imunidade absoluta de jurisdição. A imunidade de jurisdição dos organismos internacionais se restringe aos atos de império, dentre os quais não se incluem os relacionados à legislação trabalhista. Efetivamente, são atos de gestão os concernentes às relações de trabalho, como os em debate na presente ação, em que o Reclamante pleiteia o reconhecimento do vínculo de emprego e o direito a parcelas decorrentes do contrato de trabalho, não havendo que se falar, portanto, em imunidade de jurisdição. Precedentes do TST. Recurso de Revista conhecido e provido.”

A União, por meio da Advocacia Geral da União, arguiu ataque a diversos preceitos da Constituição Federal, entre eles o dever da atuação do Poder Judiciário moderada pelas atribuições constitucionais dos demais poderes, bem como afirmou haver ameaça ao princípio da cooperação internacional (art. 4º, IX, da CF/88). Assim o fez por argumentar a necessidade de vinculação a tratados internacionais ratificados pelo país.

O recorrido, por sua vez, afirmou que a decisão do TST estava de acordo com a jurisprudência daquele tribunal, e que não haveria ofensa a dispositivo constitucional, salvo indiretamente, o que inviabilizaria o recurso extraordinário.

Em realidade, a questão da imunidade absoluta das organizações internacionais, de maneira a afastar também qualquer responsabilidade trabalhista de tais organismos, tem sido fruto de longo e antigo embate entre a justiça laboral e o Supremo Tribunal Federal.

Isso pois, no que pese o próprio Tribunal Superior do Trabalho ter emitido uma Orientação Jurisprudencial (OJ n. 416, do SDI-1⁽⁴⁾) afirmando a imunidade de jurisdição para organismos internacionais, tentou-se por mais de uma vez⁽⁵⁾⁽⁶⁾ reformar esse entendimento para relativizar tal imunidade. Em realidade, ao emitir o acórdão supra, que iria de encontro direto a referida OJ, o TST mais uma vez mostrava seu intento de reformá-la.

No caso em questão, as normas que regulamentam a matéria variam entre acordos internacionais específicos (internalizados como decretos) e o próprio texto constitucional.

Vejamos.

Se por um lado a imunidade de *Estados* estrangeiros deriva do costume internacional⁽⁷⁾,

(4) “As organizações ou organismos internacionais gozam de imunidade absoluta de jurisdição quando amparados por norma internacional incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro, não se lhes aplicando a regra do Direito Consuetudinário relativa à natureza dos atos praticados. Excepcionalmente, prevalecerá a jurisdição brasileira na hipótese de renúncia expressa à cláusula de imunidade jurisdicional.” BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Orientação Jurisprudencial da SDI-1 n. 416. IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO. ORGANIZAÇÃO OU ORGANISMO INTERNACIONAL. DEJT* divulgado em 14, 15 e 16 fev. 2012.

(5) E-ED-RR-900/2004-019-10-00.9 (MIGALHAS. *TST aceita imunidade absoluta de organismos internacionais*. 2009. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI92265,11049-TST+aceita+imunidade+absoluta+de+organismos+internacionais>>. Acesso em: 10 jan. 2022)

(6) TST-E-RR-61600-41.2003.5.23.0005 (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Mantida jurisprudência sobre imunidade de jurisdição dos organismos internacionais*. 2016. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/mantida-jurisprudencia-sobre-imunidade-de-jurisdicao-dos-organismos-internacionais>. Acesso em: 10 jan. 2022).

(7) REZEK, Francisco. *Direito internacional público*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 307.

não sendo matéria afeta, atualmente, a nenhum tratado válido para o Brasil⁽⁸⁾, quanto a *organismos internacionais*, todavia, como corretamente arguido pela União no caso em pauta, o Brasil é signatário tanto da Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Nações Unidas⁽⁹⁾, como da Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Agências Especializadas das Nações Unidas⁽¹⁰⁾ e, ainda, especificamente no que se refere ao Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, também do Acordo Básico de Assistência Técnica com as Nações Unidas e suas Agências Especializadas⁽¹¹⁾, por onde o Brasil se obriga (se antes já não o fazia), a aplicar as duas convenções anteriores às agências especializadas da ONU no país.

Todos os acordos supra foram regular e devidamente incorporados à normativa interna brasileira, tendo todos caráter de lei ordinária. Seus textos se referem expressamente à imunidade de jurisdição da ONU e de suas agências quanto a seus funcionários, devendo ser quaisquer controvérsias nesta seara lidadas por procedimento próprio e interno.

A nível constitucional, o art. 4º, IX da CF/88 discorre como princípio nas relações internacionais da República Federativa do Brasil a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade, o que embasaria a necessidade de respeito aos tratados firmados e à própria imunidade em si, como mecanismo de cooperação.

(8) PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito internacional público e privado*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 187.

(9) BRASIL. *Decreto n. 27.784, de 16 de fevereiro de 1950*. Promulga a Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Nações Unidas, adotada em Londres, a 13 de fevereiro de 1946, por ocasião da Assembleia Geral das Nações Unidas.

(10) BRASIL. *Decreto n. 52.288, de 24 de julho de 1963*. Promulga a Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Agências Especializadas das Nações Unidas, adotada, a 21 de novembro de 1947, pela Assembleia Geral das Nações Unidas.

(11) BRASIL. *Decreto n. 59.308, de 23 de setembro de 1966*. Promulga o Acordo Básico de Assistência Técnica com a Organização das Nações Unidas, suas Agências Especializadas e a Agência Internacional de Energia Atômica.

No RE estudado, a União arguiu assim o descumprimento daqueles tratados com base neste princípio de cooperação internacional, como motivo principal para o provimento do cancelamento do acórdão do TST atacado.

Ademais, a AGU apresentou ainda os artigos da Constituição que tratam sobre as diferentes competências dos poderes Legislativo e Executivo para ratificar e internalizar tratados internacionais, bem como as limitações do Poder Judiciário para tanto⁽¹²⁾, de maneira a sinalizar em sua argumentação possível quebra do princípio da separação dos poderes.

Por outro lado arguiu o recorrente (e faz-se importante lembrar), que a mesma Constituição Federal trouxe como direito fundamental a inafastabilidade do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV), como também e ainda, em seu art. 114, I, explicitamente apresentou como competência da Justiça do Trabalho as “ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo”, o que engloba tanto os Estados estrangeiros como as organizações internacionais⁽¹³⁾.

2.2. Imunidade de jurisdição em tratado firmado pelo Brasil

O STF, por maioria dos votos, reafirmou a jurisprudência dominante sobre a matéria no Tribunal, tendo seu relator, Min. Luiz Fux, fixado a seguinte tese: o organismo internacional que tenha garantida a imunidade de jurisdição em tratado firmado pelo Brasil e internalizado na ordem jurídica brasileira não pode ser demandado em juízo, salvo em caso de renúncia expressa a essa imunidade⁽¹⁴⁾.

(12) Especificamente, artigos 49, I (competência exclusiva do Congresso Nacional para resolver sobre tratados); 84, VIII (competência exclusiva do Presidente da República para celebrar tratados, convenções e atos internacionais); 93, IX (publicidade das decisões judiciais); e 97 (necessidade de maioria absoluta para declaração de inconstitucionalidade por tribunais).

(13) PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito internacional público e privado*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 197.

(14) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Repercussão Geral no RE n. 1.034.840/DF*. Relator: Min. Luiz Fux, Data de Julgamento: 1º jun. 2017, Data de Publicação: Dje-143 30 jun. 2017. Inteiro teor do acórdão, p. 8.

O embasamento de dita solução girou em torno da necessidade do cumprimento das obrigações internacionais pelo Brasil, traduzidas nos decretos que versaram sobre a imunidade de organizações internacionais, mormente aquelas ligadas à Organização das Nações Unidas, como é o caso do PNUD, e do *interesse político* em fazê-lo.

Tais tratados, devidamente ratificados e subsequentemente incorporados ao direito pátrio, trariam em seu bojo a imunidade (não relativa, mas absoluta) para todos os atos de organismos internacionais, sendo ineficaz a diferenciação entre os tipos de atos (de gestão ou de império⁽¹⁵⁾), como no caso de Estados estrangeiros. Assim, dita imunidade também abarcaria as matérias de questões trabalhistas que, portanto, deveriam, se atendo ao texto dos já mencionados tratados, ser resolvidas por processos internos da ONU, utilizando-se de arbitragem própria.

Os ministros Marco Aurélio, Edson Fachin e Rosa Weber foram os votos discordantes no julgamento do mérito do Recurso Extraordinário em questão.

O Ministro Marco Aurélio votou contra por acreditar que, no que pese o permissivo do Regimento Interno do STF para o julgamento da causa por meio do plenário virtual, a matéria deveria ser debatida em toda sua profundidade, presencialmente, no pleno.

O Ministro Edson Fachin, por sua vez, no que pese também ter arguido o seu descontentamento com a discussão no plenário virtual, achando-a inadequada ante a necessidade do aprofundamento do debate, foi bem mais enfático ao tratar do mérito: afirmou que não depreendeu dos pronunciamentos da corrente

vencedora um fundamento determinante, nem tampouco apto, a culminar na reafirmação da orientação jurisprudencial proposta.

Em outras palavras, discordou dos argumentos trazidos (tanto os contemporâneos, como os das decisões pretéritas, ao qual o relator deu como “reafirmadas”), mas apenas deu indícios dos seus próprios, evitando fundamentá-los em sua plenitude (o que imaginamos ocorreria no pleno, logo sua insatisfação com a discussão no plenário virtual).

Decantando-se sua argumentação, percebe-se que a principal ressalva do Ministro Fachin foi a de que não haveria uma reafirmação jurisprudencial *per se*, tendo em vista que decisões pretéritas se embasaram no reconhecimento da *personalidade jurídica* das organizações internacionais para concessão de imunidade⁽¹⁶⁾, e não nos tratados a elas referentes (como no caso em tela).

2.3. A proteção ao trabalhador e a solução dada pelo STF: Incompatibilidade

Para discutir a solução dada pelo STF, antes precisamos refletir sobre a natureza da justiça laboral, aqui exemplificada no seu princípio mais icônico, o princípio da proteção ao trabalhador.

O princípio da proteção ao trabalhador, como basilar ao Direito do Trabalho, refere-se ao critério fundamental que orienta dita matéria sobre o amparo preferencial a uma das partes da relação de trabalho: o trabalhador.⁽¹⁷⁾ Ou seja, é o princípio da proteção do trabalhador (ou princípio protetor, ou apenas princípio da proteção), o responsável por informar que o Direito do Trabalho estrutura em seu interior, com suas regras, institutos, princípios e presunções próprias, uma teia de

(15) Rezek muito bem aponta que tal relativização de imunidade, com a diferenciação entre atos de império, imunes, e atos de gestão, não imunes, teve início com a decisão do próprio STF, por unanimidade, na Apelação Cível 9.696, RTJ 133/159, de maio de 1989. Dita decisão se aplica a Estados estrangeiros somente, contudo. (REZEK, Francisco. *Direito internacional público*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 216).

(16) AR n. 909 EI, rel. Min. BILAC PINTO, Tribunal Pleno, DJ 07 out. 1977/ RE n. 81901, rel. Min. SOARES MUÑOZ, Tribunal Pleno, DJ 23 fev. 1979.

(17) RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de direito do trabalho*. São Paulo: LTr; Ed. da Universidade de São Paulo, 1978. p. 28.

proteção à parte hipossuficiente na relação empregatícia, o trabalhador, visando retificar ou atenuar o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho.⁽¹⁸⁾

Assim, enquanto no direito comum uma constante preocupação é dada para assegurar a igualdade jurídica entre contratantes, no Direito do Trabalho a preocupação central é a de *proteger* uma das partes com o objetivo de, mediante essa proteção, alcançar-se uma igualdade substancial e verdadeira.⁽¹⁹⁾

É neste sentido, em cujo pensamento se desdobra também o princípio da indisponibilidade das normas trabalhistas dele derivado, onde reside a particular natureza intervencionista do Direito do Trabalho, vez que tal natureza resulta das normas imperativas e, portanto, de ordem pública, que caracterizam a intervenção básica do Estado nas relações de trabalho, visando opor obstáculos à autonomia da vontade.⁽²⁰⁾

Ao excluir da análise da justiça laboral brasileiros, trabalhando no Brasil e nele contratados, a decisão do STF no RE em estudo parece olvidar a verdadeira essência do Direito do Trabalho, deixando desprotegidos trabalhadores em seu momento de maior penúria.

Neste sentido cabe observar que o Tribunal Superior do Trabalho, em que pese possuir OJ no mesmo direcionamento da decisão do STF (e, convenhamos, muito provavelmente motivada pela possibilidade de reforma dadas as decisões reiteradas do Supremo), já tentou modificar essa questão, como já mencionado supra.

Emblemático e digno de nota foi o posicionamento da Ministra Rosa Weber quando do julgamento do E-ED-RR-45700-35.2004.5.10.0008

(18) DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 213.

(19) RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de direito do trabalho*. São Paulo: LTr; Ed. da Universidade de São Paulo, 1978, p. 28.

(20) SÜSSEKIND, Arnaldo. *Curso de direito do trabalho*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.112-113.

onde, embora tenha votado de acordo com o entendimento firmado dentro da SDI-1, conferindo imunidade absoluta às organizações internacionais, observou⁽²¹⁾:

“Os privilégios e imunidades se justificam como medidas para preservar a atuação do organismo internacional e os meios e liberdades necessários para tanto. [...] Ora, tratando-se a imunidade de jurisdição de exceção à regra geral da garantia da jurisdição, *supõe-se que não seja ilimitada, bem como razoável a exegese restritiva do seu alcance, a excluir de sua abrangência os atos ditos de mera gestão*. Não vislumbro, por conseguinte, razão para se deixar de exigir a observância da lei local, ao entendimento de que a imunidade de jurisdição dos organismos internacionais não deveria alcançar os atos de mera gestão.” (grifos nossos)

Por sua vez, a doutrina parece ser pacífica ao tratar do assunto, reconhecendo a imunidade absoluta como posicionamento jurisprudencial majoritário, mas dele fortemente discordando.

Portela⁽²²⁾ entende que dita imunidade da jurisdição de organismos internacionais não deveria subsistir no que diz respeito às questões trabalhistas, afirmando inclusive que restringir discussão de direitos laborais ao foro interno das próprias organizações internacionais seria verdadeiro atentado aos direitos humanos de empregados e ex-empregados de tais órgãos, inclusive indo de encontro (ironicamente) aos próprios objetivos de muitos deles.

Rezek⁽²³⁾, por sua vez, coloca ter fê que, em nome da coerência e de “certos interesses sociais merecedores de cuidado”, essa orientação jurisprudencial seja eventualmente reformada para tratar as organizações internacionais da mesma forma que os Estados estrangeiros

(21) BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Subseção I Especializada em Dissídios Individuais. E-ED-RR 45700-35.2004.5.10.0008. Relatora: Min. Rosa Weber. Data de julgamento: 14 abr. 2011. Data de publicação: 29 abr. 2011.

(22) PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito internacional público e privado*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 198-199.

(23) REZEK, Francisco. *Direito internacional público*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 307.

(com imunidade apenas para atos de império, e não de gestão, permitindo o alcance da justiça trabalhista brasileira sobre seus empregados).

3. Conclusão

O choque entre princípios é algo inevitável. O importante é que se saiba sopesar cada um dos princípios colidentes a contento, para que se escolha *razoavelmente* qual deles deverá prevalecer do choque.

No caso em tela temos o confronto entre a cooperação internacional, a soberania e a não-intervenção (bases da imunidade à jurisdição) de um lado e, do outro, a inafastabilidade do Poder Judiciário em geral (e da Justiça do Trabalho em específico), bem como a garantia de direitos humanos fundamentais, quais sejam o direito (e o princípio) à(da) proteção do trabalhador.

O STF claramente (e expressamente, eis que consta do voto do relator Ministro Luiz Fux) resolveu, por motivos eminentemente políticos a nosso ver, considerar absoluta a imunidade das organizações internacionais, deixando-as ao largo do alcance da justiça laboral brasileira, e desencantando quaisquer perspectivas de salvaguarda dos empregados de ditas organizações em terem seus direitos assegurados.

Dizemos que os motivos são eminentemente políticos, e deles discordarmos enfaticamente, pois vislumbra-se da decisão que o STF esforça-se muito mais na justificativa da preocupação com a possibilidade do organismo internacional vir a punir o Brasil, do que em uma argumentação coerente, a qual criticamos tanto no quesito de razoabilidade como em contrapartida ao próprio texto constitucional.

Expliquemos.

Quanto à razoabilidade, não nos parece correto (como também não o parece à doutrina majoritária) que no caso de Estados estrangeiros temos, no Brasil, situação *menos gravosa* quanto à questão da discussão dos direitos de seus empregados, visto que suas relações

de trabalho podem ser discutidas pela justiça brasileira, como bem asseverou o próprio STF mero um ano após a promulgação da Carta Maior de 1988.

Ora, indubitavelmente, quando comparados organismos internacionais com Estados estrangeiros, temos nesses últimos situação onde a necessidade e preponderância do exercício da imunidade de jurisdição se faz muito mais presente (e motivo pelo qual *ela foi originalmente criada*) e mesmo assim há, no caso dos Estados, uma imunidade *relativa*, apta a resguardar os direitos dos trabalhadores, quando brasileiros, de embaixadas e consulados alienígenas. Ou seja, o empregado de um Estado estrangeiro no país terá menos problemas discutindo seus direitos trabalhistas do que o empregado de uma organização internacional (que sequer soberania natural possui, apenas aquela concedida e determinada pelos seus acordos de criação).

Ademais, também no quesito razoabilidade, cremos piamente fugir ao sentido e escopo da imunidade a ingerência da justiça local sobre relações de trabalho também locais. A imunidade à jurisdição foi concedida para garantir respeito à soberania de Estado estrangeiro e do organismo internacional, e não vemos como a discussão da justiça trabalhista brasileira de, repetimos, relações de trabalho locais, pode vir a ser ameaça a dita soberania.

Inclusive neste ponto deixamos nosso protesto, em uníssono com a doutrina, à ironia de permitir-se, no Brasil, que organismos internacionais de proteção de direitos humanos descumpram direitos humanos.

Agora para nosso segundo ponto a fundamentar nossa discordância, o quesito constitucional.

Recordemos que a argumentação central para o provimento do RE n. 1.034.840/DF consiste no dito respeito aos tratados internacionais firmados para expressamente imunizar as agências especializadas da ONU no país,

considerando principalmente os efeitos (políticos) do descumprimento de tais contratos.

Ocorre que, a nosso ver, se ditos tratados objetivam a exclusão do alcance da justiça trabalhista a relações de trabalho (no Brasil, por brasileiros contratados no país, repita-se), estes *mui* respeitosamente não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988, eis que afrontam diretamente o art. 114, I do texto da Carta Maior, que considera a competência da justiça laboral como expressamente apta a abarcar entes de direito público externo, o que é claramente o caso das organizações internacionais.

Ou seja, temos tratados internacionais que possuem status de mera lei ordinária reflexamente implicando no desrespeito a direitos humanos, e sendo usados para *repetidamente* dar azo a tanto (como rápida pesquisa de jurisprudência, que pode ser restrita apenas ao PNUD e ainda assim ser numerosa, mostra).

Por fim, esperamos que em futuro próximo o Supremo Tribunal Federal perceba o erro de sua decisão (política), e venha a rever sua jurisprudência para ecoar àquela de parcela do Tribunal Superior do Trabalho, relativizando a imunidade dos organismos internacionais como forma de garantir plena efetividade ao princípio da proteção ao trabalhador.

4. Referências

BRASIL. Decreto n. 27.784, de 16 de fevereiro de 1950. Promulga a Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Nações Unidas, adotada em Londres, a 13 de fevereiro de 1946, por ocasião da Assembleia Geral das Nações Unidas.

_____. Decreto n. 52.288, de 24 de julho de 1963. Promulga a Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Agências Especializadas das Nações Unidas, adotada, a 21 de novembro de 1947, pela Assembleia Geral das Nações Unidas.

_____. Decreto n. 59.308, de 23 de setembro de 1966. Promulga o Acordo Básico de Assistência

Técnica com a Organização das Nações Unidas, suas Agências Especializadas e a Agência Internacional de Energia Atômica.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Regimento Interno*: [atualizado até julho de 2016]. Brasília: STF, 2016.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. *Mantida jurisprudência sobre imunidade de jurisdição dos organismos internacionais*. 2016. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/mantida-jurisprudencia-sobre-imunidade-de-jurisdicao-dos-organismos-internacionais>. Acesso em: 10 jan. 2022.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. *Orientação Jurisprudencial da SDI-1 n. 416. IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO. ORGANIZAÇÃO OU ORGANISMO INTERNACIONAL*. (DEJT divulgado em 14, 15 e 16 fev. 2012).

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017.

MIGALHAS. *TST aceita imunidade absoluta de organismos internacionais*. 2009. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI92265,11049-TST+aceita+imunidade+absoluta+de+organismos+internacionais>>. Acesso em: 10 jan. 2022.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito internacional público e privado*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

REZEK, Francisco. A Justiça do Brasil ante a Imunidade de Jurisdição das Nações Unidas. In: RAMINA, Larissa; FRIEDRICH, Tatyana Scheila (Coords.). *Coleção Direito Internacional Multifacetado: direitos humanos e jurisdição internacional*. v. IV. Curitiba: Juruá, 2014.

_____. *Direito internacional público*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de direito do trabalho*. São Paulo: LTr; Ed. da Universidade de São Paulo, 1978.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Curso de direito do trabalho*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

Perícia de Geolocalização: A Prova Produzida pela Tecnologia

Emília Sako^(*), Ernesto Mitsuo Hasegawa^(**) e Alexandre Higashi^(***)

Resumo:

- ▶ Com o incremento das Novas Tecnologias da Informação e do Conhecimento (NTICs), informações abundantes estão disponíveis em aplicativos de equipamentos eletrônicos, aptas a serem periciadas e servirem de prova no processo. Por meio de perícia no banco de dados gerados pelo aplicativo do equipamento eletrônico é possível demonstrar a verdade dos fatos que estão sendo discutidos no processo.

Este artigo trata da utilização do rastreamento GPS como meio de prova no processo do trabalho, método que auxilia no esclarecimento de fatos controvertidos, tais como vínculo de emprego, local de trabalho, tempo de trabalho, condutas que podem dar ensejo à justa causa etc. O acesso ao banco de dados do histórico de localização do celular utilizado pelo trabalhador, exportado por meio do Google Takeout, fornece informações sobre o conteúdo do aplicativo a partir da identificação de padrões de conformidade. O emprego de técnicas de mineração de dados vem apresentando excelentes resultados e contribuindo para a sistemática da prova.

Palavras-chave:

- ▶ Evidências digitais — Perícia de geolocalização — Privacidade.

Abstract:

- ▶ With the increase of ICT, abundant information is available in applications of electronic equipment able to be examined and serve as evidence in the labor procedure. Through expertise in the database generated by the electronic equipment application, it is possible to demonstrate the veracity of facts that are being discussed in the lawsuit.

This article deals with the use of GPS tracking as a means of evidence in the work process, a method that helps to clarify controversial facts, such as employment relationship, workplace, working time, behavior that may give rise to just cause, etc. Access to the location history database of the cell phone used by the worker, exported through Google Takeout, provides information about the content of the application from the identification of compliance standards. The use of data mining techniques has shown excellent results and contributed to the proof.

(*) Especialista em Ciência Política e Desenvolvimento Estratégico. Mestre e Doutora em Direito. Juíza do Trabalho (aposentada) do TRT da 9ª Região.

(**) Graduado em Engenharia da Computação. Consultor na área de TI. Perito judicial atuante no TRT da 9ª Região.

(***) Graduado em Engenharia da Computação e Direito. Consultor Jurídico e em Tecnologia da Informação. Advogado.

Key-words:

► Digital evidence — Geolocation expertise — Privacy.

Índice dos Temas:

- 1. Introdução
- 2. A prova no processo judicial
- 3. Dados do aplicativo do equipamento eletrônico: *smartphone*
- 4. Perícia de geolocalização
- 5. Aspectos da privacidade do trabalhador na coleta de dados do aplicativo do equipamento eletrônico
- 6. Considerações finais
- 7. Referências

1. Introdução

As Novas Tecnologias da Informação e do Conhecimento (NTIC's)⁽¹⁾ moldaram a sociedade de forma incontornável. Produção e trabalho passam por transformações e se adaptam às realidades sociais, econômicas e políticas tecnologicamente modificadas. A revolução digital, marcada pela introdução das tecnologias da informação e comunicação no processo produtivo, bate também às portas do judiciário. Novas Leis, regulamentos e atos administrativos dos Tribunais são editados na tentativa de regular o uso e as implicações da tecnologia no processo judicial. Merece destaque, nesse cenário, a Lei n. 11.419/2006, que dispõe sobre a informatização do processo judicial, a qual autoriza o uso de meio eletrônico na tramitação de processos judiciais, comunicação de atos e transmissão de peças processuais. Presente em todos os quadrantes da sociedade, a tecnologia está exigindo mudança de comportamento dos operadores do direito, principalmente, no tocante à prova judicial.

(1) São consideradas NTICs, entre outras, os computadores pessoais, a telefonia móvel, o correio eletrônico (e-mail), a internet, as tecnologias digitais de captação e tratamento de imagens e sons, a captura eletrônica ou digitalização de imagens e as tecnologias de acesso remoto. In: SAKO, Emília Simeão Albino. *Trabalho e Novas Tecnologias*. Direitos On-Line ou de 4ª Geração. São Paulo: LTr, 2014. p. 17.

A lei atribui liberdade na produção da prova, legitimando o uso da tecnologia para que determinados fins sejam alcançados no processo. O emprego de meios tecnológicos na produção da prova tem a potencialidade de afastar contradições probatórias propícias a acarretar insegurança na tomada de decisões.

Em se tratando, por exemplo, de controvérsia sobre os horários de trabalho, os dados contidos nos aplicativos instalados nos equipamentos eletrônicos utilizados pelo trabalhador, como smartphones, podem revelar sua rotina de trabalho e o tempo de trabalho dedicado à empresa, eliminando possíveis controvérsias.

Por meio de perícia de geolocalização faz-se a coleta de informações do aplicativo do aparelho celular utilizado pelo trabalhador, de forma rápida e segura, na medida em que esse equipamento eletrônico geralmente é de uso particular, fica na posse de seu proprietário e bloqueado com senha.

Este estudo, com base em disposições legais, regulamentares, normativos internos dos Tribunais, ABNT NBR ISO/IEC 27037, bem como na experiência adquirida ao longo de muitos anos pelos autores que subscrevem esse artigo nas áreas de direito, tecnologia e correlatas, tem por objetivo demonstrar que a prova produzida a partir da utilização da tecnologia de geolocalização é segura, confiável,

e não fere o direito à privacidade do trabalhador quando ele próprio autoriza o acesso aos dados contidos no aplicativo existente em seu dispositivo eletrônico.

A perícia é centrada na análise do banco de dados contendo o histórico de localização do equipamento eletrônico, como o celular, exportado por meio do *Google Takeout*⁽²⁾, fornece elementos precisos e que podem servir como prova no processo trabalhista.

A utilização dessa tecnologia moderna e eficaz de produção da prova judicial tem sido pouco explorada pelos operadores do direito pelos mais variados motivos, entre os quais preconceito, desconhecimento e/ou falta de capacitação tecnológica dos envolvidos.

2. A prova no processo judicial

A disciplina da prova no ordenamento jurídico brasileiro é ampla, vedando a Constituição Federal, no art. 5º, LVI, unicamente as provas obtidas por meios ilícitos. Provar é demonstrar a verdade dos fatos alegados por todos os meios moralmente legítimos, ainda que não especificados nos Códigos, capazes de influir eficazmente na convicção do juiz (CPC, art. 369).

A CLT contempla regras sobre a prova no processo do trabalho no art. 818, consagrando, em muitos de seus dispositivos, o princípio do livre convencimento motivado, conferindo ao juiz liberdade de apreciação e decisão, conforme dicção dos arts. 765, 775, § 2º e 852-D da CLT. Inúmeros dispositivos do CPC também contemplam a regra do livre convencimento motivado, entre os quais, os arts. 139, 370, 371, 373, §1º, 375, 400, parágrafo único, e 443.

Por meio da prova busca-se a verdade dos fatos alegados no processo. Ilustra bem essa matéria o seguinte julgado:

PROCESSO DO TRABALHO – VERDADE DO DIREITO E DIREITO À VERDADE – LAÇOS PERMANENTES – LAGOS DE INCERTEZAS E LOGOS DA

CERTEZA – O FATO E O DIREITO, O DIREITO E O FATO – UM NÃO VIVE SEM O OUTRO, EMBORA UM POSSA DESTRUIR O OUTRO – A IMPORTANTÍSSIMA FUNÇÃO DO(A) JUIZ(A) DE PRIMEIRA INSTÂNCIA NA CONSTRUÇÃO DA JUSTIÇA – Não existe sentença justa sem que se desvende a verdade do direito e sem que a parte tenha o direito à verdade. Nesse dueto não pode haver desafinação, sob pena de comprometimento do grande ideal de JUSTIÇA. Na relação processual, o (a) juiz(a), embora imparcial, não é autômato(a), nem inerte, nem neutro(a). Não é ausente, nem é invisível. Também não é livre; é escravo(a) da lei, do Direito e da Justiça. O (a) juiz(a) age e sente: ação, no momento da produção da prova; reação, no instante de avaliá-la e de sopesá-la. Antes de ser magistrado(a), o julgador(a) é uma pessoa comum, que tem contato com a realidade social com a mesma intensidade que o cidadão de vida e de hábitos médios e comedidos, e tanto mais justo(a) será quanto mais próximo estiver e compreensão tiver (exterior, interior), vale dizer, a completa territorialidade, espaço e tempo, de todos os acontecimentos, dentro e fora de si. Julgar é, simultaneamente, estar dentro de si e do outro. O universo do Direito não é apenas argumentação jurídica, jogo de palavras, movimentação de peças em incerto tabuleiro de xadrez. É muito mais; é pré e pós-compreensão; é interpretação de normas e do sistema jurídico. Interiamente, é aliança fática; é torre de símbolos e de palavras: de verdades e de mentiras, de clareza e de obscuridade dos homens e de todas as coisas que para eles têm valor. Sem *bas fond* regressivo dos fatos, isto é, sem a reconstrução histórica, não existe concretude na hermenêutica, porque, se a leitura do mundo antecede à leitura da lei, o acerto da matéria fática precede à aplicação da norma, dentro de um sistema coeso e íntegro de diálogo entre todos os partícipes do processo — visíveis e invisíveis. Por razões óbvias, até para fins de legitimidade das decisões judiciais, a mesma aproximação/distanciamento entre o contexto, o hipertexto, o transtexto, o metatexto, e a norma, a “boca do processo” (metáfora da expressão “*bouche de la loi*”) não pode ser apenas a “boca dos documentos e das testemunhas”, da mesma maneira que a sentença não pode ser a “boca” invisível e insensível do(a) julgador(a), destituída de uma pré-compreensão ampla de todos os fatos e circunstâncias, que servirão de base para o julgamento, já que ao juiz(a) cabe expor claramente os fundamentos

(2) GOOGLE INC., *Google Takeout*. Disponível em: <<https://takeout.google.com/>>. Acesso em: 15 jun. 2022.

fáticos e jurídicos de seu veredicto, sendo esta a maior de todas as garantias – do(a) juiz(a), das partes, da sociedade e do Estado Democrático de Direito. Existe, portanto, em todo e qualquer processo, mesmo naqueles em se diz que não há (re)exame da matéria fática, espaço para o acerto dos acontecimentos, que sempre está adstrito à sensibilidade do(a) julgador(a) na percepção do que realmente aconteceu. Neste contexto, ainda que o legislador tenha atribuído prévia valoração a certa espécie de prova, pode e deve o(a) juiz(a) confrontar a lei e os fatos com a realidade social/processual, em cada caso, a fim de formar racional e interiormente a sua convicção, base da justiça, missão e missal de que tem o dever de solucionar as controvérsias submetidas ao Judiciário(...)⁽³⁾

Não estabelece a lei uma hierarquia de provas, podendo o juiz, no momento do julgamento apreciar livremente as provas produzidas, e acolher aquela que se mostrar mais adequada e pertinente à solução justa do litígio⁽⁴⁾.

Pelo critério do livre convencimento motivado, o juiz tem liberdade de decisão, poderá admitir ou não a prova, distribuir de forma diversa o ônus da prova, valorá-la, aplicar um princípio em detrimento da lei, a fim de atender aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardar e promover a dignidade da pessoa humana⁽⁵⁾.

Atualmente, a prova no processo do trabalho vem recebendo influência das NTICs, que alteraram as variáveis tradicionais de organização tradicional do trabalho: tempo e lugar. O trabalho pode ser executado a partir de qualquer lugar e em qualquer horário do

dia ou da noite, já que os equipamentos eletrônicos usados para processar ou armazenar dados digitais, de propriedade da empresa ou do próprio trabalhador, conectado à internet, podem transmitir informações em tempo real para qualquer parte do planeta, e mantê-las em seu aplicativo. As relações laborais e as atividades de controle se modificam, surgindo problemas de qualificação da relação existente, tempo de trabalho e outras questões igualmente relevantes.

A captação, transmissão e distribuição de informações pela internet, a partir de qualquer lugar, em tempo real, dão origem a inéditas formas de organização social. A internet, rede de redes, rio de rios de informação, inter-rede ou rede mundial aberta de inter-redes — *Internets World Wide Web 3*, interliga a comunicação em todo o mundo e permite a circulação instantânea de textos, imagens e sons, disseminando informações e conhecimentos, influenciando o agir, acelerando o desenvolvimento científico, tecnológico e o progresso da humanidade⁽⁶⁾.

Os avanços da tecnologia possibilitaram o desenvolvimento de equipamentos e ferramentas eletrônicas como smartphones, relógios digitais, assistentes pessoais digitais (*Alexa, Siri, Google Assistant, Microsoft Cortana, IBM Watson* etc.), a formação de redes sociais como *Facebook, Instagram* e *TikTok*, registros em plataformas de *streaming*, aplicativos de geolocalização (*Google Maps, Waze*) e de mensageria, como *WhatsApp* e *Telegram*, documentos eletrônicos, como Carteira de Trabalho Digital, aplicativos de pagamentos etc., que moldam hábitos e costumes, as formas de produzir e trabalhar, alterando o cotidiano profissional e empresarial, transformando radicalmente os modelos tradicionais de se comunicar e se relacionar.

O processo judicial recebe os reflexos das transformações, e é atingido seu eixo central: a prova. Os meios tradicionais de prova vão se

(3) BRASIL. TRT da 3ª Região; *Processo: 0154700-35.2008.5.03.0004 RO*; Data de Publicação: 22.02.2010; Disponibilização: 19.02.2010, DEJT, Página 151; Órgão Julgador: Quarta Turma; Relator: Luiz Otavio Linhares Renault; Revisor: Julio Bernardo do Carmo. Disponível em: <<https://juris.trt3.jus.br/juris/detalhe.htm?conversationId=1882>>. Acesso em: 10 jun. 2022.

(4) SAKO, Emília Simeão Albino. *Direito e processo do trabalho: ônus da prova*. v. 1: sistemas de valoração da prova, ônus da prova, inversão do ônus da prova. Amazon. Edição do autor. Cornélio Procopio, PR, 2019. p. 46.

(5) *Ibidem*, p. 20.

(6) *idem*, *Trabalho e Novas Tecnologias*. Direitos On-Line ou de 4ª Geração, loc. cit., p. 18.

tornando obsoletos, passando por mutações, e a prova digital ganha destaque nesse novo e inédito mundo moldado pelas NTICs.

Entende-se por prova digital qualquer informação armazenada em dispositivo digital ou transmitida em sistemas e redes informáticas ou de comunicações eletrônicas, privadas ou disponíveis ao público, sob a forma binária ou digital, com potencial valor probatório⁽⁷⁾.

O Código de Processo Civil atribui aptidão à prova produzida por meio das tecnologias, entre as quais, reprodução mecânica, como a fotográfica, a cinematográfica, a fonográfica ou de outra espécie quando destinadas a fazer prova dos fatos ou das coisas representadas (CPC, art. 422), assim como os documentos eletrônicos produzidos e conservados com a observância da legislação específica (CPC, art. 441).

A prova digital rege-se por normas e princípios, com destaque à Lei n. 12.965/2014 (Marco Civil da Internet), que expressa princípios, garantias e direitos para o uso da internet, protegendo bens da vida, entre os quais, a privacidade e os dados pessoais. Essa lei traz conceitos importantes, como os de internet, terminal, endereço de protocolo de internet (endereço IP), administrador de sistema autônomo, conexão à internet, registro de conexão, aplicações de internet, registros de acesso a aplicações de internet. E, em seu art. 6º, preconiza que será interpretada com base em seus fundamentos, princípios e objetivos, a natureza da internet, seus usos e costumes particulares e sua importância para a promoção do desenvolvimento humano, econômico, social e cultural.

A tecnologia vem ao encontro aos objetivos buscados no processo, e exemplo disso é a ata notarial (CPC, art. 384), que possibilita reproduzir dados representados por imagem ou som gravados em arquivos eletrônicos, e a

perícia de geolocalização, no entanto, pouco utilizadas como meio de prova.

3. Dados do aplicativo do equipamento eletrônico: *smartphone*

Os avanços tecnológicos permitiram a popularização de equipamentos eletrônicos e grande parte das pessoas puderam adquirir uma infinidade deles para uso em suas relações privadas, incluindo, as laborais.

Merece destaque, no âmbito das NTICs, o *smartphone*, telefone inteligente ou simplesmente celular, o qual possui sistema operacional que integra tecnologias como o GPS (*Global Positioning System* ou Sistema de Posicionamento Global), e é capaz de coletar e registrar posições geográficas precisas em tempo real, que ficam armazenadas em seu banco de dados caso a opção esteja habilitada. Essas posições, quando acessadas, fornecem o histórico da localização do usuário em determinado espaço de tempo e lugar.

Aplicativos como o *Waze* e *Google Maps* são utilizados como mapas virtuais, localizadores de endereços e criadores de rotas, os quais tornaram-se sinônimos para o termo “GPS”, no entanto, essa tecnologia não surgiu com os *smartphones*.

O projeto NAVSTAR GPS foi originalmente desenvolvido para uso militar pelos engenheiros Ivan Getting e Bradford Parkinson no Departamento de Defesa dos EUA nos anos 1970, e o uso civil somente passou a ser permitido a partir de 1983. Consiste em um conjunto de 24 satélites distribuídos em 6 planos orbitais, na qual cada órbita possui pelo menos 4 satélites operacionais. Independentemente de onde o receptor do GPS esteja na superfície terrestre, haverá pelo menos 4 satélites ao seu alcance⁽⁸⁾.

Os telefones inteligentes com GPS possuem receptores de rádio que recebem e decodificam

(7) RODRIGUES, Benjamim Silva. *Direito Penal*. Parte Especial, I, “*Direito Penal Informático-Digital*”, 2009. p. 39.

(8) IMECC, Instituto De Matemática, Estatística e Computação Científica. *Como funciona o Sistema de posicionamento global (GPS)*. Disponível em: <<http://www.ime.unicamp.br/~apmat/o-sistema-gps/>>. Acesso em: 22 jun. 2022.

os sinais de 3 satélites GPS para triangular a sua localização, e um quarto satélite para determinar a altitude, isso tudo com erro calculado somente de até 20 metros⁽⁹⁾.

Na maioria dos dispositivos Android, o Google, provedor de localização de rede, fornece serviços de localização (GLS), conhecido no *Android 9*, que indica a localização precisa do dispositivo equipado com GPS, e que utiliza sinais de satélites para determinar a localização. Os Serviços de localização do *Google* possibilitam a captação de informações de *Wi-Fi*, redes móveis e sensores de dispositivos próximos, que também coletam informações para determinar a localização do dispositivo. A coleta periódica de dados é usada de modo anônimo para aprimorar a precisão da localização.

Na hipótese de os Serviços de localização do *Google* serem desativados, o aplicativo continuará colhendo os dados pelo GPS, fornecendo informações sobre a localização em *apps*.

Os Serviços de localização do *Google* não se confundem com as configurações de localização do dispositivo. As informações obtidas ficam armazenadas em bancos de dados superprotegidos, exigindo, para acesso, login com usuário e senha, e por essa razão, é o mais apropriado e seguro para fins de perícia de geolocalização⁽¹⁰⁾.

Os dispositivos móveis, como aparelhos smartphones, podem ser rastreados, seja por meio do seu GPS, seja pela utilização de outros instrumentos tecnológicos, como torres de operadoras de telefonia móvel.

4. Perícia de geolocalização

Quando a matéria exigir para esclarecimento do fato controvertido conhecimentos

técnicos específicos, o juiz nomeará perito (CPC, art. 465). A perícia é prova necessária para demonstração de fatos que exigem conhecimentos técnicos ou científicos; é uma afirmação técnica que irá auxiliar o juiz na análise e compreensão de fato que não pode compreender por lhe faltar conhecimentos específicos sobre a matéria (medicina, engenharia, tecnologia, química etc.). As perícias judiciais são realizadas por perito nomeado pelo juiz; as extrajudiciais são promovidas pelas partes, técnicos ou agentes administrativos⁽¹¹⁾.

No campo das provas digitais, ocupa lugar de centralidade a perícia de geolocalização, possibilitada pelo acesso ao aplicativo do equipamento eletrônico usado pelo trabalhador na execução do trabalho, sendo o mais comum, o smartphone dotado de GPS. A tecnologia implantada nos smartphones permite traçar, com precisão, a posição geográfica ou rota entre pontos, possibilitando obter informações importantes sobre seu usuário em termos de localização.

Os smartphones ou celulares inteligentes (celulares com sistema operacional) tornaram-se cada vez mais acessíveis, possibilitando que grande parte dos trabalhadores pudesse adquiri-los, tanto para uso particular quanto para o trabalho. O GPS integrado ao aparelho coleta dados em tempo real e exibe a localização precisa ao usuário, o que contribui para facilitar a prova de fatos controvertidos envolvendo, por exemplo, aspectos de localização e tempo de trabalho.

O sistema operacional Android desenvolvido pelo Google para dispositivos móveis é o mais utilizado no mundo, estimando-se em cerca de 2,5 bilhões de dispositivos ativos. A maior parte dos fabricantes de celulares adotam esse sistema por possuir código aberto

(9) MARTINS, Elaine. *Como funciona o GPS?*. Tecmundo, 10/08/2009. Disponível em: <<https://www.tecmundo.com.br/gps/2562-como-funciona-o-gps-.htm>>. Acesso em: 29 jun. 2022.

(10) GOOGLE INC. *Como o google usa as informações de localização*. Disponível em: <<https://policies.google.com/technologies/location-data?hl=pt-BR>>. Acesso em: 22 jun. 2022.

(11) SAKO, Emília Simeão Albino. *Direito e processo do trabalho: ônus da prova, v. 3: meios de provas: como provar seus direitos?* Amazon. Edição do autor – Cornélio Procópio, PR, 2019. p. 90.

e possibilitar ao usuário visualizar, baixar, modificar, aprimorar e distribuir conteúdo, sem precisar pagar taxas, *royalties* ou outros encargos. Para utilização dos recursos disponibilizados, os celulares novos ou recém formatados necessitam da criação de uma conta Google para *download* dos aplicativos⁽¹²⁾.

Para utilização do sistema operacional móvel *iOS*⁽¹³⁾ (código fechado), os aparelhos iPhones, da Apple, faz-se necessário o cadastramento em seu *iCloud/Id Apple*, o qual, uma vez cadastrado, não pode ser modificado ou adaptado.

O Google, um dos gigantes da tecnologia, tem feito elevados investimentos em segurança, já que problemas na segurança poderiam implicar perda de credibilidade, discussões jurídicas e prejuízos incalculáveis com a desvalorização de suas ações no mercado. Em razão disso, seus *data centers* possuem foco na segurança, adotam medidas de continuidade dos negócios e de recuperação de negócios, certificada pela ISO 22301:2019⁽¹⁴⁾.

A NBR ISO/IEC 27037, de 12/2013, orienta a realização da perícia de geolocalização. Essa norma traz métodos práticos aceitáveis mundialmente a serem observados pelos Primeiros Interventores da Evidência Digital (DEFER), Especialistas em Evidência Digital (DES), especialistas em respostas a incidentes e gestores de laboratório na área forense a respeito da identificação, coleta, aquisição e preservação de potenciais evidências digitais⁽¹⁵⁾.

O método de criação de cópia de dados em um conjunto definido, ou seja, coleta de

potencial evidência digital, inclui a memória principal na qual são armazenados os dados, incluindo metadados.

A NBR ISO/IEC 27037 enuncia termos e definições para os objetivos por ela propostos, normalmente utilizados pelo perito nas perícias de geolocalização:

- Coleta é o processo de recolhimento de itens físicos que contêm potencial evidência digital.
- Dispositivo digital é o equipamento eletrônico usado para processar ou armazenar dado digital.
- Evidência digital são as informações ou dados, armazenados ou transmitidos em forma binária, que podem ser invocados como evidência.
- Cópia de evidência digital é a produzida para manter a contabilidade da evidência, incluindo os meios de verificação no qual o método pode ser incorporado ou ser independente das ferramentas utilizadas na verificação.
- Primeiro Interventor da evidência digital é a pessoa que está autorizada, treinada e qualificada para executar a coleta e aquisição da evidência digital.
- Especialista em evidência digital é o indivíduo que possui conhecimento especializado, aptidão e habilidade para lidar com questões técnicas, por exemplo, rede de aquisições, aquisição de memória RAM, sistemas operacionais e conhecimento em Mainframe.
- Mídia de armazenamento digital é o dispositivo no qual dados digitais podem ser gravados.
- Instalações de preservação de evidências é o ambiente seguro ou local onde as evidências coletadas ou adquiridas são armazenadas.
- Valor de hash série de bits são o resultado da função *hash*.

(12) ANDROID. *O que é o Android*. Disponível em: <<https://www.android.com/intl/pt-BR/what-is-android/>>. Acesso em: 19 jun. 2022.

(13) APPLE. *iOS 15*. Disponível em: <<https://www.apple.com/br/ios/ios-15/>>. Acesso em: 19 jun. 2022.

(14) GOOGLE INC. *Dados e segurança*. Disponível em: <<https://www.google.com/intl/pt-BR/about/datacenters/data-security/>>. Acesso em: 19 jun. 2022.

(15) ABNT, Associação Brasileira de Normas Técnicas. *NBR 27.037: diretrizes para identificação, coleta, aquisição e preservação de evidência digital*. Rio de Janeiro, 2013. p. 1-50.

– Identificação é o processo envolvendo a busca, reconhecimento e documentação da potencial evidência digital.

– Imagem é o processo de criação de uma cópia *bit a bit* de mídias de armazenamento digital.

– A evidência digital é norteada pelos princípios da relevância, confiabilidade e suficiência, os quais devem ser observados nas investigações, especialmente, em âmbito judicial, pois têm a potencialidade de demonstrar ou refutar narrativas em torno de um caso específico em discussão.

De acordo com a NBR ISO/IEC 27037, relevância traduz a qualidade do material adquirido para a investigação, que deve ser relevante; confiabilidade pressupõe que os processos utilizados no manuseio da potencial evidência digital sejam passíveis de auditoria e repetições; e suficiência leva em conta o material recolhido, que deve ser suficiente para permitir a adequada investigação.

Nas perícias *in loco*, delimita-se o espaço de coleta das informações e fixa-se a linha do tempo para a coleta. Obtém-se os dados, faz-se a primeira análise, geram-se cópias e *hashes* de integridade, armazenam-se adequadamente os dados coletados para serem transportados ao laboratório onde será feita análise criteriosa e minuciosa do material, por meio da mineração em banco de dados, com cautela e atenção para preservar a segurança das informações.

A metodologia empregada nesse processo não está normatizada, por se tratar de algo novo no campo das provas digitais, cabendo ao perito a utilização de padrões que garantam a qualidade e confiabilidade do trabalho realizado.

Inúmeras perícias de geolocalização já foram feitas, e outras estão em andamento no Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região (Paraná). Um dos autores deste artigo, Ernesto Mitsuo Hasegawa, nomeado em processos

judiciais trabalhistas, desenvolveu uma metodologia específica para análise de arquivos extraídos por meio do Google Takeout. Uma das etapas mais importantes do processo é o processamento do *hash* com o algoritmo de criptografia MD5, que garante a autenticidade, ou seja, que o arquivo analisado é exatamente o mesmo que foi extraído e recebido. Tal integridade pode ser verificada no *site* <www.onlinemd5.com>.

Com vistas à obtenção de celeridade e maior segurança na coleta das evidências digitais, tem-se optado, nos processos judiciais, pela extração na própria audiência, na presença do juiz e das partes, bastando que o usuário, em regra, o trabalhador que pretende a produção da prova, autorize o acesso à sua conta *Google*, o que pode ser feito no computador do próprio Tribunal. O acesso e a exportação das evidências são realizados de forma rápida e segura pelo perito ou servidor treinado durante a audiência.

Esse procedimento confere à prova maior segurança quanto à integralidade e fidelidade dos dados coletados, já que todos os interessados acompanham em tempo real a coleta e exportação das informações e o envio destas ao repositório de armazenamento virtual *owncloud* do tribunal. Contribui também para impedir ocultação de dados de geolocalização no período de tempo objeto da perícia.

A ferramenta *Google Takeout*, localizada no *site*: <<https://takeout.google.com>>, permite fazer o *download* de uma cópia dos dados de serviços do *Google*. O perito analisa somente os históricos de localizações coletadas pelo equipamento “logado” (conectado à conta), normalmente o *smartphone*, construindo as linhas do tempo e um banco de dados principal com todas as informações coletadas pelo sensor de GPS do equipamento móvel. A coleta destes dados pode ser feita sem o equipamento que gerou os dados, sendo suficiente um dispositivo que permita fazer o login na conta e exportar as localizações registradas.

Utilizando-se de compiladores como o *Python*⁽¹⁶⁾ em conjunto com a biblioteca *Pandas*⁽¹⁷⁾ e o banco de dados *Microsoft SQL Server*⁽¹⁸⁾, o perito obtém informações como o trajeto realizado, o tempo gasto no trajeto e permanência em determinado local ou locais.

Quando for inviável o uso de geolocalizações coletadas por meio de sensores GPS de equipamentos móveis, existe ainda a possibilidade de o perito explorar informações de localização estimada oriundas de antenas de celulares, denominadas ERB (Estação Rádio Base). Essas estações são compostas de antenas capazes de fornecer informações sobre a direção do sinal de celular que está sendo recebido, por meio do azimute (ângulo em sentido horário referenciado ao norte geográfico no plano horizontal).

No entanto, a geolocalização da ERB apresenta limitações. Para encontrar a geolocalização aproximada é necessário que o celular tenha bom sinal de potência. Ainda, a ERB indica a direção, mas não consegue estimar a distância que o aparelho se encontra, informação que somente está disponível quando há uma ligação em curso. Quando a ligação é encerrada, perde-se a informação de potência do sinal em decibéis (dB), já que as operadoras não são obrigadas por lei a guardarem essa informação.

Além disso, como as informações de azimute só são coletadas quando uma ligação é completada, ou seja, atendida, caso a ligação não seja completada ou se nenhuma ligação durante o dia for efetuada, nenhuma azimute é coletada. Dessa forma, esse procedimento é mais útil para observar geolocalizações em outros municípios ou entre bairros distantes que registrem ligações em outras ERBs.

(16) PYTHON SOFTWARE FOUNDATION. *Python*. Disponível em: <<https://www.python.org>>. Acesso em: 15 jun. 2022.

(17) NUMFOCUS. *Pandas* — Python Data Analysis Library. Disponível em: <<https://pandas.pydata.org/>>. Acesso em: 14 fev. 2022.

(18) MICROSOFT. *SQL Server 2019*. Disponível em: <<https://www.microsoft.com/pt-br/sql-server/sql-server-2019>>. Acesso em: 14 fev. 2022.

A triangulação das ERBs pode demonstrar a geolocalização de uma ligação que transitou de uma ERB para outra quando o celular está em movimento com uma ligação completada em curso, e necessariamente deverá ocorrer transição de ERBs para que seja possível fazer o cruzamento das informações entre as duas retas, uma em cada direção das ERBs envolvidas.

Logo, para uma análise de viabilidade dessa prova, faz-se necessária uma prévia verificação das ligações efetuadas na fatura do celular. Se houver volume de ligações que garantam uma amostragem suficiente para uma perícia, os registros das ERBs mantidos junto à operadora serão necessários para a elaboração da perícia. Porém, é importante ressaltar que a precisão das informações podem variar em média até 2km.

Na prática, em havendo discussão judicial sobre a validade dos registros de ponto, no confronto entre os horários registrados nos cartões de ponto e os dados obtidos no processo de geolocalização, inserem-se os algoritmos em uma tabela contendo as marcações de cartão ponto em uma coluna e o horário onde ocorreu a primeira ou última geolocalização no local periciado. Esse procedimento demonstrará as divergências, se houver, entre o GPS e o registro de ponto em horas, minutos e segundos. Também podem ser comparados os dados do GPS e do registro de ponto para fins de obtenção de informações como atrasos e chegadas antecipadas ao trabalho. E por fim, as geolocalizações em longitude e latitude.

No laudo o perito terá que descrever a metodologia de análise de dados utilizada, os dados tratados em forma de banco de dados, e fornecer informações precisas ao juiz e as partes, as quais irão confirmar, ou, invalidar, por exemplo, os registros de ponto trazidos no processo, o que contribui para afastar narrativas conflitantes que podem levar à injustiça da decisão.

Na forma da lei, o juiz tem liberdade para apreciar a prova pericial de geolocalização,

podendo formar o seu convencimento exclusivamente com base nessa prova, ou outras, ou, ainda, pela junção e integração das demais provas produzidas, como testemunhas e documentos. Poderá determinar que a prova pericial seja refeita pelo mesmo perito ou nomear outro, negar-lhe valor quando, segundo seu convencimento, possuir vícios ou estiver afastada das demais provas dos autos e da legislação vigente⁽¹⁹⁾.

O método de investigação empregado para realização de perícias de geolocalização no Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região (TRT-9) tem produzido efeitos satisfatórios no sentido de contribuir para afastar controvérsias relevantes existentes no processo. É seguro, já que são utilizadas ferramentas e informações de sites que apresentam mais confiabilidade em termos de segurança, e a perícia é feita sob vigilância do juiz e das partes.

A perícia apresenta-se, portanto, como meio de prova digital apto a atender às modernas exigências relativas à prova.

5. Aspectos da privacidade do trabalhador na coleta de dados do aplicativo do equipamento eletrônico

A Constituição Federal, assegura o direito à inviolabilidade de comunicação em seu art. 5º, o qual preconiza, no inciso X, que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, e no inciso XII, a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas.

Em nível infraconstitucional, a Lei n. 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados — LGPD), em seu art. 1º diz que seu objetivo é o de proteger “os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da

pessoa natural”. Essa Lei tutela, entre vários outros titulares, os trabalhadores, no que diz respeito ao tratamento de seus dados pessoais, impondo respeito à sua privacidade, inviolabilidade de sua intimidade, honra e imagem, e o livre desenvolvimento de sua personalidade e dignidade. As disposições desta lei aplicam-se a qualquer operação de tratamento de dados pessoais dos trabalhadores, inclusive em sede judicial, independentemente do meio utilizado (manual, automatizado ou outro).

De acordo com o art. 7º da LGPD, o tratamento de dados pessoais do trabalhador está autorizado, entre outras hipóteses, para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral. No entanto, uma interpretação conforme à Constituição desse dispositivo leva à conclusão que os dados do trabalhador somente poderão ser tratados no processo se contar com sua autorização.

A coleta de dados para prova de geolocalização constitui tratamento de dados não sensíveis, porém, algumas cautelas e formalidades são necessárias: 1) o trabalhador deve manifestar seu consentimento, ou seja, concordar em fornecer seu equipamento eletrônico para perícia no aplicativo; 2) o tratamento terá que atender ao propósito específico de constituir prova, e deverá haver compatibilidade entre o tratamento e as finalidades buscadas no processo; 3) o tratamento deverá limitar-se ao mínimo necessário para a realização de sua finalidade; somente os dados vinculados à relação de trabalho poderão objeto do tratamento; 4) o trabalhador terá que ser informado de forma clara e precisa sobre a forma e o tempo de duração do tratamento; 5) o tratamento deverá observar os critérios de exatidão, clareza, relevância e atualização; 6) deverão ser adotadas pelo juiz todas as medidas técnicas e processuais para proteger os dados colhidos, a fim de evitar acessos não autorizados, situações acidentais ou ilícitas de alteração, comunicação ou difusão.

(19) SAKO, Emília Simeão Albino. *Direito e processo do trabalho: ônus da prova*, v. 3: meios de provas: como provar seus direitos? *loc. cit.*, p. 90.

O consentimento do trabalhador para o tratamento de seus dados pessoais é fundamental, constituindo-se em requisito de validade da prova, nos termos do art. 8º da LGPD. Esse consentimento deverá ser fornecido na presença do juiz da causa, como garantia de liberdade, afastando-se riscos de eventuais vícios de consentimento.

O empregador, e nem mesmo o juiz, poderá exigir o consentimento do trabalhador para acesso aos dados constantes do aplicativo do seu equipamento eletrônico. Trata-se de um direito cuja titularidade é exclusiva do trabalhador.

Neste sentido:

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.⁽²⁰⁾

Havendo autorização do trabalhador para acesso aos dados, como garantia do direito à sua privacidade, será necessário que o juiz adote todas as medidas para assegurar o sigilo e a confidencialidade dos dados coletados, entre as quais, determinar que o processo tramite em segredo de justiça. O tratamento deve ser realizado por perito de confiança do juiz e por ele nomeado, e o objeto da perícia deve ficar centrado nas questões controvertidas no processo, como período de vigência do contrato, tempo e local de trabalho, e restrita ao espaço necessário ao esclarecimento dos fatos.

(20) BRASIL. TRT-3 – MS: 00111555920215030000 MG 0011155-59.2021.5.03.0000, relator: Marco Antonio Paulinelli Carvalho, Data de Julgamento: 27.10.2021, 1ª Seção de Dissídios Individuais, Data de Publicação: 04.11.2021. Disponível em: <<https://trt-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1310575617/mandado-de-seguranca-ms-111555920215030000-mg-0011155-5920215030000>>. Acesso em: 20 jun. 2022.

O trabalhador que sofrer prejuízo ao seu direito constitucional de privacidade por eventual descuido na coleta, tratamento e armazenamento de seus dados e/ou desvio de finalidade da prova, poderá requerer, entre inúmeras outras providências, a reparação civil pelos prejuízos sofridos.

6. Considerações finais

Informação e comunicação remodelam as relações de trabalho, dando origem a novas e inéditas formas de prestação de serviços, incrementando as formas de trabalho que escapam aos tipos tradicionais regulados, o teletrabalho, e o trabalho orientado por aplicativos.

Num contexto de novidades, o processo do trabalho é atingido em seu eixo central: a prova. Emergem novos meios de provas, com destaque à perícia de geolocalização, a qual, embora venha sendo objeto de um certo ceticismo, atende aos fins buscados no processo, que é a composição justa da lide.

As vantagens da utilização da perícia de geolocalização como meio de prova são incontáveis. Confere segurança à prova e à tomada de decisão, já que os dados do GPS constantes no histórico do Google são confiáveis por se tratar de uma plataforma que atualmente investe muito em segurança de dados, os quais podem ser coletados com rapidez, visto que só depende da autorização do usuário da conta, e conta ainda com margem de erro, de 10 metros, podendo chegar a um metro, dependendo do sinal dos satélites. Assim, pode substituir as informações dos dados ERB, que somente podem ser obtidas mediante solicitação do juiz às operadoras de telefonia móvel, processo moroso e muitas vezes ineficaz, já que a precisão é de apenas 2 km.

A perícia de geolocalização não fere o direito constitucional à privacidade do trabalhador, pois a extração de dados, uma vez consentida, pode ser feita na presença do juiz e cercada por cautelas, o que confere garantia de que não serão abusivamente utilizados.

Apresentando-se como meio probatório seguro, ético e justo, a perícia de geolocalização marca uma nova etapa na sistemática da prova no processo do trabalho, inspirando a construção de novos modelos pautados na tecnologia, contribuindo para a segurança e confiabilidade da prova, o que nem sempre é alcançado quando a prova é produzida, por exemplo, por meio de testemunhas.

Os operadores do direito não ignoram as transformações tecnológicas, e seu agir define-se pela atitude, emergindo, portanto, a necessidade de modernização dos meios de prova. O emprego das NTICs na produção da prova impulsiona a dinâmica do processo, que deve acompanhar a Era digital, repleta de expectativas e experiências rumo ao futuro.

A metodologia desenvolvida por um dos autores deste artigo, acima mencionado, vem apresentando excelentes resultados, e poderá ser melhorada por meio de estudos e pesquisas que já estão em andamento, visando à construção de um modelo mais abrangente, para além dos que estão sendo objeto de atenção no momento: prova sobre vínculo de emprego, local de trabalho, tempo de trabalho e condutas que podem, ou não, constituir justa causa para o despedimento.

A realidade vivenciada nos processos trabalhistas mostra que a perícia de geolocalização, muitas vezes, é o único meio de comprovação de fatos que dificilmente ou deficientemente poderiam ser provados pelos meios tradicionais de prova, e quando a prova documental e/ou testemunhal não é possível ou viável.

Caberá aos operadores do direito atentar para as novas realidades laborais que se apresentam, buscar novos meios de prova, com mudanças de paradigmas, pois, num contexto de novidades, terão que aproximar o processo do trabalho à realidade laboral atual, totalmente modificada em seu eixo central: o trabalho.

O processo do trabalho, concebido a décadas para regular outra realidade laboral, terá

que ser interpretado à luz dos novos tempos para que possa se manter íntegro e atual, na medida em que a continuar estático e alheio à realidade laboral moldada pelas NTICs, irá se converter em um direito sem adjetivos.

O objetivo buscado, portanto, é contribuir para fortalecer um sistema de prova, pautado na geolocalização, cooperativa, ética, independente, válida, confiável e eficaz.

7. Referências

ABNT, Associação Brasileira De Normas Técnicas. *NBR 27.037: diretrizes para identificação, coleta, aquisição e preservação de evidência digital*. Rio de Janeiro, 2013.

ANDROID. *O que é o Android*. Disponível em: <https://www.android.com/intl/pt-BR_br/what-is-android/>. Acesso em: 19 jun. 2022.

APPLE. *iOS 15*. Disponível em: <<https://www.apple.com/br/ios/ios-15/>>. Acesso em: 19 jun. 2022.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 jun. 2022.

_____. *Lei n. 11.419, de 19 de dezembro de 2006*. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, DF, [2006]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11419.htm>. Acesso em: 10 jun. 2022.

_____. *Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014*. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, DF, [2014]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/12965.htm>. Acesso em: 10 jun. 2022.

_____. *Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943*. Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, DF, [1943]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/12965.htm>. Acesso em: 09 jun. 2022.

_____. *Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014*. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, DF, [2014]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/12965.htm>. Acesso em: 10 jun. 2022.

_____. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF, [2019]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 11 jun. 2022.

_____. *Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF, [2019]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 10 jun. 2022.

_____. TRT da 3ª Região; *Processo: 0154700-35.2008.5.03.0004 RO*; Data de Publicação: 22.02.2010; Disponibilização: 19.02.2010, *DEJT*, Página 151; Órgão Julgador: Quarta Turma; relator: Luiz Otavio Linhares Renault; revisor: Julio Bernardo do Carmo. Disponível em: <<https://juris.trt3.jus.br/juris/detalhe.htm?conversationId=1882>>. Acesso em: 10 jun. 2022.

_____. TRT-3 – MS: 00111555920215030000 MG 0011155-59.2021.5.03.0000, relator: Marco Antonio Paulinelli Carvalho, Data de Julgamento: 27.10.2021, 1ª Seção de Dissídios Individuais, Data de Publicação: 04.11.2021. Disponível em: <<https://trt-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1310575617/mandado-de-seguranca-ms-111555920215030000-mg-0011155-5920215030000>>. Acesso em: 20 jun. 2022.

GOOGLE INC. *Como o google usa as informações de localização*. Disponível em: <<https://policies.google.com/technologies/location-data?hl=pt-BR>>. Acesso em: 22 jun. 2022.

GOOGLE INC. *Dados e segurança*. Disponível em: <google.com/intl/pt-BR/about/datacenters/data-security>. Acesso em: 19 jun. 2022.

GOOGLE INC., *Google Takeout*. Disponível em: <<https://takeout.google.com/>>. Acesso em: 15 jun. 2022.

IMECC, Instituto De Matemática, Estatística e Computação Científica. *Como funciona o Sistema de posicionamento global (GPS)*. Disponível em: <<http://www.ime.unicamp.br/~apmat/o-sistema-gps/>>. Acesso em: 22 jun. 2022.

MARTINS, Elaine. *Como funciona o GPS? Tecmundo*, 10 ago. 2009. Disponível em: <<https://www.tecmundo.com.br/gps/2562-como-funciona-o-gps-.htm>>. Acesso em: 29 jun. 2022.

MICROSOFT. *SQL Server 2019*. Disponível em: <<https://www.microsoft.com/pt-br/sql-server/sql-server-2019>>. Acesso em: 14 fev. 2022.

NUMFOCUS. *Pandas — Python Data Analysis Library*. Disponível em: <<https://pandas.pydata.org/>>. Acesso em: 14 fev. 2022.

PYTHON SOFTWARE FOUNDATION. *Python*. Disponível em: <<https://www.python.org>>. Acesso em: 15 jun. 2022.

SAKO, Emília Simeão Albino. *Direito e processo do trabalho: ônus da prova*, v. 3: meios de provas: como provar seus direitos? Amazon. Edição do autor. Cornélio Procópio, PR, 2019.

_____. *Direito e processo do trabalho: ônus da prova*, v. 1: sistemas de valoração da prova, ônus da prova, inversão do ônus da prova. Amazon. Edição do autor. Cornélio Procópio, PR, 2019.

_____. *Trabalho e Novas Tecnologias*. Direitos on-line ou de 4ª Geração. São Paulo: LTr, 2014.

RODRIGUES, Benjamim Silva. *Direito Penal*. Parte Especial, I, Direito Penal Informático-Digital, 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora [distrib.], 2009.

Provas Digitais e sua Repercussão no Direito Processual do Trabalho

Erika Cristina Ferreira Gomes^(*)

Resumo:

- ▶ O presente artigo analisa as modificações ocorridas na sociedade contemporânea a partir da disseminação das novas tecnologias de informação e comunicação. Faz uma digressão sobre o instituto da prova no direito processual, para depois discorrer sobre as provas digitais em particular, trazendo ao leitor exemplos do cotidiano forense quanto à produção dessa espécie probatória no âmbito do direito processual do trabalho.

Palavras-chave:

- ▶ Sociedade da informação — Provas digitais — Processo do trabalho.

Abstract:

- ▶ This article analyzes the changes that have taken place in contemporary society from the spread of new information and communication technologies. It makes a digression on the institute of evidence in procedural law, and then discusses digital evidences in particular, bringing to the reader examples of everyday forensics regarding the production of this kind of evidence in the scope of procedural labor law.

Key-words:

- ▶ Contemporary society — Digital evidences — Procedural labor law.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. A sociedade da informação do século XXI
- ▶ 3. Das provas digitais
- ▶ 4. Hipóteses de produção das provas digitais no âmbito do processo do trabalho
- ▶ 5. Considerações finais
- ▶ 6. Referências

(*) Juíza Federal do Trabalho Substituta do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes.

1. Introdução

Os benefícios das novas tecnologias são inegáveis, mas não se pode ignorar o fato de que, quanto mais conectados vivemos por meio de nossos *smartphones*, *tablets* e computadores, mais rastros deixamos nas plataformas digitais, que, por isso mesmo, se revelam capazes de registrar nossas ações no tempo e no espaço. Vivemos uma época em que nossos atos são registrados por dispositivos conectados à rede, e isso reflete nas relações sociais e jurídicas, merecendo a atenção dos estudiosos.

A quarta revolução industrial vem impactando a economia e as relações humanas, e o Direito, como ciência social, precisa acompanhar esta complexidade e oferecer respostas jurídicas e normativas adequadas, que garantam segurança e o efetivo exercício dos direitos. Embora a produção da prova digital seja cada vez mais comum no mundo forense, os operadores do direito pouco têm atentado para suas particularidades, produzindo, não raras vezes, a prova de maneira incorreta, o que a torna frágil ou até mesmo imprestável para os fins a que se destina.

Nesse contexto, o trabalho pretende apresentar hipóteses de produção da prova digital no processo do trabalho, identificando os erros mais corriqueiros. Para isso, o primeiro tópico do estudo discorre sobre a sociedade digital, para, no segundo, demonstrar os reflexos dessa sociedade no Direito, especificamente nas provas. A última parte aponta provas digitais que vêm sendo corriqueiramente utilizadas no processo trabalhista, apontando os equívocos em sua produção e, em contrapartida, pontos que devem ser levados em conta para que se dê de forma adequada.

O tema despertou o interesse da autora dada a escassez de trabalhos doutrinários quanto à produção das provas digitais no âmbito do processo do trabalho, tema atual e relevante.

A pesquisa é bibliográfica de abordagem qualitativa.

2. A sociedade da informação do século XXI

De acordo com as lições do sociólogo espanhol Manuel Castells⁽¹⁾, em sua célebre obra “Sociedade em Rede”, segundo os historiadores, houve pelo menos duas revoluções industriais: a primeira começou pouco antes dos últimos trinta anos do século XVIII, caracterizada por novas tecnologias como a máquina a vapor, a fiadeira, o processo Cort em metalurgia e, de forma geral, a substituição das ferramentas manuais pelas máquinas; a segunda, aproximadamente cem anos depois, destacou-se pelo desenvolvimento da eletricidade, do motor de combustão interna, de produtos químicos com base científica, da fundição eficiente de aço e pelo início das tecnologias de comunicação, com a difusão do telégrafo e a invenção do telefone.

Após a Segunda Guerra Mundial, observou-se o surgimento de importantes descobertas tecnológicas em eletrônica (o computador programável e o transistor) que revolucionaram a tecnologia da informação do século XX, mas, segundo Castells, foi apenas na década de 1970 que as novas tecnologias da informação difundiram-se amplamente, acelerando seu desenvolvimento sinérgico e convergindo em um novo paradigma.

O apagar das luzes do século XX foi marcado pelo surgimento e difusão das tecnologias da informação, que podem ser entendidas como as tecnologias da microeletrônica, computação (*software* e *hardware*), telecomunicações/rádiodifusão, e optoeletrônica (transmissão por fibra ótica e laser), caracterizando a chamada Era da Informação ou, como preferem alguns, a Sociedade da Informação, palco do capitalismo informacional, que corresponde ao estágio econômico e social em que estamos vivendo.

(1) CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em Rede*. 8. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999.

Segundo as lições de Marco Antônio de Barros e César Eduardo Lavoura Romão⁽²⁾, a “Sociedade da Informação” representaria um contexto sócio-histórico pós-revolução industrial, reinterpretado conforme as variadas facetas e etapas históricas desta revolução — culminando com a revolução tecno-científica da década de 1970 e com a explosão dos microcomputadores, o advento da internet (do sistema *World Wide Web* — “www”) e da rede virtual/mundial de informações — e fruto da análise global de todas as repercussões e reflexões não apenas procedimentais ou jurídicas, mas sociais, econômicas e filosóficas, dentre outras, ocasionadas por este fenômeno.

Fazendo um breve histórico das revoluções industriais, Klaus Schwab⁽³⁾ afirma que a primeira delas ocorreu aproximadamente entre 1760 e 1840. Provocada pela construção das ferrovias e pela invenção da máquina a vapor, ela deu início à produção mecânica. A segunda revolução industrial, iniciada no final do século XIX, entrou no século XX e, pelo advento da eletricidade e da linha de montagem, possibilitou a produção em massa. A terceira revolução industrial começou na década de 1960. Ela costuma ser chamada de revolução digital ou do computador, pois foi impulsionada pelo desenvolvimento dos semicondutores, da computação em *mainframe* (década de 1960), da computação pessoal (década de 1970 e 1980) e da internet (década de 1990).

O engenheiro e economista alemão chega até mesmo a afirmar que estamos vivendo uma quarta revolução industrial, iniciada na virada do século XXI, que se baseia na revolução digital, marcada por uma internet mais ubíqua e móvel, por sensores menores e mais poderosos que se tornaram mais baratos, e pela inteligência artificial e aprendizagem

automática (ou aprendizado de máquina). As tecnologias digitais da quarta revolução industrial não são novas, mas estão causando rupturas à terceira revolução industrial, estão se tornando mais sofisticadas e integradas, e, consequentemente, transformando a sociedade e a economia global.

Prossegue o mencionado autor, afirmando que a quarta revolução industrial tornou possível a existência de novos produtos e serviços que aumentam, sem praticamente nenhum custo, a eficiência de nossas vidas como consumidores. Pedir um táxi, encontrar um voo, comprar um produto, fazer pagamentos, ouvir música ou assistir a um filme — qualquer uma dessas tarefas pode, agora, ser realizada remotamente. Os benefícios da tecnologia para os consumidores são irrefutáveis. A internet, o *smartphone* e milhares de aplicativos estão deixando nossas vidas mais fáceis — e — em geral — mais produtivas.

Retomando as lições de Castells, na obra “Sociedade em Rede”, o registro histórico das revoluções tecnológicas, conforme foi compilado por Melvin Kranzberg e Carrol Persell, mostra que todas são caracterizadas por sua *penetrabilidade*, ou seja, sua penetração em todos os domínios da atividade humana, não como fonte exógena de impacto, mas como o tecido em que essa atividade é exercida. Como a informação é uma parte integral de toda atividade humana, todos os processos de nossa existência individual e coletiva são diretamente moldados pelo novo meio tecnológico.

George Orwell⁽⁴⁾, célebre escritor considerado um dos mais importantes romancistas da vertente distópica, publicou o romance “1984”. Em 1949, ano de publicação da mencionada obra, o escritor fez o prenúncio de uma nova sociedade marcada pela revolução digital, anunciando, embora em tom de ficção, a existência das Teletelas — televisores bidirecionais que transmitem e captam imagens e sons ao

(2) BARROS, Marco Antônio de; ROMÃO, César Eduardo Lavoura. Internet e videoconferência no processo penal. Brasília: *Revista CEJ*, n. 32, jan./mar 2006, p. 116-125. [Artigo Virtual]

(3) SCHWAB, Klaus. *A Quarta Revolução Industrial*. São Paulo: Edipro, 2016.

(4) ORWELL, George. 1984. São Paulo: IBEP, 2003.

mesmo tempo, usados pelo Estado para vigiar constantemente seus cidadãos.

Parecia uma profecia. Os benefícios das novas tecnologias são inegáveis, mas não se pode ignorar o fato de que, quanto mais conectados vivemos por meio de nossos *smartphones*, *tablets* e computadores, mais rastros deixamos nas plataformas digitais, que, por isso mesmo, se revelam capazes de registrar nossas ações no tempo e no espaço. Vivemos uma época em que nossos atos são registrados por dispositivos conectados à rede, e isso reflete nas relações sociais e jurídicas, merecendo a atenção dos estudiosos.

Como se vê, quarta revolução industrial vem impactando a economia e as relações humanas, e o Direito, como ciência social, precisa acompanhar esta complexidade e oferecer respostas jurídicas e normativas adequadas, que garantam segurança e o efetivo exercício dos direitos.

O Direito, nas palavras de José Fernando de Castro⁽⁵⁾, como parte do sistema social, não é a imobilidade, ele é equilíbrio de movimento, ele se organiza a partir de “equilíbrios”, de forma que os equilíbrios sociais, políticos, econômicos e jurídicos são constantemente construídos. É preciso um processo permanente de construção e reconstrução.

Em meio a esse contexto de modernidade e Direito, tema que nos tem chamado a atenção e que merece maiores reflexões jurídicas é a prova, mais precisamente a prova digital, e é sobre ela que iremos nos debruçar no próximo capítulo.

3. Das provas digitais

A prova é um termo que pode ser compreendido sob várias acepções, pois é ao mesmo tempo, meio, resultado e atividade.

Por vezes, a prova se confunde com a própria atividade probatória, e neste sentido

costuma-se afirmar que àquele que alegar um fato compete fazer prova de sua ocorrência; noutras vezes, a prova refere-se aos meios de prova, ou seja, aos instrumentos vocacionados a extrair a prova de sua fonte; por fim, diz-se que a prova é o resultado dos meios de prova produzidos com vistas a formar o convencimento do Juízo.

Em suma, a prova, nos dizeres de Paulo Lucon⁽⁶⁾, “é a demonstração da verdade a respeito de certo fato. Provar é atividade de demonstração da verdade a respeito de certo fato com a utilização de meios idôneos a determinar a sua ocorrência que, por sua vez, acarreta consequências jurídicas”.

No magistério de Rennan Thamay e Maurício Tamer⁽⁷⁾, os meios de prova, a seu turno, são os instrumentos destinados a realizar o transporte dos fatos para dentro do processo ou procedimento. O que os diferencia é a forma como se dará essa transferência, de modo que se o fato está registrado na memória de alguém, a prova testemunhal é o meio que levará o fato para dentro do processo ou procedimento; se, por outro lado, o fato estiver registrado em um documento, a prova documental será o meio apto, ou, ainda, se o fato depender de uma tradução técnica especializada, estaremos diante da prova pericial.

Asseveram os mencionados autores que

[...] em uma ordem de formação de convicção do destinatário da prova, tem-se: (i) primeiro, há o fato; (ii) segundo, esse fato é trazido para dentro do processo ou procedimento mediante os meios probatórios; (iii) terceiro, tem-se as provas a partir dos resultados obtidos; e (iv) quatro, é formada a convicção do destinatário sobre os interesses jurídicos atrelados a partir da narrativa e da construção normativa extraída das provas.

(6) In CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo [Coords.]. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

(7) THAMAY, Rennan; TAMER, Maurício. *Provas no Direito Digital*. São Paulo: RT, 2020.

(5) FARIAS, José Fernando de Castro. *Uma reflexão sobre alguns caminhos da sociologia jurídica*. Disponível em: <https://periodicos.uff.br>. Acesso em: 29 nov. 2021.

No direito processual pátrio, os meios de prova podem ser típicos, quando expressamente previstos em lei, e atípicos, quando não existe previsão expressa, mas também não existe proibição jurídica para sua produção. Além dos meios de prova previstos pelo Código de Processo Civil, admite-se qualquer meio moralmente legítimo de prova (art. 369), o que leva Mauro Schiavi⁽⁸⁾ a afirmar que o *Codex* consagra o princípio da atipicidade das provas, permitindo também aqueles que não são contrárias à lei, à moral e aos bons costumes.

De acordo com o autor acima mencionado, o objeto da prova são os fatos, ou melhor, as alegações das partes sobre os fatos. Somente os fatos pertinentes ou controvertidos serão objeto de prova. Os fatos sobre os quais não paira controvérsia não são objeto de prova, pois são admitidos como verdadeiros no processo (art. 374, CPC). Excepcionam-se dessa regra os fatos que, ainda que não contestados pela parte contrária, não parecem verossímeis, ou aqueles impossíveis ou pouco prováveis.

A prova processual tem como finalidade o alcance da verdade, o que pode ser apreendido do art. 369, do CPC. O conceito de verdade, para fins processuais, é objeto de intenso debate doutrinário, mas é possível afirmar que independentemente do ramo da processualística (penal, civil ou trabalhista), a produção das provas é orientada pelo princípio da busca da verdade real.

No escólio do referido autor, um dos escopos da jurisdição é pacificar o conflito com justiça, e para que se atinja esse fim, é necessário orientar a atividade judicante pela busca da verdade real, atendendo aos princípios de justiça e efetividade do processo⁽⁹⁾.

Sobre o alcance da verdade mediante a produção probatória, Schiavi alude que a doutrina clássica defende a diferenciação entre verdade

real (também chamada de substancial), e verdade formal (também chamada processual ou verossimilhança), prevalecendo, durante muito tempo, a ideia de que no processo penal se buscava a verdade real, em face à indisponibilidade dos interesses em litígio, ao passo que no processo civil, que lida com interesses disponíveis (patrimoniais), deveria primar-se pela busca da verdade formal.

Todavia, prossegue o mencionado autor afirmando que a moderna doutrina defende a tese da superação da diferenciação entre verdade real e formal, pois a verdade real é uma só. Embora seja praticamente impossível alcançar a verdade real, todos os atores processuais, sobretudo o juiz, devem envidar esforços para se chegar ao acerto mais próximo da realidade (verdade substancial).

Quanto aos destinatários da prova, a doutrina de Marco Antônio Rodrigues e Maurício Tamer⁽¹⁰⁾ preconiza que são o julgador, o árbitro, o membro do Ministério Público, as autoridades administrativas, advogados etc.

Cleber Lúcio de Almeida⁽¹¹⁾ adverte que a prova ainda tem a sociedade como destinatária, na medida em que, ao exercer o controle sobre a atividade estatal, inclusive jurisdicional, a sociedade tem o direito de conhecer os motivos (provas, inclusive) pelos quais foi proferida determinada decisão em seu nome, pois, no Estado Democrático de Direito, todo poder emana do povo.

Feitas tais considerações introdutórias sobre aspectos gerais da prova, passa-se à análise do objeto deste estudo: as provas digitais. É que, como visto no capítulo anterior, as transformações da sociedade contemporânea trouxeram reflexos também para o Direito.

(10) RODRIGUES, Marco Antonio; TAMER, Maurício. *Justiça Digital: O acesso digital à Justiça e as tecnologias da informação na resolução de conflitos*. São Paulo: JusPodivm, 2021.

(11) ALMEIDA, Cléber Lúcio de. *Direito Processual do Trabalho*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 605.

(8) SCHIAVI, Mauro. *Provas no Processo do Trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2021.

(9) *Idem*.

De acordo com as lições de Thamay e Tamer⁽¹²⁾, a prova digital possui duas acepções. Na primeira, a prova considerada digital é aquela ligada à demonstração de um fato ocorrido nos meios digitais. Em uma segunda acepção, não obstante o fato não tenha ocorrido em suporte digital, sua demonstração pode ocorrer por meios digitais.

Os autores ilustram o conceito com alguns exemplos, citando o envio de um *e-mail*, de uma mensagem por aplicativo de mensagens (*WhatsApp*, *Telegram*), cópia ou desvio da base de dados, cópia de *software*, disponibilização de um vídeo na internet (conteúdo íntimo ou difamador) entre outros, como hipóteses de fatos ocorridos em meios digitais. Por outro lado, quanto aos fatos ocorridos no meio físico e provados por meios digitais, trazem à baila o exemplo da ata notarial lavrada a partir da constatação pelo tabelião de foto em mídia social em que constam juntos um colaborador da empresa e um diretor da empresa concorrente, a fim de comprovar conluio fático entre eles.⁽¹³⁾

Ademais, as provas digitais apresentam características peculiares que as diferenciam de outras espécies de provas previstas no ordenamento jurídico pátrio. Denise Provasi Vaz⁽¹⁴⁾ cita quatro características dessa espécie

probatória. São elas: a) imaterialidade e despreendimento do suporte físico originário; b) volatilidade; c) suscetibilidade de clonagem; e d) necessidade de intermediação de equipamento para ser acessada.

Segundo a autora, quanto à imaterialidade, esta pode ser compreendida como a natureza intangível, não corpórea, da prova digital, composta por bits e impulsos elétricos, por isso mesmo podem ser transferidas por meio de redes de comunicações diversas a outros dispositivos eletrônicos e digitais.

Por volatilidade entende-se a possibilidade de alteração binária ou algorítmica que poderia inviabilizar o dado digital, e, por consequência, a prova digital. Essa volatilidade permite a alteração dos dados digitais e isso pode resultar na perda de informações e mudanças que levem a questionamentos sobre a confiabilidade da prova digital.

A prova digital, no magistério da mencionada autora, também se caracteriza por ser imaterial, e, portanto, suscetível a clonagens mediante a reprodução em sua totalidade da sequência numérica dos dados que a compõem, permitindo a produção de diversas cópias idênticas, sem que se possa falar em um exemplar original.

Por fim, a prova digital apresenta a característica da necessidade de intermediação, pois para que haja o processamento da informação, é necessário um meio que permita a compreensão do código digital e sua demonstração ao detentor dessa espécie probatória.

Apresentadas as características da prova digital, oportuno tecer breves considerações acerca dos princípios que orientam a atividade probatória. De acordo com o entendimento de Rodrigues e Tamer⁽¹⁵⁾, são eles: vedação da prova ilícita, liberdade probatória e persuasão racional do destinatário.

(12) THAMAY, Rennan; TAMER, Maurício. *Provas no Direito Digital*. São Paulo: RT, 2020.

(13) O art. 4º do PL n. 4.939/2020 conceitua prova digital nos seguintes termos: "Considera-se prova digital toda informação armazenada ou transmitida em meio eletrônico que tenha valor probatório". Não podemos deixar de observar a impropriedade técnica do legislador ao mencionar que a prova digital é toda aquela armazenada ou transmitida em *meio eletrônico*. Ora, meios digitais não se confundem com meios eletrônicos, já que os primeiros só podem ser acessados por dispositivo computacional apto a fazer a leitura dos códigos binários, ao passo que meio eletrônico pode ser analógico, a exemplo dos antigos videocassetes e *walkman*.

(14) VAZ, Denise Provasi. *Provas Digitais no processo penal: Formulação do conceito, definição das características e sistematização do procedimento probatório*. 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

(15) RODRIGUES, Marco Antonio; TAMER, Maurício. *Justiça Digital: O acesso digital à Justiça e as tecnologias da informação na resolução de conflitos*. São Paulo: JusPodivm, 2021.

A vedação da prova ilícita é prevista pelo art. 5º, inciso LVI, da CF/88, e pelo art. 369, do CPC, em plano infraconstitucional. Neste ponto, a doutrina acima mencionada assevera que “não serão aceitas nos processos e procedimentos as provas (resultados sobre a ocorrência ou não de fatos e todas as suas características e circunstâncias) ilícitas, ou seja, contrárias ao Direito ou confeccionadas em violação ao Direito vigente”.

Acrescentam Rodrigues e Tamer⁽¹⁶⁾ que também estaremos diante de provas ilícitas se estas, ainda que produzidas de forma lícita, derivem ou sejam resultados de provas originalmente ilícitas (teoria dos frutos da árvore envenenada, criada pela Suprema Corte Norte-Americana). No âmbito das provas digitais, citam como exemplo: “obtenção de registros de conexão ou de acesso a aplicações de internet (registros de log — Endereço de IP ou *Internet Protocol*, data, hora e porta lógica de origem, sem ordem judicial)”.

No âmbito trabalhista, trazem o seguinte exemplo de prova ilícita: “acesso pelo reclamante à comunicação eletrônica entre membros da diretoria da organização, se a obtenção se deu sem autorização judicial”. Prosseguem afirmando que, por outro lado, a prova oriunda de gravação ambiental feita pela empresa, com a ciência dos empregados, é prova lícita, pois decorrente do poder diretivo do empregador. Reveste-se também de licitude a prova decorrente de monitoramento ou acesso a *e-mail* corporativo se o empregado tinha ciência dos limites de sua utilização, desde que o dispositivo eletrônico seja de propriedade da empresa.

Discorrendo ainda sobre os princípios que orientam a atividade probatória, os referidos autores mencionam a liberdade probatória, pela qual todos os meios de prova, sejam típicos ou atípicos, podem ser utilizados

para convencer o destinatário, desde que não vedados por lei. É a previsão contida no art. 369, do CPC.

Finalmente, mencionam o princípio da persuasão racional ou do livre convencimento motivado, pelo qual o destinatário da prova não está atrelado a valores de prova previamente estabelecimentos, já que em nosso ordenamento jurídico não existe a chamada prova tarifada, devendo ater-se aos meios de prova constantes dos autos, e a partir da exposição de critérios lógico-racionais que lhe deram base, proferir a decisão.

Não poderíamos discorrer sobre as provas digitais sem tecer, ainda, considerações sobre os seus requisitos de validade e utilidade, os quais, frise-se, não são exclusivos desse tipo de prova, mas de todas as provas em si.

Para que a prova digital seja útil e válida, é necessário que reúna os seguintes requisitos: a) autenticidade, b) integridade, e c) preservação da cadeia digital. Ausentes quaisquer dos requisitos ou pressupostos, a prova mostrar-se-á frágil, ou até mesmo imprestável para produzir efeitos no processo.

Por autenticidade deve-se entender a qualidade da prova digital que, conforme os ensinamentos de Rodrigues e Tamer⁽¹⁷⁾, “permite a certeza com relação ao autor ou autores do fato digital. Ou seja, é a qualidade que assegura que o autor aparente do fato é, com efeito, seu autor real”.

Segundo os mencionados autores, autenticidade “é a qualidade que elimina toda e qualquer hipótese válida e estruturada de suspeição sobre quem fez ou participou da constituição do fato no meio digital. [...] uma prova digital falha em sua autenticidade acaba por reproduzir um fato, por assim dizer, pela metade e sem autoria certa”.

(16) RODRIGUES, Marco Antonio; TAMER, Maurício. *Justiça Digital: O acesso digital à Justiça e as tecnologias da informação na resolução de conflitos*. São Paulo: JusPodivm, 2021.

(17) RODRIGUES, Marco Antonio; TAMER, Maurício. *Justiça Digital: O acesso digital à Justiça e as tecnologias da informação na resolução de conflitos*. São Paulo: JusPodivm, 2021.

Para os referidos doutrinadores, a integridade pode ser entendida como “a qualidade da prova digital que permite a certeza com relação à sua completude ou não adulteração. A prova digital íntegra é aquela isenta de qualquer modificação em seu estado ou adulteração desde o momento da realização do fato até a apresentação do resultado prova”.

Ambos discorrem, ainda, sobre a preservação da cadeia de custódia da prova digital⁽¹⁸⁾, que significa “preservar tais pressupostos em todo processo de produção da prova digital, desde sua identificação até sua apresentação no procedimento de destino”. Como se vê, cadeia de custódia nada mais é do que o histórico cronológico do momento em que a prova é identificada e coletada, até o momento de seu descarte⁽¹⁹⁾.

Com relação à cadeia de custódia da prova digital, como bem advertem Rennan Thamay e Maurício Tamer⁽²⁰⁾, “o registro detalhado de acessos, horários, e datas de quem teve acesso às referidas provas digitais vai manter a cadeia de custódia digital idônea e pronta para que seja utilizada pelo magistrado nos autos dos processos”.

Importante salientar que a prova e as evidências devem observar o disposto no art. 159, *caput*, e §§ 1º ao 7º do CPP, que tratam dos responsáveis pela coleta dos materiais. A fim de garantir a confiabilidade das provas digitais,

(18) A Lei n. 13.964 (Pacote Anticrime) introduziu o art. 158-A ao Código de Processo Penal, que traz o conceito de cadeia de custódia, *verbis* considera-se cadeia de custódia o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte.

(19) Sobre as etapas para elaboração da cadeia de custódia, *vide* ISO/IEC n. 27.037/2012, que trata de diretrizes de identificação, coleta, aquisição e preservação de evidências digitais.

(20) THAMAY, Rennan; TAMER, Maurício. *Provas no Direito Digital*. São Paulo: RT, 2020.

tem-se utilizado a tecnologia denominada *blockchain*, que, segundo Thamay e Tamer⁽²¹⁾

[...] é um livro-razão distribuído, é um protocolo seguro no qual uma rede de computadores verifica de forma coletiva uma transação antes de registrá-la e aprová-la. A tecnologia que sustenta o *blockchain* cria confiança, permitindo que pessoas que não o conheçam (e, portanto, não têm nenhuma base subjacente de confiança) colaborem sem ter de passar por uma autoridade central neutra — ou seja, um depositário ou livro contábil central. Em essência, o *blockchain* é um livro contábil compartilhado, programável, criptograficamente seguro e, portanto, confiável; ele não é controlado por nenhum usuário único, mas pode ser inspecionado por todos.

Vale mencionar que, atualmente, existem plataformas *online* que oferecem serviços oferecidos para assegurar a integridade, a autenticidade e a preservação da cadeia de custódia da prova digital, atendendo às diretrizes fixadas pela ISO/IEC n. 27.037/2012.

Alguns tribunais, inclusive, já vêm adotando serviços como o Verifact e o *OriginalMY* para garantir a integridade e confiabilidade da prova. Trata-se de interessantes ferramentas a serem utilizadas pelos sujeitos do processo interessados na produção da prova digital, sendo menos dispendiosas do que as atas notariais, como será abordado com mais vagar no capítulo seguinte⁽²²⁾.

Para os fins do presente trabalho, necessário trazer, ainda, apontamentos sobre os provedores de acesso ou conexão, e os provedores de aplicação, traço distintivo trazido pela Lei n. 12.965/14, conhecida como o Marco Civil da Internet.

(21) *Idem*.

(22) *Vide* processo n. 0000280-64.2021.5.12.0037, em trâmite perante a 7ª Vara de Florianópolis do TRT da 12ª Região.

Provedor de acesso ou aplicação pode ser entendido como a empresa que fornece o serviço de acesso ou conexão à internet, como Net, Claro e outras. Já os provedores de aplicação são aqueles que fornecem funcionalidades acessíveis por meios de um terminal, como um computador, celular, ou *tablet*, conectado à internet (*sites* de lojas, por exemplo)⁽²³⁾.

A referida distinção é importante, na medida em que para se ter conhecimento da autoria de uma publicação ofensiva que se vale do uso de perfil *fake* em rede social, por exemplo, é necessário o requerimento, à autoridade judicial, para que officie o provedor de aplicação, a fim de que este forneça o IP (*Internet Protocol*, ou protocolo de rede) do terminal utilizado pelo autor do fato. Uma vez obtida a informação, requisita-se ao provedor de conexão ou de acesso o fornecimento dos dados cadastrais do usuário (nome, endereço etc.).

Note-se que a autorização judicial para que se obtenham os dados cadastrais de determinado IP é imprescindível, pois os provedores de conexão e aplicação não podem armazenar os registros de acesso (*logs*) a aplicações de internet como decorrência da cláusula de reserva de jurisdição prevista no art. 22, *caput*, do Marco Civil da Internet, segundo o qual “a parte interessada poderá, com o propósito de formar o conjunto probatório em processo judicial cível ou penal, em caráter incidental ou autônomo, requerer ao juiz que ordene ao responsável pela guarda o fornecimento de registros de conexão ou de registros de acesso a aplicações de internet”.

O requerente da prova deverá observar os requisitos previstos no parágrafo único do

(23) Lei n. 12.965/14, art. 5º, incisos V e VII, *verbis*: Para os efeitos desta Lei, considera-se: [...] V – conexão à internet: a habilitação de um terminal para envio e recebimento de pacotes de dados pela internet, sua duração e o endereço IP utilizado pelo terminal para o envio e recebimento de pacotes de dados; [...] VII – aplicações de internet: o conjunto de informações referentes à data e hora de início e término de uma conexão à internet, sua duração e o endereço IP utilizado pelo terminal para o envio e recebimento de pacotes de dados.

mencionado dispositivo legal, sob pena de inadmissibilidade, quais sejam: “I – fundados indícios da ocorrência do ilícito; II – justificativa motivada da utilidade dos registros solicitados para fins de investigação ou instrução probatória, e III – período ao qual se referem os registros”.

Apresentamos, em apertada síntese, alguns aspectos fundamentais para a compreensão do instituto das provas digitais, importantes para que se apresentem, no capítulo a seguir, algumas hipóteses de produção das provas digitais no âmbito do processo do trabalho.

4. Hipóteses de produção das provas digitais no âmbito do processo do trabalho

Atualmente, a Justiça do Trabalho é quase que inteiramente uma Justiça eletrônica. Dos 24 (vinte e quatro) Tribunais Regionais do Trabalho do país, 12 (doze) já aderiram ao Juízo 100% digital, conforme o relatório Justiça em Números, divulgado anualmente pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ)⁽²⁴⁾.

Desse modo, não faz mais sentido pensar-se na produção de provas exclusivamente analógicas (confissão, prova testemunhal etc.), devendo os operadores do Direito dedicarem mais atenção às provas digitais e sua produção de maneira eficaz, valendo ressaltar que a ausência, até o presente momento, de diploma normativo específico para regulamentação das provas digitais não pode ser óbice à sua utilização nos processos judiciais⁽²⁵⁾.

No dia a dia forense, nos deparamos com algumas questões relativas à produção das provas digitais no processo do trabalho que merecem maior reflexão.

(24) Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br>>.

(25) Atualmente encontra-se em trâmite perante a Câmara dos Deputados o PL n. 4.939/2020, apresentado pelo Deputado Hugo Leal (PSD/RJ), que dispõe sobre as diretrizes do direito da Tecnologia da Informação e as normas de obtenção e admissibilidade de provas digitais na investigação e no processo, além de outras providências.

A primeira delas diz respeito à juntada de *prints* no processo. Não raro as partes trazem aos autos *prints* de mensagens trocadas em aplicativos de mensagens instantâneas (*WhatsApp*, *Telegram*), de páginas da internet, ou até mesmo de e-mails para fazer prova de suas alegações, sem, contudo, tomarem as cautelas necessárias para garantir a força probante dos documentos.

Não obstante a incúria dos sujeitos interessados na produção da prova digital (juntada dos *prints*), o que temos visto nos processos postos sob nossa apreciação é que a parte contrária não impugna o documento juntado, e quando o faz, não é de forma adequada, limitando-se, muitas vezes, a alegar que a prova é frágil.

Se não houver impugnação ao *print* juntado, ele terá aptidão para provar os fatos nele retratados, consoante se extrai do art. 422, CPC⁽²⁶⁾, subsidiariamente aplicável ao processo do trabalho por força do art. 769⁽²⁷⁾, da CLT. Havendo impugnação ao *print* juntado, a parte pode alegar que a prova digital é imprestável por não observar os requisitos de validade, e/ou autenticidade relacionados no tópico anterior. É possível que a parte alegue, ainda, que não foi observada a preservação da cadeia de custódia, entendida como o conjunto dos procedimentos que devem ser observados para manter o histórico com vestígio coletado.

Como então produzir a prova digital (juntada de *prints*) de forma adequada?

Pode a parte valer-se dos meios de validação difusa, a exemplo do registro por ata notarial, plataforma Verifact ou, ainda, da tecnologia do *blockchain*, como o *Original MY* e outras

plataformas semelhantes, que garantem a integridade, a imutabilidade, a temporalidade e publicidade da prova apresentada.

Particularmente quando aos *e-mails*, é recomendável que a parte interessada em produzir este meio de prova informe os metadados da mensagem, que podem ser acessados, em regra, mediante o clique nos três pontinhos do canto superior direito da mensagem de e-mail. Os metadados deverão ser analisados posteriormente por perícia computacional.

No que tange especificamente à ata notarial, é meio típico de prova, previsto no art. 384, do CPC⁽²⁸⁾. O tabelião observa o fato e o descreve com todas as suas circunstâncias na ata notarial. Desse modo, se o notário não observar presencial e pessoalmente o fato, não pode descrevê-lo em ata, devendo a parte, portanto, levar o dispositivo digital até o tabelião, para que ele verifique o conteúdo das mensagens de *WhatsApp*⁽²⁹⁾.

Como alertam Rodrigues e Tamer, “não pode o notário fazer constar em ata passo a passo feito para acesso a servidor em nuvem, a *e-mail* ou à conta de mídia social para constatação de informações nele constantes se esse acesso não foi feito por ele próprio ou na sua presença”. Não pode o notário, portanto, descrever fatos em ata notarial apenas com base em capturas de tela recebidas pelo *WhatsApp* do cartório⁽³⁰⁾.

Afirmam os referidos autores, ainda, que em razão da volatilidade das provas digitais, como publicações com conteúdo desonrosos em *Twitter*, *Instagram*, *Facebook*, e mensagens de *WhatsApp*, por exemplo, a ata notarial revela-se como instrumento fundamental para preservar

(26) Art. 429. Qualquer reprodução mecânica, como a fotográfica, a cinematográfica, a fonográfica ou de outra espécie, tem aptidão para fazer prova dos fatos ou das coisas representadas, se a sua conformidade com o documento original não for impugnada por aquele contra quem for produzida.

(27) Art. 769. Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título.

(28) Art. 384. A existência e o modo de existir de algum fato podem ser atestados ou documentados, a requerimento do interessado, mediante ata lavrada por tabelião.

(29) RODRIGUES, Marco Antonio; TAMER, Maurício. *Justiça Digital: O acesso digital à Justiça e as tecnologias da informação na resolução de conflitos*. São Paulo: JusPodivm, 2021.

(30) *Idem*.

e assegurar o conteúdo e a perpetuidade da prova, pois, ainda que o usuário apague ou retire as publicações ou mensagens, o direito material ficará preservado.

O maior obstáculo para a utilização da ata notarial como prova, sobretudo no processo do trabalho, em que prevalece o princípio da gratuidade de justiça, é o alto custo na sua confecção, mas isto pode ser contornado com a utilização das tecnologias já mencionadas acima (*Verifact* ou *OriginalMY*).

Outro meio de prova digital que tem chamado a atenção é a extração dos dados de geolocalização do trabalhador, em demandas que versam sobre horas extras. Ultimamente, temos nos deparado com requerimentos de empresas, principalmente de bancos, para que o Juízo oficie provedores de aplicação (*Google*, *Apple*, entre outros), requisitando informações sobre a localização do empregado no período em que o direito é postulado.

O primeiro problema que constatamos neste tipo de requerimento é o modo genérico como é formulado, pois as empresas não costumam delimitar os dias e horários específicos em que pretendem obter as informações sobre a geolocalização do empregado. Caso acolhido o requerimento, a ordem judicial correrá o risco de violar os direitos à intimidade e privacidade do empregado, considerados direitos fundamentais pela Constituição Federal, em seu art. 5º, X.

Como se não bastasse, pensamos que, respeitados os posicionamentos contrários, é recomendável que o magistrado proceda à coleta da prova oral, em primeiro lugar (depoimentos pessoais das partes e testemunhas), para só então avaliar a necessidade e proporcionalidade do requerimento de produção da prova de geolocalização. Muitas vezes o julgador já forma o seu convencimento com base exclusivamente na prova oral, valendo mencionar que, como diretor do processo, cabe ao juiz indeferir as diligências inúteis ou

meramente protelatórias (art. 370, parágrafo único, do CPC)⁽³¹⁾.

Outro meio de obter dados de geolocalização é por meio das conhecidas ERBs (Estações Rádio Base). As Estações Rádio Base nada mais são do que equipamentos que fazem a conexão entre os telefones celulares e a companhia telefônica (torres). É a denominação dada a um sistema de telefonia celular para a Estação Fixa com que os terminais móveis se comunicam. São compostas de antenas e equipamentos de transmissão/recepção, torre, fonte e infraestrutura. Uma ERB corresponde a uma célula (daí a origem do nome “celular”).

A parte interessada pode requerer ao magistrado que envie ofício à operadora de telefonia para a identificação de ERB (código, endereço, latitude, longitude, raio aproximado, setorização e abertura em graus — azimuth), além dos números de IMEIs associados, devendo o pedido restringir o período (meses, dias e horários) que se desejam analisar. A desvantagem na utilização desse meio de prova é que as ERBs não fornecem a localização precisa da pessoa, mas apenas a região em que ela se encontra. De todo modo, é mais uma prova digital passível de utilização no âmbito do processo do trabalho, apesar de apresentar os mesmos problemas já referidos quanto à extração de dados de geolocalização.

Outro meio de prova muito utilizado nos processos judiciais em trâmite na Justiça do Trabalho são as fotografias, e, como já dito em relação aos *prints*, a parte que junta as fotos aos autos não toma as devidas cautelas para assegurar a força probante do documento.

(31) Sobre a extração de dados de geolocalização, vale mencionar que o assunto está sendo discutido no âmbito do STF, no bojo do RE n. 1.301.205 RG/RJ, de relatoria da Ministra Rosa Weber, que teve repercussão geral reconhecida (Tema n. 1.148) e ainda não foi submetido ao julgamento da Corte. Alertamos o leitor que a extração de dados de geolocalização não é proibida pelo STF, pois o que se discute na referida ação é a generalidade e desproporcionalidade da ordem oriunda da CPI da Pandemia para obter esses dados de pessoas indeterminadas, atingindo a esfera jurídica de terceiros.

Neste caso, se houver impugnação à fotografia, pode-se simplesmente indagar a parte contra quem a prova é produzida se reconhece a situação de fato retratada no documento. Caso a parte refute aquela situação retratada pela fotografia, é possível extrair os metadados⁽³²⁾ por meio do domínio <<https://www.pic2map.com/>>, valendo ressaltar, todavia, que nem todas as fotos fornecem metadados.

Além dos mencionados meios de prova digitais, interessante ferramenta é a plataforma *Wayback Machine* — <<https://archive.org/web/>>, conhecida como “máquina do tempo da internet.

De acordo com notícia publicada no site do TRT da 2ª Região em 24.08.2021, a juíza titular da Vara do Trabalho de Itapeverica da Serra/SP “reconheceu o pertencimento de uma empresa a um grupo econômico por meio da utilização da ferramenta *Wayback Machine* como meio de prova. O portal armazena as versões mais antigas de sites da *web*, sendo considerado uma “máquina do tempo” da rede, que ajuda a revelar tentativa de adulterações e fraudes”⁽³³⁾.

Esses são apenas alguns exemplos de produção das provas digitais no âmbito do processo do trabalho, podendo as partes, seus advogados, e o próprio magistrado valer-se das modernas tecnologias disponíveis para o alcance de uma tutela jurisdicional mais efetiva.

5. Considerações finais

Esse estudo teve como objetivo fazer uma análise sobre a produção da prova digital no âmbito dos processos judiciais trabalhistas, partindo de algumas situações que temos vivenciado no dia a dia forense, e de outras que despertaram nosso interesse, para ao final apresentar aos operadores do Direito alguns parâmetros para o manejo dessa espécie pro-

(32) Metadados são dados sobre outros dados, a exemplo do dia, hora, localização, longitude, altitude etc.

(33) Disponível em: <<https://ww2.trt2.jus.br/noticias/noticias/noticia/news/maquina-do-tempo-da-internet-fundamenta-decisao-de-magistrado/>>.

batória de forma a preservar, o tanto quanto possível, sua robustez para comprovação das alegações de fatos.

Certo é que, na sociedade contemporânea, os indivíduos permanecem conectados à rede, e as modernas tecnologias foram de tal modo absorvidas pelo cotidiano das pessoas, que isso certamente trouxe impactos no âmbito do Direito que, como ciência social, deve acompanhar as mudanças ocorridas no seio da sociedade.

Hoje, não faz mais sentido pensar exclusivamente na produção de provas analógicas para comprovar os fatos alegados pelas partes de um litígio, de modo que é preciso construir bases seguras a orientar os sujeitos do processo no manejo das provas digitais, pois são elas que permeiam o dia a dia da Sociedade da Informação do século XXI.

Não pretendemos defender a abolição dos meios de provas ditos analógicos, mas sim fomentar um debate mais aprofundado sobre as provas digitais, para que, uma vez devidamente compreendidas, possam ser utilizadas como coadjuvantes das provas tradicionais, ou até mesmo, em alguns casos, como as únicas provas produzidas no processo, dada a sua maior objetividade e precisão.

A produção cada vez mais frequente das provas digitais no processo do trabalho contribui para uma prestação jurisdicional mais eficiente, respondendo, com maior celeridade e justiça, aos anseios da sociedade, imersa no mundo da tecnologia digital.

6. Referências

ALMEIDA, Cléber Lúcio de. *Direito Processual do Trabalho*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

BARROS, Marco Antônio de; ROMÃO, César Eduardo Lavoura. Internet e videoconferência no processo penal. Brasília: *Revista CEJ*, n. 32, jan./mar 2006, p. 116-125. [Artigo Virtual]

CABRAL, Antônio do Passo. CRAMER; Ronaldo [coords.]. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em Rede*. 8. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999.

FARIAS, José Fernando De Castro. *Uma reflexão sobre alguns caminhos da sociologia jurídica*. Disponível em: <<https://periodicos.uff.br>>. Acesso em: 29 nov. 2021.

ORWELL, George. 1984. São Paulo: IBEP, 2003.

RODRIGUES, Marco Antonio; TAMER, Maurício. *Justiça Digital: O acesso digital à Justiça e as tecnologias da informação na resolução de conflitos*. São Paulo: JusPodivm, 2021.

SCHIAVI, Mauro. *Provas no Processo do Trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2021.

SCHWAB, Klaus. *A Quarta Revolução Industrial*. São Paulo: Edipro, 2016.

THAMAY, Rennan; TAMER, Maurício. *Provas no Direito Digital*. São Paulo: RT, 2020.

VAZ, Denise Provasi. *Provas Digitais no processo penal: Formulação do conceito, definição das características e sistematização do procedimento probatório*. 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

O Direito ao Esquecimento Aplicado ao Direito do Trabalho como Garantia Constitucional

Eduarda de Souza Carvalho^(*) e Guilherme Sabalhos Ritzel^(**)

Resumo:

- Esta pesquisa tem o intuito de abordar o direito ao esquecimento e a sua possível inserção no Direito do Trabalho brasileiro. Para isso, o trabalho procura explicar o direito ao esquecimento, tendo como diretriz a proteção dos direitos da personalidade nas relações de trabalho. Nesta perspectiva, por meio do método dedutivo de pesquisa, o artigo considera a proteção da privacidade e dos dados pessoais como essenciais para as garantias constitucionais previstas na Carta Cidadã de 1988, e sendo assim, se mostra de grande importância a proteção jurídica desses institutos nas relações laborais, assim como na fase pré-contratual e em âmbito processual.

Palavras-chave:

- Direito ao esquecimento — Direito do Trabalho — Dados pessoais.

Abstract:

- This research aims to address the right to oblivion and its possible insertion in Brazilian Labor Law. In order to do this, the work seeks to explain the right to be forgotten, having as a guideline the protection of personality rights in labor relations. In this perspective, through the deductive method of research, the article considers the protection of privacy and personal data as essential for the constitutional guarantees provided for in the Federal Constitution of 1988, and thus, the legal protection of these institutes in labor relations, as well as in the pre-contractual phase and in the procedural scope, is of great importance.

Key-words:

- Right to be forgotten — Labor law — Personal data.

(*) Pós-Graduada *Lato Sensu* em Prática Trabalhista e Previdenciária Contemporânea pela Universidade de Santa Cruz do Sul – RS. Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Advogada.

(**) Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade Franciscana (UFN). Graduado em Direito pelo Centro Universitário Franciscano (UNIFRA).

Índice dos Temas:

- 1. Introdução
- 2. Direito ao esquecimento e sua inserção no mundo jurídico brasileiro
- 3. A fase pré-contratual e o armazenamento de dados: uma abordagem sobre a lei geral de proteção de dados pessoais
- 4. Do vazamento de dados do empregado e o direito ao esquecimento
- 5. Considerações finais
- 6. Referências

1. Introdução

Este trabalho tem o intuito de abordar o chamado “direito ao esquecimento” inserido nas relações de trabalho. Para isso, a pesquisa buscou demonstrar primeiramente como o direito ao esquecimento tem sido discutido no Brasil, considerando o debate internacional sobre o tema e a legislação brasileira que embora não diretamente, encontra normas que de alguma forma podem ser utilizadas nesta perspectiva.

Considerando isso, por meio do método dedutivo, o artigo se atém a analisar situações em que o direito ao esquecimento pode vir a ser aplicado no Direito do Trabalho. Entende-se que a disponibilidade de dados ilimitada na internet e o direito à privacidade são situações pertinentes para a atualidade e devem ser analisadas de maneira cuidadosa. Assim sendo, quando esse tipo de situação ocorre em uma relação laboral também é de grande importância a abordagem e a discussão do tema.

O artigo se divide em três partes, a primeira conceituando o direito ao esquecimento, a segunda observando a sua inserção no direito do trabalho em fase pré-admissional (sob a ótica da LGPD — Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais) e a terceira aborda mais especificamente normas trabalhistas que de alguma forma refletem a necessidade de proteção ao trabalhador no que tange os seus direitos individuais (privacidade, liberdade de expressão e opinião, assim como a sua cidadania plena).

Entende-se que na mesma linha de raciocínio que a doutrina e os julgados se direcionam quando abordam o direito ao esquecimento, a relevância e o interesse público são determinantes para se analisar se há viabilidade de se proteger determinado dado pessoal/informacional. Também, considerando as peculiaridades das relações trabalhistas, afirma-se que certas situações os dados podem não ser necessariamente omitidos, mas deve se garantir que não haja uso indevido, como em casos de despedidas discriminatórias e em entrevistas de emprego.

Portanto, conclui-se que há garantias constitucionais que abrangem as relações de trabalho para além dos direitos sociais do trabalho como os elencados no art. 7º e 8º, da Constituição Federal (que por si só já são de primordial relevância). Desta forma, a proteção de dados pessoais do empregado, assim como a impossibilidade de que as questões pessoais influenciem negativamente na vida laboral dos indivíduos são indagações pertinentes para o mundo do trabalho contemporâneo.

2. Direito ao esquecimento e sua inserção no mundo jurídico brasileiro

A globalização possibilitou um grande avanço tecnológico, formando assim uma nova dinâmica no acesso à informação. O direito ao esquecimento surge neste contexto, em uma sociedade em que as informações estão armazenadas de forma ilimitada, como na internet ou em rede de armazenamento de dados.

Moreira⁽¹⁾ conceitua o direito ao esquecimento como um direito personalíssimo no qual o indivíduo se sobrepõe em relação as invasões de privacidade decorrentes da internet, das mídias sociais e de sites de relacionamento, por exemplo. Tal direito gera a possibilidade de que qualquer pessoa possa vir a pleitear que as suas informações pessoais sejam apagadas de determinado banco de dados⁽²⁾.

Antes disso, como destacam Rocha e Lopes, já na década de 1960 algumas decisões judiciais na França já mencionavam este problema, tendo em vista algumas situações onde indivíduos se sentiam ofendidos em serem mencionados (direta ou indiretamente) em situações consideradas desagradáveis (como crimes, escândalos ou situações vexatórias). Tal prática passou a ser cunhada pela Suprema Corte Francesa como “*le droit à l’oubli*”, que significa direito ao esquecimento.⁽³⁾

De fato, inverdades e notícias antigas sobre situações irrelevantes para a atualidade são exemplos em que informações pessoais podem vir a acarretar danos à personalidade, podendo o dano ser potencializado pela internet na atualidade. Logo, eventos negativos do passado podem atrapalhar a vida de um indivíduo, invadindo a privacidade, manchando a sua honra e a sua boa imagem.

No ano de 2014, o Google foi condenado, por meio do Tribunal da União Europeia, a remover *links* de conteúdo a partir de solicitação de pessoas interessadas em retirar informações pessoais do *site* de buscas, sob alegação do direito ao esquecimento, tendo em vista o direito

à privacidade e proteção de dados pessoais⁽⁴⁾. Destaca-se que nessas situações muitas vezes ocorre conflitos tendo em vista que há direitos constitucionais envolvidos de ambos lados, da pessoa detentora dos dados pessoais e quem detém a informação, como o direito à informação e liberdade de imprensa, enquanto ao outro, o direito à privacidade.

Neste sentido, essa situação também passou a ser discutida em nosso país. Pois a VI Jornada de Direito Civil do Conselho Superior da Justiça Federal por meio do Enunciado n. 531 definiu que na “tutela da dignidade humana na sociedade de informação está incluído o direito ao esquecimento”.

Embora a problemática do direito ao esquecimento não tenha sido inserida formalmente no ordenamento jurídico brasileiro, a Lei n. 12.965, de 2014, conhecida como “Marco Civil da Internet” visou tratar dos litígios virtuais, estabelecendo direitos e deveres ao uso da internet no Brasil. A lei em seu art. 3º dispõe sobre a proteção tanto da liberdade de expressão como do direito à privacidade.

Compreendendo essa diretriz, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) fundamentou decisão onde se expõe a impossibilidade de eliminar previamente palavras chave de servidores da internet:

PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PROVEDOR DE PESQUISA. DIREITO AO ESQUECIMENTO. FILTRAGEM PRÉVIA DAS BUSCAS. BLOQUEIO DE PALAVRAS CHAVES. IMPOSSIBILIDADE. – Direito ao esquecimento como ‘o direito de não ser lembrado contra sua vontade, especificamente no tocante a fatos desabonadores, de natureza criminal, nos quais se envolveu, mas que, posteriormente, fora inocentado’. Precedentes. Os provedores de pesquisa não podem ser obrigados a eliminar do seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão, tampouco os resultados que apontem para uma foto ou texto específico, independentemente da indicação da página onde este estiver inserido.

(4) TEIXEIRA, Tarcísio. *Direito digital e processo eletrônico*. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 37.

(1) MOREIRA, Poliana Bozégia. Direito ao Esquecimento. *Revista de Direito da UFV*. v.7. n. 2. p. 293-317, 2015. p. 296.

(2) TEIXEIRA, Tarcísio. *Direito digital e processo eletrônico*. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 36.

(3) ROCHA, Maria Vital da; LOPES, Lidiane Moura. Existe um direito ao esquecimento? Uma análise da decisão do STF no julgamento do Recurso Extraordinário 1010606. *Revista Brasileira de Teoria Crítica Constitucional*. v. 7. n. 1. p. 71-89, 2021. p. 74.

– Ausência de fundamento normativo para imputar aos provedores de aplicação de buscas na internet a obrigação de implementar o direito ao esquecimento e, assim, exercer função de censor digital. – Recurso especial provido.⁽⁵⁾

Contudo, a Corte Superior em outras decisões decidiu pela necessidade de fundamentação em que essa possibilidade pode vir a ser arguida, considerando excepcionalidades, como no Recurso Especial abaixo:

[...] A jurisprudência desta Corte Superior tem entendimento reiterado no sentido de afastar a responsabilidade de buscadores da internet pelos resultados de busca apresentados, reconhecendo a impossibilidade de lhe atribuir a função de censor e impondo ao prejudicado o direcionamento de sua pretensão contra os provedores de conteúdo, responsáveis pela disponibilização do conteúdo indevido na internet. Precedentes. 4. **Há, todavia, circunstâncias excepcionalíssimas em que é necessária a intervenção pontual do Poder Judiciário para fazer cessar o vínculo criado, nos bancos de dados dos provedores de busca, entre dados pessoais e resultados da busca, que não guardam relevância para o interesse público à informação, seja pelo conteúdo eminentemente privado, seja pelo decurso do tempo.**⁽⁶⁾

Essa decisão mostra uma diretriz de considerar o direito ao esquecimento no Brasil, sendo o Poder Judiciário intérprete favorável dessa premissa sob a ótica do interesse público ou privado da informação. Desta forma, o direito ao esquecimento também foi objeto de discussão no Supremo Tribunal Federal (STF):

É incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do

tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais. Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais [...].⁽⁷⁾

Em fevereiro de 2021, o STF após julgar o Recurso Extraordinário em que se debatia a possibilidade do direito ao esquecimento estar ou não regrado no direito brasileiro, a Corte considerou-o incompatível com a Constituição de 1988, tendo em vista a falta de tratamento do assunto no ordenamento jurídico pátrio⁽⁸⁾. Dando repercussão geral à decisão, a Corte Suprema instituiu o Tema n. 786 demonstrando não ser totalmente contrária a ideia do direito ao esquecimento, mas entendendo que o assunto deve ser analisado caso a caso, harmonizando o direito à informação e o de expressão com o direito à privacidade, na forma preconizada por constitucionalistas como Canotilho⁽⁹⁾.

Sobre isso, parece razoável que conflitos de direitos sejam analisados desta forma, ponderando garantias constitucionais de igual hierarquia de acordo com o caso concreto. A ponderação é uma solução fundamentada na “regra da proporcionalidade”, onde o julgador deve utilizar esse critério tendo por base a adequação do meio, a sua necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito⁽¹⁰⁾.

(7) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 1.010.606*. 04.02.2021a. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-incompativel.pdf>>. Acesso em: 8 jul. 2022.

(8) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 1.010.606*. 04.02.2021a. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-incompativel.pdf>>. Acesso em: 8 jul. 2022.

(9) CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2007. p. 1.238.

(10) SILVA, Vírgilio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. Disponível em: <<https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2002-RT798-Proporcionalidade.pdf>>. Acesso em: 1º jun. 2022. p. 10.

(5) BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Interno no Recurso Especial n. 1.593.873*. 17.11.2016. Relatora: Nancy Andrighi. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/862954456/agravo-interno-no-recurso-especial-agint-no-resp-1593873-sp-2016-0079618-1/inteiro-teor-862954466?ref=amp>>. Acesso em: 8 jul. 2022.

(6) BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.660.168*. 08.05.2018. Relatora: Nancy Andrighi. Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/595923405/recurso-especial-resp-1660168-rj-2014-0291777-1/inteiro-teor-595923409>>. Acesso em: 8 jul. 2022.

Porém, é de se ressaltar que considerando as normas infraconstitucionais, o direito ao esquecimento pode aparecer de maneira indireta em algumas situações, como o art. 202 da Lei de Execuções Penais, o art. 17 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e o próprio Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014).

Desta forma, seria equivocado entender que o ordenamento jurídico brasileiro não fornece compatibilidade com o direito ao esquecimento, mesmo que não haja previsão literal e expressa sobre o tema. Contudo, o direito à privacidade encontra-se resguardado pela Constituição da República perante o art. 5º, V. Nesse sentido, Branco⁽¹¹⁾, sustenta que a ausência expressa na legislação do termo “direito ao esquecimento” não gera qualquer obstáculo para se reconhecer a sua existência, eis que se encontra abrangida pela tutela da dignidade da pessoa humana, bem como aos direitos personalíssimos, como o direito à privacidade e a imagem.

O próprio STJ buscou uma delimitação sobre o tema após decisão do STF, considerando em Recurso Especial um caso específico analisado favoravelmente ao direito de ser esquecido. Trata-se uma decisão que condenou a Rede Globo a um pagamento indenizatório em decorrência do programa televisivo “Linha Direta” que abordava o chamado “Massacre da Candelária”, afirmando a Corte se tratar de um abuso de direito de se expressar da emissora.⁽¹²⁾

Logicamente, o direito ao esquecimento tende a ser polêmico, considerando o fato de que há diferentes interesses em debate. Martinez e Studart⁽¹³⁾ consideram o direito ao

esquecimento como um direito fundamental implícito, deduzido de outras normas como princípios estruturantes da Constituição Federal, como o da dignidade da pessoa humana (como já citado acima). Contudo, Binenbojm⁽¹⁴⁾ considera que o direito ao esquecimento tem que ser relativizado para evitar “queima de arquivo” de tudo que for indesejado pelos indivíduos, devendo se considerar assim, a ponderação entre os direitos existentes, evitando a sua banalização.

Considerando tudo isso, é de se ressaltar que a proteção da privacidade e de dados pessoais deve ser considerada nos diferentes âmbitos do cotidiano, e no tange às relações jurídicas, esse tipo de situação não abrange apenas questões relacionadas a esfera criminal ou cível, mas também ao espaço das relações de trabalho. Logo, é de grande importância considerar essa proteção também pela ótica do Direito do Trabalho, pois como lembra Oliveira⁽¹⁵⁾, a responsabilização civil nas relações trabalhistas decorre de uma relação contratual com características próprias, de um vínculo jurídico assimétrico tendo em vista a desigualdade entre as partes contratantes.

Dallegrave Neto⁽¹⁶⁾ (2005, p. 264) aborda que na fase pré-admissional muitas vezes já ocorre invasão à privacidade do trabalhador, citando como exemplos pesquisa sobre o passado creditício do indivíduo, ações trabalhistas ajuizadas por ele, entre outras situações. Por isso, se faz necessário um olhar cuidadoso sobre a viabilidade do direito ao esquecimento nas relações de trabalho, pois o trabalhador além de ser um sujeito de uma relação trabalhista também é um indivíduo que merece respeito nas suas garantias individuais, como

relações de trabalho. *RJLB — Revista Jurídica Luso-Brasileira*, v. 5, p. 121-165, 2019. p. 129.

(14) BINENBOJM, Gustavo. *Liberdade Igual: O que é e o que importa*. Rio de Janeiro: Editora História Real, 2020. p. 33.

(15) OLIVEIRA, Paulo Eduardo Vieira. *O dano pessoal no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2002. p. 117.

(16) DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade civil no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2005. p. 264.

(11) BRANCO, Sérgio. *Memória e esquecimento na internet*. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2017. p. 131.

(12) BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.334.097/RJ*. 05.08.2021b. Relator: Luís Felipe Salomão. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipo-PesquisaGenerica&termo=REsp%201.334.097>>. Acesso em: 20 jul. 2022.

(13) MARTINEZ, Luciano; STUDART, Ana Paula Didier. O direito ao esquecimento como direito fundamental nas

privacidade, liberdade de expressão, direito de ir e vir entre outros⁽¹⁷⁾.

Assim sendo, a proteção ao mundo do trabalho deve destacar não apenas os direitos trabalhistas tradicionais, como os presentes no art. 7º da Constituição, mas também as garantias individuais previstas para todas as pessoas no art. 5º e seus incisos.

Portanto, o próximo capítulo mostrará uma abordagem mais específica do chamado direito ao esquecimento aplicado ao mundo do trabalho, considerando suas peculiaridades.

3. A fase pré-contratual e o armazenamento de dados: uma abordagem sobre a lei Geral de Proteção de Dados Pessoais

A fase pré-admissional no âmbito do direito do trabalho tem como marco temporal o momento em que se iniciam às negociações para contratação por parte da empresa voltadas para o interessado ao emprego. A luz da negociação, entende-se que existe o interesse por parte da empresa em tornar o terceiro o postulante ao emprego parte do quadro de funcionários, de modo que, as tratativas se equivalem a remuneração, carga horária, tempo de contrato etc.

Destaca-se que, nesta fase, encontra-se a liberdade de contratar, bem como a declaração de vontade exercidas pelas partes, atrelados a boa-fé, o equilíbrio econômico do contrato e a sua função social. No qual, tens como objetivo encontrar um ponto de equilíbrio entre o contratante e o interessado, assim satisfazendo as exigências de ambas as partes. Diante da fase pré-contratual, Carlyle Popp⁽¹⁸⁾ trata que a liberdade de contratar tem a sua origem dos interesses privados, o qual

leva a autorresponsabilidade diante dos atos praticados. Principalmente, no momento em que, a contratada toma conhecimento de dados pessoais colhidos através de currículos ou de entrevistas realizadas.

Esse fato denota ao direito trabalhista a natureza de direito privado (embora seja ponto de divergência entre autores), que entretanto, como bem salienta Carlos Henrique Bezerra Leite⁽¹⁹⁾, também denota, via de regra, a um contrato por adesão (onde a empresa já estabelece os termos e o postulante escolhe se vai ou não aderir). Contudo, seja direito privado ou público, há interesses pessoais (personíssimos) na fase contratual ou pré-contratual que devem ser respeitados.

Com as informações pessoais compartilhadas na fase pré-contratual, surgem deveres para quem colheu as informações preliminares, como o de lealdade, de informação, de sigilo e de proteção. Todos estes deveres em sintonia com o princípio do “*nenimemlaedere*” (o dever de não lesar outrem), considerando os artigos 186 e 927 do Código Civil Brasileiro e como bem destacam Gagliano e Pamplona Filho⁽²⁰⁾, sintonia com a “lealdade” e o “respeito” no pacto contratual (inerentes ao princípio da boa-fé).

No mesmo sentido, o art. 422 do Código Civil dispõe sobre a boa-fé nas fase pré-contratual e pós-contratual. Assim, no momento em que o contato com os dados pessoais de outrem se inicia, bem como após a finalização contratual, o cuidado de manejo com as informações pessoais permanecem. Com o vínculo existindo, os deveres de consideração estendem-se como forma de evitar qualquer injustiça, mau uso e abusos, a fim de preservar

(17) MARTINEZ, Luciano; STUDART, Ana Paula Didier. O direito ao esquecimento como direito fundamental nas relações de trabalho. *RJLB — Revista Jurídica Luso-Brasileira*, v. 5, p. 121-165, 2019. p. 136.

(18) POPP, Carlyle. *Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas*. 6. ed. Curitiba: Juruá, 2011. p. 60-65.

(19) BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *Curso de Direito do Trabalho*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 49.

(20) GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: contratos*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 75.

os limites estabelecidos no momento em que ocorreram as tratativas de negociação⁽²¹⁾.

Além de se considerar a boa-fé contratual, importante princípio de Direito Civil, evidentemente que a garantia constitucional de proteção à privacidade. Neste sentido, o colhimento equivocado e armazenamento de dados pessoais advindos de redes externas, sem expressa ou tácita concordância, por se tratar de informações de caráter íntimo e possivelmente, sigilosos, poderá estar infringindo o art. 5º, inciso X e XII, da Constituição Federal⁽²²⁾.

Outrossim, com a entrada em vigor da Lei de Proteção Geral de Dados (Lei n. 13.709/2018 — LGPD), o Brasil passou a apresentar instrumento de proteção para os dados pessoais. Nesse passo, o art. 18, da LGPD, passou a assegurar diversos direitos ao titular dos dados, bem como a garantia de respeito aos direitos fundamentais constantes na Constituição Federal.

Além disso, a respectiva Lei de Proteção Geral de Dados garantiu que o proprietário dos dados será sempre o titular, ou seja, a pessoa física que forneceu as suas informações pessoais. Deste modo, a forma correta para o efetivo tratamento dos dados pessoais dá-se a partir do consentimento pelo titular das informações sensíveis, desde que contenha a respectiva informação da finalidade, motivo da utilidade e armazenamento⁽²³⁾.

Destaca-se que, existem exceções para o tratamento de dados pessoais de terceiros, os quais não há necessidade expressa de consentimento por parte do titular dos dados, conforme previsão do art. 4º da LGPD. Tais exceções existem quando não há relevância

ao interesse público a obtenção dos dados, o que poderá relativizar a responsabilização civil.

Por outro lado, o sigilo de dados, disposto no art. 5º, XII, da Constituição Federal é correlata ao direito fundamental à privacidade, elencado no inciso X, da mesma normativa. O que dá ao titular dos dados, o direito de requerer a exclusão das suas informações e se resguardar de qualquer invasão no âmbito da sua vida privada. Sabe-se que, embora seja do conhecimento de outrem as informações básicas em relação à vida de alguém, tais dados não podem estar dispostos salvo consentimento prévio⁽²⁴⁾.

Assim, o dever de sigilo encontra-se ligado a ideia de não prejudicar outrem com a divulgação de informações que ocorreram a partir das negociações pré-contratuais, sejam elas atreladas após de regularmente cumpridas ou quando encerradas todas as obrigações contratuais⁽²⁵⁾. Caso contrário, a possibilidade de reparação devido ao armazenamento incorreto dos dados e o seu vazamento poderão estar amparados no dever de indenizar, previsto no art. 927 do Código Civil.

No âmbito do Direito do Trabalho, como será relatado posteriormente, as empresas contratantes recebem todas as informações pertinentes do candidato interessado, dentre elas, dados pessoais e intransferíveis, como o Cadastro de Pessoa Física (CPF), endereço residencial, data de nascimento, contato telefônico, estado civil e, em casos de tratativas de negociação mais avançadas, até mesmo o histórico médico e familiar do contratado. Entretanto, muitas negociações não obtêm êxito ou o candidato acaba desistindo do possível

(21) NEVES, Karina P. *Deveres de consideração nas fases externas do contrato: responsabilidade pré e pós-contratual*. Portugal: Grupo Almedina, 2015. p. 15.

(22) TEIXEIRA, Tarcísio. *Direito digital e processo eletrônico*. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 31.

(23) PECK, Patrícia. *Proteção de dados pessoais*. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 42-43.

(24) FERRAZ JÚNIOR, T. S. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, [S. l.], v. 88, p. 439-459, 1993. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67231>>. Acesso em: 21 out. 2021.

(25) NEVES, Karina P. *Deveres de consideração nas fases externas do contrato: responsabilidade pré e pós-contratual*. Portugal: Grupo Almedina, 2015. p. 16.

vínculo de emprego, e os dados pessoais acabam armazenados pela empresa contratante de igual forma. De frente, o sistema interno da empresa deve proporcionar a devida proteção aos dados dos trabalhadores e dos pré-candidatos interessados, a fim de delimitar o tratamento e o modo de armazenamento dos dados sensíveis.

Quanto a isso, no dia 18 de outubro de 2021, o Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região (TRT4), por meio do Enunciado 22, dispõe que a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) se aplica na fase pré-contratual, no qual o entrevistador da entidade deverá observar “os preceitos da LGPD quando do preenchimento de cadastro e/ou entrevista, tendo o dever de eliminar os dados quando superada esta fase (art. 15, I), observado o prazo prescricional conforme autoriza o art.16, I da LGPD”.⁽²⁶⁾

Diante disso, as instituições devem prover de documentos expressos que contém as explicações de armazenamento e quais os dados recolhidos do titular. Para isso, a fim de buscar o melhor procedimento quanto aos dados, principalmente informações de candidatos na fase pré-contratual, as empresas devem contar com treinamentos corporativos, atribuídos e dirigidos aos empregados internos e ao setor de recursos humanos, com a utilização de ferramentas de *compliance*⁽²⁷⁾, como o desenvolvimento de regimento interno e até mesmo código de conduta. Da mesma forma, antes do início da entrevista ou dinâmica de grupo, a empresa deve informar o candidato sobre quais dados estarão sendo recolhidos, sobre o seu armazenamento, bem como o destino e possível data de eliminação do arquivo.

(26) SOUZA, Rodrigo Trindade de; KUNRATH, Adriana; STAHNKE, Luciana Bohm (Coords.). *Enunciado 22*, Grupo de Estudos: Análise Normativa. Porto Alegre: Escola Judicial do TRT da 4ª Região, 2021. Disponível em: <<https://www.trt4.jus.br/portais/escola/grupo-de-estudos-analise-normativa>>. Acesso em: 22 out. 2021.

(27) KRUPPA, Roberta Potzik Soccio; GONÇALVES, Anselmo. *Compliance Trabalhista*. *Revista Direito FAE*, v. 2. n. 1. p. 123-145. 2020. p. 125.

Portanto, ao ocorrer o armazenamento dos dados do pré-candidato, a empresa deve informar aos interessados e trabalhadores a finalidade do tratamento de dados, de maneira clara, objetiva e transparente. Da mesma forma, deve manter o sigilo dos dados pessoais armazenados, sejam dos pré-candidatos ou empregados, preferencialmente, se possível, com prazo final determinado em documento escrito e assinado pelo interessado.

Considerando essas situações, o próximo capítulo pretende relacionar um possível direito ao esquecimento com algumas questões pontuais do Direito do Trabalho, considerando a legislação pertinente a essa relação jurídica.

4 . Do vazamento de dados do empregado e o direito ao esquecimento

Estando o mundo globalizado precisando lidar com o dinamismo da informação e da constante “quebra da privacidade” dos indivíduos, não seria de se surpreender que essa realidade também fosse ser enxergada nas relações laborais. Com isso, a proteção de dados pessoais (ou a falta dela) na relação entre empresa e seus empregados é um tema bastante abordado tendo em vista a característica própria desta relação jurídica.

Sérgio Pinho Martins⁽²⁸⁾ destaca situações onde a invasão de privacidade na vida pessoal do empregado (ou postulante à um novo emprego) pode acarretar em dano aos direitos personalíssimos do indivíduo, considerando o passado profissional do trabalhador:

Muitas vezes acontece de o empregado não ser contratado por ter ajuizado ação na Justiça do Trabalho. Seu ex-empregador passa a apresentar informações negativas e inverídicas a seu respeito. São elaboradas listas negras entre empregadores, que não contratam trabalhadores que tiverem ajuizado ação na Justiça do Trabalho.

(28) MARTINS, Sérgio Pinto Martins. *Dano moral decorrente do contrato de trabalho*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 66.

Considerando isso, é de se ressaltar que há casos em que informações pessoais dos trabalhadores são usadas indevidamente, como por exemplo, situações indesejáveis no ambiente de trabalho, ou mesmo antigos litígios trabalhistas (o que costuma ser mal visto por muitos empregadores). Em decisão recente do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, uma empresa reclamada foi condenada ao pagamento de R\$ 3.000,00 reais por causa de uma lista de ações trabalhistas ajuizadas contra si⁽²⁹⁾. Essa lista ficava à mostra em uma rede interna disponível para todos os funcionários da empresa, contendo nome completo do reclamante, data do ajuizamento da reclamatória e valores da ação, o que claramente demonstra ser uma prática intimidadora.

Na mesma linha, outras práticas discriminatórias inviabilizadas pela Justiça do Trabalho, como a exigência de certidão de antecedentes criminais em uma entrevista de emprego são objetos de análise no Poder Judiciário. Considerando o que já foi exposto sobre o art. 202 da Lei de Execuções Penais e a sua proximidade com o que se entende como direito ao esquecimento, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) rejeitou a possibilidade de se exigir certidão de antecedentes criminais, como bem define o julgado abaixo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO EM FACE DE ACÓRDÃO PUBLICADO APÓS A VIGÊNCIA LEI N. 13.467/2017. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL – EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE CERTIDÃO DE ANTECEDENTES CRIMINAIS – CONFIGURAÇÃO. TRANSCENDÊNCIA POLÍTICA E VIDENCIADA. (violação dos arts. 1º, III, 3º, IV, 5º, *caput*, II e X, 7º, XXX e 170, VIII, da CF 8º, parágrafo único, da CLT, 186, 187 e 927 do CC e 1º da Lei n. 9.029/95 e dissenso jurisprudencial). Tratando-se de recurso de revista interposto em face de decisão regional que se mostra contrária à jurisprudência reiterada

(29) BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. *Recurso Ordinário n. 0020077-32.2021.5.04.0010*. 13/09/2021c. Relator: Gilberto Souza dos Santos. Disponível em: <https://www.trt4.jus.br/pesquisas/rest/cache/acordao/pje/SfnT_gb5iKaOLwOnwrBDg?tp=dados+pessoais>. Acesso em: 26 out. 2021.

desta Corte, **no sentido de que configura dano moral a exigência injustificada de certidão de antecedentes criminais, revela-se presente a transcendência política da causa**, a justificar o provimento do agravo de instrumento para melhor exame do apelo. Agravo de instrumento provido.⁽³⁰⁾

Esta decisão se fundamenta pelo fato de ser discriminatória esse tipo de prática, havendo claro, situações específicas onde esse tipo de informação pode ser relevante considerando o tipo de atividade profissional desempenhada, como cuidadores de idosos, de pessoas com deficiência ou de menores, motoristas de carga entre outras. Com isso, é de se ressaltar que opiniões políticas, religiosas, ou morais dizem respeito apenas a vida do indivíduo, assim como eventual passado da pessoa, como ações trabalhistas ajuizadas, antecedentes criminais, passado creditício, atuação sindical e outros exemplos.

Nesta linha, o Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (TRT2), condenou a Loja Havan a pagar indenização a uma funcionária sob a alegação de que a empresa coagia funcionários a votarem no candidato da sua predileção, no caso o Presidente Jair Bolsonaro⁽³¹⁾. Neste caso a autora alegou que a empresa fazia pesquisas corriqueiras sobre quais candidatos os funcionários votariam, ressaltando que caso o candidato desejado pelo empregador não fosse eleito (em 2018), haveria demissão em massa dos trabalhadores.

(30) BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. *Recurso Ordinário n. 0020077-32.2021.5.04.0010*. 13/09/2021c. Relator: Gilberto Souza dos Santos. Disponível em: <https://www.trt4.jus.br/pesquisas/rest/cache/acordao/pje/SfnT_gb5iKaOLwOnwrBDg?tp=dados+pessoais>. Acesso em: 11 jul. 2022.

(31) TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO. *Empresa é condenada a pagar dano moral por induzir empregados a votarem em candidato de seu interesse*. Disponível em: <<https://www.trt2.jus.br/noticias/noticias/noticia/empresa-e-condenada-a-pagar-dano-moral-por-induzir-empregados-a-votarem-em-candidato-de-seu-interesse-nas-eleicoes-presidenciais>>. Acesso em: 10 jul. 2022

A invasão da privacidade e de dados pessoais pode ir além de documentos e perguntas pessoais, podendo também atingir a intimidade física por meio de imagens. Como por exemplo, no fato que ensejou na decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (TRT3) em indenizar uma empregada filmada trocando de roupa no vestuário da empresa. Sobre isso, ressalta-se que a situação desencadeou em um profundo abalo emocional, pois não havia nenhum motivo plausível para tal prática, havendo câmeras apenas no vestuário feminino, o que corrobora com a má-fé da atitude patronal.⁽³²⁾

Neste sentido, faz sentido realçar algumas questões abordadas na Convenção n. 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) que se olhadas de maneira apurada se inserem no conjunto normativo trabalhista brasileiro e protegem a intimidade do trabalhador. Embora a Convenção seja alvo de polêmicas e de ações de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal em face da sua não aplicação ao que tange a necessidade de se motivar um término na relação de emprego, trata-se de uma norma internacional ratificada pelo Estado brasileiro e que em outros pontos destaca a impossibilidade de discriminação nas relações de trabalho.⁽³³⁾

A referida Convenção em seu art. 5º, “a”, proíbe a demissão de um trabalhador filiado em sindicato (em consonância o § 6º do art. 543 da CLT que estabelece penalização para essa prática), enquanto o inciso b inviabiliza a demissão de dirigentes sindicais (em sintonia com a estabilidade provisória prevista no § 3º do art. 543 da CLT e da Súmula n. 369 do TST).

(32) EMATRA 9. *Empresa que instalou câmeras no banheiro feminino é condenada a indenizar empregada*. Disponível em: <<https://www.ematra9.org.br/empresa-que-instalou-cameras-no-banheiro-feminino-e-condenada-a-indenizar-empregada/>>. Acesso em: 14 jul. 2022.

(33) SEVERO, Valdete Souto. *A perda do emprego no Brasil: Notas para uma teoria crítica e para uma prática transformadora*. Porto Alegre: Editora Sulina, 2021. p. 82.

Assim também, o mesmo artigo afirma que entre os motivos justificáveis para o término da relação contratual não se encontra “a ausência do trabalho por motivo de licença maternidade”, lembrando que o art. 10, “b”, II, do ato das disposições transitórias da Constituição Federal garante estabilidade para a mulher gestante até cinco meses após o parto.

Desta forma, há no direito brasileiro várias situações onde o direito ao esquecimento pode ser utilizado indiretamente nas relações de trabalho, tendo em vista a importância de que dados pessoais não sejam banalizados ou utilizados indevidamente. No mesmo sentido, práticas nocivas ao interesse empresarial praticadas pelo empregado podem ser destacadas, como bem prevê o art. 482, “c” e “g”, da CLT, que afirma ser justo motivo para o término da relação contratual a “negociação por conta própria sem permissão do empregador”, o ato de “concorrência à empresa” e a “violação de segredo da empresa” por ato do empregado.

Nesta perspectiva, a proteção de dados pessoais que se enquadra como algo de grande importância na vida das pessoas, também se vê como parte importante na seara trabalhista, seja sob a ótica de proteção da vida privada dos trabalhadores, seja também pela proteção empresarial.

Nesse sentido, Érico Leandro Buzzi Torres explica:

O direito ao esquecimento tem como prioridade resguardar a liberdade de desenvolvimento pessoal do indivíduo, [...]. Para a defesa da dignidade humana de um indivíduo torna-se necessária a garantia ao esquecimento, de modo que o equívoco pretérito ou situações vexatórias ou constrangedoras não sejam eternos fantasmas na vida do indivíduo.⁽³⁴⁾

(34) TORRES, Érico Leandro Buzzi. *O direito ao esquecimento e a lei geral de proteção de dados pessoais*. p. 1-76. Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Centro de Ciências Jurídicas – Departamento de Direito – Florianópolis, 2019. TCC (graduação), p. 40.

Assim entendido, muito embora não haja um direito ao esquecimento explícito no ordenamento jurídico, há normas no âmbito cível e no trabalhista que contribuem com a proteção de dados pessoais. Logo, observa-se que, a Lei Geral de Proteção de Dados colabora com o direito ao esquecimento, a fim de conseguir um controle maior ao titular dos dados pessoais e os locais de armazenamento.

Todavia, as empresas que não aderem ao tratamento adequado e, de alguma forma, os dados pessoais de terceiros são vazados, além das infrações previstas no art. 52 da LGPD⁽³⁵⁾, poderão ser responsabilidades civilmente, com base nos arts. 186 e 187, do Código Civil. Inclusive, tal fato, pode dar-se diante do pedido do titular de dados pela exclusão de suas informações do sistema, e a empresa não proceder com a realização.

Sobre essa realidade, Mauricio Godinho Delgado⁽³⁶⁾ afirma que dentre os princípios externos presentes no Direito do Trabalho estão os constitucionais e o princípio civilista da boa-fé, e entre os princípios clássicos trabalhistas se encontra o da irrenunciabilidade, que conforme Américo Plá Rodríguez⁽³⁷⁾ não se pode “privar-se voluntariamente e por antecipação de direitos trabalhistas”.

Considerando tudo isso, discutir o direito ao esquecimento nas relações de trabalho se faz necessário como uma forma de lidar com as transformações tecnológicas do mundo moderno, sempre tendo em mente as perspectivas das garantias constitucionais que todo indivíduo possui, acrescentando a lembrança de que um contrato de trabalho é assimétrico e desigual em relação à empregados e empregadores. Ainda, lembra Carlos Henrique

Bezerra Leite⁽³⁸⁾ que o Direito do Trabalho contemporâneo já se encontra em situação dificultosa tendo em vista a falta de harmonia com os preceitos constitucionais de mudanças normativas como a Lei n. 13.467/2017 (Reforma Trabalhista).

Portanto, é inegável a importância da abordagem deste ramo do direito que vem sendo debatido no mundo contemporâneo por meio das mudanças tecnológicas e informacionais dos dias de hoje. Assim sendo, o direito à privacidade e a sua proteção se faz necessária para a boa aplicação do Direito do Trabalho.

5. Considerações finais

De fato, diante dos argumentos elencados no decorrer do artigo, pode-se dizer que há outros aspectos constitucionais entrelaçados ao direito do trabalho, além das garantias sociais previstas na Carta Magna. De modo que o direito à privacidade e sigilo, conglomerado com a Lei Geral de Proteção de Dados, nos últimos tempos, dispôs um novo olhar sobre o manuseio com os dados pessoais de terceiros, principalmente na relação pré-admissional.

Diante disso, o olhar voltado ao direito ao esquecimento, nos casos em que há uma busca e disponibilização prévia dos dados pessoais daquele que se encontra na fase pré-admissional deve estar abarcado pela aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, além dos tradicionais direitos constitucionais elencados no art. 7º da Constituição Federal, resguardados ao trabalhador.

Da mesma forma, percebe-se que nem sempre o trabalhador tem real dimensão sobre como as suas informações pessoais podem interferir na sua vida profissional, o que infelizmente abarca em diversas situações de desrespeito por parte do setor patronal. Com isso, é de se destacar que o tema tende a ganhar mais repercussão nos próximos anos, tendo em vista a amplitude dos meios tecnológicos

(35) PECK, Patrícia. *Proteção de dados pessoais*. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 45.

(36) DELGADO, Mauricio Godinho. *Princípios Constitucionais do Trabalho e Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 132 e 229.

(37) RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 1997. p. 66.

(38) BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *Curso de Direito do Trabalho*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 89.

da vida cotidiana, o que também atinge a dinâmica do mundo do trabalho.

Portanto, além da proteção de dados pessoais, é indispensável a proteção de informações não sigilosas que podem acarretar em prejuízos aos trabalhadores. Assim, conclui-se que, o direito ao esquecimento pode ser utilizado também nas relações de trabalho, tendo em vista que a nocividade de um compartilhamento indevido de dados pode atrapalhar a vida de muitos trabalhadores.

6. Referências

BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *Curso de Direito do Trabalho*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

BINENBOJM, Gustavo. *Liberdade Igual: O que é e o que importa*. Rio de Janeiro: Editora História Real, 2020.

BRANCO, Sérgio. *Memória e esquecimento na internet*. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2017.

BRASIL. *Constituição Federal*, DF, Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 jul. 2022.

_____. *Consolidação das Leis do Trabalho*, DF, Brasília, 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 11 jul. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.334.097/RJ*. 05.08.2021b. Recorrente: Globo Comunicações e Produções Ltda. Relator: Luís Felipe Salomão. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201.334.097>>. Acesso em: 20 out. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Interno no Recurso Especial n. 1.593.873*. 17.11.2016. Relatora: Nancy Andrighi. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/862954456/agravo-interno-no-recurso-especial-agint-no-resp-1593873-sp-2016-0079618-1/inteiro-teor-862954466?ref=amp>>. Acesso em: 8 out. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.660.168*. 08.05.2018. Relatora: Nancy Andrighi. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/595923405/recurso-es>

pecial-resp-1660168-rj-2014-0291777-1/inteiro-teor-595923409>. Acesso em: 8 jul. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 1.010.606*. 04.02.2021a. Relator: Dias Toffoli. Recorrente: Nelson Curi e Outros. Recorrido: Globo Comunicações S/A. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-incompativel.pdf>>. Acesso em: 8 jul. 2022.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. *Recurso Ordinário n. 0020077-32.2021.5.04.0010.13/09/2021c*. Relator: Gilberto Souza dos Santos. Disponível em: <https://www.trt4.jus.br/pesquisas/rest/cache/acordao/pje/SfnT_gb5iKaOLwOnwrBDg?&tp=dados+pessoais>. Acesso em: 26 out. 2021.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. *Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. 1269-65.2017.5.07.0032.14/10/2020*. Relator: Renato de Lacerda Paiva. Disponível em: <<https://www.tst.jus.br/-/tst-define-regras-sobre-exigencia-de-antecedentes-criminais-em-julgamento-de-recurso-repetitivo>>. Acesso em: 11 jul. 2022.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula n. 269*. Dispõe sobre a estabilidade provisória do dirigente sindical. Disponível em: <https://www.coad.com.br/busca/detalhe_16/1945/Sumulas_e_enunciados>. Acesso em: 21 jul. 2022.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade civil no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Princípios Constitucionais do Trabalho e Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2017.

EMATRA 9. *Empresa que instalou câmeras no banheiro feminino é condenada a indenizar empregada*. Disponível em: <<https://www.ematra9.org.br/empresa-que-instalou-cameras-no-banheiro-feminino-e-condenada-a-indenizar-empregada/>>. Acesso em: 14 jul. 2022.

FERRAZ JÚNIOR, T. S. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, [S. l.], v. 88, p. 439-459,

1993. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67231>>. Acesso em: 21 out. 2021.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: contratos*. São Paulo: Saraiva, 2002.

KRUPPA, Roberta Potzik Soccio; GONÇALVES, Anselmo. Compliance Trabalhista. *Revista Direito FAE*, v. 2. n. 1. p. 123-145. 2020. p. 125.

MARTINEZ, Luciano; STUDART, Ana Paula Didier. O direito ao esquecimento como direito fundamental nas relações de trabalho. *RJLB — Revista Jurídica Luso-Brasileira*, v. 5, p. 121-165, 2019.

MARTINS, Sérgio Pinto Martins. *Dano moral decorrente do contrato de trabalho*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MOREIRA, Poliana Bozégia. Direito ao Esquecimento. *Revista de Direito da UFV*, v. 7, n. 2, p. 293-317, 2015.

NEVES, Karina P. *Deveres de consideração nas fases externas do contrato: responsabilidade pré e pós-contratual*. Portugal: Grupo Almedina, 2015.

OLIVEIRA, Paulo Eduardo Vieira. *O dano pessoal no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2002.

PECK, Patrícia. *Proteção de dados pessoais*. São Paulo: Saraiva, 2020.

POPP, Carlyle. *Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas*. 6. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

ROCHA, Maria Vital da; LOPES, Lidiane Moura. Existe um direito ao esquecimento? Uma análise da decisão do STF no julgamento do Recurso Extraordinário 1010606. *Revista Brasileira de Teoria Crítica Constitucional*, v. 7, n. 1, p. 71-89, 2021.

RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 1997.

SEVERO, Valdete Souto. *A perda do emprego no Brasil: Notas para uma teoria crítica e para uma prática transformadora*. Porto Alegre: Editora Sulina, 2021.

SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. Disponível em: <<https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2002-RT798-Proporcionalidade.pdf>>. Acesso em: 1º jun. 2022

SOUZA, Rodrigo Trindade de; KUNRATH, Adriana; STAHNKE, Luciana Bohm (Coords.). *Enunciado 22, Grupo de Estudos: Análise Normativa*. Porto Alegre: Escola Judicial do TRT da 4ª Região, 2021. Disponível em: <<https://www.trt4.jus.br/portais/escola/grupo-de-estudos-analise-normativa>>. Acesso em: 22 out. 2021.

TEIXEIRA, Tarcísio. *Direito digital e processo eletrônico*. São Paulo: Saraiva, 2020.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO. *Empresa é condenada a pagar dano moral por induzir empregados a votarem em candidato de seu interesse*. Disponível em: <<https://ww2.trt2.jus.br/noticias/noticias/noticia/empresa-e-condenada-a-pagar-dano-moral-por-induzir-empregados-a-votarem-em-candidato-de-seu-interesse-nas-eleicoes-presidenciais>>. Acesso em: 10 jul. 2022.

TORRES, Érico Leandro Buzzi. *O direito ao esquecimento e a lei geral de proteção de dados pessoais*. Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Centro de Ciências Jurídicas – Departamento de Direito – Florianópolis, 2019. TCC (graduação), p. 1-76.

O Uso da Estatística nos Escritórios de Advocacia e a Importância da Jurimetria Pré-Processual Trabalhista

Isabel de Lemos Pereira Belinha Sardas^(*)

Resumo:

- A análise jurídica fornece uma visão sistemática dos fatores que desempenham uma função na tomada de decisões legais. Com a ajuda de modelos de pesquisa legal, os modelos podem ser identificados com mais clareza do que usando métodos tradicionais. A metrologia forense, ou jurimetria, pode contribuir de várias maneiras, incluindo maior transparência do sistema jurídico, que pode se tornar mais previsível à medida que os padrões de julgamento judicial se tornam mais óbvios. A pesquisa jurídica também pode melhorar a legitimidade do sistema jurídico, supervisionando as partes e procedimentos envolvidos. A combinação de todos esses elementos garante que a lei melhore a segurança jurídica, que é uma condição importante e necessária para a pacificação social, mas, sob certas circunstâncias, também pode ser utilizada como método de pesquisa em áreas de conhecimento específicas.

Palavras-chave:

- Advocacia — Comportamento decisório — Jurimetria — Justiça punitiva.

Abstract:

- Legal analysis provides systematic insight into the factors that play a function in legal decision-making. With the help of legal research models, models can be identified more clearly than using traditional methods. Forensic metrology, or jurimetrics, can contribute in a variety of ways, including a better transparency of the legal system, which can become more predictable as judicial judgment patterns become more obvious. Legal research can also improve the legitimacy of the legal system by supervising the parties and procedures involved. The combination of all these elements ensures that law improve legal certainty, which is an important and necessary condition for social pacification, but under certain circumstances, it can also be used as a research method in specific knowledge areas.

(*) Advogada. Especialista em Direito e Processo do Trabalho. Procuradora da Associação Carioca dos Advogados Trabalhistas. Membro da Comissão da Mulher do Sindicato dos Advogados do Estado do Rio de Janeiro. Diretora Financeira do Movimento da Advocacia Trabalhista Independente.

Key-words:

► Advocacy — Decision-making behavior — Jurimetry — Predictive justice.

Índice dos Temas:

- 1. Introdução
- 2. A importância da predição na advocacia
- 3. Aplicabilidade da jurimetria
- 4. Os dados relevantes para a jurimetria
- 5. A utilidade da jurimetria na advocacia
- 6. Considerações finais
- 7. Referências

1. Introdução

A profissão do advogado exige mais do que o labor jurídico. Para o êxito nas demandas, para prover uma assistência eficaz ao jurisdicionado, é necessário que aquele que o patrocina se atente para a relação entre a lógica moderna e o processo de decisão judicial.

Do ponto de vista útil de um quadro de análise do processo social, lógicas e tomadas de decisões judiciais são consideradas contextualmente dentro desse múltiplo de eventos. Assim visto, o processo de tomada de decisão judicial é apenas um componente do complexo desdobramento dos acontecimentos ao longo do tempo.

Com a jurimetria, especialmente no campo da justiça trabalhista, é possível traçar um perfil e buscar se representar algumas das complexidades envolvidas em cada um desses processos e nas relações entre eles por meio de uma descrição da relação entre lógica e tomada de decisão judicial.

Ainda que nada que possa ser dito acerca da relação entre a lógica moderna e o processo judicial possa ser tido como definitivo, não se pode descurar do uso de habilidades lógicas na tomada de decisões daquilo que poderá vir a ser objeto de uma lide.

2. A importância da predição na advocacia

A proposição de que o comportamento passado de um indivíduo fornece o melhor guia para prever comportamentos subsequentes dadas circunstâncias ou estímulos semelhantes é bem aceita por psicólogos sociais e pela maioria dos especialistas em política social.

No entanto, estudiosos do Direito, na medida em que se trata de decisões judiciais, nunca aceitaram isso. Para eles, é o precedente judicial que guia o comportamento individual. Estudiosos jurídicos mais sofisticados reconheceram a importância das contribuições individuais para o desenvolvimento do direito, mas estímulos políticos, sociais e econômicos foram considerados fora do campo da tomada de decisões (MAGALHÃES e VIEIRA, 2020).

O Direito é visto preponderantemente como um sistema autopoietico, ainda que diante dos influxos da sociologia jurídica, da análise econômica do Direito, da psicologia forense, da filosofia em geral. Da teoria da decisão, restou à escola de comportamento judicial fornecer uma riqueza de estudos para demonstrar que os juízes respondem não apenas a estímulos legais, mas também a uma ampla gama de estímulos políticos ou de políticas públicas.

A inferência foi irresistível de que as atitudes e valores de um juiz desempenham um papel importante na tomada de decisões judiciais. Outros estudos testaram e descobriram algumas relações entre os atributos dos juízes e seu comportamento judicial.

Assim, agora é geralmente aceito por cientistas políticos (embora ainda encontrando ceticismo de alguns círculos jurídicos) que os juízes respondem a estímulos políticos, que certos de seus atributos estão ligados de alguma forma à sua tomada de decisão, e que o conhecimento do comportamento passado é o melhor preditor de comportamentos futuros, dado estímulos políticos semelhantes. No entanto, a literatura é surpreendentemente estéril de testes precisos que sugerem quanto da variância do comportamento decisório subsequente pode estar ligada ao comportamento passado e quanto mais da variância do comportamento subsequente explica o comportamento passado em comparação com certas variáveis de atributos.

Em muitos casos, as estatísticas e suas aplicações são popularmente mal compreendidas para incluir apenas a coleta e análise de números. Nada poderia estar mais longe da realidade. Quando as análises estatísticas são realizadas por aqueles treinados na disciplina, os métodos são essencialmente aqueles comuns a todos os campos do empirismo científico. O objetivo da ciência estatística é fornecer uma base objetiva para a análise de problemas nos quais os dados se afastam das leis de causalidade exata. Um sistema lógico geral de raciocínio indutivo foi concebido, é aplicável a dados desse tipo, e agora é amplamente utilizado em pesquisas científicas (MENEZES e BARBOSA, 2015). Algum entendimento de seus princípios é, portanto, importante para aqueles cujos interesses residem no emprego dos avanços tecnológicos resultantes da pesquisa, dentre os quais os advogados, a primeira ponta dentre aqueles que buscam a obtenção da justiça e da pacificação social.

Desta forma, a importante área das estatísticas não pode mais ser ignorada por advogados, juízes ou estudiosos do Direito.

O uso de estatísticas e dos métodos quantitativos na área jurídica torna-se mais latente com a proliferação de números disponíveis para a sociedade. Taxas de criminalidade, estatísticas de saúde, dados econômicos, níveis e conquistas educacionais, padrões migratórios, estatísticas de emprego, tipos de ações propostas, natureza de pedidos formulados nas ações judiciais, perfis dos magistrados: à medida que os números disponibilizados e consultados cresceram, a sofisticação das técnicas utilizadas para analisar e interpretar esses números também aumentou: em vez de simples apresentações tabulares, tribunais e legislativos estão aptos a enfrentar múltiplas regressões e os níveis de significância estatística associadas, coeficientes de correlação, e assim por diante, uma série de perguntas sobre o uso de métodos quantitativos podem ser arranjadas. Essas questões envolvem até que ponto a lei deve empregar estatísticas e os métodos de inferência que as acompanham, quais normas ou guias devem ser estabelecidos e quais aspectos os advogados precisam entender antes de confrontar essas questões urgentes.

Assim, cresce ou deveria crescer o papel das estatísticas no processo contencioso e, até mesmo, na fase que lhe é antecedente. Exemplos específicos das áreas em que as estatísticas podem ser úteis repousa nas diretrizes emanadas de decisões judiciais.

O profissional do Direito, ao buscar se tornar especialista em métodos quantitativos, amplia seu trabalho àquele repetidamente baseado no mesmo tipo de dados podendo se tornar uma autoridade em suas fontes e buscando ver sua conexão com assuntos previamente trabalhados (COELHO e NUNES, 2010).

A função única das estatísticas é a medição do grau de incerteza na elaboração de inferências a partir de dados amostrais. Assim, o papel do estatístico no litígio é realizar tarefas como

determinar o tamanho da amostra necessária para fornecer o nível de precisão desejado ao resultado de uma investigação, calcular intervalos em torno dos cálculos amostrais para permitir a incerteza inerente aos métodos investigativos e avaliar a significância das diferenças entre amostras independentes.

Além disso, no planejamento das investigações, dá azo a informar quais etapas levariam a resultados que melhor se encaixam nos modelos analíticos disponíveis e, no estágio analítico, o que pode ser aprendido a partir de dados de acordo com o que pode ser examinado em termos de precisão. Em suma, o uso de profissional capaz de aferir estatísticas em litígios depende da relevância jurídica dos dados disponíveis no caso. Onde os números existem e podem ser tratados estatisticamente, o litigante tem no profissional analista estatístico uma testemunha que pode aquilatar objetivamente quanto à qualidade das inferências.

3. Aplicabilidade da jurimetria

Em 1949, em artigo publicado na *Minnesota Law Review*, o jurista e advogado estadunidense Lee Loevinger cunhou pela primeira vez na literatura especializada o termo “jurimetria”.

Ele viu, na ideia contida nesta expressão, o que entendia como a investigação mais científica de problemas jurídicos e o próximo passo no estudo do Direito. Entendeu ele que no campo do controle social deve-se pelo menos começar a usar a mesma abordagem e os mesmos métodos que nos permitiram progredir em direção a um maior conhecimento e controle em todos os outros campos do conhecimento (como ocorrido na biometria ou na econometria), buscando-se afastar o Direito da mera especulação, suposição e pressuposição, e tornando sua aplicação através de uma técnica viável para atacar qualquer problema.

Todavia, o contraste entre as questões da jurimetria e os problemas da jurisprudência é patente. Talvez a diferença mais marcante

seja que os problemas da jurimetria são amplos, gerais e, portanto, limitados em número, enquanto as questões da jurisprudência são relativamente estreitas e específicas, e por isso são muito mais numerosas. Mas esta é uma distinção superficial.

A profunda diferenciação está no fato de que os problemas da jurisprudência basicamente só podem ser debatidos, mas nunca decididos nem mesmo investigados, enquanto as questões da jurimetria são capazes de serem investigadas, e finalmente respondidas, embora possamos não saber as respostas agora.

Inobstante a capital importância da jurisprudência, as questões da jurimetria são igualmente significativas, uma vez que mesmo uma resposta parcial ou provisória a qualquer um provavelmente terá consequências de longo alcance para a sociedade e para o indivíduo. Nesse sentido, a jurimetria é eminentemente prática de sua abordagem, como contrasta com as especulações filosóficas e teóricas da jurisprudência. Há, é claro, outras diferenças entre as duas disciplinas, algumas das quais podem não ser aparentes.

Certamente um dos mais importantes é que os problemas da jurisprudência são formalmente problemas estáticos que pressupõem a existência de uma resposta autoritária final, enquanto as perguntas das jurimetrias são dinâmicas na medida em que permitem mudar respostas à medida que nosso conhecimento aumenta (BORIES, 1995). De fato, na jurimetria, as próprias questões mudam à medida que o corpo do conhecimento cresce, uma vez que os problemas são constantemente reformulados em termos de dados anteriores.

Além disso, nota-se que, embora os teóricos legais, como os economistas aditivos, tenham se preocupado exclusivamente com microfenômenos jurídicos sobre a aplicação da lei aos indivíduos, uma perspectiva mais ampla para incluir também um inquérito sobre fenômenos macro jurídicos, qual seja o efeito do direito sobre a sociedade de forma geral

(e.g. a repercussão micro e macro econômica de decisões judiciais acerca das normas da reforma trabalhista ocorrida recentemente). Embora nunca possamos desconsiderar os problemas da aplicação da lei aos indivíduos, a experiência em muitos campos indica que a abordagem macrocósmica é mais provável que seja frutífera nos estágios iniciais da investigação científica. Talvez a maior vantagem da jurimetria sobre a jurisprudência, pelo menos do ponto de vista do público, seja que ela estabelecerá dentro da própria lei um método institucional de crescimento e mudança.

A jurimetria busca o conhecimento estatístico e está preparada para reter, descartar ou modificar princípios, pois os dados podem, em qualquer caso, exigir. Parece provável que essa abordagem possa finalmente fornecer uma resolução satisfatória do paradoxo eterno da lei de que as regras que são muito inflexíveis para o crescimento social e que ainda são muito incertas para a segurança individual. Não se deve imaginar que a jurimetria promete qualquer panacéia. Não é uma estrada fácil nem convidativa, mas o fato inevitável é que não há outra estrada correndo na mesma direção.

4. Os dados relevantes para a jurimetria

Embora os sistemas jurídicos possam certamente ser analisados quantitativamente para atender cientistas sociais, analistas de sistemas e qualquer outra pessoa dessa ilusão, a análise adequada à profissão jurídica é uma proposta mais duvidosa. O simbolismo matemático e técnicas estatísticas muitas vezes causam muito desconforto aos profissionais de Direito rigorosamente treinados em habilidades linguísticas e raciocínio socrático.

Desta feita, as análises quantitativas das decisões judiciais dependem de um modelo qualitativo do processo judicial para sua validade. Dos estudos empíricos das decisões judiciais extrai-se uma base na teoria jurídica, o uso de um modelo matemático comum para a tomada de decisões, e a variedade de novas

conclusões a serem esperadas a partir de técnicas estatísticas. As decisões legais repousam sobre o padrão dos fatos estabelecidos. Os juízes escolhem entre fatos encontrados em resumos legais, fatos revelados pelas provas e fatos que originalmente ocorreram na natureza. Os fatos que o juiz considera verdadeiros e importantes são usados para formar a base da decisão.

Este é o conhecido conceito de *ratio decidendi*: um juiz aplica o direito a uma combinação de fatos contidos no conjunto de circunstâncias apresentadas pelos litigantes para chegar a uma decisão. Tanto sistemas qualitativos quanto quantitativos de análise de casos baseiam-se nessa conceituação do processo judicial. Embora vários cientistas comportamentais acreditem que as facetas antecedentes, atitudinais e físicas do juiz são a base de suas decisões, e que os fatos de um caso são meramente organizados em apoio aos sentimentos pré-existentes, a decisão ainda deve estar inexoravelmente ligada aos fatos do caso. As opiniões são mensagens aos leitores informando-os dos fatos diante dos olhos do juiz, sua percepção sobre eles e a relação que os fatos carregam à decisão próxima. A análise quantitativa prossegue na crença de que o processo judicial de decisão pode ser descrito como aquele que pega uma série de eventos relacionados e os transforma em um julgamento (ANDRADE, ROSA e PINTO, 2020).

Assim, as regras operacionais do direito são inferidas a partir das relações históricas que existiram entre uma série de fatos e julgamentos em uma série de casos sobre o mesmo tema. As equações são desenvolvidas estabelecendo os fatos comuns a esses casos e relacionando esses fatos uns com os outros e com as decisões do tribunal. Métodos matemáticos, portanto, levam a equações pessoais para um tribunal específico ou juiz sobre uma determinada questão jurídica.

Várias vantagens se acumulam ao estilo mais amplo de quantificar decisões legais que

o tornam atraente. As informações mais úteis podem ser extraídas essencialmente do mesmo conjunto de fatos que os usados intuitivamente devido ao alto grau de organização formal imbuído de técnicas estatísticas. Consequentemente, mais e melhores dados são necessários do que são usados para fins intuitivos, de modo que as conclusões devem ser mais sólidas e de maior generalização. A definição das variáveis relevantes em uma questão jurídica complexa é necessária para sua resolução racional e a quantificação adequada dessas variáveis é suficiente para garantir a consistência em seu tratamento e a resolução de uma abordagem matemática é alta em trazer propósitos incoados em foco. Disso extrai-se que as inter-relações entre decisões judiciais e fatos perante a ordem são claramente identificadas para que conclusões interpretativas possam ser aduzidas da presença ou ausência de uma relação particular. Os modelos quantitativos dos processos de decisão concentram-se em descrever decisões passadas ou em prever decisões futuras, em vez de defender alguma decisão preferencial, como é feito em relatórios legais. Esses modelos especificam, assim, os limites da jurisprudência passada e indicam quando é necessária uma quebra de precedente para uma decisão favorável. Concluindo, por fim, construir um modelo matemático é um meio extremamente rigoroso de aprender a estrutura dos problemas subjacentes a uma questão jurídica.

Normalmente, a busca por precedentes é realizada pela leitura de muitos casos e observando suas semelhanças e diferenças ou lendo muitos casos sobre o mesmo assunto e observando a presença ou ausência de fatos semelhantes. A *raison d'être* para essas abordagens é o princípio do *stare decisis*. Esse conceito implica uma aplicação consistente da lei e, portanto, previsíveis regras de direito. A *ratio decidendi* tradicional usualmente aponta que um tribunal está vinculado às decisões anteriores de tribunais de níveis superiores ou iguais.

Os juízes em tribunais colegiados sentem-se constrangidos, ou ao menos influenciados, pela pressão dos pares de decisões anteriores e o olhar pessoal decide que as decisões de um juiz refletem uma necessidade psicológica de ser consistente com suas próprias decisões anteriores.

Este princípio não implica, no entanto, que o Direito é imutável. Os precedentes judiciais devem ser traçados em todas as instâncias até o relatório mais recentemente publicado para ter certeza de que os tribunais não modificaram ou reverteram a autoridade que está sendo confiada.

A doutrina do *stare decisis* ou decisão por precedente implica na atenção consistente da lei e, portanto, nas regras previstas na lei. Essa doutrina assegura que o tratamento igualitário sob a lei seja concedido àqueles em situações equivalentes (MÜLLER e ZABALA, 2016). Há um alto grau de racionalidade na tomada de decisões judiciais, mas consiste principalmente na racionalidade psicológica da consistência na estruturação de atitudes na mente dos juízes individuais, e não na racionalidade lógica da consistência na estruturação das racionalizações para os desfechos encontrados em suas opiniões escritas.

Primeiro, a partir da série de eventos relacionados que comprometem a realidade de uma situação, apenas certos itens são levados à visão do tribunal. As partes do litígio e as reivindicações que devem ser processadas determinam o que o tribunal verá. Uma vez que uma panóplia de eventos é introduzida ao juiz, ele usa três operações distintas para transformar esses fatos em coleções de variáveis indicando estados alternativos do mundo. O juiz faz determinações substantivas sobre quais fatos são relevantes no julgamento do caso, seleciona regras adequadas para aplicar aos fatos escolhidos e dá interpretação semântica e sintática a essas regras no contexto do caso. A aplicação semântica das regras aos fatos assegura

que as variáveis de decisão têm relação racional com os acontecimentos percebidos.

Esta forma de interpretação de regra consiste em aplicar algum tipo de formação em relação aos eventos relevantes, a fim de formar um conjunto adequado de variáveis relativas a esses eventos. O foco aqui está na determinação do significado, estabelecendo o que os eventos relevantes denotam ou pretendem significar. Um evento pode ser relevante para uma questão legal, seja por ter conteúdo subjetivo ou objetivo. O conteúdo subjetivo pode vir de pensamentos pessoais, vontades, sentimentos e emoções. O conteúdo objetivo pode ser por extensão ou intencional.

Significados extensionais descrevem o mundo físico tangível, enquanto significados intencionais descrevem o mundo perceptivo da mente. Em direito, o conteúdo subjetivo de um evento flui a partir dos antecedentes e atitudes do juiz individual enquanto o conteúdo objetivo é introduzido pelos litigantes e suas reivindicações, bem como pelo juiz. Os significados extensionais dizem respeito às questões substantivas do caso, enquanto os significados intencionais transmitem os aspectos processuais do caso.

A aplicação sintática de normas legais aos fatos assegura que as variáveis de decisão possuem inter-relações racionais entre si. Esta forma de interpretação de regra consiste em aplicar algum tipo de função de decisão aos dados do caso, a fim de chegar a possíveis decisões alternativas.

A interpretação sintática é responsável por organizar os dados em configurações contextuais que sejam significativas e compreensíveis. O formalismo jurídico é um estudo do direito apenas no nível sintático e se concentra na forma escrita do caso com apenas preocupação casual com o significado dos eventos subjacentes. A fraqueza dessa abordagem é uma suscetibilidade à produção de diferentes interpretações do mesmo caso quando significados intencionais estão envolvidos, quando

as declarações têm significados extensionais, a discussão pode ser encerrada e um acordo alcançado, quando as declarações têm significados intencionais apenas e nenhum significado extensionais, os argumentos podem e, muitas vezes, continuar indefinidamente. O triplice processo de determinação de fatos, seleção de regras e interpretação de regras é o foco da análise tradicional da jurisprudência a fim de gerar o conteúdo e objeto da jurimetria (BORIES, 1995).

Ao variar a ênfase dada a cada operação, podemos desenvolver modelos distintos para prever decisões judiciais. A determinação dos fatos deve ser enfatizada em um modelo de fato jurídico que define o problema da previsão como um de reconhecimento de fatos. A seleção de regras pode ser enfatizada em um modelo de norma jurídica que define o problema de previsão como um dos que identificam a norma processual adequada. Por fim, a interpretação das regras pode ser enfatizada em um modelo de discricionariedade jurídica que define o problema da previsão como um dos termos da forma padronizada em que os fatos são percebidos e as regras são aplicadas.

5. Da utilidade da jurimetria na advocacia

Advogados, cientistas políticos e outros estudiosos sociais compartilham o interesse em buscar entender como as complexas relações sociais e padrões de interação humana podem ser estudados de modo a aumentar nosso estoque de conhecimento social sobre o direito e os processos de formulação de políticas através dos quais ele é formulado. Entretanto, não há um acordo sobre como esse objetivo melhor pode ser realizado.

A lembrança das principais ênfases do realismo jurídico pode ser instrutiva em fornecer perspectiva para a avaliação desapassionada das propostas contemporâneas em nome de uma ciência do comportamento judicial. Este realismo pode ser encarado apenas como um

método ou uma busca para se entender os valores do juiz em prol de se buscar aclarar quais são os eventos reais que fundamentam as escolhas instadas aos juízes ou como a interação de outras pessoas limita a gama de escolhas judiciais ou ainda quais são as consequências práticas implicadas pela preferência judicial de uma alternativa decisória sobre outra. Todas as questões têm em comum direcionarem a atenção para longe do conteúdo manifesto das opiniões judiciais, e longe de uma preocupação com a consistência lógica entre os conjuntos de normas legais. O conhecimento do que os juízes fazem e dizem é importante, mas não é suficiente. Um entendimento realista da tomada de decisão judicial exige que os atos dos juízes sejam examinados como qualquer outra forma de comportamento social. Permanecem os laços de longa data que ligam o estudo do direito às tradições filosóficas e históricas, mas eles estão sendo aumentados por novas pontes através de abismos interdisciplinares, e ligações mais recentes foram forjadas com sociologia, economia, psicologia, ciência política, psicologia social, e até mesmo com antropologia.

Cada uma dessas disciplinas irmãs fez algum progresso diferencial ao longo do caminho que conecta essas ciências.

A ciência jurídica do futuro, sem dúvida, dependerá muito menos do que as ciências naturais sobre a pesquisa básica, e muito mais sobre as outras ciências sociais, mas sua preocupação cada vez mais não será com palavras nos livros, mas sim com o comportamento das pessoas (COELHO e NUNES, 2010).

Estamos todos familiarizados com os prenúncios da mudança. Nossas diferenças residem nos graus de otimismo e pessimismo com os quais antecipamos o impacto da revolução nas ciências comportamentais sobre o estudo e a prática do Direito. Com a jurimetria estamos preparados para assumir que o poder de qualquer ciência está em sua capacidade de fazer previsões bem-sucedidas

sobre o comportamento das partículas que constituem seus dados.

Quando focamos nossa atenção no comportamento dos juízes, o profissional advogado amplia sua capacidade de prever corretamente as decisões judiciais através do desenvolvimento de um armazenamento sistemático, cumulativo e transmissível de conhecimento social sobre como e por que os juízes tomam decisões, sendo este estritamente uma função da quantidade relativa e da qualidade dos recursos escassos que são alocados à sua aquisição.

Considerando que o advogado não é um estatístico, cabe-nos questionar até que ponto o não-cientista está em posição de fazer previsões mais válidas e mais confiáveis do que o comportamentalista, e fazer isso com uma despesa mais parcimoniosa de tempo e outros recursos. Obviamente, se as expectativas não são irracionais, os aspectos comportamentais são proibidos de não satisfazer os critérios que são postulados para a avaliação de suas realizações.

Um critério aparentemente razoável, é se o comportamentalista judicial, com todo o seu aparato de pesquisa usualmente complicado e geralmente irrelevante, pode fazer melhor do que o advogado médio e experiente que é conhecedor nos caminhos dos tribunais e juízes.

Ainda em contraposição ao profissional advogado, ao lado do comportamentalista judicial, temos como ente capaz de uma jurimetria asséptica, temos os sistemas informáticos. Os computadores têm uma insensível capacidade preditiva, visto que se limitam no fundo a realizar operações aritméticas. As previsões feitas por seres humanos valem-se da velocidade de processamento dos aparelhos informáticos para a medição sistemática das inter-relações entre um grande número de variáveis em relação a um extenso conjunto de observações empíricas, objetivando uma confiabilidade máxima e um número mínimo de erros.

Argumentar, portanto, que o especialista jurídico pode prever decisões judiciais melhor do que um computador é espúrio, porque tal argumento distrai a atenção da questão real. Em qualquer alocação racional de recursos, especialistas jurídicos e computadores estariam fazendo coisas diferentes.

Do tempo de toga até a vida profissional anterior ao ingresso na magistratura trabalhista, diversos fatores influem na sensibilidade de um juiz nos pleitos dos trabalhadores.

Advogados bem-sucedidos desenvolvem alguma habilidade em fazer previsões semelhantes, pelo menos em seus próprios casos, ainda que não devamos esperar perfeição, nem devemos encontrá-la empiricamente (ZABALA e SILVEIRA, 2014). Todavia, não parece razoável fazer exigências equivalentes de previsões de comportamentos judiciais inexoravelmente corretas, mas dentro de alguma margem de erro previamente estipulada adequada para assegurar que os resultados obtidos tenham sido extremamente improváveis de terem ocorrido apenas como resultado da variação de chance.

Para o comportamentalista judiciário, a questão da metodologia não está sublimada ao nível intuitivo. Pelo contrário, é uma consideração crítica em qualquer projeto de pesquisa. Além disso, a previsão não é um fim em si mesma, mas é um aspecto necessário da verificação da teoria e o objetivo da investigação científica no comportamento judicial. É no conhecimento teórico, não apenas a capacidade de prever de que forma algum caso específico, que a lide submetida à jurisdição será decidida.

6. Considerações finais

Em conclusão, deve-se entender que, ainda que o advogado não aja de forma consciente, sua expertise forma uma jurimetria acerca do comportamento decisório dos juízes, especialmente trabalhistas. Possui maior a chance de êxito nas suas demandas aquele profissional que sistematiza e se torna analista utilizando a teoria e os métodos de análise. As previsões

dizem respeito aos tipos de continuidades no comportamento judicial que, embora eventualmente possam estar confinados aos dados empíricos de um único tribunal que dificilmente é típico, pode, no entanto, esperar que exista equivalência em outros tribunais. Desta aferição, desenha-se o pleito viável a ser proposto em assistência ao jurisdicionado seu cliente.

O uso da lógica moderna no direito deve ser visto como uma ferramenta libertadora, não confinante, como uma forma de esclarecer questões, não fornecer critérios para resolvê-las, como um auxílio para ajudar a se comunicar de forma concisa e precisamente quando esse é o objetivo que o advogado busca.

Assim, deve ser possível ampliar o escopo de pesquisa e sistematização, a fim de aumentar o conhecimento sistemático sobre tribunais e juízes em geral. Para ser de maior importância, tal conhecimento sistemático sobre o comportamento judicial será assim, naturalmente, não de conhecimento empírico, mas de conhecimento teórico.

7. Referências

- ANDRADE, M. D. D.; ROSA, B. D. C.; PINTO, E. R. G. D. C. *Legal tech: analytics*, inteligência artificial e as novas perspectivas para a prática da advocacia privada. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 16, p. 1/22, 2020.
- BORIES, S. La jurimetria: un aspecto de la jurística. *Informática y derecho. Revista iberoamericana de derecho informático*, La Rioja, v. 8, p. 51/62, 1995.
- COELHO, F. U.; NUNES, M. G. A jurimetria a serviço da advocacia. *Valor Econômico*, Rio de Janeiro, 20 ago. 2010. E-2.
- LOEVINGER, L. Jurimetrics — The Next Step Forward. *Minnesota Law Review*, Minnesota, v. 33, p. 455-493, abr. 1949.
- MAGALHÃES, D. D. C. S.; VIEIRA, A. L. Direito, tecnologia e disrupção. *Revista CNJ*, Brasília, v. v, p. 37/51, jan./jun. 2020.
- MENEZES, D. F. N.; BARBOSA, C. M. *A jurimetria como método autônomo de pesquisa*. Trabalho apresentado no VIII Congresso Latino Americano

de Ciência Política (ALACIP). Porto Alegre: [s.n.]. 2015.

MÜLLER, T. J.; ZABALA, F. J. Avaliação e correção automática no software livre RStudio. *Novas Tecnologias na Educação*, Porto Alegre, v. 14, jul. 2016.

NUNES, M. G. *Jurimetria*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019.

ZABALA, F. J.; SILVEIRA, F. F. Jurimetria: Estatística aplicada ao Direito. *Revista Direito e Liberdade*, Natal, v. 16, p. 73/86, jan./abr. 2014.

A Prova Digital: Um Breve Estudo sobre seu Conceito, Natureza Jurídica, Requisitos e Regras de Ônus da Prova Correlatas

José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva^(*)

Resumo:

- O avanço descomunal das tecnologias tem provocado *mudanças radicais*. Estamos “caminhando” a passos largos do mundo físico para o mundo virtual. Daí a necessidade de se construir uma *teoria das provas digitais*, mas nessa edificação não se pode simplesmente ignorar a *teoria geral da prova*. Como ainda há poucos aportes doutrinários sobre essa temática, tem este breve artigo a pretensão de contribuir para o debate jurídico com a análise de quatro temas: (i) *o que é* uma prova digital; (ii) *qual a natureza jurídica* dessa espécie de prova; (iii) quais são *seus requisitos* imprescindíveis; e (iv) *de quem será o ônus da prova* quando se tratar de prova digital. Proceda-se a um estudo das *fontes de prova*, porque há provas cujo *suporte* é um meio digital, e outras em que os meios digitais servem apenas para a *demonstração* dos fatos. Se a prova digital é, no fundo, uma *prova documental*, a distinção se dá apenas em relação ao suporte do qual ela é extraída (suporte físico ou digital). Haverá mais rigor, no entanto, quanto à exigência de seus requisitos — *autenticidade, integridade e preservação da cadeia de custódia* — em todo o histórico de sua produção. Quanto ao *ônus da prova*, examino se devem ser aplicadas à hipótese as regras clássicas sobre a juntada e a impugnação de documentos (art. 429 do CPC), que são o *ponto de partida* para a definição do encargo probatório em matéria de prova digital.

Palavras-chave:

- Prova digital — Conceito — Natureza jurídica — Requisitos — Ônus da prova.

Abstract:

- The enormous advance of technologies has caused radical changes. We are walking long strides from the physical world to the virtual world. Hence the need to build a theory of

(*) Juiz Titular da 6ª Vara do Trabalho de Ribeirão Preto (SP); Doutor em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela Universidad de Castilla-La Mancha (UCLM), na Espanha — Título revalidado pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito Obrigacional Público e Privado pela UNESP. Professor Contratado do Departamento de Direito Privado da USP de Ribeirão Preto (2017 a 2019) e da Escola Judicial do TRT-15.

digital evidence, but in this construction, one cannot simply ignore the general theory of evidence. As there are still few doctrinal contributions on this subject, this brief article intends to contribute to the legal debate with the analysis of four themes: (i) what is a digital evidence; (ii) what is the legal nature of this type of evidence; (iii) what are your essential requirements; and (iv) of who will be the burden of proof when it comes to digital evidence. A study of the sources of evidence is carried out, because there are evidences whose support is a digital media, and others in which the digital media serve only to demonstrate the facts. If the digital evidence is, deep down, a documentary evidence, the distinction is made only in relation to the support from which it is extracted (physical or digital support). There will be more rigor, however, as to the demand of its requirements — authenticity, integrity and preservation of the chain of custody — throughout the history of its production. As for the burden of proof, I examine whether the classic rules on the annexing and impugnement of documents (article 429 of the Brazilian Civil Procedure Code) should be applied to the hypothesis, which are the starting point for defining the burden of proof in terms of digital evidence.

Key-words:

► Digital evidence — Concept — Legal nature — Requirements — Burden of proof.

Índice dos Temas:

- 1. Introdução
- 2. Prova digital: do que se trata?
- 3. A natureza jurídica das provas digitais
- 4. Requisitos de validade da prova digital
- 5. O ônus da prova a respeito da prova digital
- 6. Conclusão
- 7. Referências

1. Introdução

A *prova judicial* é todo mecanismo colocado à disposição das partes para que consigam convencer o juiz a respeito da existência do fato afirmado na causa de pedir, nas razões defensivas e/ou em manifestações posteriores. Esta é a *finalidade da prova*, referida expressamente na parte final do art. 369 do CPC.

Com efeito, as partes têm o direito de utilizar os meios de prova típicos ou atípicos “para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz”. Esse é o objetivo da prova:

influir diretamente no juízo de valor que será manifestado pelo juiz a respeito dos fatos controvertidos; é dizer, influir *de modo eficaz* na convicção que o juiz irá formar na análise da prova produzida. Daí se infere que as partes têm o legítimo direito de tentar convencer o juiz de que suas afirmações estão do lado da justiça, por qualquer meio *eticamente aceitável* (SILVA, 2021, p. 228-229).

Ocorre que estamos vivendo *mudanças radicais* na sociedade em geral e nas relações humanas (e jurídicas) a partir do final do século passado, com o avanço descomunal de todas as tecnologias, sobretudo das relacionadas à

(i) *informação* e à (ii) *comunicação*. Estamos “caminhando” a passos largos do mundo físico para o mundo virtual. A venda de bens (inclusive imóveis) no metaverso — um ambiente virtual imersivo construído por meio de diversas tecnologias que integram os mundos real e virtual, no qual as pessoas podem “interagir umas com as outras, trabalhar, estudar e ter uma vida social por meio de seus avatares (bonecos virtuais customizados) 3D” (Disponível em: <<https://www.infomoney.com.br/guias/metaverso/>>. Acesso em: 17 jan. 2022) — não deixa margem a dúvidas de que as transformações são deveras abrangentes e numa velocidade jamais verificada nos milênios anteriores.

Natural, portanto, que as provas dos atos e fatos jurídicos, dos contratos, do cumprimento e descumprimento de suas cláusulas etc. estejam cada vez mais “presentes” no *espaço-tempo digital*. Se todos os dados são lançados em arquivos eletrônicos, mídias sociais e até nas nuvens, já há pessoas — e são muitas — que sequer imprimem esses dados. Já não tem mais havido fotografias reveladas, contratos impressos e um *sem-fim de desaparecimentos* do mundo físico. As comunicações humanas têm sido *basicamente virtuais*, com o uso das tantas tecnologias da informática/telecomunicações, e praticamente ninguém mais imprime e/ou faz gravação das conversas e outros dados daí resultantes.

Todo esse espaço-tempo virtual tem dado origem ao que se tem convencionado denominar de *metadados*. Há questões interessantíssimas sobre os metadados, que vão desde (i) quem (pode) armazenar tantos dados relacionados a bilhões de pessoas — humanas e jurídicas — a (ii) *quem pode exigir sua exibição*, inclusive numa demanda judicial.

Exsurge, aqui, o grande problema (jurídico) de se construir uma *teoria (acerca) das provas digitais*, que nos dê segurança sobre *várias questões*, dentre elas: (i) o que é uma prova digital; (ii) que espécie de prova é essa, vale

dizer, qual sua natureza jurídica; (iii) quais regras irão disciplinar a sua produção no âmbito do processo, em especial, como atender aos requisitos da (a) autenticidade, (b) integridade e (c) preservação da cadeia de custódia; e, inclusive, (iv) *de quem será o ônus da prova quando se tratar de prova digital*.

Destarte, o objetivo deste breve artigo é o de apresentar ideias a respeito da *admissibilidade da prova digital*, bem como de investigar *a quem caberia o ônus da prova*, quando o fato puder ser demonstrado por uma prova não material. Não é tarefa fácil, tendo em vista que se trata de instituto muito recente na teoria geral da prova, cujos contornos ainda estão por ser delimitados pelo estudo dos doutrinadores, inclusive a partir da incipiente jurisprudência a respeito dessa temática.

2. Prova digital: do que se trata?

De saída, convém registrar que ainda há poucos escritos específicos sobre a prova digital, quando comparadas as recentes monografias e os artigos doutrinários publicados sobre a matéria com a quantidade de escritos sobre a prova “convencional”. Por certo que, na teoria geral da prova — temática estudada há séculos — encontram-se muitos aportes que podem servir de *bússola* na investigação do que seria exatamente a prova digital.

Antes, porém, penso ser importante registrar a *mudança de paradigma* que tem ocorrido na sociedade, e que se reflete na atividade probatória, em juízo. São mudanças intensas e extensas proporcionadas pela utilização cada vez mais frequente dos recursos tecnológicos colocados à disposição das pessoas, naturais e jurídicas.

A incorporação da tecnologia aos mais variados aspectos da vida tem modificado profundamente as interações humanas e a organização da sociedade, redesenhando desde a comunicação, com a substituição das cartas pelo correio eletrônico, dos telefonemas por

mensagens instantâneas de texto, áudio ou vídeo etc.; até os registros — públicos ou privados — que se pretendem perenes, antes inscritos em papel com toda sorte de cautela, e hoje amplamente substituídos pelos sistemas de informática; passando, ainda, por toda espécie de atividade que, prescindindo do contato presencial antes necessário ou criando possibilidades inéditas, se vale da *internet*, por meio da qual se acessa e se transmite um volume imenso de informação, se celebram negócios jurídicos e também se praticam atos ilícitos (PASTORE, 2020, p. 64).

É preciso, portanto, saber o que é exatamente *prova digital*, porque os meios probatórios, aparentemente, permanecem os mesmos, mas as *fontes de prova* “se alteram e reclamam a elaboração de novos critérios para o seu adequado exame”. Se o rito probatório não se altera, com as formalidades sobre a juntada de documentos e produção de outras provas correlatas, as fontes que se acessam por esses meios tecnológicos, “que é o traço verdadeiramente distintivo do que se chama de *prova digital*, ostenta peculiaridades merecedoras de tratamento diferenciado” (PASTORE, 2020, p. 64).

Rennan Thamay e Mauricio Tamer, em ótima monografia sobre o tema, conceituam a prova digital como

[...] o instrumento jurídico vocacionado a demonstrar a ocorrência ou não de determinado fato e suas circunstâncias, tendo ele ocorrido total ou parcialmente em meios digitais ou, se fora deles, esses sirvam como instrumento de sua demonstração. A prova digital é o meio de demonstrar a ocorrência de um fato ocorrido em meio digital, ou que tem no meio digital um instrumento de demonstração de determinado fato (e) de seu conteúdo (THAMAY; TAMER, 2020, p. 33).

De modo que há *duas vertentes* de análise quando se trata das provas digitais, (i) a primeira relacionada aos fatos ou atos jurídicos *praticados nos próprios meios digitais*, tendo como *suporte* um meio digital, citando-se, como exemplos: (a) envio de *e-mail* ou de mensagem por aplicativos de mensageria, como *WhatsApp*, *Telegram* e outros; (b) publicação de um vídeo na *internet*, no *YouTube*, por exemplo; (c) cópia de *software* ou da base de dados de um computador etc.; e (ii) a segunda, na qual, embora o fato ou ato jurídico tenha sido praticado em meios “convencionais”, ele pode ser *demonstrado com a utilização dos meios digitais* disponíveis, servindo estes, portanto, como instrumento de demonstração — de prova em sentido estrito —, podendo ser lembrado como exemplo o seguinte: uma *ata notarial*, na qual o tabelião certifica que fotografias publicadas em mídia social (*Facebook*, *Instagram* e outras) revelam *encontros, viagens e até intimidades* entre determinadas pessoas, o que poderá caracterizar posteriormente, segundo o juízo do destinatário (principal) da prova — em regra, o juiz —, uma amizade íntima, um conluio entre empregado de uma empresa e o diretor de empresa concorrente etc. Aqui, os fatos – encontros, viagens, abraços e beijos — “não são digitais em si, mas os suportes digitais servem de mecanismo de demonstração” (THAMAY; TAMER, 2020, p. 32-33).

Proponho, para facilitar a compreensão da dicotomia, que na primeira vertente temos (i) prova digital *de primeiro grau*, ao passo que, na segunda, uma (ii) prova digital *de segundo grau*, porque, aqui, apenas a prova em si é produzida a partir de meios ou suportes digitais.

Estes autores referidos citam vários exemplos de fatos que ocorrem em meios ou suportes digitais — prova digital de primeiro grau — e que revelam *ilícitos* de natureza civil, trabalhista e criminal (THAMAY; TAMER, 2020, p. 34-39).

Quanto aos ilícitos *de natureza civil*, merecem destaque os seguintes exemplos:

- (i) alguém realiza postagem “inverídica, desatualizada ou desonrosa” em relação a determinada pessoa em mídia social (*Facebook, Instagram, Twitter* e outros), ou pratica esse ato “por meio de vídeo disponibilizado no *Youtube*” — nesse caso, o agente causador do dano *se utiliza dos meios digitais* amplamente conhecidos, mais precisamente dos “serviços dos respectivos provedores de aplicação”, e a pessoa natural ou jurídica (art. 52 do CC/2002; Súmula n. 227 do STJ) pode buscar em juízo uma indenização compensatória do dano moral sofrido em razão daquele ato ilícito (arts. 186 e 927 do CC); ocorre que, para demonstrar esse fato em juízo, o autor da demanda terá de agir rapidamente para conseguir a “preservação do conteúdo e identificação técnica do usuário responsável (obtenção dos registros eletrônicos e dados cadastrais respectivos)”, com a produção antecipada de prova ou com a obtenção de uma tutela de urgência, na própria ação indenizatória;
- (ii) alguém cria sites, utilizando-se das “marcas de outras organizações sem a autorização dessas, gerando benefício ilícito e a confusão ao público consumidor” — aqui temos uma prática que viola a propriedade intelectual de terceiros, “seja no viés da propriedade industrial (marcas, *trade dress* etc.) — Lei n. 9.279, de 1996, seja no viés do direito autoral ou dos direitos sobre o *software*”, por meio de fatos praticados *exclusivamente* em meio digital, que normalmente serão demonstrados apenas por *prova pericial* a esse respeito;
- (iii) “a prática ilícita comum de compartilhamento não autorizado de materiais ou cursos” por *e-mail* e outros meios digitais, que atenta contra os direitos autorais (Lei n. 9.610/98);
- (iv) as práticas de concorrência desleal, dentre tantas, a “utilização de páginas ou

blogs anônimos vocacionados à propagação de conteúdo ilícito (v.g. inverídico ou desatualizado) para levar o concorrente ao descrédito”, bem como a “contratação da palavra-chave de busca da empresa concorrente” em sites de busca, como o *Google*, de modo que, quando o usuário faz a busca pelos termos que normalmente identificariam o concorrente, aparecem para si apenas os “resultados patrocinados”, diante da “contratação dos chamados anúncios ou *links* patrocinados”.

Na *seara trabalhista* — a que mais nos interessa —, os autores afirmam que são muitos os exemplos de ilícitos cometidos *nas relações de trabalho*, com a utilização dos meios digitais, tanto pelo empregado quanto pelo empregador (THAMAY; TAMER, 2020, p. 36-37).

Por parte *do empregado*, podem ser citados os seguintes exemplos:

- (i) “o desvio de informações ou de documentos sigilosos e de propriedade das organizações empregadoras para terceiros” — essa prática pode ser empreendida por cópias enviadas por um simples *e-mail*, mas geralmente é bem sofisticada, com a extração de cópia de arquivos digitais (*pen drive*, HD externo, etc.), posteriormente entregue ao concorrente; e caracteriza, sem sombra de dúvidas, *justa causa* para o despedimento do empregado, não somente pela quebra de confiança, mas por haver previsão expressa na CLT a esse respeito: constitui figura de justa causa a “violação de segredo da empresa” (alínea “g” do art. 482);
- (ii) um empregado, “responsável pela condução de uma RFP — *Request for Proposal*” (um documento de *solicitação de proposta*, “muitas vezes feita por meio de um processo de licitação, por uma agência ou empresa interessada na aquisição de uma mercadoria, serviço ou ativo valioso, a potenciais fornecedores para apresentar propostas comerciais” (Disponível em: <https://en.wikipedia.org/wiki/Request_for_proposal>. Acesso em: 19 jan. 2022)

— que, numa licitação, “negocie vantagens a determinado concorrente por *e-mail* ou celular corporativo”; de se notar que essa prática também está tipificada como *justa causa* no art. 482, alínea “c”, da CLT: “negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço”;

(iii) ato de empregado que, em grupo de *WhatsApp* da empresa “publica conteúdos desonrosos ou profere xingamentos a outro empregado, tumultuando o ambiente corporativo” — aliás, tem sido muito mais comum que empregados desanquem a honra objetiva da própria empresa ou a subjetiva de proprietários e diretores nesses canais internos de comunicação — grupo de *WhatsApp* corporativo —, mas principalmente em mídias sociais, como *Facebook*, *Instagram*, *Twitter* e outras; em todos esses casos teremos ilícitos praticados em *suporte digital*, que desafiam a argúcia dos advogados para a produção da prova a respeito dos fatos; novamente, o que se tem aqui é outra figura de *justa causa*, tipificada no art. 482, alínea “k”, da CLT, a saber: “ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem”;

(iv) os autores citam, ainda, o exemplo de empregado que alega “doença para não comparecer em serviço e fique provado, a partir de postagens em mídias sociais que, na verdade, mentiu” — embora se trate de hipótese cada vez mais frequente nas audiências trabalhistas, por coerência, tenho de ressaltar que essa situação não é de prova digital em sentido estrito, ou seja, daquela que demonstra fatos ocorridos em meio digital; aqui, o que se tem é uma *prova digital da segunda vertente* anteriormente analisada, porque os fatos

— viagens, festas, jogos etc. — ocorreram em ambiente “físico”, não nas plataformas digitais; *apenas as provas* dos fatos que revelam a mentira do empregado — em regra, fotografias publicadas por ele próprio em suas páginas e perfis, nas redes sociais — é que serão consideradas *digitais*; mais uma vez, essa hipótese se trata de uma figura de *justa causa*, pois é inadmissível que o empregado apresente atestado médico para não trabalhar em razão de sua doença e, no lugar de permanecer em casa se recuperando, faça suas viagens, compareça em festas, bares ou vá praticar esportes; essa conduta propicia a *quebra da confiança* que deve ser depositada em todo empregado, estando prevista, ainda que não expressamente, na alínea “b” do art. 482 da CLT: (ato de) “incontinência de conduta ou mau procedimento”.

Contudo, o empregador também pode cometer, contra o empregado, ilícitos com o uso dos meios digitais, dando ocasião a uma *prova digital* de sua conduta reprovável (THAMAY; TAMER, 2020, p. 36-37). Citam-se, como exemplos, os seguintes:

(i) prática de *assédio sexual* pelo empregador, que “aborda a empregada por meio de mensagens privadas no *WhatsApp* com tom indecoroso, sexual — inclusive com envio de imagens — ou de coação” — de se registrar que, em regra, o empregador ou gerente da empresa pratica atos de assédio sexual “a portas fechadas”, sem qualquer registro em meio digital, dificultando sobremaneira a produção da prova por parte do(a) empregado(a) vítima desse tipo de assédio; se houver uma *prova digital* dessas investidas, como gravação em áudio no aparelho celular, haverá, aqui, uma situação em que *apenas a prova* é digital; agora, no exemplo dado (pelos autores citados), haverá, sem dúvida, um caso em que o próprio fato ilícito foi cometido por intermédio de aplicativo de mensageria instantânea

(WhatsApp, Telegram e outros); aqui, a prova é digital por excelência, desafiando a demonstração da autoria das mensagens, da integridade destas e até da preservação da tal cadeia de custódia, requisitos da prova digital que irei analisar mais adiante;

(ii) “desrespeito ao direito de férias” do empregado, pelo envio (constante) de mensagens por aplicativos e exigência de respostas (e trabalho, portanto) durante o período em que o trabalhador se dedica à sagrada *desconexão do trabalho* — o que se constata, aqui, é um gravíssimo ilícito trabalhista porque o direito ao gozo de férias se trata de um dos mais importantes direitos sociais dos trabalhadores, erigido ao patamar de *direito fundamental* (art. 7º, inciso XVII, da CF/88); a hipótese revela uma situação de *prova digital de primeiro grau*, por assim dizer, porque o fato — trabalho durante o período de férias — ocorreu com a utilização dos meios digitais: cobrança de respostas e informações por *e-mail* ou aplicativo de mensagens instantâneas, com o trabalho prestado também por esses mecanismos digitais;

(iii) realização de horas extras “pela comunicação feita por WhatsApp fora do horário de trabalho” — do mesmo modo que no exemplo anterior, aqui se constata outro grave ilícito trabalhista, haja vista que o *direito à limitação da jornada de trabalho* se trata de um direito social histórico (Convenção n. 1 da OIT, de 1919), consagrado como *direito fundamental* na Constituição brasileira (art. 7º, incisos XIII e XIV, da CF/88); também aqui a hipótese — tão frequente nas relações de trabalho — é de uma *prova digital de primeiro grau*, porque as horas extras, consubstanciadas nas respostas e informações prestadas por WhatsApp, foram praticadas com a utilização desse mecanismo digital; a juntada de cópia dessas mensagens — de preferência na íntegra — irá demonstrar que o meio digital

foi o utilizado para a própria prestação dos serviços;

(iv) posso citar, ainda, dentre tantos outros exemplos que já começam a fazer parte da jurisprudência trabalhista, o caso de *assédio moral* praticado por gerentes e outros gestores das empresas contra seus empregados, por intermédio de canais de comunicação internos, dentre eles, grupos de *e-mail* corporativo, de WhatsApp, Telegram e outros; nessa situação, as mensagens agressivas, em regra exigindo o cumprimento de metas ou de outras imposições do empregador, são constantes, por vezes tomando algum empregado como “exemplo” de baixa produtividade ou não comprometimento com as diretrizes da empresa; essas mensagens abusivas, reveladoras do *assédio moral*, quando praticadas com a utilização dos recursos tecnológicos de comunicação — *e-mail* corporativo, grupos de WhatsApp e/ou Telegram — vão caracterizar a prova como sendo digital, pois os fatos, aí, ocorrem todos no *suporte digital*.

Isso sem falar nos vários casos em que as partes têm se utilizado — ou requerido a utilização — da *geolocalização* para demonstrar fatos ocorridos fora do ambiente virtual — vínculo de emprego, horas extras, justa causa etc. —, ou, pelo menos, para demonstrar um indício a partir do qual se pode presumir a existência do fato probando. Trata-se, no entanto, de matéria bem complexa que não irei analisar neste breve artigo.

Vistas, em linhas gerais, o que pode ser entendido como prova digital, de primeiro e segundo graus, há que se buscar definir qual a *natureza jurídica* do novel instituto. É o passo seguinte.

3. A natureza jurídica das provas digitais

As provas digitais foram muito propagadas desde 2020, por conta da pandemia de Covid-19 e do regime extraordinário de trabalho instaurado em todo o Judiciário brasileiro. Agora,

seriam as provas digitais um novo meio de prova? Em caso afirmativo, um meio típico ou atípico de prova?

A princípio, as provas digitais poderiam ser enfileiradas na prova documental *lato sensu* (art. 422 e parágrafos do CPC). Ou, quando muito, seriam documentos eletrônicos (arts. 439 a 441 do CPC). Não obstante, dada a dimensão que a prova digital tem tomado no processo brasileiro, penso que o correto talvez seja mesmo a considerar como um *novo* meio de prova. Seria, assim, a prova digital um *meio atípico de prova*, até porque não há, ainda, no CPC, regras específicas sobre a sua admissibilidade e forma de produção em juízo.

Contudo, parece que os doutrinadores que têm se proposto a estudar essa temática vem considerando a prova digital como uma prova *documental* e esta seria, portanto, sua *natureza jurídica*.

Rennan Tamay e Mauricio Tamer, na monografia já referida, ponderam que *documento* não pode ser entendido “apenas como uma escrita em um papel”, sendo que o direito digital está a revelar essa obviedade. “De forma ampla, documento é um objeto com capacidade em materializar um fato, seja por meio da escrita, de sinais, gráficos, símbolos etc. São documentos, portanto, os filmes, as fotos, as transcrições, desenhos”. E acrescentam que inclusive a ata notarial, “meio probatório em si considerado, é um documento, mas um documento dotado de pressupostos próprios de formatação de sua autenticidade a justificar sua categorização em separado” (THAMAY; TAMER, 2020, p. 112-113).

Arruda Alvim observa que a palavra “documento” é comumente “utilizada como sinônimo de prova literal”, mas o CPC de 2015 faz menção a documentos que “não se ajustam, com rigor, ao conceito de prova literal”, porque não revela essa natureza das coisas a “reprodução mecânica, como a fotográfica, a cinematográfica, a fonográfica ou de outra espécie”, referida no *caput* do art. 422 do CPC,

tampouco as “fotografias digitais e as extraídas da rede mundial de computadores”, mencionadas no § 1º deste dispositivo legal. Por isso, o grande processualista acrescenta que há, então,

[...] uma tendência de se rever a identificação estrita entre documento e coisa, dado que, à vista da evolução tecnológica, nem todo documento possui um suporte físico. Nesse sentido, parece-nos correto ampliar a abrangência do conceito para considerar como documentos aqueles criados através de tecnologias modernas da informação e das comunicações, como os dados inseridos na memória do computador ou transmitidos por uma rede de informática, em geral denominados documentos de informática ou documentos eletrônicos (*Apud* THAMAY; TAMER, 2020, p. 112-113).

De se acrescentar que o § 3º do art. 422 do CPC determina a aplicação do “disposto neste artigo à forma impressa de mensagem eletrônica”. De modo que, embora não se trate de documentos em sentido estrito, até por falta de uma disciplina legal própria e abrangente, as *fotografias* — as reveladas, há muito tempo —, em especial as digitais, os *vídeos* e os *áudios*, sobretudo quando publicados na *internet* — nas mídias sociais e outros meios —, têm sido todos considerados como *documentos*. Com efeito, a juntada dessa documentação aos autos de um processo, principalmente nos processos eletrônicos, é considerada, por via de consequência, uma *prova documental*.

Com efeito, *documento* é “qualquer suporte físico ou eletrônico em que um fato e suas circunstâncias estão registrados”. E a *prova documental*, “por sua vez, é o resultado obtido no processo ou procedimento a partir da utilização desse documento” (THAMAY; TAMER, 2020, p. 113).

É prova documental, por exemplo, o resultado da prova obtido no processo a partir de CD, mídia ou HD juntado aos autos em que consta determinado

vídeo que interessa à discussão jurídica estabelecida. (...) Igualmente, é prova documental aquela obtida a partir da juntada de extratos de registros eletrônicos (IP, data e hora) obtidos em demanda anterior de quebra de sigilo em face de provedor. As capturas de tela ou *printscreen* também produzem provas documentais. Em suma, o fato está registrado em algum suporte físico ou eletrônico? E esse suporte não é outra prova específica? Se a resposta for positiva para ambas as questões, o resultado prova extraído será documental (THAMAY; TAMER, 2020, p. 114).

Percebe-se, assim, que a doutrina tem feito *distinção apenas em relação ao suporte* do qual a prova documental é extraída. Se de um (i) *suporte físico* — um documento em sentido estrito (contrato, atas etc.), assim considerada também a cópia reprográfica, a fotografia revelada etc. —, haverá uma prova documental *stricto sensu*. Se de um (ii) *suporte digital (ou eletrônico)*, estando o “documento” armazenado em computador ou qualquer outro dispositivo tecnológico (CD, HD), ou ainda publicado ou registrado na *internet* — inclusive nas mídias sociais —, podendo se tratar de fotografia digital, áudios, vídeos e tantos outros formatos, haverá, aí, um documento eletrônico ou digital e, portanto, uma prova documental *lato sensu*. Nesse último caso, talvez seja melhor denominar essa prova de *prova digital*, para bem distingui-la da prova documental clássica.

Há até quem faça distinção entre documentos *eletrônicos* e documentos *digitais*. Nelson Nery transcreve a distinção promovida pelo CONARQ — Conselho Nacional de Arquivos —, que é a seguinte:

Um documento eletrônico é acessível e interpretável por meio de um equipamento eletrônico (aparelho de videocassete, filmadora, computador), podendo ser registrado e codificado em forma

analógica ou em dígitos binários. Já um documento digital é um documento eletrônico caracterizado pela codificação em dígitos binários e acessado por meio de sistema computacional. Assim, todo documento digital é eletrônico, mas nem todo documento eletrônico é digital. (NERY JÚNIOR; NERY, 2015, p. 1060).

A doutrina registra, contudo, a *inutilidade prática* dessa distinção, no âmbito do sistema processual. Não por outra razão, temos um processo judicial eletrônico — Lei n. 11.419/2006, a Lei do Processo Eletrônico —, atos processuais eletrônicos (arts. 193 a 199 do CPC) e documentos eletrônicos (arts. 439 a 441 do CPC), mas falamos de provas digitais e até mesmo em Direito Digital.

De sorte que o documento eletrônico (ou digital) “é aquele produzido, autenticado, armazenado e transmitido em *suporte eletrônico* na sua forma original” (THAMAY; TAMER, 2020, p. 118-122). São exemplos desses documentos: (i) qualquer documento que esteja “nos formatos e extensões .pdf ou .doc, assinados eletronicamente ou não”; (ii) algum vídeo que tenha sido “elaborado integralmente pelo meio eletrônico” ou que esteja “presente na plataforma conhecida do Youtube, acessível via petição nos autos por QRCode” — um código similar a um código de barras, ao menos de modo visual —, sendo que, a partir de sua leitura, “chega-se a algum conteúdo indexado em rede fechada ou na internet, permitindo sua visualização”; (iii) as mensagens enviadas e recebidas por qualquer aplicativo de mensageria, como *WhatsApp*, *Telegram* e outros; (iv) os *e-mails* ou correios eletrônicos, talvez os mais antigos mecanismos de telecomunicação utilizados para a troca de mensagens no mundo virtual; (v) os áudios em MP3 ou outro recurso tecnológico, gravados até mesmo em aparelho celular, aliás, as provas digitais mais utilizadas atualmente — pelo menos na Justiça do Trabalho —, juntamente com as mensagens por meio de *WhatsApp*.

Agora, não se pode confundir o documento digital (ou eletrônico) com o *documento digitalizado*. Este é um terceiro tipo (de documento), podendo ser considerado como tal aquele documento “originalmente produzido em meio físico e depois transportado, por meio da digitalização (fotografia, utilização de aplicativos, digitalização via *scanner* etc.), para suporte eletrônico” (THAMAY; TAMER, 2020, p. 122-126). São exemplos de *documentos digitalizados*: (i) “o instrumento de mandato (procuração ou substabelecimento) feito e assinado em papel e digitalizado para protocolo em processo eletrônico”; (ii) o contrato (físico) digitalizado e enviado por *e-mail*, em anexo a este — o *e-mail* (mensagem por e-mail) é um documento eletrônico, mas o que vai a ele anexado pode ser um documento digital (produzido no computador) ou um documento digitalizado; (iii) a fotografia de documentos de identificação da pessoa encaminhada ao advogado para a propositura de uma demanda ou a uma empresa, quando da compra de produtos, para a configuração do cadastro do comprador.

Por todo o exposto nesse tópico, percebe-se que a doutrina tem mesmo considerado a prova digital como uma *prova documental*, que compreende os documentos eletrônicos e outras situações muito específicas. Penso, no entanto, que, diante das tantas *singularidades* desse mecanismo probatório, ele deveria ser considerado como um meio particular de prova, por certo que um meio *atípico*. Agora, os documentos eletrônicos, em sentido estrito, já estão tipificados no CPC, como já observado, e podem ser caracterizados como tais.

Enfim, é esperar pela regulamentação mais abrangente de todas as intrincadas questões que envolvem a temática da prova digital, sobretudo a que diz respeito aos *pressupostos de validade* desse mecanismo de demonstração dos fatos ocorridos no mundo virtual, quando então a prova digital poderá até ser considerada, no próprio CPC, como um (novo) meio típico de prova.

4. Requisitos de validade da prova digital

Os problemas começam a surgir quando se enfrentam as várias questões relacionadas à *confiabilidade* da prova digital. Como é sabido, a prova documental derivada dos documentos originais é altamente confiável, sendo um dos mecanismos probatórios mais prestigiados no âmbito do processo civil. Reconhecida a assinatura de quem confecciona esse documento — ou de quem, mesmo não o preenchendo, o subscreve (art. 410, II, do CPC) —, passa a recair sobre os ombros de *quem impugna* o seu conteúdo um pesado encargo probatório (art. 429, I, do CPC), até porque assim disciplina o art. 412 do CPC: “O documento particular de cuja autenticidade não se duvida prova que o seu autor fez a declaração que lhe é atribuída”.

Com efeito, de acordo com Marinoni e Arenhart, “a confiabilidade da prova documental — e a importância singular que os ordenamentos processuais lhe emprestam — assenta-se, exatamente, na *estabilidade do suporte* em que a informação é registrada” (*Apud* PASTORE, 2020, p. 64). Daí que o *suporte* de onde provém a prova documental (sua fonte) é deveras relevante para se verificar a (boa) qualidade da prova. Não por outra razão, o *documento original* tem maior força probante, aos olhos do julgador, do que a simples cópia, a menos que seja certificada a “conformidade entre a cópia e o original” (art. 424 do CPC). Em regra, a *autenticidade do documento* — verificada na incontestada assinatura nele aposta — é que serve de baliza para essa confiabilidade.

“Ocorre que o documento produzido em meio eletrônico pode, em regra, ser alterado sem esforço, em meios de armazenamento suscetíveis de regravação”. Basta recordar que o “fluxo de dados em uma rede de computadores, como a *internet*” é muito denso e intenso, fazendo com que “a informação armazenada em meio eletrônico” seja apenas temporária, podendo ser substituída, diante de sua “grande volatilidade”. Isso proporciona ao documento

eletrônico uma “aparente contradição com a natureza e a própria utilidade da prova documental” (PASTORE, 2020, p. 64).

Por isso, para que a prova digital tenha a *mesma confiabilidade* da prova documental extraída de meio ou suporte físico (o documento em si), mister que ela ofereça a mesma segurança jurídica, que somente será proporcionada se atendidas *duas premissas básicas*, as quais estão presentes em toda a extensa regulamentação da prova documental: (i) que resulte bem clara a *origem* do documento digital, ou seja, a sua *autenticidade*, verificável quando não pairar dúvidas sobre a *sua autoria*, por assim dizer; (ii) que se possa verificar a *integridade das informações*, dos dados constantes do documento digital, em quaisquer de seus formatos já examinados — escrita, áudio, vídeo etc. —, o que pode ser verificável até mesmo na fé que possa merecer a pessoa que transporta essa prova para os autos do processo. A *integridade* diz respeito, portanto, à *inalterabilidade do conteúdo* da prova digital.

Vale destacar que tais parâmetros — autenticidade e integridade — são expressamente previstos pela legislação processual para o registro de atos processuais eletrônicos (art. 195 do Código de Processo Civil) e podem ser estendidos, seja por analogia, seja pela própria finalidade da prova, a todo e qualquer registro eletrônico que se pretenda utilizar com força probante no processo.

A verificação da presença desses requisitos depende estritamente do suporte em que os dados são armazenados, da forma como são produzidos, da finalidade a que se destinam e, sobretudo, do estado da técnica. O essencial, portanto, é que se tenha sempre presente a sua imprescindibilidade e, em caso de dúvida fundada, haja o recurso à prova pericial para que o exercício da jurisdição não seja induzido em erro por elementos que não tenham aptidão ou idoneidade para retratar a realidade (PASTORE, 2020, p. 68-69).

Em verdade, a doutrina tem apontado que são *três os requisitos imprescindíveis* — ou pressupostos de validade — para que a prova digital possa ser utilizada com segurança em determinado processo judicial: (i) a *autenticidade*; (ii) a *integridade*; e (iii) a *preservação* da cadeia de custódia. “A falha em qualquer deles resultará na fragilidade da própria prova, tornando-a fraca e até, por vezes, imprestável ou impotente de produzir efeitos no caso concreto” (THAMAY; TAMER, 2020, p. 39-40). Resta saber, portanto, do que se trata cada um desses requisitos.

A *autenticidade* deve ser entendida como “a qualidade da prova digital que permite a certeza com relação ao autor ou autores do fato digital”. É, portanto, “a qualidade que assegura que o autor aparente do fato é, com efeito, seu autor real”. Dito de outro modo: *autenticidade* é “a qualidade que elimina toda e qualquer hipótese válida e estruturada de suspeição sobre quem fez ou participou da constituição do fato no meio digital” (THAMAY; TAMER, 2020, p. 40).

Daí que, *negada a autoria* do fato digital e pairando séria dúvida sobre quem realmente o praticou, à semelhança do que sucede em relação aos fatos e atos jurídicos ocorridos no mundo real — suporte físico —, o *ônus* de demonstrar o fato digital (e sua autoria), o *fato constitutivo* do direito do autor da demanda — por exemplo, em ação indenizatória de dano moral —, é de quem o alega (art. 429, II, do CPC). Voltaremos a esse tema do ônus da prova.

Quando se trata de *documento digital*, se a assinatura eletrônica for *certificada* em conformidade com as diretrizes da ICP-Brasil — Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira —, criada pela Medida Provisória n. 2.200/2001, com a função de “garantir a autenticidade, a integridade e a validade jurídica de documentos em forma eletrônica, das aplicações de suporte e das aplicações habilitadas que utilizem certificados digitais, bem como a

realização de transações eletrônicas seguras” (art. 1º da MP), por uma AC — Autoridade Certificadora —, ele *se presume verdadeiro*. A esse respeito, dispõe o art. 10, § 1º, da referida MP:

As declarações constantes dos documentos em forma eletrônica produzidos com a utilização de processo de certificação disponibilizado pela ICP-Brasil presumem-se verdadeiros em relação aos signatários, na forma do art. 131 da Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916 — Código Civil.

Bem sabido que o Código Civil de 2002 manteve a mesma regra, em seu art. 219. Ora, se a assinatura eletrônica *identifica o autor do documento*, pois a codificação de cada assinatura é única, *não há como negar* a autenticidade desse documento. Se a pessoa, natural ou jurídica, argumentar, por exemplo, que alguém se utilizou indevidamente do cartão ou *pen drive* que contém a chave da assinatura, competirá a ela o pesado encargo de comprovar o fato alegado e, salvo em situações que conduzam a severa injustiça, há de se prestigiar a boa-fé objetiva de quem confiou naquela assinatura, pois presumidamente aposta pela única pessoa que a poderia “deter”.

Isso porque a *assinatura digital ou eletrônica* “é produto de sofisticada técnica elaborada a partir da criptografia assimétrica, que recebe tal denominação por não se basear em um segredo comum”.

Em breve resumo, essa forma de criptografia atua a partir de um conjunto de chaves, compostas de uma sequência de caracteres gerada por computador, a partir de elementos aleatórios e fórmulas matemáticas avançadas que viabilizam a sua correlação. Com elas, permite-se que, a partir da chave pública (assim chamada porque passível de ampla divulgação, sem prejuízo à segurança do mecanismo), qualquer pessoa ou dispositivo possa codificar conteúdo que apenas poderá ser decifrado pela chave privada (cuja posse é reservada ao emissor do par), bem como identificar a chave pública associada ao conteúdo

codificado com a chave privada, tudo sem ter acesso a ela; por conseguinte, sem poder acessar conteúdo destinado ao seu detentor de forma protegida nem simular a autoria do código cifrado, que se relaciona exclusivamente à chave pública correspondente.

Uma vez aplicada essa espécie de criptografia sobre determinado conteúdo, a alteração de qualquer mínima unidade de informação — um *bit* que seja, ainda que em metadados que não repercutam diretamente no seu teor — torna impossível que a decodificação resulte no que se assinou ou mesmo algo próximo, dada a assimetria das chaves utilizadas no algoritmo; antes produzindo conteúdo ilegível, no caso de texto, ou inteiramente imprestável, no caso de *software* (PAS-TORE, 2020, p. 69-70).

Ocorre que a emissão de certificados digitais, com toda essa tecnologia, e apenas pelas autoridades certificadoras autorizadas pela ICP-Brasil, tem um *custo muito elevado*, motivo pelo qual esses certificados são utilizados basicamente no processo judicial eletrônico — no qual são obrigatórios —, nos órgãos públicos e em empresas de grande porte. Daí a presença constante de *outros métodos de autenticação*, até porque a própria MP n. 2.200/2001 isso permitiu, no § 2º de seu art. 10:

O disposto nesta Medida Provisória não obsta a utilização de outro meio de comprovação da autoria e integridade de documentos em forma eletrônica, inclusive os que utilizem certificados não emitidos pela ICP-Brasil, desde que admitido pelas partes como válido ou aceito pela pessoa a quem for oposto o documento.

No setor de serviços, é bastante comum, para fins de autenticação — *identificação do usuário* —, “o envio de correspondência a um endereço de correio eletrônico, ou de mensagem de texto (SMS) a uma linha de telefonia móvel, contendo um código a ser fornecido ao

prestador de serviços na própria plataforma”. *Inserido o código*, a empresa que fornece os serviços — de telefonia, *internet* e outros — identifica com segurança que “o usuário de um determinado sistema é o titular da linha ou o detentor do endereço de e-mail”, e assim terá condições de “atestar a autoria do que ele venha a produzir nesse ambiente”. Ademais, atinge também essa mesma finalidade “o registro da origem de um acesso a um serviço ou aplicação, pelo endereço do Protocolo de *Internet* (IP) e pela porta lógica de origem da conexão”, que inclusive permite, “pela consulta aos registros do provedor de conexão à *internet*, identificar o autor de dado conteúdo” ali postado (PASTORE, 2020, p. 71).

Ocorre que há *várias situações* nas quais *se pode discutir* a autenticidade da prova digital produzida nos autos do processo. Dentre elas, podem ser destacadas as seguintes: a) nem sempre o titular do perfil ou página, na *internet*, é o autor real da postagem ofensiva feita numa mídia social, pois há inúmeros casos de criação de perfil falso ou *fake* — nesses casos, a maneira mais adequada de se “atestar a autenticidade de tal prova é realizando a quebra de sigilo da postagem, com o fornecimento judicial das informações por parte dos provedores de aplicação e conexão”; b) pode ser que alguém se utilize do *e-mail* (corporativo) de determinada pessoa, principalmente nas grandes empresas, e, no computador da empresa, envie mensagem a “algum agente público prometendo determinada vantagem ilícita” — nesse caso, uma vez descoberta a prática ilícita, a única forma de se preservar a prova digital é a de se isolar imediatamente o dispositivo (computador) “e seus compartimentos de armazenamento (HD ou SSD)” devem ser “clonados e lacrados” (THAMAY; TAMER, 2020, p. 44).

Em relação à *integridade*, a doutrina tem asseverado que esse requisito deve ser compreendido como “a qualidade da prova digital que permite a certeza com relação à sua completude e não adulteração”. Com efeito, a

prova digital será *considerada íntegra* quando se apresentar “isenta de qualquer modificação em seu estado ou adulteração desde o momento da realização do fato até a apresentação do resultado prova”, estando, por isso mesmo, *apta* “a demonstrar a reprodução do fato em sua completude e integridade” (THAMAY; TAMER, 2020, p. 45).

Os *mesmos exemplos* citados em relação ao requisito autenticidade podem ser aqui lembrados, porque denotam a possibilidade de *adulteração* da prova digital, suscitando dúvidas sobre sua idoneidade ou até extirpando seu valor probante por completo. Ainda que haja um autor aparente, (i) pode ser que a publicação maliciosa tenha sido postada em perfil falso ou *fake*, nas chamadas mídias sociais; (ii) pode ocorrer de o *e-mail* por intermédio do qual se comete crime ou ato de concorrência desleal não ter sido enviado pelo seu titular, o autor aparente; (iii) o *printscreen* pode ter sido apresentado, nos autos do processo, a partir de “captura de tela de conteúdo” adulterado. Aliás, é bastante “simples e fácil construir ou alterar uma conversa de aplicativo de mensagens, de *e-mails* ou postagens em mídias sociais. Qualquer pessoa com um mínimo conhecimento de informática tem essa capacidade”. Por isso, a doutrina tem recomendado que “o procedimento de coleta da prova seja acompanhado de lavratura presencial de ata notarial apta a atestar, com fé pública, que a integridade for (*sic*) respeitada”. Apresenta-se, como alternativa, “a extração de código Hash sobre a cópia feita, atestando que ela é um espelho fidedigno do dispositivo original” (THAMAY; TAMER, 2020, p. 45-46), quando se tratar de dispositivos de armazenamento (HD e SSD).

Ademais, adverte-se que “o documento digital deve ter a sua autenticidade verificada *no meio digital* e assim certificada pelo escrivão, sem prejuízo de permanecer disponível, *no original*, para verificação independente das partes e, se o caso, exame pericial”. Agora, além dos documentos digitais em sentido

estrito, existe o *extrato digital de banco de dados*, previsto de forma lacônica no art. 11, § 1º, da Lei n. 11.419/2006, o qual tem o *mesmo valor probante* que os originais, “desde que atestado pelo seu emitente, sob as penas da lei, que as informações conferem com o que consta na origem” (art. 425, V, do CPC). Ocorre que, quando se tratar de “informações produzidas em meio exclusivamente eletrônico, assim as inseridas pelo preenchimento de um formulário digital” — por exemplo, as resultantes de transações financeiras feitas em aplicativos dos bancos —, “ou mesmo geradas automaticamente por sistemas informatizados, para registro da sua utilização ou em função dela” — por exemplo: (i) ligações telefônicas; (ii) troca de mensagens; (iii) acesso a páginas da *internet*; (iv) dados de geolocalização obtidos de aplicativos em aparelhos celulares —, “não haverá outro meio de prova possível e a informação deverá ser necessariamente extraída do banco de dados digital” (PASTORE, 2020, p. 72-74).

A questão que se coloca é: quem garante (e: como garantir) que essa extração de dados — *extrato digital de banco de dados* — foi realizada de maneira adequada e sem comprometimento dos dados digitais?

São frequentemente juntadas aos autos, como documento ou mesmo em reprodução de baixa qualidade no corpo dos arrazoados, imagens de telas de computador, em que aparentemente se contém um registro informatizado, mas sem nenhum esclarecimento sobre a criação e guarda dos dados, sobre o método de acesso ao banco de dados nem a responsabilidade por essa atividade.

Fica inteiramente prejudicada, dessa forma, a eficácia probatória do banco de dados digital, porque não se pode garantir que a informação é confiável na origem, tampouco que o que foi reproduzido nos autos corresponde ao que consta na origem (autenticidade), sem possibilidade de alteração desde

a extração (integridade) (PASTORE, 2020, p. 75).

Por isso, a doutrina tem recomendado que a *extração dos dados* seja acompanhada por notário e descrita com precisão numa *ata notarial*, ou que, pairando dúvidas sobre a integridade da prova digital, ela seja submetida a criterioso *exame pericial*.

Ocorre que esses procedimentos têm um *custo elevado*, sobretudo a lavratura de ata notarial. Ademais, a *produção* da prova pericial — além de seu custo — pode ser *bastante demorada*, comprometendo a celeridade que se almeja para os processos judiciais. Por essas razões, penso que, no processo do trabalho, diante dos princípios da simplicidade, informalidade, gratuidade e efetividade, é possível admitir a produção menos formal da prova provinda dos meios ou suportes digitais, com a simples “juntada”. De modo que, apenas se houver *séria controvérsia sobre sua autoria e conteúdo*, é que deve ser determinada a requisição de dados aos provedores de conexão e aplicação da *internet*, ou a outros detentores da informação produzida em meio digital. Diante da complexidade dessa produção probatória *complementar* — de averiguação da autoria e integridade do “documento” digital —, dela não tratarei neste artigo.

Enfim, também se apresenta como requisito da prova digital a chamada *cadeia de custódia*. A respeito dessa exigência, assim tem se manifestado a doutrina:

[...] é preciso preservar a autenticidade e a integridade em todo processo de produção da prova digital, desde sua identificação, coleta, extração de resultados, até a apresentação no processo ou procedimento de destino. A ideia é construir verdadeiro registro histórico da evidência, de toda a vida da prova. A ideia é que se alguém seguir os mesmos passos já dados na produção da prova, o resultado será exatamente o mesmo.

Nesse ponto, é importante sinalizar datas, horários, quem teve acesso, onde o acesso foi feito e até quaisquer alterações inevitáveis relacionadas. Mais uma vez, se não respeitada a cadeia de custódia da prova, o resultado é a sua imprestabilidade prática, justamente em razão da dúvida que irá pairar a seu respeito (THAMAY; TAMER, 2020, p. 114).

Por isso, é importante que os atores jurídicos, a despeito dos princípios fundamentais do processo do trabalho, tenham *mais cuidado na juntada* aos autos das provas digitais, lembrando-se que mero *printscreen* no corpo das petições (inicial, contestação etc.) *não se trata* sequer de documento, mas de *mera ilustração* para reforçar os argumentos da causa de pedir e da tese defensiva. Daí que, seja (a) na mera extração de um *printscreen* de conversas de *e-mail*, *WhatsApp*, *Telegram*, de páginas ou perfis na *internet*, seja (b) na juntada de CD ou DVD com áudios ou vídeos para comprovar determinados fatos, o advogado da parte — reclamante ou reclamado — deve fazer o possível para *identificar*: (i) a data em que teve acesso à prova; (ii) a data da extração da prova do meio digital; (iii) os horários do acesso e da extração; (iv) quem mais teve acesso à prova, ou quem a acessou e comunicou à parte, porque esta pessoa pode, inclusive, ser ouvida como testemunha do fato digital; (v) em que lugar se deu o acesso e a extração das informações; (vi) se, na extração dos dados, houve alterações inevitáveis, pela própria natureza das coisas.

Somente assim será possível à parte demonstrar ao juiz a *lisura* na extração dos dados, permitindo a *confiabilidade* na prova digital carreada aos autos do processo. E, nesse caso, se a parte contrária alegar *adulteração* das informações, *dela será o ônus de provar* que isso realmente aconteceu, tema que irei analisar na sequência.

5. O ônus da prova a respeito da prova digital

De todos é sabido que o ônus da prova não se trata de obrigação, tampouco de um dever, mas simplesmente de um *encargo* do qual deve se desincumbir a parte que, segundo as regras de definição específicas, tem a *incumbência* de convencer o juiz sobre a existência (veracidade) dos fatos por ela afirmados. Por isso, James Goldschmit assinalava que ônus ou encargo é um peso que se coloca sobre uma pessoa, de modo que ela se desincumba dele (*Apud* DINAMARCO, 1986, p. 185-186).

Com efeito, não se trata de obrigação porque se a parte não se desincumbir do ônus da prova não sofrerá nenhuma sanção jurídica por isso (execução ou pena). E nem mesmo constitui um dever, porque este se dá em relação a alguém, enquanto o ônus é da própria parte, em relação a si mesma, visto que, se não produzir a prova, provavelmente não terá reconhecido seu direito ou pretensão (SILVA, 2000, p. 89). Daí que a consequência para a parte que não se desincumbe de seu ônus subjetivo é o julgamento *desfavorável* à sua pretensão.

Havendo, no processo, *fatos controvertidos, relevantes e pertinentes* (SANTOS, 1990, p. 333-342), e determinados, será necessário investigar sobre o *ônus da prova*, à luz do art. 373 do CPC/2015 e principalmente do atual art. 818 da CLT, que deixou de enunciar um princípio geral — em verdade, uma regra de hermenêutica — a respeito da prova (quem alega, deve provar), para conter regras objetivas que levam em conta, sobretudo, a *natureza dos fatos controvertidos*.

Preleciona Carlos Alberto Reis de Paula (PAULA, 2001, p. 104-105) que, dentre as tantas teorias criadas para a repartição do ônus da prova entre as partes, merecem destaque as de Chiovenda, Rosenberg e Micheli. Em especial, a teoria desenvolvida por Chiovenda, por ter sido a adotada no direito processual brasileiro (art. 333 do CPC/73; art. 373 do CPC/2015; e, agora, art. 818 da CLT). “Por esta

teoria, indica-se a qual das partes incumbe o ônus da prova, consoante a natureza dos fatos”. Assim, torna-se necessário verificar, dentre os fatos controvertidos, quais são aquisitivos (constitutivos), impeditivos, modificativos ou extintivos de direitos, estudando-se a sua *natureza jurídica*, na chamada *distribuição estática* do ônus da prova.

Fato constitutivo é o fato que faz nascer o direito ou os efeitos jurídicos pretendidos, ou seja, é o fato a partir do qual existem efeitos jurídicos concretos deduzidos pelo demandante. Por sua vez, *fato impeditivo* é o que impede o nascimento do direito ou a produção de efeitos jurídicos do fato afirmado pelo autor; o fato, em si, não é contestado, pois o que se contesta são os *efeitos jurídicos* do fato. *Fato modificativo* é aquele que altera os efeitos jurídicos do fato constitutivo alegado pelo demandante. Enfim, *fato extintivo* é o que faz desaparecer todos os efeitos jurídicos do fato constitutivo, como a prescrição, a decadência, o pagamento integral e outros (SILVA, 2021, p. 281-283).

Assim, definida a natureza jurídica dos fatos controvertidos, torna-se bem mais fácil compreender as regras objetivas de definição do ônus da prova. A respeito da definição do ônus, Giuseppe CHIOVENDA (1998, p. 447-449), após verificar que não há como estabelecer um princípio geral e completo para a regência do ônus da prova, asseverando que a justificativa da repartição do referido ônus entre as partes está num *princípio de justiça distributiva*, qual seja, o princípio da igualdade das partes, enuncia que, ao autor, compete o ônus da prova do fato constitutivo do seu direito, cabendo, portanto, ao réu: a) “provar fatos que provam a *inexistência* do fato provado pelo autor, de modo direto ou indireto”; b) ou, “sem excluir o fato provado pelo autor”, afirmar e provar “*um outro* que lhe elide os efeitos jurídicos, e aí temos a verdadeira prova do réu, a prova da *exceção*” (destaques do autor).

Explica o grande Mestre que a mencionada repartição do *onus probandi* leva em conta as

condições de existência de uma relação jurídica, devendo o autor, assim, provar as condições específicas dessa relação, ou seja, as que lhe são próprias, essenciais, como o consenso e o preço da coisa na compra e venda. Não tem, portanto, o autor de provar as condições gerais, comuns a todos os negócios jurídicos, como a capacidade dos agentes, a seriedade do consenso, que a coisa não se trata de bem fora do comércio. A falta dessas condições habitualmente presentes deve ser provada por quem a alegar, o réu, por ser *fato impeditivo*.

A mesma doutrina é professada por Moacyr Amaral SANTOS (1990, p. 447), para quem a distribuição do ônus da prova pode ser sintetizada em *duas regras*:

1ª) ao autor cabe a prova dos fatos dos quais deduz o seu direito, ao passo que ao réu incumbe a prova dos fatos que, de modo direto ou indireto, atestam a inexistência daqueles, ou seja, a prova contrária ou contraprova;

2ª) ao autor compete a prova do fato constitutivo e ao réu a prova do fato extintivo, impeditivo ou modificativo, explicando o doutrinador que essa regra “reafirma a anterior, quanto ao autor, e atribui o ônus da prova ao réu que se defende por meio de exceção, no sentido amplo”.

Obviamente, trata-se da doutrina clássica, esta examinada sucintamente nos parágrafos anteriores. Hoje, não se pode olvidar da *teoria dinâmica* da distribuição do ônus da prova, que foi inclusive positivada no sistema processual brasileiro (art. 373, § 1º, do CPC; art. 818, § 1º, da CLT). Tampouco das especificidades da temática da *inversão do ônus da prova* no processo do trabalho. Contudo, neste breve artigo não terei condições de analisar essas questões.

Quanto ao ônus da prova em *matéria de provas digitais*, há de se ter em mente que essa temática é bem recente. A doutrina e a jurisprudência ainda estão dando os *primeiros passos* para a definição do que se pode entender

como prova digital, de sua natureza jurídica e dos requisitos imprescindíveis para a sua (boa) produção em juízo, questões já examinadas brevemente.

Nessa *teoria em construção*, para a definição das regras — estáticas ou dinâmicas — de ônus da prova quanto à produção da prova digital em juízo, o ponto de partida para essa edificação deve ser a clássica teoria geral da prova. Com efeito, é na *teoria geral da prova* (e do ônus da prova) que o jurista deve buscar teorizações e construções normativas que possam subsidiar a difícil definição de regras específicas sobre o encargo probatório, quando se tratar de questões relacionadas às provas digitais.

Pois bem, a se entender a prova digital como uma prova documental *lato sensu* — e parece ser esta a inclinação da doutrina e da jurisprudência, como mencionei anteriormente —, de saída, até que haja construção mais elaborada a respeito dessa temática, devem ser aplicadas as *regras clássicas* sobre ônus da prova, disciplinadas para a produção da *prova documental*.

Destarte, as diretrizes do *art. 429 do CPC* são mesmo o ponto de partida para a definição do encargo de prova, quando a controvérsia se referir a quem compete — pelas regras subjetivas e objetivas do ônus da prova — *demonstrar* ao juiz – o destinatário principal da prova — *o fato digital* alegado nos autos do processo. Eis a dicção do referido dispositivo legal:

Art. 429. Incumbe o ônus da prova quando:

- I – se tratar de falsidade de documento ou de preenchimento abusivo, à parte que a arguir;
- II – se tratar de impugnação da autenticidade, à parte que produziu o documento.

Por isso, se a parte contra quem se faz a juntada de um documento — o autor ou o réu — *não impugna a assinatura* ou mesmo a reconhece, tendo o confeccionado ou simplesmente subscrito esse documento (art. 410, II, do CPC), passa a recair sobre seus ombros um pesado encargo probatório, em conformidade com o art. 429, I, do CPC. Com efeito,

disciplina o art. 412 do CPC que o documento particular “de cuja autenticidade não se duvida prova que o seu autor fez a declaração que lhe é atribuída”.

Destarte, a *primeira regra* sobre ônus probatório em matéria de provas digitais é esta: se a parte contra a qual se produziu uma prova digital não impugna sua assinatura, mas *apenas o seu conteúdo*, é dela o ônus da prova. Nesse caso, o que a parte certamente alegará é a *falta de integridade* da prova digital, que esta foi adulterada ou até mesmo que está incompleta — por exemplo, na juntada de *printscreen* de conversas de *WhatsApp*. Em conjunto ou separadamente, poderá alegar a *quebra da cadeia de custódia* quando da extração digital do banco de dados, e, nesse caso, o ônus da prova *também será seu*.

Em suma, se a parte contrária alegar *adulteração* das informações contidas em qualquer prova digital, dela será o *encargo de provar* que, de fato, isso ocorreu, mediante a juntada do (documento) original, da prova por completo (conversações, por exemplo), prova pericial ou até mesmo com o requerimento de *expedição de ofícios* a empresas que guardam os dados de onde foi extraída a prova digital, em regra, os provedores de conexão e/ou de aplicação da *internet*.

Agora, se determinada pessoa, natural ou jurídica, argumentar nos autos do processo que *alguém se utilizou indevidamente* do cartão ou *pen drive* que contém a chave de sua assinatura, *dela será* o pesado encargo de demonstrar que isso realmente aconteceu. Ora, nas relações jurídicas em geral há um imperativo de que se deve prestigiar a *boa-fé objetiva* de quem confiou naquela assinatura, pois, até prova em contrário, presume-se que foi aposta no documento pela única pessoa que a poderia “deter”.

De outra mirada, se a parte contra quem se faz a juntada de uma prova digital — documento em sentido estrito ou *lato sensu*, como já visto — *não reconhece sua assinatura* ou *nega a autoria* do fato digital, de modo a

gerar dúvida objetiva sobre quem realmente o praticou, o *ônus de provar* a ocorrência do fato digital — documentado na prova digital —, bem como de sua autoria, é de *quem o alega*, em conformidade com o art. 429, II, do CPC. Nesse caso, até se pode considerar que o fato digital, por mais forte razão, será definido como o *fato constitutivo* do direito do demandante, como ocorre numa ação de indenização por dano moral. Se o autor da demanda não comprovar, robustamente, que o fato digital *realmente aconteceu* e que o réu foi a pessoa que o praticou — por exemplo, um ilícito trabalhista consistente na ofensa à honra por meio de conversas de *WhatsApp* ou de publicações em mídias sociais como o *Facebook*, o *Instagram* e outras —, terá seu pedido julgado improcedente.

Em suma, negada a prática do ilícito ou mesmo sua autoria — uma *negativa absoluta*, portanto —, *de quem alega* o fato digital será o encargo probatório. Nesse caso, a parte terá que demonstrar o teor da prova digital e que a parte contrária realmente praticou o ato ou fato jurídico, ou seja, que esta assinou o documento digital, que viajou a passeio quando estava de licença por atestado médico e uma infinidade de outras situações já analisadas anteriormente.

Como não tenho a menor pretensão de esgotar um tema tão amplo, complexo e novo no mundo jurídico, penso que, com estas linhas, já poderá o ator jurídico traçar uma *boa estratégia* em matéria de prova digital, a qual deverá angariar a *confiança* de seu(s) destinatário(s).

Por fim, convém ponderar que as provas digitais *não eliminam*, jamais, a necessidade de *produção de prova oral* na ampla maioria dos processos trabalhistas, pois o contrato de trabalho é um *contrato-realidade*, motivo pelo qual a prova testemunhal se sobrepõe à prova documental na Justiça especializada. Compreender a dinâmica da prova digital é fundamental para se produzi-la e para impugná-la, mas os atores jurídicos, em especial os advogados, não podem, jamais, olvidar-se de que *a oralidade*

está no DNA do processo do trabalho, motivo pelo qual a prova digital jamais poderá substituir a prova oral na audiência trabalhista, servindo, antes, como instrumento de confirmação ou refutação de situações ocorridas nas relações de trabalho, que são de *trato sucessivo*.

Ademais, a legislação trabalhista *exige a documentação* de inúmeros fatos ocorridos na relação de emprego — recibos de pagamento, cartões de ponto —, além do que a juntada desses documentos nos autos do processo se torna um “dever” do empregador (Súmula n. 338 do TST, por exemplo), não sendo minimante possível que a prova digital seja utilizada para substituir a *prova documental necessária* (recibos, cartões etc.). A prova digital não pode ser vista como a panaceia para todos os males, devendo a parte, inclusive, ao apresentar requerimento de sua produção, apontar (i) *fato determinado* e (ii) *justificar* a necessidade da referida prova, indicando data ou, no mínimo, período específico, em conformidade com o art. 22, parágrafo único, da Lei n. 12.965/2014 — o Marco Civil da Internet, no Brasil.

Com isso em mente, a prova digital poderá ser um mecanismo útil, quando produzida com respeito aos requisitos específicos, mas isso *não retira*, insista-se, a possibilidade de produção de prova oral a respeito dos fatos trabalhistas, diante do *princípio da primazia da realidade*, tão realçado pela boa doutrina. E tudo isso vai *influir decisivamente* inclusive na definição do ônus da prova, em matéria de provas digitais, mas não haverá tempo para tratar dessa importante correlação neste breve artigo.

6. Conclusão

O avanço descomunal das tecnologias, sobretudo das relacionadas à *informação* e à *comunicação*, tem provocado *mudanças radicais* na sociedade em geral e nas relações humanas (e jurídicas). Estamos “caminhando” a passos largos do mundo físico para o mundo

virtual. Natural, portanto, que as provas dos atos e fatos jurídicos estejam cada vez mais “presentes” no *espaço-tempo digital*, surgindo a necessidade de se construir uma *teoria das provas digitais*.

Ocorre que ainda há poucos escritos específicos sobre a prova digital. Não obstante isso, na edificação dessa teoria, não se pode simplesmente ignorar a *teoria geral da prova*, estudada há séculos, na qual se podem encontrar inúmeros aportes que podem servir de *bússola* na investigação do que seria exatamente uma prova digital e de como ela deve ser produzida em juízo.

Talvez a prova digital nem se trate de um autêntico meio probatório, porque nessa temática importam muito mais as *fontes de prova*. Se o rito probatório continuar o mesmo, com a exigência das mesmas formalidades a respeito da produção da prova documental, o que vai sobressair são as *fontes* às quais se tem acesso pelos meios tecnológicos. Com efeito, há *duas vertentes* de análise quando se trata das provas digitais: 1ª) a relacionada aos fatos ou atos jurídicos *praticados* nos próprios meios digitais, tendo como *suporte* um meio digital — o que ousou chamar de prova digital *de primeiro grau*; 2ª) vertente na qual o fato ou ato jurídico foi praticado em meios “convencionais”, em suporte “físico”, mas pode ser *demonstrado* com a utilização dos meios digitais disponíveis — prova digital *de segundo grau*.

Ao que parece, os doutrinadores têm considerado a prova digital como uma prova *documental* e esta seria, portanto, sua *natureza jurídica*. O *documento* é o suporte — físico ou eletrônico — no qual o fato e suas circunstâncias ficam registrados. E a *prova documental* é o resultado obtido no processo, seguindo-se o procedimento para a sua produção. Destarte, a distinção se dá apenas *em relação ao suporte* do qual a prova documental é extraída. Se de um *suporte físico*, haverá uma prova documental *stricto sensu*. Se de um *suporte digital* (ou *eletrônico*) — computador, CD, HD, *internet* —,

haverá um documento eletrônico ou digital e, portanto, uma prova documental *lato sensu*.

Agora, para que a prova digital tenha a *mesma confiabilidade* da prova documental extraída de suporte físico (o documento em si), mister que ela ofereça a mesma segurança jurídica, que somente será proporcionada se observados os seus *três requisitos imprescindíveis*: (i) a *autenticidade* — não pode haver dúvidas sobre a autoria do fato digital, motivo pelo qual é a autenticidade que irá assegurar que o autor aparente do fato é, incontestavelmente, seu autor real; (ii) a *integridade* — há de se assegurar a *inalterabilidade do conteúdo* da prova digital, porque esta somente será considerada íntegra quando se apresentar sem qualquer modificação ou adulteração em seu estado, desde o momento da prática do ato até a apresentação da prova em juízo; e (iii) a *preservação da cadeia de custódia* — há de se preservar a autenticidade e a integridade em *todo o histórico* de produção da prova digital, desde a sua identificação até a sua juntada aos autos do processo, devendo a parte fazer o possível para *identificar* (i) datas e horários de acesso e extração da prova, bem como o lugar em que se isso ocorreu; (ii) se mais alguém teve acesso à prova; (iii) e se, na extração dos dados, houve alterações inevitáveis.

Enfim, se a prova digital é uma prova documental *lato sensu*, devem ser aplicadas à hipótese as *regras clássicas sobre ônus da prova*, disciplinadas para a juntada e a impugnação de documentos. De se observar, portanto, as diretrizes do *art. 429 do CPC*, que são o ponto de partida para a definição desse encargo de prova. Daí que a *primeira regra* sobre ônus probatório em matéria de provas digitais é esta: se a parte contra a qual se produziu uma prova digital não impugna sua assinatura ou autoria, *mas apenas o seu conteúdo*, é dela o ônus da prova. É dizer, se a parte alegar adulteração das informações contidas em qualquer prova digital, *dela será o encargo* de provar que, de fato, isso ocorreu. De outra mirada, se a parte contra quem se faz a juntada de uma prova

digital *não reconhece* sua assinatura ou *nega a autoria* do fato digital, o ônus de provar a ocorrência desse fato — documentado digitalmente —, bem como de sua autoria, é de quem o alega, porque, nesse caso, terá havido uma *negativa absoluta*.

Uma última observação: as provas digitais *jamais eliminarão* a frequente necessidade de *produção de prova oral* na ampla maioria dos processos trabalhistas, pois o contrato de trabalho é um *contrato-realidade*. A prova digital poderá ser um mecanismo útil, quando produzida com respeito aos seus requisitos específicos, mas não se pode olvidar do *princípio da primazia da realidade*, velho conhecido dos juslaboralistas.

Referências

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Vol. I. Tradução do original italiano por Paolo Capitanio, com anotações do Prof. Enrico Tullio Liebman. Campinas: Bookseller, 1998.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. II. Tradução do original italiano por Paolo Capitanio, com anotações do Prof. Enrico Tullio Liebman. Campinas: Bookseller, 1998.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Ônus de contestar e o efeito da revelia. *Revista de Processo*, v. 11, n. 41, jan./mar 1986.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PASTORE, Guilherme de Siqueira. Considerações sobre a autenticidade e a integridade da prova digital. São Paulo, *Cadernos Jurídicos*, ano 21, n. 53, jan./mar. 2020, p. 63-79.

PAULA, Carlos Alberto Reis de. *A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2001.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 2. vol., 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. *Questões relevantes do procedimento sumaríssimo: 100 perguntas e respostas*. São Paulo: LTr, 2000.

_____. *Manual das Audiências Trabalhistas: Presencial, por Videoconferência e Telepresencial*. Salvador: JusPodivm, 2021.

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

Provas Digitais no Processo do Trabalho: Obtenção e Utilização pelo Magistrado

Keli Alves de Souza^(*)

Resumo:

- ▶ O objetivo deste trabalho é destacar que, devido às novas tecnologias da informação e comunicação, surge mais um meio de prova a ser utilizada no processo judicial, que é a prova obtida por meios digitais. Examina-se a possibilidade de obtenção de provas digitais pelo magistrado, bem como sua utilização no processo do trabalho.

Palavras-chave:

- ▶ Tecnologia — Provas digitais — Internet — Processo do trabalho.

Abstract:

- ▶ The objective of this work is to highlight that, due to the new information and communication technologies, another means of evidence to be used in the judicial process arises, which the evidence is obtained by digital means. The possibility of obtaining digital evidence by a judge is examined, as well as its use in labor processes.

Key-words:

- ▶ Technology — Digital evidence — Internet — Labor process.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Conceito de prova digital
- ▶ 3. Obtenção de provas por meios digitais e utilização no processo do trabalho
 - ▶ 3.1. Lei n. 12.965/2014 (Marco Civil da Internet)
 - ▶ 3.2. Lei n. 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados)
- ▶ 4. Iniciativa probatória do Juiz do Trabalho
- ▶ 5. Meios de obtenção da prova digital

(*) Servidora do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. Especialista em Direito, Tecnologia e Inovação com ênfase em Direito Público, GovTech e RegTech — Instituto New Law — Uniftec.

- ▶ 5.1. Fontes abertas
- ▶ 5.2 Fontes restritas
- ▶ 6. Vantagens da utilização de provas digitais
- ▶ 7. Autenticidade da prova técnica
 - ▶ 7.1. Audiência de instrução
 - ▶ 7.2. Celeridade processual
- ▶ 8. Conclusão
- ▶ 9. Referências

1. Introdução

No mundo virtual, para interagir em redes sociais, adquirir serviços, realizar transações financeiras, o usuário disponibiliza diversas informações que são armazenadas. No mundo físico, nossa rotina é monitorada por vídeos, fotografias, biometria e geolocalização. Esses são alguns exemplos de como nossas atividades são constantemente registradas.

A superdocumentação da vida traz novas oportunidades probatórias no processo judicial. No presente artigo examina-se a possibilidade de obtenção de prova por meios digitais mediante iniciativa do magistrado, bem como sua utilização no processo do trabalho.

Inicialmente foi exposto o teor doutrinário acerca do conceito de prova digital e abordados dispositivos trazidos pelas Leis ns. 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) e 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados) os quais impactam a coleta da prova digital. Na sequência, examinada a iniciativa probatória do magistrado, especialmente no plano digital.

Após, em uma abordagem de aplicação prática, realizou-se uma explanação, sem esgotar as possibilidades, dos meios de obtenção da prova digital e das vantagens de sua utilização no processo do trabalho.

2. Conceito de prova digital

Para Patrícia Peck Pinheiro⁽¹⁾ prova digital “É o conjunto de evidências e arquivos

eletrônicos que representam a relação e/ou obrigação gerada, acordada ou contratada por uma via digital”.

No processo do trabalho a prova digital é relevante porque, além de comprovar fatos do mundo virtual, também pode demonstrar acontecimentos do mundo físico. Postagens em redes sociais, utilização de aplicativos de mensagens, compras, serviços bancários ou ligações telefônicas, ainda que não sejam decorrentes da relação de trabalho, deixam rastros digitais que podem servir como provas na ação trabalhista. A localização registrada pelo uso do telefone móvel, por exemplo, pode ser útil para comprovar vínculo de emprego ou realização de horas extras.

Diante dessa perspectiva, pertinente o conceito apresentado por Rennan Thamay e Maurício Tamer⁽²⁾ que, embora não se referiram, especificamente, às relações de trabalho, descrevem prova digital como sendo:

o instrumento jurídico vocacionado a demonstrar a ocorrência ou não de determinado fato e suas circunstâncias, tendo ele ocorrido total ou parcialmente em meios digitais ou, se fora deles, esses sirvam como instrumento para sua demonstração. A prova digital é o meio de demonstrar a ocorrência de um fato ocorrido em meio digital, ou que

(1) PINHEIRO, Patrícia Peck. *Direito Digital*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. E-book.

(2) THAMAY, Rennan; TAMER, Maurício. *Provas no Direito Digital: conceito da prova digital, procedimentos e provas digitais em espécie*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. E-book. RB-1.3

tem no meio digital um instrumento de demonstração de determinado fato de seu conteúdo.

3. Obtenção de provas por meios digitais e utilização no processo do trabalho

Ao que interessa ao presente estudo, não será necessário abordar a quebra de sigilo de comunicações prevista no art. 5º, XII da CF/88⁽³⁾. Em algumas hipóteses serão analisados dados gerados e armazenados em virtude da comunicação, mas não o conteúdo da comunicação.

No exemplo já mencionado (uso de telefone móvel) o dado significativo nos registros telefônicos é a indicação da antena que o aparelho acessou para realizar ou receber ligações. Os dados disponibilizados pela empresa de telefonia são uma espécie de “pré-informação”⁽⁴⁾, que, devidamente tratada, pode demonstrar a localização (aproximada) do usuário do telefone.

Os dados coletados por provedores de internet (conexão e aplicação) também podem ser utilizados para fins de instrução processual, observadas as exigências legais para acesso e utilização.

3.1. Lei n. 12.965/2014 (Marco Civil da Internet)

Provedor de conexão é a empresa que fornece serviços de acesso à internet. São empresas de fornecimento de conexão e de telefonia e devem

guardar os registros de conexão⁽⁵⁾ pelo prazo de um ano (art. 13 da Lei n. 12.965/2014).

Provedor de aplicação de internet é a empresa que fornece funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet. São portais de notícias, lojas *on-line*, redes sociais, buscadores, aplicativos de mensagens, serviços de *e-mail* e de armazenamento em nuvem, entre outros, e devem guardar os registros de acesso⁽⁶⁾ pelo prazo de seis meses (art. 13 da Lei n. 12.965/2014).

Em relação às operadoras de telefonia móvel, o prazo de guarda de um ano refere-se apenas aos registros de conexão à internet. Para guarda de registros acerca da Estação Rádio Base (ERB) com a qual o aparelho se comunicou para realizar/receber ligações o prazo é de cinco anos, conforme Resolução n. 738, de 21 de dezembro de 2020 da ANATEL⁽⁷⁾.

(5) O art. 5º, VI da Lei n. 12.965/2014 dispõe que registro de conexão é o conjunto de informações referentes à data e hora de início e término de uma conexão à internet, sua duração e o endereço IP utilizado pelo terminal para o envio e recebimento de pacotes de dados.

(6) O art. 5º, VIII da Lei n. 12.965/2014 dispõe que registro de acesso a aplicações de internet é o conjunto de informações referentes à data e hora de uso de uma determinada aplicação de internet a partir de um determinado endereço IP.

(7) Disponível em: <<https://www.in.gov.br/web/dou/-/resolucao-n-738-de-21-de-dezembro-de-2020-296152700>>. Acesso em: 03 set. 2021.

Art. 65-J. A fim de assegurar a permanente fiscalização e o acompanhamento de obrigações legais e regulatórias, as prestadoras devem manter à disposição da Anatel os dados relativos à prestação do serviço, incluindo, conforme o caso e observada a regulamentação pertinente:

I – documentos de natureza fiscal, dados cadastrais dos assinantes e dados de bilhetagem e das ligações efetuadas e recebidas, bem como data, horário, duração e valor da chamada pelo prazo mínimo de 5 (cinco) anos, nos serviços que permitam a realização de tráfego telefônico; e,

II – registros de conexão à Internet pelo prazo mínimo de 1 (um) ano nos serviços que permitam a conexão à Internet.

Parágrafo único. Para fins do disposto neste artigo, considera-se registro de conexão à Internet o conjunto de informações referentes à data e hora de início e término de uma conexão à Internet, sua duração e o endereço IP utilizado pelo terminal, assim como as portas lógicas utilizadas quando do compartilhamento de IP público, para o envio e recebimento de pacotes de dados.

(3) Art. 5º, XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

(4) “O dado, assim, estaria associado a uma espécie de ‘pré-informação’, anterior à interpretação e ao processo de elaboração. A informação, por sua vez, alude a algo além da representação contida no dado, chegando ao limiar da cognição”. DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais: fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p.136.

De acordo com o art. 10 da Lei n. 12.965/2014, o provedor responsável pela guarda dos registros (conexão e aplicação) e dados pessoais somente será obrigado a disponibilizar informações que possam contribuir para a identificação do usuário ou do terminal, mediante ordem judicial (§ 1º). O conteúdo das comunicações privadas somente será disponibilizado nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, respeitado o disposto nos incisos II e III do art. 7º (§ 2º).

Os incisos II e III do art. 7º da Lei n. 12.965/2014 estabelecem:

Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

[...]

II – inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei;

III – inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial;

A ordem judicial, no processo do trabalho, é para disponibilização de dados estáticos. Os dados pessoais, dados de conexão e de aplicações de internet não expõem o conteúdo das comunicações, portanto, não há quebra de fluxo de comunicações.

É preciso salientar, ainda, que a requisição para fins de localização do usuário do dispositivo tem um objetivo muito específico: demonstrar a localização indicada na peça processual. Se há, por exemplo, pedido de pagamento de horas extras, é evidente que o julgador precisa saber se o reclamante estava no local de trabalho nos dias e horários alegados, informação à qual o trabalhador não pode se opor. Para o juiz, a evidência da presença do reclamante no local de trabalho em horário diverso da jornada contratada é o dado relevante a ser extraído dos registros fornecidos pelos provedores.

Assim, se os dados fornecidos evidenciarem a localização indicada na petição, a informação será confrontada, se necessário, com outras

provas existentes nos autos (a localização fornecida não é exata e a acurácia da informação deve ser analisada). Caso os registros indiquem localização incompatível com a alegada na peça processual não é do interesse do julgador conhecer a localização do reclamante.

3.2. Lei n. 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados)

Renata Barros Souto Maior Baião e Marcelo Muller Teive⁽⁸⁾ defendem que a base legal descrita no *caput* do art. 23 da Lei Geral de Proteção de Dados⁽⁹⁾ é a adequada para o tratamento de dados pessoais existentes em processos judiciais, pois

é evidente que a gestão de dados pessoais e dados pessoais sensíveis nos processos judiciais é realizada para o atendimento da finalidade pública do Poder Judiciário, na persecução do interesse público e com o objetivo de executar as suas competências e atribuições legais.

No processo judicial trabalhista já constam dados como número de identidade, CPF, endereço, telefone, e muitas vezes, dados referentes à saúde, dependentes e filiação sindical, que devem receber tratamento adequado para proteção da intimidade e privacidade do titular.

Nesse sentido, a Recomendação n. 73/2020 do CNJ, de 20.08.2020⁽¹⁰⁾, “Recomenda aos órgãos do Poder Judiciário brasileiro [com exceção do Supremo Tribunal Federal] a adoção

(8) BAIÃO, Renata Barros Souto Maior; TEIVE, Marcelo Muller. O art. 23 da LGPD como base legal autônoma para o tratamento de dados pessoais pelo poder judiciário. In: PALHARES, Felipe (Coord.). *Temas atuais de proteção de dados*. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. E-book. RB-11.4.

(9) Art. 23 O tratamento de dados pessoais pelas pessoas jurídicas de direito público referidas no parágrafo único do art. 1º da Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação), deverá ser realizado para o atendimento de sua finalidade pública, na persecução do interesse público, com o objetivo de executar as competências legais ou cumprir as atribuições legais do serviço público, desde que [...]

(10) Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3432>>. Acesso em: 03 set. 2021.

de medidas preparatórias e ações iniciais para adequação às disposições contidas na Lei Geral de Proteção de Dados — LGPD”.

Consequentemente, os dados oriundos da prova digital deverão receber o tratamento adequado assim como os demais dados constantes no processo.

Demonstrada a possibilidade de utilização da prova digital no processo do trabalho surge o questionamento quanto à iniciativa do magistrado na obtenção das provas.

4. Iniciativa probatória do Juiz do Trabalho

A amplitude dos poderes instrutórios do juiz é tema controverso na doutrina. Há entendimento no sentido de que a iniciativa judicial deve ser complementar à iniciativa das partes, e a autonomia do juiz comprometeria sua imparcialidade⁽¹¹⁾. Em contrapartida, há entendimento no sentido de que a produção probatória é ato de iniciativa das partes sem óbice à determinação, de ofício, pelo juiz. Para essa corrente, ao determinar as provas necessárias ao exame dos pedidos, o julgador não compromete sua imparcialidade e atua conforme previsão do art. 370 do CPC⁽¹²⁾.

A lei não limita a intensidade da iniciativa probatória do juiz e, no processo do trabalho, essa afirmação é ainda mais evidente na redação do art. 765 da CLT, que dispõe que “Os Juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas”.

(11) “o poder de iniciativa judicial, nesse terreno, deverá ser entendido como supletivo da iniciativa das partes, para que seja somente utilizado nos casos em que houver necessidade de melhor esclarecimento da verdade”. SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. vol. 2. p. 351.

(12) Art. 370 Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.

As hipóteses de impedimento e de suspeição do juiz estão previstas em dispositivos específicos do CPC (arts. 144 e 145). Quisesse o legislador impedir ou considerar a iniciativa probatória do juiz como ato de imparcialidade, por evidente, teria feito.

O juiz não é um mero espectador do processo⁽¹³⁾, os limites impostos pelas partes são em relação aos fatos a serem analisados e não quanto aos meios de prova necessários para a solução da lide. Nas palavras de José Roberto dos Santos Bedaque⁽¹⁴⁾:

Os sujeitos parciais do processo podem estabelecer limites quanto aos fatos a serem examinados pelo juiz, não em relação aos meios de prova que ele entender necessários à formação de seu convencimento. E não se trata de atividade meramente supletiva. Deve o juiz atuar de forma dinâmica, visando a trazer para os autos retrato fiel da realidade jurídico-material.

Considerando o caráter publicista do processo e o comprometimento do julgador com a efetivação do direito material, o poder probatório do juiz é tão relevante que, no atual CPC, não mais restrito ao juízo de origem (art. 938, § 3º)⁽¹⁵⁾.

Desse modo, se a determinação de provas, de ofício, compromettesse a imparcialidade do julgador (de origem), o legislador autorizaria, a determinação de ofício, pelo relator ou órgão colegiado?

(13) “há muito o juiz deixou de ser um convidado de pedra na relação jurídica processual. Na moderna teoria geral do processo, ao juiz cabe zelar pela dignidade do processo, pela busca da verdade real e por uma ordem jurídica justa”. SCHIAVI, Mauro. *Provas no Processo do Trabalho*. 8. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: JusPodivm, 2021. p. 171.

(14) BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 5. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 102.

(15) Art. 938. A questão preliminar suscitada no julgamento será decidida antes do mérito, deste não se conhecendo caso seja incompatível com a decisão. [...] § 3º Reconhecida a necessidade de produção de prova, o relator converterá o julgamento em diligência, que se realizará no tribunal ou em primeiro grau de jurisdição, decidindo-se o recurso após a conclusão da instrução.

A solução da lide não é de interesse somente das partes, mas também do julgador, que age em nome do interesse público, e busca cumprir seu dever funcional de entregar a tutela estatal. Como bem pontua José Carlos Barbosa Moreira⁽¹⁶⁾:

Quando o juiz determina a realização de prova para melhor esclarecimento dos fatos relevantes, não está, em absoluto, usurpando a função da parte; não está agindo no lugar dela, fazendo algo que a ela, e só a ela, incumbia fazer. Sua iniciativa não é, a rigor, um sucedâneo da iniciativa da parte: é qualquer coisa de inerente à sua missão de julgador. Ele não atua como substituto da parte, atua como juiz — como juiz empenhado em julgar bem.

Ademais, a iniciativa do magistrado para obter provas está de acordo com o modelo cooperativo de processo, tanto os litigantes como o julgador devem colaborar na busca da verdade⁽¹⁷⁾.

O art. 6º do CPC⁽¹⁸⁾ quando alude à cooperação dos atores processuais à decisão de mérito “justa e efetiva” dispõe, expressamente, que a iniciativa probatória do juiz, para alcançar pronunciamento justo e efetivo (além de eficiente – art. 8º do CPC⁽¹⁹⁾, parte final), não encontra limitação.

A crescente utilização de ferramentas tecnológicas no Judiciário possibilita ao magistrado

uma atuação mais dinâmica no processo. O presente momento de “efetivação da justiça virtual” permite a utilização de novas tecnologias e facilidades da internet para “tornar os direitos mais efetivos e as decisões mais justas e adequadas”⁽²⁰⁾.

Mauro Schiavi⁽²¹⁾ ressalta a possibilidade de coleta de provas na internet e, ainda, nas redes sociais, desde que observado o contraditório. O doutrinador sustenta que:

O próprio processo judicial eletrônico possibilita ao Juiz do Trabalho uma interatividade maior com a realidade e a busca de informações nas redes sociais e internet para dirimir fatos controvertidos e formar sua convicção, devendo o magistrado sempre observar o contraditório, antes de decidir.

Na prática, a obtenção e utilização de provas digitais pelo magistrado já é uma realidade. A Justiça do Trabalho, desde o segundo semestre de 2020, está treinando juízes e servidores de todos os Tribunais Regionais do Trabalho do país, por meio do Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT) e da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho (Enamat) para a coleta dessas provas⁽²²⁾. A presidente do Tribunal Superior do Trabalho e do Conselho Superior da Justiça do Trabalho, ministra Maria Cristina Peduzzi defendeu que:

Com a Revolução Tecnológica 4.0 invadindo o mundo do trabalho e transformando as formas de produzir, o Poder Judiciário e, em especial, a Justiça do Trabalho, aproveitam as potencialidades que o desenvolvimento tecnológico pode

(16) MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*: nona série. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 96.

(17) “todos que atuam no processo, principalmente o julgador, devem envidar esforços para se chegar ao acerto mais próximo da realidade (verdade substancial)”. SCHIAVI, Mauro. *Provas no Processo do Trabalho*. 8. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: JusPodivm, 2021. p. 26.

(18) Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

(19) Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

(20) CHAVES JR., José Eduardo de Resende. Processo em rede orientado a dados. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro (Coords.). *Inteligência Artificial e Direito Processual: Os impactos da virada tecnológica no Direito Processual*. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 669.

(21) SCHIAVI, Mauro. *Provas no Processo do Trabalho*. 8. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: JusPodivm, 2021. p. 171.

(22) Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/justica-do-trabalho-capacita-para-producao-de-provas-por-meios-digitais>>. Acesso em: 12 set. 2021.

oferecer para melhorar a prestação jurisdicional, em busca de celeridade e eficiência.⁽²³⁾

O Tribunal da 12ª Região (SC) criou, em maio de 2021, o primeiro núcleo do país especializado em obter provas por meios digitais. A Portaria SEAP n. 83/2021, que originou o Núcleo de Provas Digitais (NPD), foi assinada pela presidente do Tribunal, desembargadora Lourdes Leiria⁽²⁴⁾.

Entre as competências do Núcleo de Provas Digitais (art. 3º) consta:

I – prestar apoio para a produção de provas relacionadas às partes e pessoas envolvidas em processos judiciais, por meio da obtenção e tratamento de provas digitais (registros em sistemas de dados das empresas, ferramentas de geoprocessamento, dados de redes sociais, rastreamento por celular, mensagens em aplicativos, biometria, e outras);

II – consultar e organizar as provas digitais de fonte aberta e de fonte restrita, estas obtidas por ordem judicial ou por compartilhamento pelo detentor dos dados interessado na produção da prova;⁽²⁵⁾

5. Meios de obtenção da prova digital

Ao acessar à internet o usuário disponibiliza diversas informações, seja espontaneamente, com expectativa de publicidade (como em redes sociais), ou por necessidade (para ter acesso à rede, adquirir serviços, realizar transações financeiras...).

O acesso às informações disponibilizadas na internet dependerá do tipo de classificação das bases de dados. Guilherme Caselli⁽²⁶⁾ afirma que:

As fontes de informação podem ser classificadas em dois grandes grupos:

(23) Disponível em: <<http://www.csjt.jus.br/web/csjt/-/trt-12-sc-implanta-primeira-unidade-dedicada-a-provas-digitais-na-justi%C3%A7a-do-trabalho>>. Acesso em: 12 set. 2021.

(24) Disponível em: <<https://portal.trt12.jus.br/noticias/pioneirismo-trt-sc-implanta-nucleo-de-provas-digitais>>. Acesso em: 12 set. 2021.

(25) Disponível em: <http://trtapl3.trt12.gov.br/cmdg/img_legis/2021/05191183.pdf>. Acesso em: 12 set. 2021.

(26) CASELLI, Guilherme. *Manual de investigação digital*. São Paulo: JusPodivm, 2021. p. 28.

um primeiro grupo de informações livremente dispostas, que demandem apenas de conhecimento técnico para sua coleta mais proveitosa e um segundo grupo de informações que, para sua coleta ou acesso aos bancos de dados nos quais estas informações estão armazenadas, necessita-se previamente de autorização.

O primeiro grupo trata-se de fontes abertas. O conteúdo foi disponibilizado de forma pública na internet e para coleta de prova não há necessidade de ordem judicial. No segundo grupo (fontes fechadas ou fontes restritas) a expectativa é de privacidade em relação às informações armazenadas e sua disponibilização somente é possível com ordem judicial.

Bárbara Luiza Coutinho Nascimento⁽²⁷⁾ esclarece:

provas obtidas em fontes abertas *on-line* são aquelas extraídas de informações contidas em bancos de dados digitais abertos ao público na internet, ou seja, dados aos quais qualquer usuário pode ter acesso, ainda que mediante simples cadastro. Já as provas obtidas em fontes fechadas *on-line* são definidas por exclusão, ou seja, são as provas que decorrem de todas as demais informações inseridas em bancos de dados digitais que não são abertos ao público na internet. Lembrando que a internet em si é o maior banco de dados digital do mundo, contendo ramificações para bancos de dados restritos e irrestritos.

Assim, uma fonte pode ser aberta ou restrita dependendo de como a informação é disponibilizada. Por exemplo, em redes sociais, postagens de textos, fotos e vídeos em perfil público são provenientes de fontes abertas. Todavia, se o

(27) NASCIMENTO, Bárbara Luiza Coutinho. Provas Digitais obtidas em fontes abertas na internet: conceituação, riscos e oportunidades. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro; LAUX, Francisco de Mesquita; RAVAGNANI, Giovanni dos Santos (Coords.). *Direito, Processo e Tecnologia*. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. E-book. RB-4.2.

perfil for privado, postagens de textos, fotos e vídeos são provenientes de fontes restritas.

5.1. Fontes Abertas (dados são de livre acesso)

— Serviços de buscadores/indexadores de conteúdo na internet:

De acordo com a explicação de Guilherme Caselli⁽²⁸⁾, o *Google* é o buscador que possui o melhor algoritmo de rastreamento, indexação e veiculação (classificação). O autor destaca, ainda, que o *Google* reúne informações como “páginas da Web; conteúdo enviado pelo usuário, como envios ao *Google Meu Negócio* e ao *Google Maps*; livros digitalizados; bancos de dados públicos na internet...”.

— Sites:

Por meio de plataformas de consulta de dados de domínio⁽²⁹⁾ (endereço) e de hospedagem⁽³⁰⁾ de sites é possível obter o nome do titular do site, CPF ou CNPJ, e-mail, data de criação, modificação e expiração do domínio, provedor de hospedagem e IP.

A pesquisa pode ser utilizada, por exemplo, para descobrir se determinada empresa pertence a um grupo econômico.

— Redes sociais:

Informações disponibilizadas por usuários em redes sociais podem ser significativas no processo trabalhista tanto na fase de conhecimento como na fase de execução. Análises de vínculos, relacionamentos, bens e localização podem ser realizadas por meio de informações extraídas do *Facebook*, *Instagram*, *Twitter*, *YouTube*, entre outros.

(28) CASELLI, Guilherme. *Manual de investigação digital*. São Paulo: Editora JusPodivm, 2021. p. 63.

(29) Plataformas de pesquisa de dados de domínios:

<registro.br/cgi-bin/whois>;

<whois.com/whois>;

<whois.domaintools.com>;

<whois.icann.org/pt>.

(30) Plataformas de pesquisa de dados de hospedagem e IP:

<https://digital.com/best-web-hosting/who-is/>;

<https://hostingchecker.com/>.

Em relação ao *Facebook*, por exemplo, através de plataformas de pesquisas⁽³¹⁾ é possível verificar amigos em comum (é necessário que as listas de amigos dos perfis sejam públicas), postagens em determinado local, empregadores e fotos com localização. Ressalta-se que as informações registradas são autodeclaráveis.

5.2. Fontes Restritas (dados protegidos)

Mediante ordem judicial é possível obter informações de:

— Operadoras de telefonia móvel: para que forneçam dados cadastrais; histórico de ligações, acompanhado do histórico de utilização de antenas (localização via Erb – Estação Rádio Base);

— Redes sociais: com expedição de ofício para *Facebook*, *Instagram* e *Twitter* é possível obter informações de dados cadastrais (nome atribuído para a conta, e-mail de acesso, data de criação da conta, número de telefone de confirmação, número de cartão de crédito) e histórico de IP (conexão);

— Sistemas operacionais *Android* e *iOS*: servidores *Google* e *Apple* podem fornecer dados cadastrais das contas de e-mail vinculadas; atividade da conta, com logs de acesso, IP, data e hora dos acessos (*logins*), incluindo informações de conexão, como nome da operadora e do provedor de conexão; histórico de localização e deslocamento; informações sobre pagamentos com cartão de débito ou crédito caso o usuário utilize o serviço para compras ou transações financeiras;

— *WhatsApp*: é possível requerer o fornecimento de dados cadastrais; histórico de acesso (registro de conexões para acessar a internet); agenda de contatos; grupos e extrato de mensagens (não se trata de acesso ao conteúdo das conversas, mas se houve comunicação e quando ocorreu).

(31) Plataformas de pesquisa do *Facebook*:

<https://sowdust.github.io/fb-search/>;

<https://graph.tips/facebook.html>.

6. Vantagens da utilização de provas digitais

6.1. Autenticidade da prova técnica

Rennan Thamay e Maurício Tamer⁽³²⁾ ensinam que três requisitos principais devem ser observados na prova digital. A autenticidade (certeza quanto à autoria do fato), a integridade (certeza quanto à completude e não adulteração) e preservação da cadeia de custódia (preservar a autenticidade e integridade em todo processo de produção da prova digital).

É evidente que não deve ser considerada verdadeira toda informação extraída da internet. Coletadas informações da rede pelo Juízo, deve ser oportunizado o contraditório e as partes podem se manifestar quanto à autenticidade e integridade do material coletado.

Em relação à manutenção do arquivo digital, conveniente a utilização de ferramentas que armazenam o estado da página da internet no momento em que o *link* foi gerado⁽³³⁾. A ferramenta possibilita a verificação de adulteração e exclusão de documentos arquivados em páginas da *web*⁽³⁴⁾.

Em se tratando de informações obtidas em fontes restritas, há que se enfatizar a autenticidade do registro. Dados de localização registrados por empresas de telefonia móvel ou por empresas que captam geolocalização são informações técnicas e genuínas.

(32) THAMAY, Rennan; TAMER, Maurício. *Provas no Direito Digital: conceito da prova digital, procedimentos e provas digitais em espécie*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. E-book. RB-1.4.

(33) O endereço <<https://archive.org/>> possibilita a visualização de versões arquivadas de páginas de um *website*. Assim, a constatação do conteúdo da página, no momento em que o *link* foi gerado, é possível mesmo em caso de alteração/exclusão posterior.

(34) Um exemplo de utilização da ferramenta ocorreu no Processo n. 1000223-30.2020.5.02.0332, em decisão proferida pela Juíza Thereza Christina Nahas, em 29.07.2021. Em consulta ao *Internet Archive* foi possível constatar a existência de um documento no *site* da empresa que comprovava o grupo econômico entre duas rés. Disponível em: <<https://pje.trt2.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/1000223-30.2020.5.02.0332/1/>>. Acesso em: 18 set. 2021.

Questionamentos até podem surgir no sentido de que, no momento do registro, o dispositivo não estava em posse do titular (e para isso existe o contraditório), mas a certeza do registro em si é assegurada.

Como adverte Bárbara Luiza Coutinho Nascimento⁽³⁵⁾:

É certo que mesmo após superadas as questões acerca da confiabilidade e assegurada a autenticidade de uma determinada informação eletrônica, poderão permanecer dúvidas quanto à interpretação da prova digital ou com relação à consequência jurídica que se quer dar a ela. Contudo, quanto ao registro do fato em si, ela será extremamente consistente e de elevado poder de convicção.

6.2. Audiência de Instrução

A possibilidade de coleta de prova digital é tão ampla e tão precisa que, em muitos casos, pode até dispensar a audiência de instrução.

Nossa localização, por exemplo, é constantemente capturada por dispositivos eletrônicos e, com a prova digital, essa informação pode ser obtida sem a necessidade de oitiva de testemunhas.

A prova técnica pode ser mais eficiente para demonstrar a ocorrência de fatos do que a prova testemunhal. Vale realçar que “ainda que a testemunha tenha presenciado um fato, ela sempre relata o que viu com suas palavras, de acordo com sua interpretação, o que por vezes pode direcionar incorretamente a produção da prova”⁽³⁶⁾.

Além de a testemunha relatar os fatos conforme sua interpretação, essa prova é reproduzida posteriormente, na tentativa de se reconstituir

(35) NASCIMENTO, Bárbara Luiza Coutinho. *Provas Digitais obtidas em fontes abertas na internet: conceituação, riscos e oportunidades*. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro; LAUX, Francisco de Mesquita; RAVAGNANI, Giovanni dos Santos (Coords.). *Direito, Processo e Tecnologia*. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, E-book. RB-4.10.

(36) *Idem*.

acontecimentos através da memória, enquanto registros digitais são contemporâneos aos fatos que se pretende averiguar. Nesse sentido, Antonio do Passo Cabral⁽³⁷⁾ também salienta a certeza da prova técnica e a falibilidade da prova testemunhal:

Sem embargo, atualmente existe uma superdocumentação dos fatos da vida. Qualquer aparelho portátil pode registrar fatos. Os telefones celulares inteligentes (smartphones) hoje em dia trazem câmeras fotográficas embutidas, e quase todo conflito é acompanhado de algum registro documental, em áudio e/ou em vídeo. Edifícios, escritórios e empresas catalogam a entrada e saída de pessoas em cadastros com fotos; registros telefônicos indicam as antenas que os celulares acessaram e a análise de GPS permite posicionar um indivíduo no planeta com menos de cinco metros de margem de erro. Isso tudo, acompanhado de sistemas de reconhecimento facial, permite comprovar onde e quando certas pessoas estiveram, ou mesmo traçar o trajeto pelo qual passaram em um determinado espaço de tempo.

De outro lado, estudos de neurociência têm revelado que a memória humana é mais falível do que se imaginava, permitindo-se questionar a precisão da lembrança que as testemunhas têm do fato probando e trazendo ao debate questões como falhas na percepção sensorial e na recuperação do fato probando pela memória.

Não está se sugerindo a substituição da audiência instrutória pela prova digital, mas sim que, em determinadas situações, a prova digital pode suprir a prova testemunhal. No

caso concreto, o julgador deve avaliar qual meio de prova é o mais adequado à formação de seu convencimento.

Nesse sentido, um exemplo apresentado por Bárbara Luiza Coutinho Nascimento⁽³⁸⁾ se mostra didático:

Digamos, por exemplo, que a testemunha acuse o réu de ter praticado um homicídio, contudo tal réu é muito parecido com outra pessoa, sendo certo que foi essa outra pessoa o autor do crime. Ainda que a testemunha continue a imputar categoricamente a autoria ao réu, uma filmagem clara do momento da prática do ato poderia levar à sua absolvição. Nesse contexto, a filmagem se mostra como uma prova com valor de convencimento superior à testemunha.

Por outro lado, é possível que a filmagem se limite a um determinado campo de visão, enquanto a testemunha pode ter sua atenção voltada para outros elementos da cena e pode acabar vendo algo relevante, mas que a câmera não filmou. Nesse contexto, testemunha e filmagem deverão ser utilizados concomitantemente. Dessa possível complementação entre meios de prova é que surge a importância de triangular evidências e corroborá-las umas com as outras, construindo a narrativa jurídica.

6.3. Celeridade processual

A facilidade de obtenção de provas digitais possibilita que lides sejam solucionadas de forma mais célere. Bárbara Luiza Coutinho Nascimento⁽³⁹⁾ alerta que:

a redução de tempo e custo gastos na produção da prova deve ser considerado. Corretamente treinados para coletar provas na internet, investigadores serão

(37) CABRAL, Antonio do Passo. Processo e Tecnologia: Novas Tendências. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro; LAUX, Francisco de Mesquita; RAVAGNANI, Giovanni dos Santos (Coords.). *Direito, Processo e Tecnologia*. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. E-book. RB-3.7.

(38) NASCIMENTO, Bárbara Luiza Coutinho. Provas Digitais obtidas em fontes abertas na internet: conceituação, riscos e oportunidades. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro; LAUX, Francisco de Mesquita; RAVAGNANI, Giovanni dos Santos (Coords.). *Direito, Processo e Tecnologia*. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. E-book. RB-4.10.

(39) *Ibidem*, RB-4.13.

capazes de encontrar evidências sólidas e convincentes em muito menos tempo do que seria gasto caso precisasse de uma medida cautelar probatória ou se dependesse de testemunhas, por exemplo.

Dados relacionados à real jornada de trabalho, pagamento de salário extrafolha, existência de grupo econômico, vínculo de emprego e busca patrimonial, podem ser obtidos por meios de provas, antes indisponíveis, e hoje ao alcance do julgador.

7. Conclusão

Prova obtida por meio digital já é uma realidade na Justiça do Trabalho e não há limitação legal quanto à iniciativa do magistrado para coleta e busca desse material.

Na atividade probatória digital, além do contraditório, devem ser observadas a autenticidade, integridade e preservação da cadeia de custódia; a forma adequada de obtenção da prova, dependendo do tipo de fonte na qual a informação está armazenada.

O Judiciário deve ser efetivo e o magistrado, como agente político de pacificação de conflitos, pode utilizar a tecnologia para promover essa efetividade e entregar uma prestação jurisdicional mais justa e célere.

Por fim, não se defende que a prova obtida na internet prevaleça às demais provas, mas que, para formar seu convencimento, o juiz pode se valer de mais um meio de prova que é a digital.

8. Referências

BAIÃO, Renata Barros Souto Maior; TEIVE, Marcelo Muller. O art. 23 da LGPD como base legal autônoma para o tratamento de dados pessoais pelo poder judiciário. In: PALHARES, Felipe (Coord.). *Temas atuais de proteção de dados*. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. E-book.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 5. ed. São Paulo: RT, 2011.

CABRAL, Antonio do Passo. Processo e Tecnologia: Novas Tendências. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro; LAUX, Francisco de Mesquita; RAVAGNANI, Giovanni dos Santos (Coords.). *Direito, Processo e Tecnologia*. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. E-book.

CASELLI, Guilherme. *Manual de investigação digital*. São Paulo: JusPodivm, 2021.

CHAVES JR., José Eduardo de Resende. Processo em rede orientado a dados. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro (Coords.). *Inteligência Artificial e Direito Processual: Os impactos da virada tecnológica no Direito Processual*. Salvador: JusPodivm, 2021.

DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais: fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados*. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual: nona série*. São Paulo: Saraiva, 2007.

NASCIMENTO, Bárbara Luiza Coutinho. Provas Digitais obtidas em fontes abertas na internet: conceituação, riscos e oportunidades. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro; LAUX, Francisco de Mesquita; RAVAGNANI, Giovanni dos Santos (Coords.). *Direito, Processo e Tecnologia*. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. E-book.

PINHEIRO, Patrícia Peck. *Direito Digital*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. E-book.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. vol. 2.

SCHIAVI, Mauro. *Provas no Processo do Trabalho*. 8. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: JusPodivm, 2021.

THAMAY, Rennan; TAMER, Maurício. *Provas no Direito Digital: conceito da prova digital, procedimentos e provas digitais em espécie*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. E-book.

O Acesso à Justiça e o Processo Constitucional Democrático em Uma Sociedade Digital

Kleber de Souza Waki^(*)

Resumo:

- Os princípios constitucionais de um processo democrático asseguram às partes a oportunidade de apresentar provas a fim de demonstrar suas alegações em juízo e, assim, requerer a proteção de seus direitos. Assim, deve-se entender que essa garantia é ônus da parte, deve obedecer ao princípio do contraditório, não pode ser fonte de desequilíbrio processual (por exemplo, por ação do órgão julgador) e, quando se trata de prova digital, desafia o cumprimento dos princípios constitucionais de privacidade, intimidade e proteção de dados pessoais. Embora a força probatória dos dados digitais inspire maior confiança (maior verossimilhança), os dados eletrônicos continuam sendo objetos de representação de um fato e passíveis de interpretação pelas partes e juiz.

Palavras-chave:

- Prova digital — Representação do fato — Proteção dos dados pessoais — Princípio do contraditório.

Abstract:

- The constitutional principles of a democratic process ensure the part the opportunity of gathering evidence to prove their allegations in court and, based on them, claiming the protection of their rights. Thus, it should be understood that this guarantee is a burden of the party, must comply with the adversarial principle, cannot be a source of procedural imbalance (e.g. by the action of the judging body) and, when it comes to digital evidence, it challenges compliance with the constitutional principles of privacy, intimacy and protection of personal data. Although the probative force of digital data inspires greater confidence (greater likelihood), electronic data remains an object of representation of a fact and subject to interpretation by the parties and judge.

Key-words:

- Digital evidence — Representation of a fact — Protection of personal data — Adversarial principle.

(*) Bacharel em Direito (UFMT). Especialista em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho (UFG). Mestrando em Direitos Sociais e Processos Reivindicatórios (Mestrado profissional — IESB, Brasília/DF). Juiz do Trabalho (TRT 18, Goiás).

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. O processo constitucional democrático e as demais ondas renovatórias. A qualificação da ideia de acesso à justiça
- ▶ 3. As provas e as provas eletrônicas/digitais
- ▶ 4. Conclusões
- ▶ 5. Referências

1. Introdução

Na longínqua década de 1970, no século passado, os professores Bryan Garth, Earl Johnson Jr e Mauro Cappelletti lideraram o *Projeto Florença* (*Florence Access-to-Justice Project*)⁽¹⁾, com vistas a detectar as razões que obstruíam a efetividade da Justiça. Estes estudos que, até hoje, constituem marco fundamental para o direito processual, tem como princípio a ideia de *acesso à Justiça* e, por ela, o direito a um processo *justo* em busca de um provimento jurisdicional que, ao fim, seja *efetivo*. O *Projeto Florença*, à vista das barreiras identificadas, sistematizou 3 (três) ondas renovatórias de acesso à Justiça: a assistência jurídica aos mais vulneráveis; a defesa dos direitos transindividuais (direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos); por fim, a terceira onda renovatória, concentrada em buscar novas formas de acesso à Justiça, conferindo-se maior instrumentalidade na defesa dos direitos e solução de conflitos.

O professor DINAMARCO (2009)⁽²⁾ sintetizou com perfeição estas preocupações e o escopo final a ser alcançado:

A grande lição a extrair da obra de Cappelletti é a de que o *acesso à justiça* é o mais elevado e digno dos valores a cultivar no trato das coisas do processo. De minha parte, vou também dizendo

que a solene promessa de oferecer tutela jurisdicional a quem tiver razão é ao mesmo tempo *um princípio-síntese e o objetivo final*, no universo dos princípios e garantias inerentes ao direito processual constitucional. Todos os demais princípios e garantias foram concebidos e atuam no sistema como meios coordenados entre si e destinados a oferecer um *processo justo*, que outra coisa não é senão o processo apto a produzir *resultados justos*. Que toda causa seja conduzida e decidida por um *juiz natural*; que o juiz seja imparcial e trate as partes e suas pretensões de modo isonômico; que todo processo seja realizado com a marca da publicidade; que os litigantes tenham amplas oportunidades de defesa de seus interesses conflitantes legitimando mediante sua participação em contraditório o provimento que o juiz proferirá afinal; que lhes seja franqueado o direito à prova ou, mais amplamente, o direito ao processo como meio eficaz da defesa de seus direitos e interesses; que toda experiência processual se desenvolva com plena observância dos preceitos e regras inerentes ao exercício da jurisdição, da ação e da defesa (*due process of law*) etc. – esses são os modos pelos quais, segundo a experiência multissecular, com mais probabilidade, se poderá propiciar a quem tiver razão o efetivo acesso à justiça.

Ao tempo em que, por força do acelerado avanço da Tecnologia da Informação e da Comunicação, convergimos para um novo

(1) Global Access to Justice Project. Disponível no seguinte endereço eletrônico: <<https://globalaccesstojustice.com/historical-background/?lang=pt-br>>. Acesso em: 24 abr. 2022.

(2) DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova Era do Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 21-22.

contexto social, começamos a nos deparar com desafios até então desconhecidos.

Este novo contexto pode ser caracterizado pela migração das relações sociais para o plano virtual; aperfeiçoamento e criação de modelos multiportas para solução de conflitos (com incremento para a conciliação/mediação); adoção de uma visão mais globalizada do Direito; realização de tratamento de dados (inclusive pessoais) em patamares imensuráveis; formação de *big datas* e a mineração destes dados para criação de novas aplicações; e desenvolvimento de novos sistemas, inclusive processuais eletrônicos. Nesta senda, deparamo-nos com desafios associados ao tema das garantias dos direitos fundamentais que, sem pretensão de exaurir a lista, poderiam ser assim enumerados: assegurar a *proteção à relação de trabalho contra a automação*; a *publicidade dos atos processuais eletrônicos*; a *garantia da privacidade e da intimidade*; o *direito à proteção de dados pessoais*; o *comportamento inquisitivo do juiz natural diante das provas eletrônicas*, dentre outros.

O estudo das provas eletrônicas tem indissociável pertinência com o tema do *acesso à justiça* porque estamos falando do exercício de um *direito processual* e, por conseguinte, estamos falando de *processo*, mas não só. Estamos falando, também, sobre o incremento de instrumentos que podem e poderão conferir maior efetividade na persecução do direito e na solução de conflitos.

2. O processo constitucional democrático e as demais ondas renovatórias. A qualificação da ideia de acesso à justiça.

Conforme ilustrou DINAMARCO na passagem reproduzida no tópico anterior, o Projeto Florença consolidou estudos em face de uma preocupação comum e antiga, sintetizando as preocupações de sempre⁽³⁾. O que

importa indagar é se a rota já foi integralmente percorrida, se há ou não mais a fazer e se, de fato, a prestação jurisdicional melhorou. As respostas, evidentemente, ainda não revelam soluções satisfatórias. É bem verdade que há mais clareza, hoje, em relação aos fundamentos democráticos do processo, notadamente a importância dos princípios constitucionais do processo que abraçou diretrizes importantes no sentido de ampliar o acesso à Justiça, assegurar o amplo contraditório e o livre exercício do direito de defesa, de vedar o aproveitamento das provas ilícitas, assegurar a duração razoável do processo, aí considerada a efetividade da prestação jurisdicional, o direito de recorrer etc.

O novo CPC, que tanta estranheza causou quando aprovado, é o exemplo mais concreto de que passamos a ter um estatuto processual em conformidade com estes vetores democráticos, com a introdução explícita da cooperação judiciária, a previsão dos meios alternativos de solução de conflitos (*ADR — Alternative Dispute Resolution*, v. arts. 3º e 4º), a vedação às decisões surpresas, o dever de fundamentação (art. 489, CPC), o modelo de precedentes, as tutelas provisórias etc. Trata-se, portanto, de um código apropriado ao seu tempo, elaborado à luz de uma Constituição que consagra um Estado de Direito e atento às ondas renovatórias.

Neste ponto, precisamos fazer um pequeno ajuste em relação ao norte apontado. É claro que a influência democrática não representa o principal motor dos estudos sobre as *ondas renovatórias*, já que elas foram pensadas sob a perspectiva da figura de Estado (a crise do *Welfare State*) e das transformações da economia

a Lei n. 1.060/1950. Com a edição da Lei n. 5.584/1970, dirigida ao processo trabalhista, adotou-se a presunção legal de pobreza, uma referência que foi, posteriormente, copiada para o processo comum com a Lei n. 7.510/1986. A Lei n. 7.115/1983, por sua vez, facilitou a prova da condição de pobreza, conferindo eficácia probatória à autodeclaração do necessitado. Como se nota, o movimento de ampliação do acesso à Justiça — assim como de outros problemas, como a duração razoável — é uma preocupação constante dos estudiosos do processo.

(3) Basta ver que a Justiça Gratuita tinha previsão no CPC de 1939 e foi aperfeiçoada ainda na década de 50, com

(*liberalismo; globalização*). Sob tais perspectivas, é importante ouvir o alerta de NUNES *et alli* (2011). O texto abaixo, embora visionário é fiel ao momento em que foi concebido e traz, é claro, referências ao CPC de 1973⁽⁴⁾:

Os mecanismos de acesso à Justiça, tão bem sintetizados no relatório do Projeto *Firenze*, dirigido por Cappelletti, que deram a tônica de boa parte das reformas legislativas durante o final do século XX parece ter alcançado seu objetivo: trouxeram acesso. No entanto, com isso introduziram um problema, qual seja, o acesso defendido gerou o aumento exponencial de demandas e com esta a potencialização da questão em torno da celeridade. Assim, passa-se a uma nova fase: é preciso diminuir o acesso, primeiro aos tribunais superiores (v.g., com os mecanismos das súmulas impeditivas de recursos, repercussão geral das questões constitucionais, súmulas vinculantes *etc.*) e mais recentemente até ao primeiro grau (art. 285-A, CPC).

O próprio papel do Poder Judiciário necessita ser revisitado, em face do aumento de sua participação em esferas políticas e da necessária contraposição entre vertentes ativistas e minimalistas (de autorrestrição) na aplicação do Direito, porque tanto umas quanto outras não promovem adequadamente os direitos fundamentais, pois partem ora das virtudes diferenciadas (e pessoais) dos magistrados, ora acreditam numa neutralidade judicial mediante a objetivação dos conteúdos a serem aplicados. Como dito, o congestionamento dos tribunais tem ensejado a adoção de um grande número de medidas de restrição de acesso. Entretanto, a grande maioria

dessas está sendo realizada sem respeitar as bases processuais constitucionais necessárias, que imporiam a busca de uma eficiência sem desprestigiar as garantias processuais constitucionais que asseguram a legitimidade da formação da decisão em uma renovada concepção do Estado Constitucional.

Tratando da distinção entre *eficiência quantitativa* e *eficiência qualitativa*⁽⁵⁾ sob a leitura de um modelo constitucional de processo, os autores assim o explicitam⁽⁶⁾:

A estruturação de um processo necessita ser realizada atendendo a um conjunto de princípios e regras processuais constitucionais dinâmicos: o denominado *modelo constitucional de processo*.

Tal modelo constitucional de processo possui três características de acordo com Andolina e Vignera:

— expansividade: os procedimentos jurisdicionais singulares, fixados pelo legislador ordinário, têm sua fisionomia determinada e dimensionada pelo modelo constitucional;

— variabilidade: o modelo garante a construção de procedimentos adequados à situação de aplicação concreta dos direitos (processo adaptado a cada litígio ou espécie de litigiosidade);

— perfectibilidade: o modelo constitucional pode ser aprimorado pelo legislador ordinário, com ampliação (nunca diminuição) das garantias processuais ofertadas por ele.

Nesses moldes, o modelo constitucional de processo impõe que a criação, reforma e interpretação (filtragem constitucional) do sistema processual ocorra de acordo com os princípios e regras dimensionadas pelo texto constitucional.

(4) NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; RIBEIRO CÂMARA, Bernardo; SOARES, Carlos Henrique. *Curso de Direito Processual Civil* — fundamentação e aplicação. Belo Horizonte: Forum, 2011. p. 62-63.

(5) “No Brasil, predomina aquela primeira perspectiva quanto à eficiência, é dizer, eficiência processual como celeridade e busca de alta produtividade judicial.” (Ob. cit., p. 64).

(6) *Ibidem*, p. 69.

O professor KIM ECONOMIDES publicou na Revista Cidadania, Justiça e Violência a versão do seu trabalho apresentado no seminário internacional Justiça e Cidadania, realizado nos dias 10 e 11 de setembro de 1997, no Rio de Janeiro, abordando elementos do que poderíamos chamar de *Quarta Onda Renovatória* de acesso à Justiça. Em projeto multidisciplinar realizado na Grã-Bretanha (*Access to Justice in Rural Britain Project* — Projeto de Acesso à Justiça na Grã-Bretanha rural), o professor ECONOMIDES investigou a relação entre a oferta e a demanda dos serviços jurídicos no âmbito rural (cotejando a distribuição do trabalho dos advogados e a necessidade jurídica dos habitantes de três distantes comunidades rurais). Em outro trabalho, o professor examinou o *acesso à justiça* proporcionado aos advogados (a quem, de fato, incumbe exercer a capacidade postulatória em nome de seus clientes). Não basta pensar no acesso à justiça apenas sob o aspecto instrumental, mas também sob uma clara concepção contemporânea da Justiça que se quer oferecer. Ensina Economides⁽⁷⁾:

A chave para se entender a natureza do acesso aos serviços jurídicos é perceber o problema em termos tridimensionais, a partir da compreensão simultânea de três elementos: a) a natureza da demanda dos serviços jurídicos; b) a natureza da oferta desses serviços jurídicos; e c) a natureza do problema jurídico que os clientes possam desejar trazer ao fórum da justiça.

(...)

A natureza e o estilo dos serviços jurídicos oferecidos são, portanto, fatores cruciais que influenciam, quando não determinam, a mobilização da lei.

Como a oferta de serviços jurídicos não é controlada apenas pelos profissionais privados, existem substanciais

oportunidades para os governos, locais ou centrais, ampliarem o escopo dos serviços jurídicos estatais de modo a preencher os espaços vazios deixados pelo mercado. Se o governo apoiar ativamente, por exemplo, os serviços jurídicos preventivos, não se limitando a financiar o trabalho de profissionais privados por intermédio de planos de assistência jurídica, mas investindo diretamente também no trabalho dos tribunais e nos serviços extrajudiciais e paralegais, o resultado inevitável será a melhoria do acesso dos cidadãos à justiça. Por conseguinte, caso serviços jurídicos estatais, na forma de centros de aconselhamento ou de justiça, sejam estabelecidos em comunidades onde as necessidades sejam particularmente agudas — no contexto brasileiro isto poderia ocorrer dentro das favelas, por exemplo —, tais serviços preventivos poderiam ter um efeito impactante em termos de estímulo à demanda (e uso) dos serviços judiciais. No entanto, existem poderosos desestímulos para que qualquer governo contemple um investimento desse tipo: em primeiro lugar, o governo corre o risco de ser parte na mesma ação legal que financia; em segundo, ao estimular o litígio colocando à disposição procedimentos informais e juizados de pequenas causas, podem-se exacerbar os problemas gerais de congestionamento (e custos) dos tribunais do sistema judiciário mais amplo; em terceiro, investir diretamente no ataque às causas da pobreza e das injustiças pode ser uma estratégia mais eficiente de assegurar “justiça” do que a dependência de advogados e remédios jurídicos. Apesar desses problemas, considero que os serviços jurídicos preventivos podem agir como um ímã, atraindo problemas legais, enquanto, inversamente, os serviços tradicionais baseados no mercado

(7) ECONOMIDES, Kim. Lendo as ondas do “Movimento de Acesso à Justiça”: epistemologia *versus* metodologia?. In: PANDOLFI *et alli* (Orgs.). *Cidadania, justiça e violência*. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1999. 248 p.

— em que os advogados abrigam-se em áreas urbanas centrais, por trás de portas e ternos formais, distantes das comunidades locais — apenas reforçam as desigualdades do mercado, repelindo serviços jurídicos não lucrativos. A assistência jurídica está, portanto, repleta de paradoxos e contradições.

Ao propor a *Quarta Onda* o professor ECONOMIDES destacou a importância de uma reflexão sobre a concepção de Justiça e da formação (ensino jurídico; educação jurídica) dos operadores de Direito que lidarão com os procedimentos, com as normas (regras e princípios) e com a estrutura judiciária⁽⁸⁾:

Embora muitas escolas de direito lecionem disciplinas no campo dos direitos humanos, deixam de dar qualquer status mais elevado a esta matéria, igualando-a a várias outras. Em minha opinião, os direitos humanos deveriam receber um status especial no currículo devido à sua importância capital, tanto para a cidadania, quanto para a profissionalização do futuro operador do direito.

A dimensão ética ganha especial relevo em tempos nos quais vivenciamos o debate da implementação da inteligência artificial e de sistemas capazes de aprender (*Machine learning*) em contraposição com o papel dos operadores de direito, inclusive aqueles responsáveis pelo ato de julgar. O paradoxo na busca de uma prestação jurisdicional mais eficiente, capaz de confundir a *produtividade* como sinônimo de uma boa prestação dos serviços da Justiça nos leva a concluir até que ponto a eficiência deve ser medida pelos resultados de produção, o que desumaniza o próprio julgador, além de alimentar uma suposta aspiração social de que a boa Justiça é aquela que julga, ainda que o faça de qualquer jeito.

Em uma situação de produção em série de julgamentos, de forma maquinal, o que se

perde é o caráter humanitário dos julgamentos e, com ele, a possibilidade de decisões marcadas por sabedoria e justiça. Desta maneira, a substituição dos julgamentos por máquinas devidamente instruídas para a tarefa seria apenas uma consequência previsível e, com isso, esvair-se-ia a possibilidade da humanização dos serviços judiciários (dimensão ética).

Por outro lado, a qualificação dos operadores do Direito, instruindo-os adequadamente em relação aos seus papéis frente à garantia dos Direitos Fundamentais, revelar-se-ia incompatível com a ideia de padronização de julgamentos e eficiência marcada por quantidade. Por este outro aspecto, a prestação jurisdicional passaria a perseguir a qualidade dos serviços judiciários de modo a atender as reais necessidades sociais, restando assegurado o direito ao julgamento humano e à ordem jurídica justa.

TAVARES PEREIRA (2021⁽⁹⁾) acrescenta importante reflexão à automação das decisões:

O que o *axioma do monojulzo* diz é que, se se alcançasse o estágio de automação nos níveis propostos (é possível, sim, pensar num certa gama de decisões aptas para enfrentamento só por algoritmos), esboroar-se-iam quaisquer ilações baseadas na permanência da realidade estrutural atual, jurídica e física, do Poder Judiciário. Das estruturas operacionais codificadas (CPC e leis) às estruturas físicas e orgânicas, muita coisa, repentinamente, não faria mais sentido. Inclusive princípios constitucionais precisariam ser revisitados. Juiz natural? Duplo grau de jurisdição? Uniformização de lei federal? Identidade física do juiz? Competência territorial?

Uma vez viabilizada a *automação das decisões*, inúmeros mecanismos jurídicos, atualmente existentes, para promover uniformidades dentro do

(8) Ob. cit., p. 74.

(9) TAVARES-PEREIRA, S. *O Machine Learning nas decisões: o uso jurídico dos algoritmos aprendizes*. Florianópolis: ArteSam Editora, 2021. p. 538-539.

ordenamento jurídico, pôr-se-iam, eles mesmos, a serviço da ideia do *monojuízo*. Todos se dirigiriam ao *juízo único* onde estaria postado um algoritmo para tratar igualmente a todos os sujeitos que se encontrassem na mesma situação jurídica. O papel/função dos muitos mecanismos de uniformização estaria esvaziado e a ideia por trás deles militaría ufanisticamente pelo *monojuízismo*. Sem meias uniformizações: uniformizações totais, inteiras, a realização máxima da isonomia.

O que o modelo processual democrático proporciona é que a sociedade aprenda e edifique qual é a devida construção do direito ao seu tempo. Aprender é, sobretudo, evoluir. É por isso que processos individuais são o tempo todo influenciados para que produzam decisões semelhantes, em nome da própria racionalidade judiciária. Contudo, justamente por serem vozes de conflitos individuais, não é incomum que as soluções sejam dispares e é esta a mecânica de evolução dentro do Direito. Para as decisões uniformes temos as ações coletivas. A preservação desta engenharia tão essencial para a construção dos avanços sociais sinaliza que é indispensável a figura do juiz humano e que a tecnologia ajudará ainda mais quando tornar-se aliada do órgão julgador, atuando como importante coadjuvante (atendendo ao princípio do *máximo apoio ao juiz*, há tempos defendido por TAVARES-PEREIRA).

Prosseguindo, ao lado da dimensão ética (quarta onda), o Projeto *Global Access to Justice* registra, ainda a dimensão da *internacionalização dos direitos humanos* (quinta onda) e, por fim, as *iniciativas promissoras e novas tecnologias para aprimorar o acesso à Justiça* (sexta onda)⁽¹⁰⁾.

É evidente que todo este contexto, como vimos, emerge ainda com mais intensidade em

face de uma Sociedade Convergente, cuja concepção é precisamente definida por PINHEIRO (2011)⁽¹¹⁾. O acelerado desenvolvimento da Tecnologia da Informação nos impulsionou na construção de uma *aldeia global*, ou seja, uma relação social extremamente conectada, com acesso simultâneo às informações de seus interesses. Esta facilidade de comunicação beneficia, sobretudo, a realização de negócios, tornando as operações mais dinâmicas. Cria-se uma *nova economia*; expande-se nos segmentos produtivos em direção aos lares das pessoas; trabalha-se com *estoque zero*; globaliza-se o pensamento jurídico. Por outro lado, a distância, muitas vezes abissal, entre os países que dominam a tecnologia da informação e da comunicação e aqueles não tão desenvolvidos, revelam aspectos de *vulnerabilidade digital* – um fenômeno, aliás, que pode ser constatado, inclusive, internamente, a depender das regiões em países de extensão continental, como o Brasil.

Portanto, o desafio de compreender a influência da tecnologia da informação e da comunicação: a) nas relações sociais, proteção de dados (especialmente os dados pessoais), com atenção ao direito à privacidade/intimidade (ver, a propósito, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais — LGPD e o novel inciso LXXIX do art. 5º, CR); b) nas lides individuais e coletivas (de caráter individual e metaindividual); c) na formulação de novas técnicas de solução dos conflitos (tais como as técnicas de conciliação/mediação, On-line Dispute Resolution — ODR, Alternative Dispute Resolution — ADR, Tribunais online); d) na identificação da vulnerabilidade digital; e) no aperfeiçoamento do Poder Judiciário e do processo (Justiça 4.0; sistemas eletrônicos de processamento de ações judiciais; análise de conflitos pré-processuais; modelo constitucional do processo); f) na Justiça ofertada (dimensão ética); ainda constituem estudos

(10) Ver, a propósito: <<https://globalaccesstojustice.com/book-outline/?lang=pt-br>>. Acesso em: 24 abr. 2022.

(11) PINHEIRO, Patrícia Peck. *Direito Digital*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 63-66.

indissociáveis à questão do *acesso à justiça* e de atenção aos Direitos Fundamentais.

3. As provas e as provas eletrônicas/digitais

Antes de mais nada, é oportuno lembrar que uma das características da prova, no processo, está associada à sua natureza ética em relação aos fatos do conflito. O CPC de 1939 trazia regra explícita no sentido de obstar a pretensão do autor quando as provas dos autos demonstrassem o interesse imoral ou ilícito (art. 201, III, CPC/1939). Sem fazer referência às provas (mas “às circunstâncias da causa”), o CPC de 1973 autorizava o juiz a obstar que o processo viesse respaldar ato simulado ou obter finalidade ilícita (art. 129). Além disso, tratando claramente de provas, albergava hipótese em que a demonstração da simulação atrairia a absolvição da parte inocente (art. 404, I, CPC/1973). O CPC de 2015 manteve o poder decisório do juiz para obstar o mau uso do processo impondo, inclusive, sanção por litigância desleal (art. 142). Também conservou o direito à prova testemunhal da parte inocente em relação à exigência de obrigações oriundas de contratos simulados e com vícios de consentimento (art. 446).

Dentre as características da prova, além do caráter ético, destaca-se a sua amplitude (v. arts. 208 e 209, CPC/1939; art. 332, CPC/1973) e a sua consagrada natureza de *direito processual*, conforme podemos inferir da atual redação do art. 369 do CPC/2015. Trata-se, pois, de *direito* de produzir as provas *por todos os meios legais e moralmente legítimos* a fim de *demonstrar a verdade dos fatos alegados e influir, eficazmente, na convicção do juiz*.

Logo, as provas eletrônicas/digitais estão há tempos amplamente recepcionadas pelos sucessivos dispositivos processuais de redação aberta, desde que, como toda e qualquer prova, estejam marcadas pela *licitude* e pelo *caráter ético*.

O art. 209 do CPC de 1939 já previa que o *silêncio* da parte diante da prova autorizava a presunção de veracidade em relação aos fatos que a parte adversa contra ele queria demonstrar. Neste sentido, também o art. 225 Código Civil e os arts. 411, II e III, 422 CPC. O CPC de 2015, mais contemporâneo, trouxe seção específica dispondo sobre documentos eletrônicos, cuja previsão legal já havia sido tratada na Medida Provisória n. 2.200-2, de 24 de agosto de 2001 (art. 10), e na Lei n. 11.419/2006 (arts. 1º, § 2º, I; 11; 12; e 13).

Mas, *o que são provas digitais, como podem ser captadas, quais são suas características e cautelas necessárias em relação ao tratamento que se deve dar nos sistemas processuais eletrônicos (aí inclusa a figura do processo)?*

O professor ALEXANDRE MORAIS DA ROSA faz excelente distinção em relação às provas eletrônicas (gênero) e provas digitais (espécie). Para exemplificar, seriam provas eletrônicas a prova *digitalizada*, assim concebida como sendo uma prova comum (“analógica”) *embarcada* no processo eletrônico. Podemos citar, para ilustrar, o contrato físico assinado pelas partes que é escaneado (digitalizado) e convertido para um formato eletrônico (como um arquivo em formato PDF) e, a partir daí, internalizado no processo; ou uma coleta de depoimentos pessoais e testemunhais, em teleaudiência, que passa a ser gravada em áudio e vídeo, com transcrição (ou não) dos depoimentos em ata (documento eletrônico). Já a *prova digital* pode ser concebida como aquela

obtida e/ou produzida em ambiente eletrônico digital, em que os dados (de base, de tráfego e de conteúdo), em geral, vulneráveis e frágeis, devem ser extraídos e tratados em observância às normas técnicas, sob pena de ineficácia probatória. A definição de **E-Evidência** se orienta pela: **a) relevância** (meio de prova adequado ao fim que se destina); **b) confiabilidade** (equivalência entre o

verificado e o representado); e **c) suficiência** (deve congregar os elementos necessários de superação aos testes de verificação). Já o **Tratamento da E-Evidência** deve ser realizado por cópia (aquisição) e autorizar as seguintes condições: **a) auditabilidade** (conformidade da metodologia e dos procedimentos); **b) repetibilidade** (os resultados obtidos, nas mesmas condições, devem ser os mesmos); **c) reprodutibilidade** (equivalência de resultados por meio de instrumentos diversos); e **d) justificabilidade** (justificação da escolha e realização dos procedimentos e métodos de obtenção e tratamento).

A aquisição (extração) de dados do ambiente digital, especificamente da *internet* ou de aplicativos de mensageria, deve observar os requisitos de **Existência, Validade e Eficácia** (Teste EVE). A aplicação do art. 411, II, do CPC (...) autoriza a invocação das regras técnicas (ABNT-ISO) editou a Norma ABNT NBR ISO/IEC 27037:2013 estabelecendo os critérios de tratamento das evidências digitais, isto é, os requisitos de validade à preservação da **integridade**, da **autenticidade**, da **auditabilidade** e da **cadeia de custódia** relativas à evidência digital. O mero “*print screen*”, por exemplo, é insuficiente à demonstração do que aparenta, por violação da metodologia necessária à validade da prova. Os dados podem ser “**espoliados**” (degradação por incidência de calor, umidade, campos magnéticos e/ou elétricos, quedas etc.) ou “**adulterados**” (violada a integridade, mesmidade e auditabilidade), por aspectos inerentes à diligência ou agentes externos⁽¹²⁾.

(12) Palestra ministrada no Curso Provas Digitais, mineração de dados e garantias processuais, da Escola Nacional Associativa dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ENAMATRA), em 14.03.2022 (trecho extraído do material didático).

A característica mais emergente de um arquivo eletrônico consiste no fato dele ser facilmente replicado, sendo que cada cópia é idêntica ao original. Aliás, é por causa desta condição que os dados são rapidamente disseminados. *Dados* são registros, organizados ou não, e *informação* é o significado inteligível que podem ser extraídos desses dados. Um ambiente eletrônico é permeado de dados, inclusive pessoais⁽¹³⁾, e todas as operações realizadas com eles é considerada *tratamento* (*coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração*), segundo o art. 5º, inciso X, da Lei n. 13.709/2018, com as alterações introduzidas pela Lei n. 13.853/2019.

A prova digital, associada ao fato do conflito, pode envolver também informação de caráter pessoal. Diante de sua natureza extremamente volátil e frágil, passível de adulteração ou corrupção, exige rigor em seu tratamento voltado à finalidade probatória, uma vez que o escopo deste movimento se destina à comprovação dos fatos controvertidos do litígio e a influência na formação da convicção do julgador. Para exemplificar, um *link* de um arquivo eletrônico em servidor privado (servidor na nuvem), indicado em petição inicial, não pode ser reputado como prova confiável. A uma, porque a parte que o disponibiliza é a única que tem real acesso ao referido arquivo; a duas, porque para que outrem tenha igual ou semelhante acesso, é preciso que o detentor da conta assim o permita (e isso inclui o próprio

(13) Dado pessoal é aquele registro que permita extrair a informação de pessoa natural identificada ou identificável (art. 5º, I, LGPD). Dado pessoal sensível é a informação ainda mais detalhada capaz de identificar atributos da pessoa natural como origem racial ou étnica, saúde, vida sexual, dado genético ou biométrico, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou organização civil de caráter religioso, filosófico ou político (art. 5º, II, LGPD), com potencial de ser utilizado para fins discriminatórios.

julgador); a três, porque a permissão do titular da conta junto ao servidor que hospeda o arquivo eletrônico pode ser dada quando já vencido o prazo judicial para manifestação da parte adversa; a quatro, porque a prova poderá ser alterada ou substituída por quem tenha acesso privilegiado ao servidor na nuvem sem que haja qualquer controle do Poder Judiciário e, até mesmo, sem que seja percebido por qualquer pessoa que esteja menos atenta às características da prova digital. Daí a necessidade de transferência desta prova digital para que fique sob a custódia do Poder Judiciário.

Mudando o que deve ser mudado, a *cadeia de custódia* encontra previsão lógica no Código de Processo Penal, por força da Lei n. 13.964, de 24 de setembro de 2019. O procedimento, repito, disciplina a lógica em relação à identificação do vestígio, isolamento, fixação, coleta, guarda, transporte, recebimento, processamento, acesso e descarte (v. art. 158-B, CPP), exigindo, em relação à prova digital os rigores próprios. Por um lado, as relações humanas migram para o plano virtual e, nele, também os nossos conflitos e vestígios eletrônicos. De outro, a qualidade da prova digital, a matéria nela envolta (podendo incluir dados pessoais e dados pessoais sensíveis) reclama especial atenção em relação à garantia constitucional da privacidade e da intimidade, bem como da proteção aos dados pessoais. Daí a necessária ponderação acerca de pedidos de produção de provas digitais que, não estando diretamente ligadas ao fato do conflito, possam vulnerar outras proteções constitucionais vinculadas aos direitos fundamentais.

Não se pode *naturalizar* a coleta de dados pessoais amplos e irrestritos como registros de acesso à internet, geolocalização, preferências, aplicativos de mensagens privativas etc., sem que haja fundada necessidade de obtenção da prova digital. A simples ideia de que elementos tão íntimos das pessoas possam ser acessados por mero interesse probatório, mormente na apuração de negócios privados,

acaba por transmitir o pensamento de que o monitoramento por 24 horas é admissível para fins probatórios futuros de qualquer relação contratual. Basta que se disciplinem medidas de contenção (tais como guarda dos dados em servidor credenciado pelo Estado; acesso exclusivamente por medida judicial e apenas para fins probatórios futuros; descarte assinalado ao fim do prazo prescricional etc.) e passamos a assumir como elemento natural do contrato a regra da eterna vigilância.

Não significa dizer que a prova digital de dados pessoais seja impossível ou mesmo que ela esteja sempre demarcada por rigor técnico extenuante. O propósito deste estudo é apenas demarcar as características da prova digital e os cuidados necessários em relação ao tratamento dos dados pessoais. Uma prova digital trazida aos autos e não impugnada continuará a cumprir a sua finalidade, assim como provas digitais contendo dados pessoais poderão ser trazidos pela própria parte ou coletados pelo juízo. O que importa demarcar é que o *processo*, sob a influência das seis ondas renovatórias, continue sendo um instrumento constitucional democrático.

4. Conclusões

O conflito trazido ao Poder Judiciário por meio do processo é, substancialmente, um conjunto de versões (pretensão/defesa), normas jurídicas e provas. A importância capital desta última é que, sem elas, não há direito a ser concretizado, pois reputa-se inexistente (ou não provada) a conduta ilícita da parte adversa. O processo, por seu turno, é o instrumento que decorre da compreensão de um sistema cujo acesso à Justiça esteja assegurado.

A prova eletrônica, dentro de um modelo processual constitucional e democrático, continua sendo uma representação do fato controvertido. Em razão de suas características, a prova digital pode ser ainda mais precisa do que os registros da memória humana, mas, ainda assim, continuará a ser uma representação

dos fatos do conflito e demandará interpretação humana ou humanizada. O conflito não é apenas uma sucessão de acontecimentos, podendo constituir um conjunto bem mais complexo a ser examinado quando se trata de buscar uma solução justa.

A prova digital, legítima, é aquela coletada para o fim específico, devendo ser evitada a produção probatória invasiva e capaz de vulnerar garantias fundamentais, mormente quando esta produção probatória se der para demonstração indireta do fato alegado.

A influência da *sexta onda renovatória* no aperfeiçoamento do Poder Judiciário não pode ocorrer em violação ou retrocesso aos avanços até aqui alcançados. Mais do que o simples acesso à Justiça, é preciso manter o foco no aperfeiçoamento das estruturas judiciárias, nas finalidades da jurisdição, na atenção aos vulneráveis digitais, no desenvolvimento de soluções alternativas à resolução dos conflitos (especialmente não adversariais), no tratamento dos dados pessoais — em desafio com o princípio da publicidade processual e das garantias à proteção dos dados pessoais e da intimidade/privacidade das pessoas.

Ao fim, a garantia da ordem jurídica justa pressupõe um processo constitucional e democrático. A tecnologia da Informação e da Comunicação deve ser uma alavanca para o avanço também da expansão dos Direitos e

do Acesso à Justiça e não para funcionar como uma força de retrocesso e de fragilização das garantias fundamentais. O risco existe.

5. Referências

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova Era do Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2009.

ECONOMIDES, Kim. Lendo as ondas do “Movimento de Acesso à Justiça”: epistemologia *versus* metodologia? In: PANDOLFI *et al.* (Orgs.). *Cidadania, justiça e violência*. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1999.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; RIBEIRO CÂMARA, Bernardo; SOARES, Carlos Henrique. *Curso de Direito Processual Civil* — fundamentação e aplicação. Belo Horizonte: Forum, 2011.

PINHEIRO, Patrícia Peck. *Direito Digital*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ROSA, Alexandre de Moraes. Palestra ministrada no Curso Provas Digitais, mineração de dados e garantias processuais, da Escola Nacional Associativa dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ENAMATRA), em 14.03.2022 (trecho extraído do material didático).

TAVARES-PEREIRA, S., *O Machine Learning nas decisões: o uso jurídico dos algoritmos aprendizes*. Florianópolis: ArteSam Editora, 2021.

Outras referências:

Global Access to Justice Project. Disponível no seguinte endereço eletrônico: <<https://globalaccesstojustice.com/historical-background/?lang=pt-br>>. Acesso em: 24 abr. 2022.

A Inteligência Artificial no Processo do Trabalho: Uma Análise da Aplicabilidade do PL n. 21/2020

Marcela Casanova Viana Arena^(*)

Resumo:

- ▶ Este trabalho tem como objetivo analisar o conteúdo do PL n. 21/2020 e a sua aplicabilidade ao processo do trabalho, a partir da compreensão inicial da inteligência artificial. A principal contribuição da pesquisa consiste em identificar as potencialidades e limitações do uso da inteligência artificial no âmbito do processo do trabalho, sugerindo em quais atividades processuais é possível e segura a utilização da IA. Para isso, a pesquisa utiliza o método de abordagem dedutivo e técnicas de pesquisa bibliográfica e documental.

Palavras-chave:

- ▶ Inteligência artificial — Processo do trabalho — PL n. 21/2020.

Abstract:

- ▶ This work aims to analyze the content of PL n. 21/2020 and its applicability to the work process, from the initial understanding of artificial intelligence. The main contribution of the research is to identify the potential and limitations of the use of artificial intelligence in the work process, suggesting in which procedural activities the use of AI is possible and safe. For this, the research uses the deductive approach method and bibliographic and documentary research techniques.

Key-words:

- ▶ Artificial intelligence — Work process — PL n. 21/2020.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. O contexto tecnológico
- ▶ 3. Conhecendo a inteligência artificial
- ▶ 4. O Projeto de Lei n. 21/2020

(*) Juíza do Trabalho no Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Mestre em Direitos Sociais no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pelotas/RS.

- 5. Aplicabilidade no processo do trabalho
- 6. Considerações finais
- 7. Referências

1. Introdução

O direito é uma ciência social dinâmica, razão pela qual deve acompanhar a evolução social que o permeia. As novas tecnologias, advindas da quarta Revolução Industrial, são experimentadas nas mais diversas áreas da sociedade⁽¹⁾, comunicação, relacionamentos, trabalho, medicina e, também, no Poder Judiciário, especialmente após o início da pandemia de Covid-19.

A aproximação do direito e da tecnologia engloba algumas etapas de implementação, as quais compõem um conceito mais amplo de Justiça Digital, também denominada de Cortes Online⁽²⁾, que inicia com a digitalização, com a automação de procedimentos até a utilização da inteligência judicial em âmbito processual.

A inteligência artificial é, ainda, um campo de estudo a ser desbravado com maior profundidade no contexto jurídico, sendo certo que o direito processual e o próprio Poder Judiciário devem enfrentar essa nova temática com suas potencialidades e desafios.

Nesse contexto de avanços tecnológicos e a possibilidade de impacto em diversas áreas da vida em sociedade, inclusive no processo, surgem normativos para disciplinar a temática e oferecer diretrizes para o uso dessas tecnologias, como ocorre com o Projeto de Lei n. 21/2020, o qual estabelece princípios, direitos e deveres para o uso da inteligência artificial.

Diante do cenário por ora construído, questiona-se se as previsões do PL n. 21/2020 são aplicáveis ao processo do trabalho e em que medida a inteligência artificial pode ser utilizada no âmbito processual.

Com tal questionamento, o presente artigo tem como objetivo, a partir da compreensão inicial da inteligência artificial, analisar o conteúdo do PL n. 21/2020 e a possibilidade de sua aplicação ao processo do trabalho, ou seja, se as diretrizes estabelecidas para o uso da IA podem ser implementadas no processo laboral. Para tanto, será utilizado o método de abordagem dedutivo e as técnicas de pesquisa bibliográfica e documental.

2. O contexto tecnológico

As mudanças proporcionadas pela Revolução 4.0 já podem ser percebidas na vida em sociedade, na forma como trabalhamos, nos relacionamos, nos monitoramos⁽³⁾ e estão pautadas em inovações digitais, automação, adoção de inteligência artificial, algoritmo, *big data*.

Direito e tecnologia estão atuando de forma cada vez mais conjunta no cenário mundial e no Brasil já temos iniciativas digitais no Poder Judiciário, a exemplo do Processo Judicial Eletrônico, as quais foram impulsionadas com o estado de calamidade, decorrente da pandemia de Covid-19. Isso porque o avanço da pandemia não pode consistir em barreira para o acesso à justiça e materialização de direitos.⁽⁴⁾

As soluções tecnológicas são demandadas também no âmbito de resoluções de disputas, em que há, por exemplo, a adoção da prática da *Online Dispute Resolution* (ODR) em âmbito extrajudicial com sucesso e satisfação dos usuários, conforme é possível perceber com

(1) SCHAWB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

(2) FERRARI, Isabela. *Justiça Digital*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

(3) SCHAWB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

(4) SOUZA NETTO, José Laurindo; FOGAÇA, Anderson Ricardo; GARCEL, Adriane. Métodos autocompositivos e as novas tecnologias em tempos de Covid-19: *online dispute resolution* – ODR. *Revista de Relações Internacionais do Mundo Atual*, Curitiba, v. 26, p. 21-32, 2020.

a publicação de trabalhos científicos sobre a atuação extrajudicial⁽⁵⁾. A tecnologia é utilizada, de forma cada vez mais crescente, em todas as searas da solução de litígios, desde sua prevenção, tratamento e resolução, de forma que a resolução *online* de disputas passa a ser adotada também em âmbito público, ou seja, utilizada pelo Poder Judiciário como uma ferramenta de solucionar conflitos.

Importante referir que, em tempos de pandemia da Covid-19, a solução tecnológica foi a única alternativa para a continuidade das atividades do Poder Judiciário, antecipando ainda mais a discussão sobre a necessidade da tecnologia no sistema de justiça. Foram editados normativos prevendo a manutenção das atividades por meio remoto e digital, a exemplo da Resolução n. 313/2020 do Conselho Nacional de Justiça e diversas outras regulamentações editadas no âmbito do CNJ e dos Tribunais de todo País, disciplinando a adoção da via tecnológica para prestação de serviço jurisdicional⁽⁶⁾.

Diante da receptividade e dos resultados que a tecnologia ofereceu durante o atípico ano de 2020, o CNJ editou normativos, não mais emergenciais, mas sim definitivos, regulamentando a utilização da tecnologia na prestação jurisdicional. Cita-se, como exemplo, a Resolução n. 345, de 2020, que dispõe sobre o Juízo 100% Digital, no qual os processos tramitarão, em caráter facultativo, de forma integralmente virtual, sem necessidade da presencialidade das partes ou advogados. Em relação ao tema das soluções adequadas dos conflitos, o CNJ editou a Resolução n. 358, de 2020, a qual regulamente a adoção da tecnologia na mediação e conciliação de conflitos, determinando que

(5) MARQUES, Ricardo. A resolução de disputas *online* (ODR): do comércio eletrônico ao seu efeito transformador sobre o conceito e a prática do acesso à justiça. *Revista de Direito e as novas tecnologias*, v.5, 2019.

(6) ARENA, Marcela Casanova Viana; DE CAMPOS, Denice Machado; DOS SANTOS PORTO, Ana Cristina. Acesso à justiça em tempos de pandemia de Covid-19: uma solução consensual e tecnológica para os conflitos trabalhistas. *Revista Cidadania e Acesso à Justiça*, v. 6, n. 2, p. 01-17, 2020.

os tribunais de todo país desenvolvam plataformas para solução *online* dos conflitos no prazo de 18 meses.

Além das regulações citadas, foi publicada em 2020 a Resolução n.332, a qual dispõe sobre a ética, a governança e a transparência da IA no Poder Judiciário, em consonância com a matéria abordada em outros países, a exemplo da União Europeia. Contudo, tais documentos normativos não explicam como especificar essas questões mais controvertidas, dilema que também é compartilhado pelo restante do mundo. O CNJ editou, ainda, a Portaria n. 271/2020, a qual regulamenta o uso da IA no Poder Judiciário, dispondo sobre a plataforma, seu funcionamento, modelos e a responsabilidade de utilização.

As inovações tecnológicas devem ser utilizadas em prol da melhor prestação jurisdicional, efetivando o acesso efetivo e célere à justiça. O direito de acesso à justiça não deve se resumir em direito de ingressar no Poder Judiciário, mas sim ao direito de acesso ao mecanismo mais efetivo para resolver seu litígio. Nesse sentido, a tecnologia pode ser uma aliada para prevenir, tratar e resolver conflitos, inclusive no âmbito judicial.

Destaca-se que a implementação de inovações tecnológicas para garantir maior efetividade à prestação jurisdicional vai ao encontro da sexta onda de acesso à justiça (*Global Access to Justice Project*)⁽⁷⁾, a qual prevê que as novas tecnologias devem aprimorar o acesso à justiça.

A era digital é uma realidade já posta, não uma alternativa, que é/será vivenciada por todas as ciências e sociedades, de forma que cabe aos protagonistas sociais extrair os benefícios dessa evolução tecnológica,⁽⁸⁾ pois

(7) Disponível em: <<https://globalaccesstojustice.com>>. Acesso em: 28 nov. 2021.

(8) ROSA, Alexandre Moraes da; GUASQUE, Bárbara. O avanço da disrupção nos tribunais brasileiros. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Érik Navarro (Coords.). *Inteligência Artificial e Direito Processual: os impactos da virada tecnológica no direito processual*. Salvador: JusPodivm, 2021.

a tecnologia é um instrumento, que será bom ou ruim a depender do uso que se fizer dela e, no contexto jurídico, especialmente dos tribunais, a inovação tecnológica pode consistir em uma prestação jurisdicional mais efetiva e aprimorada.

Dessa forma, impõe-se conhecer a inteligência artificial, sua aplicabilidade e possíveis regulamentações, como forma de otimizar a prestação jurisdicional, valendo-se das ferramentas de inovação, as quais devem ter por finalidade maior melhorar a experiência de todos que utilizam o sistema de justiça.

3. Conhecendo a Inteligência Artificial

A inteligência artificial (IA) não possui um conceito fechado e consensual, em que, Jordi Nieva Fenoll⁽⁹⁾, descreve-a como a possibilidade de as máquinas pensarem ou replicarem o pensamento humano, com base no aprendizado das generalizações feitas pelas pessoas para tomarem suas decisões habituais.

Para tanto, são utilizados os métodos do *machine learning* e do *deep learning*. O *machine learning* consiste no aprendizado da máquina, mediante previsões com base em dados históricos e a *deep learning* é um aprendizado profundo da máquina, estruturado a partir do sistema nervoso humano, mediante uma codificação neural.⁽¹⁰⁾

A primeira referência à IA data de 1943 com a publicação de um artigo, de autoria de Warren McCulloch e Walter Pitts, que abordava a evolução dos neurônios artificiais⁽¹¹⁾. Retoma-se as discussões sobre IA na década de 50 quando as potencialidades computacionais foram questionadas por Alan Turing, com o conhecido “Teste de Turing”, que consiste

em um jogo em que a máquina deve imitar o pensar humano.⁽¹²⁾

Apesar da IA ser abordada há décadas, o aprendizado de máquina realizado em maior escala é mais recente, pois depende de volume de dados, que podem ser estruturados ou não estruturados (*big data*). A forma que a interação entre dados, capacidade computacional e inteligência artificial têm o condão de propiciar mudanças a nível mundial⁽¹³⁾.

A inteligência artificial está no centro do “Programa Justiça 4.0 — inovação e efetividade na realização da justiça para todos”, desenvolvido pelo Conselho Nacional de Justiça, o qual tem por objetivo promover o acesso à justiça por meio de projetos que empregam novas tecnologias e inteligência artificial.⁽¹⁴⁾

A base de operação da inteligência artificial é o algoritmo, o qual consiste em uma fórmula matemática, sendo “o processo ou conjunto de regras a serem seguidas em cálculos ou outras operações de soluções de problemas, especialmente, por um computador, com objetivo de resolver um problema específico, definido por alguém como uma sequência de instruções.”⁽¹⁵⁾

(12) O Teste de Turing foi abordado no artigo denominado *Computing Machinery and Intelligence*. TURING, I. B. A. *Computing machinery and intelligence-AM Turing. Mind*, v. 59, n. 236, p. 433, 2016.

(13) FERRARI, Isabela. *Justiça Digital*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

(14) Conforme informações no Justiça em Números do CNJ (BRASIL, 2021), O Projeto Justiça 4.0 “é um catalizador da transformação digital no âmbito do Poder Judiciário brasileiro que visa transformar a Justiça em um serviço (seguindo o conceito de Justice as a service), aproximando ainda mais o Judiciário das necessidades dos cidadãos e que promove ampliação do acesso à justiça. A Justiça Digital propicia o diálogo entre o real e o digital para o incremento da governança, transparência e da eficiência do Poder Judiciário, com efetiva aproximação com o cidadão e redução de despesas e englobam as seguintes ações e iniciativas: Juízo 100% Digital, Balcão Virtual, Plataforma Digital do Poder Judiciário (PDPJ), dentre outros”.

(15) LAGE, Fernanda de Carvalho. *Manual de Inteligência Artificial no Direito Brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 37.

(9) FENOLL, Jorge Nieva. *Inteligencia Artificial y Proceso Judicial*. Madrid: Marcial Pons, 2018. p. 20

(10) LAGE, Fernanda de Carvalho. *Manual de Inteligência Artificial no Direito Brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2021.

(11) LAGE, Fernanda de Carvalho. *Manual de Inteligência Artificial no Direito Brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2021.

Os algoritmos podem ter fórmulas matemáticas muito simples ou extremamente complexas, sendo utilizado para as mais diversas finalidades, conforme ressalta Ana Frazão⁽¹⁶⁾:

Não é novidade que os algoritmos têm sido utilizados não apenas para dar respostas a questões objetivas, mas também para decidir questões subjetivas, complexas e que envolvem juízos sofisticados de valor, tais como: quem deve ser contratado para trabalhar em uma empresa; que contrato deve ser celebrado e em quais bases; qual a probabilidade de reincidência de determinado criminoso; dentre outros. No exemplo extremo dos carros autônomos, é o algoritmo que decidirá quem será ou não atropelado, diante de um acidente iminente. A exploração de algoritmos para tais fins encontra-se no contexto de um mercado multibilionário, cuja proposta é a de substituir as decisões humanas, consideradas naturalmente falhas e enviesadas, pelas escolhas algorítmicas, vistas como mais eficientes, objetivas e imparciais.

Como o algoritmo é uma fórmula programada por uma pessoa, a partir de informações (base de dados) pretéritas, não se pode afirmar que há neutralidade no julgamento por algoritmo. A operação algorítmica pode se dar no modelo “*black box*”, que são redes neurais, e, por isso, não se sabe ao certo o caminho percorrido para chegar ao resultado, ou o modelo “*white box*”, que é a árvore de decisão, em que é possível identificar o caminho que leva a decisão apresentada.

Para evitar o desconhecimento da justificativa da decisão, como determinado resultado foi apresentado pela máquina, a Resolução n. 332 CNJ refere, em seu art. 7º, § 1º, na

(16) FRAZÃO, Ana. Algoritmos e inteligência artificial. *Jota*, publicado em, v. 15, 2020, p. 1. Disponível em: <http://www.professoraanafracao.com.br/files/publicacoes/2018-05-16-Algoritmos_e_inteligencia_artificial.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2021.

necessidade de homologação da fórmula algorítmica para confirmar que ela não está enviesada e, portanto, não acarretará em decisão discriminatória, de forma que “antes de ser colocado em produção, o modelo de Inteligência Artificial deverá ser homologado de forma a identificar se preconceitos ou generalizações influenciaram seu desenvolvimento, acarretando tendências discriminatórias no seu funcionamento.”

Os vieses costumam ser identificado a partir de uma auditoria, o que pressupõe dados públicos e uma vasta quantidade de decisões para extrair um padrão, uma interpretação que permita descobrir qualquer viés discriminatório. Essa auditoria é de extrema importância, pois os algoritmos, como fórmulas matemáticas computacionais, podem adquirir um viés não desejado pelo seu programador, pois é alimentado com dados produzidos em nossa sociedade, de forma que, se os dados são tendenciosos e discriminatórios, o resultado será também tendencioso e discriminatório.

O programador tem o controle da programação e, por isso, tem a possibilidade de prever a atuação e o resultado da operação do algoritmo. No entanto, quando há utilização da inteligência artificial, a própria máquina pode alterar a fórmula do algoritmo, e a partir de determinados *inputs* (entrada de informações) a máquina chega a determinado resultado (*outputs*).

Diversos casos de discriminação algorítmica são identificados constantemente, sendo um dos mais emblemáticos a discriminação feita pelo sistema COMPAS, o qual verifica se as pessoas submetidas à autoridade policial por suspeita de prática de crime devem responder o processo em liberdade ou devem ser presas preventivamente, bem como qual sua probabilidade de reincidência. O sistema COMPAS (*Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions*) consiste num software para fazer um teste de verificação de periculosidade da pessoa suspeita, uma avaliação de

risco com base em perguntas que o acusado deve responder, inclusive informações sobre sua vida privada, como, por exemplo, dificuldade em pagar contas e histórico familiar.⁽¹⁷⁾

A ONG ProPublica⁽¹⁸⁾ passou a analisar os critérios desse sistema e descobriu que eram adotados critérios discriminatórios, em razão da raça. Isso porque o algoritmo mostrou-se discriminatório ao indicar com maior grau de periculosidade os réus negros, apontando-os como potencialmente reincidentes, o que aconteceu no dobro de vezes em relação aos réus brancos, os quais eram apontados como de baixa periculosidade e probabilidade de reincidência menor.

É importante destacar que a fórmula do sistema COMPAS não foi programada para identificar maior risco em relação à população negra, de forma que esses resultados foram obtidos pelo *machine learning*, em uma falha no aprendizado da máquina na assimilação dos *inputs*. Dessa forma, o desvio do algoritmo, com uma interpretação distorcida da realidade, revela uma fragilidade econômica e social do Estado.⁽¹⁹⁾

Além do comentado caso do sistema COMPAS, várias outras discriminações algorítmicas acontecem em aplicativos, sites e sistemas da internet, como, por exemplo, o sistema de carros automáticos, o qual tem mais chance de atropelar uma pessoa negra, pois seu algoritmo tem dificuldades em identificar pedestres de cor negra⁽²⁰⁾. Ainda, há filtragem de indicação de negros e imigrantes em sites

de empregos⁽²¹⁾, e diversas outras práticas que podem ser identificadas na linha do tempo do racismo algorítmico.⁽²²⁾

Por conta dessas fragilidades no aprendizado da máquina e nos consequentes resultados fornecidos, faz-se necessária a transparência da fórmula algorítmica, bem como o adequado fornecimento de dados de qualidade para o processamento da máquina.

Percebe-se, portanto, que o *machine learning* (aprendizado de máquina) é uma atividade complexa e que exige cuidado por parte dos programadores. Hoje, já se sabe que não é a quantidade de informações enviadas para alimentar os sistemas de IA que importa, e sim a qualidade destas, pois dados enviesados ensinarão a máquina a desempenhar suas funções também de forma enviesada, perpetuando, de forma automatizada, as desigualdades sociais, erros e outras mazelas de nossa sociedade.⁽²³⁾

Destaca-se que os algoritmos computacionais são treinados para identificar padrões e, por essa razão, especialmente em se tratando da sua aplicação na atividade jurisdicional, seria mais adequada a combinação do seu processo de matematização com outros métodos qualitativos, como o julgamento humano. O ideal é a combinação da acurácia dos algoritmos com a justiça e observância de valores com a intervenção humana, especialmente para superar problemas de discriminação.

Isso porque a máquina identifica padrões, a partir da fórmula do algoritmo, mas não realiza

(17) LAGE, Fernanda de Carvalho. *Manual de Inteligência Artificial no Direito Brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2021.

(18) Mais informações sobre o viés discriminatório do sistema COMPAS: <<https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing>>. Acesso em: 29 nov. 2021.

(19) LAGE, Fernanda de Carvalho. *Manual de Inteligência Artificial no Direito Brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 118

(20) Disponível em: <<https://www.vox.com/future-perfect/2019/3/5/18251924/self-driving-car-racial-bias-study-autonomous-vehicle-dark-skin>>. Acesso em: 29 nov. 2021.

(21) Disponível em: <<https://www.linkedin.com/feed/update/activity:6771575711753928704/>>. Acesso em: 28 nov. 2021.

(22) SILVA, Tarcízio. *Linha do Tempo do Racismo Algorítmico. Blog do Tarcízio Silva*, 2019. Disponível em: <<https://tarciziosilva.com.br/blog/posts/racismo-algoritmico-linha-do-tempo>>. Acesso em: 28 nov. 2021

(23) NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza Pinto Coelho. *Inteligência artificial e direito processual: vieses algorítmicos e os riscos de atribuição de função decisória às máquinas*. In: *Revista de Processo*, 2018, p. 428.

a relação de causalidade de seus resultados. Um exemplo dessa padronização é a utilização de algoritmos para admissão em postos de trabalho, em que, se forem usados os padrões dos dados dos atuais empregados (de gênero, etário, racial), o algoritmo tenderá a repetir o mesmo padrão nas novas contratações, sem qualquer questionamento ou reflexão sobre a causalidade dessas escolhas.

Diante do paradoxo da utilização de IA, a União Europeia publicou um documento⁽²⁴⁾ com as diretrizes éticas que devem ser observadas no uso de IA, estabelecendo sete princípios basilares: atuação e supervisão humana; solidez técnica e segurança; privacidade e governança de dados; transparência; diversidade, não discriminação e justiça; bem-estar social e ambiental; prestação de contas.

Tais princípios servem como uma orientação de condutas para utilização mais adequada da IA, centrada no interesse humano. A Lei Geral de Proteção de Dados, Lei n. 13.709 de 2018 contribui para o tratamento adequados dos dados e deve ser observada para utilização da IA. Contudo, diante da complexidade do tratamento de dados que envolve a IA, ainda há necessidade de uma regulação mais específica, pela via legislativa, para conferir maior segurança aos procedimentos que irão se valer da tecnologia de IA, que é a proposta do PL n. 21/2020.

4. O Projeto de Lei n. 21/2020

O Projeto de Lei n. 21/2020, de autoria do Deputado Eduardo Bismark, está em tramitação no Congresso Nacional e tem como objetivo estabelecer princípios, direitos e deveres para o uso da inteligência artificial.

O normativo é direcionado para a atuação com IA da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, bem como para pessoas físicas e jurídicas, de direito público e privado, inclusive

entes sem personalidade jurídica. Estabelece, para o fim a que se destina, premissas conceituais sobre a temática, definindo, por exemplo, que sistema de inteligência artificial é o sistema baseado em processo computacional que pode, para um determinado conjunto de objetivos definidos pelo homem, fazer previsões e recomendações ou tomar decisões que influenciam ambientes reais ou virtuais, conforme art. 2º, I do projeto em comento.

O PL n. 21/2020 aponta como fundamentos do uso da IA no Brasil o desenvolvimento tecnológico e a inovação, a livre-iniciativa e a livre concorrência, o respeito aos direitos humanos e aos valores democráticos, a igualdade, a não discriminação, a pluralidade e o respeito aos direitos trabalhistas⁽²⁵⁾ e, ainda, a privacidade e a proteção de dados.

Diante do paradoxo da utilização de IA, como visto acima, a União Europeia publicou um documento com as diretrizes éticas que devem ser observadas no uso de IA, estabelecendo sete princípios basilares: atuação e supervisão humana; solidez técnica e segurança; privacidade e governança de dados; transparência; diversidade, não discriminação e justiça; bem-estar social e ambiental; prestação de contas.

Com o mesmo propósito ético, o Projeto de Lei n. 21/2020 estabelece princípios a serem observados no uso da IA, tais como a finalidade, que consiste em utilizar a IA para melhorar a condição dos seres humanos e do planeta; a centralidade no ser humano, com

(25) Em relação ao potencial impacto que o mercado de trabalho vai sofrer com o avanço da utilização da IA nos mais diversos setores produtivos, o PL n. 21/2020 apresenta como justificativa que “a expansão da IA exige transições no mercado de trabalho, e, atento a isto, o projeto criou deveres para o poder público para permitir a capacitação dos trabalhadores, bem como incentivá-los a se engajarem e adquirirem competitividade no mercado global. Ademais, a IA traz implicações para os direitos humanos, a privacidade e a proteção de dados, temas que foram tratados no projeto de lei, com observância das normas previstas na Lei Geral de Proteção de Dados que se aplicam ao tratamento de dados, ainda que utilizados em sistemas de IA.

(24) Disponível em: <<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/communication-building-trust-human-centric-artificial-intelligence>>. Acesso em: 26 nov.2021.

a preservação da sua dignidade humana, privacidade, proteção de dados e direitos trabalhistas; não discriminação; transparência e explicabilidade; segurança; responsabilização e prestação de contas.

Especificamente em relação a atuação da União, Estados, Distrito Federal e Municípios no uso da inteligência artificial, o PL estabelece como diretrizes a necessidade de promoção e incentivo de investimentos públicos e privados na pesquisa e no desenvolvimento de IA; a promoção de um ambiente favorável ao uso da IA; a promoção da interoperabilidade tecnológica entre os sistemas públicos que utilizam IA, com vistas a troca de informações; a adoção preferencial por tecnologias abertas; a capacitação humana e a sua preparação para a reestruturação do mercado de trabalho; estabelecimento de uma gestão multiparticipativa, com a participação do governo, sociedade civil e comunidade acadêmica.

O PL n. 21/2020 é de grande importância para o aumento da segurança na utilização da IA, pois estabelece princípios e diretrizes iniciais. Contudo, ainda não é suficiente, sendo necessário o enfrentamento de questões mais técnicas como a transparência da fórmula algorítmica, não apenas como um princípio, mas como um método, ou seja, de que forma materializar a transparência.

Foi publicada uma nota técnica sobre o PL em comento e seus autores identificam, dentre outras sugestões de melhoria ao PL, a necessidade de contemplar objetivos aptos a materializar a transparência e a explicabilidade da IA:

- a) causalidade, que explicita a correlação causal entre as variáveis envolvidas no processo de decisão;
- b) transferibilidade, relacionada à capacidade de aplicação de um mesmo modelo de IA para diferentes sistemas e quais as limitações disso;
- c) informatividade, que consiste em oferecer informações detalhadas sobre o problema enfrentado pela máquina, uma vez que o problema resolvido pelo modelo nem sempre coincide com o problema enfrentado pelo usuário;

d) confiança, na qual o modelo deve fornecer informações para que o usuário avalie a robustez e a estabilidade do regime de trabalho e das decisões do sistema;

e) equidade, que permite uma análise “justa” ou ética das decisões tomadas pelo modelo;

f) acessibilidade, relacionada à capacidade dos usuários finais de se envolverem no processo e melhoria e desenvolvimento do sistema;

g) interatividade, no qual um modelo explicável pode interagir com o usuário final, aperfeiçoando o processo de compreensão; e

h) conscientização da privacidade, que possibilita ao usuário ter um entendimento sobre possíveis violações de seus dados pessoais pelo algoritmo.

A ética e os princípios que contemplam a centralidade no ser humano, previstos no PL n. 21/2020, são a base essencial para o desenvolvimento de uma utilização responsável e segura da IA. A regulamentação da IA precisa avançar um pouco mais, trazendo parâmetros técnicos para conduzir a utilização dos algoritmos de forma transparente e segura, evitando vieses discriminatórios, o que se espera que seja debatido no âmbito legislativo para normatização, com a gestão multiparticipativa referida no texto do projeto de lei.

5. Aplicabilidade no processo do trabalho

A inteligência artificial já é uma realidade no Poder Judiciário e, por essa razão, faz-se imprescindível a sua compreensão e regulamentação para utilizá-la de forma segura no âmbito do processo do trabalho. Recente pesquisa do Centro de Inovação, Administração e Pesquisa do Judiciário da Fundação Getúlio Vargas, publicada em 2021, atesta que há em torno de 64 projetos de implementação de Inteligência Artificial no universo de 59 Tribunais brasileiros, com atuação em diferentes seguimentos. O exemplo mais conhecido é o Projeto Victor, no Supremo Tribunal Federal, que é um algoritmo de classificação de peças processuais em temas de repercussão geral.

No âmbito do Tribunal Superior do Trabalho há o Projeto Bem-Te-Vi, o qual utiliza a inteligência artificial para gestão de processos, de acordo com as classes processuais, bem como o desenvolvimento de voto assistido (sugestão de minutas) e triagem virtual, com o objetivo de aumentar a produtividade na corte.

Cita-se como exemplo, ainda, as experiências do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, o qual desenvolve o projeto “Clusterização de Processos” com a finalidade de categorizar e agrupar processos semelhantes para otimizar a admissibilidade dos Recursos de Revistas, bem como agrupar processos semelhantes em gabinetes de Desembargadores para facilitar a elaboração dos votos. Ainda, no âmbito do TRT da 4ª Região, foi desenvolvido o programa “I-Con” (índice de conciliabilidade), o qual, a partir de um banco de dados, seleciona processos com maior propensão à conciliação.

A Justiça do Trabalho tem destaque em iniciativas inovadoras que visam a melhoria da prestação jurisdicional e, em decorrência, das pessoas que acessam o sistema de justiça. Desde a implementação do Processo Judicial Eletrônico (PJE), Lei n. 11.419/2006, a Justiça do Trabalho atua com processos digitais, sendo o segmento do Poder Judiciário com o maior índice de virtualização, conforme dados do relatório Justiça em Números de 2021, em que 100% dos novos casos são eletrônicos no Tribunal Superior do Trabalho e 99,9% nos Tribunais Regionais, sendo 99,8% no âmbito do segundo grau e 100% virtual no primeiro grau.

É certo que a aplicação da IA no sistema de justiça ainda encontra muitas limitações, como a compreensão da fórmula algorítmica, opacidade e necessidade de transparência, bem como em quais atividades processuais é aceitável a utilização de IA, como serão observados os princípios constitucionais do processo democrático e a falta de regulamentação adequada.

Além disso, questões técnicas e procedimentais também limitam o uso da IA, como a digitalização de peças processuais em formato de imagem (que impede a leitura das palavras pela máquina), bem como a existência, ainda, de autos físicos em algumas localidades⁽²⁶⁾.

A utilização da IA na fase decisória origina grande insegurança, especialmente em razão do pouco conhecimento sobre essa possibilidade. Contudo, o ato de julgar é um ato humano, próprio do Juiz, de forma que se deve extrair todas as potencialidades da IA como uma ferramenta à disposição do Juiz para melhor exercer a sua função decisória.

Isso porque, a justiça preditiva, baseada na jurimetria de informações quantitativas, ou mesmo fórmulas matemáticas algorítmicas não tem a capacidade de substituir o olhar humano ao conflito, de valorar fatos, provas e circunstâncias.

Apesar dessas limitações do uso da IA no processo, sua utilização encontra terreno fértil no processo do trabalho, o qual está praticamente 100% digital. Isso porque, a IA não deve necessariamente vincular-se a questões decisórias, mas pode contribuir nas atividades administrativas, contribuindo para a gestão processual com a otimização de procedimentos.

Da mesma forma, a IA pode auxiliar os magistrados com os precedentes, destacando qual a jurisprudência dominante, mostrando ao tribunal quando o juiz decidiu de forma diversa ao precedente, como um indicativo, com a garantia de que o juiz sempre poderá decidir de forma diversa e fundamentada. O uso da IA pode, ainda, sinalizar aos advogados quando a decisão foi tomada de acordo ou desacordo com os precedentes, como forma de melhor avaliar a questão da recorribilidade.

(26) CUEVA, Ricardo Villas Bôas. Inteligência Artificial no Judiciário. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Érik Navarro (Coords.). *Inteligência Artificial e Direito Processual: os impactos da virada tecnológica no direito processual*. Salvador: JusPodivm, 2021.

Diante das limitações e benefícios do uso da IA no processo, deve-se fazer escolhas para extrair as melhores funcionalidades dessa tecnologia, utilizando-as em áreas seguras que irão aumentar a efetividade da prestação jurisdicional, como gestão de processos, de precedentes.

Cabe destacar a utilização da IA no âmbito das *Online Dispute Resolution*, em que a tecnologia passa a ser utilizada como um suporte inteligente para a negociação, podendo se valer de ferramentas como “raciocínio baseado em regras, raciocínio baseado em casos, aprendizado de máquina e redes neurais”⁽²⁷⁾, auxiliando o ser humano na tomada de decisão.⁽²⁸⁾

Contudo, não é necessário avançar em campos ainda inseguros ao sistema de justiça, como a possibilidade de uso da IA no campo decisório, pois “atribuir-lhes a função de tomar decisões, atuando de forma equivalente a um juiz, pode significar a ampliação ainda maior

(27) Os autores Lodder e Zeleznikow, ao tratar da utilização da inteligência artificial na ODR: “Tools that have been used to develop intelligent negotiation support systems include: 1. *Rule-based reasoning* — where the knowledge of a specific legal domain is represented as a collection of rules of the form *if <condition(s)> then action/conclusion*. 2. *Case-based reasoning* — which uses previous experience to analyse or solve a new problem, explain why previous experiences are or are not similar to the present problem and adapts past solutions to meet the requirements. 3. *Machine learning* — where the artificial intelligence system attempts to learn new knowledge automatically. 4. *Neural networks* — A neural network consists of many self-adjusting processing elements cooperating in a densely interconnected network. Each processing element generates a single output signal which is transmitted to the other processing elements. The output signal of a processing element depends on the inputs to the processing element: each input is gated by a weighting factor that determines the amount of influence that the input will have on the output. The strength of the weighting factors is adjusted autonomously by the processing element as data is processed”. LODDER, Arno R.; ZELEZNIKOW, John. Artificial intelligence and online dispute resolution. *Online Dispute Resolution: Theory and Practice A Treatise on Technology and Dispute Resolution*, p. 73-94, 2012, p. 75. Disponível em: <https://www.mediate.com/pdf/lodder_zeleznikow.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2020.

(28) MOULIN, Carolina Stange Azevedo. Métodos de resolução digital de controvérsias: estado da arte de suas aplicações e desafios. *Revista Direito GV*, v. 17, 2021.

de desigualdades que permeiam nosso sistema Judiciário, respaldando-o, ademais, com um decisionismo tecnológico.”⁽²⁹⁾

Além disso, cabe ressaltar que ao lado dos avanços e funcionalidades propiciadas pela IA, deve-se ter ciência de que ela não traz somente benefícios e que se faz necessário aprofundar o conhecimento sobre a transparência algorítmica, questões de *accountability* e outras regulações que derivam de uma falta de consciência sobre a profundidade da IA.

As novas tecnologias, com destaque a inteligência artificial, indicam grandes benefícios de aplicabilidade ao processo do trabalho e para otimização da prestação jurisdicional, mas como meio, como ferramentas de um processo e não como um fim em si mesmo, substituindo a atividade humana de julgar, pois os algoritmos podem ser utilizados para ajudar os juízes a decidir melhor e não substituir a atividade decisória.

Portanto, imperiosa a identificação dos campos/áreas para aplicação da IA de forma segura, de forma que ela pode ser muito útil e de baixo risco, basta saber fazer a escolha apropriada, observando o devido processo legal digital, o qual deve atender direitos fundamentais.

6. Considerações finais

O presente estudo teve como objetivo analisar o conteúdo e a aplicabilidade do PL n. 21/2020 ao processo do trabalho, a partir da compreensão da inteligência artificial.

A inteligência artificial é uma tecnologia que pode, se bem utilizada, aprimorar a gestão processual e otimizar a prestação jurisdicional. Como toda matéria de inovação, deve ser direcionada para a melhoria da atividade que será aplicada. Foram identificados limites e

(29) NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza Pinto Coelho. Inteligência artificial e direito processual: vieses algorítmicos e os riscos de atribuição de função decisória às máquinas. In: *Revista de Processo*, 2018, p. 430.

potencialidades da IA, como a falta de transparência algorítmica, opacidade, e, por outro lado, a otimização e acurácia que a máquina pode oferecer.

O PL n. 21/2020 possui conteúdo principiológico e descritivo, em consonância com a ética e a centralidade no ser humano. Contudo, para atender de forma mais profunda os princípios da segurança e da transparência no uso da IA, ainda demanda previsões mais objetivas que assegurem o conhecimento da operação algorítmica e o caminho até o resultado da máquina (percurso entre *inputs* e *outputs*).

Um desafio teórico para pesquisas futuras consiste na possibilidade de mapear e identificar maior transparência na fórmula algorítmica, especialmente quando utilizada no âmbito do processual, com pretensa função decisória.

Com o exposto, foi possível concluir que o conteúdo do PL n. 21/2020 é compatível com o processo do trabalho, o qual, diante dos paradoxos da IA, deve utilizá-la como uma ferramenta de gestão processual, de auxílio a atividade do julgador, sem qualquer pretensão de substituí-lo, pois os algoritmos não são capazes de fazer uma relação de causalidade e de imprimir valoração a fatos humanos. Destaca-se, por fim, que toda atividade que utilize a IA em âmbito jurisdicional deve estar atenta aos princípios do processo democrático digital e aos direitos fundamentais.

7. Referências

ARENA, Marcela Casanova Viana; CAMPOS, Denice Machado de; SANTOS PORTO, Ana Cristina dos. Acesso à justiça em tempos de pandemia de Covid-19: uma solução consensual e tecnológica para os conflitos trabalhistas. *Revista Cidadania e Acesso à Justiça*, v. 6, n. 2, p. 01-17, 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 21, de 2020*. Cria o marco legal para o uso e desenvolvimento da inteligência artificial. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2020. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2236340>>. Acesso em: 07 out. 2021.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Relatório Justiça em números 2021, ano-base 2020*. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2021

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução n. 313, de 19 de março de 2020a*. Estabelece, no âmbito do Poder Judiciário, regime de Plantão Extraordinário, para uniformizar o funcionamento dos serviços judiciários, com o objetivo de prevenir o contágio pelo novo coronavírus — Covid-19, e garantir acesso à justiça nesse período emergencial. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, [2020]. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3249>>. Acesso em: 10 nov. 2021.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução n. 332, de 21 de agosto de 2020b*. Dispõe sobre a ética, transparência governança na produção e uso da Inteligência Artificial. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, [2020]. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em: 10 nov. 2021.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução n. 345, de 09 de outubro de 2020d*. Dispõe sobre o Juízo 100% Digital. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, [2020]. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3512>>. Acesso em: 10 nov. 2021.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução n. 358, de 02 de dezembro de 2020g*. Regulamenta a criação de soluções tecnológicas para solução de conflitos no âmbito do Poder Judiciário por meio da conciliação e da mediação. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, [2020]. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3604>>. Acesso em: 10 nov. 2021.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Portaria n. 271, de 04 de dezembro de 2020*. Regulamenta o uso da inteligência artificial no Poder Judiciário. Brasília, DF: CNJ, 2020. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3613>>. Acesso em: 30 nov. 2021.

CUEVA, Ricardo Villas Bôas. Inteligência Artificial no Judiciário. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Érik Navarro (Coords.). *Inteligência Artificial e Direito Processual: os impactos da virada tecnológica no direito processual*. Salvador: JusPodivm, 2021.

FENOLL, Jorge Nieva. *Inteligencia Artificial y Proceso Judicial*. Madrid: Editora Marcial Pons, 2018.

FERRARI, Isabela. *Justiça Digital*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

FRAZÃO, Ana. Algoritmos e inteligência artificial. *Jota*, publicado em, v. 15, 2020. Disponível em: <http://www.professoraanafrazao.com.br/files/publicacoes/2018-05-16-Algoritmos_e_inteligencia_artificial.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2021.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. Centro de Inovação, Administração e Pesquisa do Judiciário. *Inteligência Artificial. Tecnologia Aplicada à Gestão dos Conflitos no Âmbito do Poder Judiciário Brasileiro*, 2021. Disponível em: <https://ciapj.fgv.br/sites/ciapj.fgv.br/files/estudos_e_pesquisas_ia_1afase.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2021.

_____. Centro de Inovação, Administração e Pesquisa do Judiciário. *Nota Técnica sobre o PL n. 21/2020*. Disponível em: <https://ciapj.fgv.br/sites/ciapj.fgv.br/files/ciapj_fgv_notatecnica_ia.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2021.

LAGE, Fernanda de Carvalho. *Manual de Inteligência Artificial no Direito Brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2021.

LODDER, Arno R.; ZELEZNIKOW, John. Artificial intelligence and online dispute resolution. *Online Dispute Resolution: Theory and Practice A Treatise on Technology and Dispute Resolution*, p. 73-94, 2012. Disponível em: <https://www.mediate.com/pdf/lodder_zeleznikow.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2020.

MARQUES, Ricardo. A Resolução de Disputas Online (ODR): do comércio eletrônico ao seu efeito

transformador sobre o conceito e a prática do acesso à justiça. *Revista de Direito e as Novas Tecnologias*, v. 5, 2019.

MOULIN, Carolina Stange Azevedo. Métodos de resolução digital de controvérsias: estado da arte de suas aplicações e desafios. *Revista Direito GV*, v. 17, 2021.

NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza Pinto Coelho. Inteligência artificial e direito processual: vieses algorítmicos e os riscos de atribuição de função decisória às máquinas. In: *Revista de Processo*, 2018.

ROSA, Alexandre Moraes da; GUASQUE, Bárbara. O avanço da disrupção nos tribunais brasileiros. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Érik Navarro (Coords.). *Inteligência Artificial e Direito Processual: os impactos da virada tecnológica no direito processual*. Salvador: JusPodivm, 2021.

SCHAWB, Klaus. *A quarta revolução industrial*; tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

SILVA, Tarcízio. Linha do Tempo do Racismo Algorítmico. *Blog do Tarcízio Silva*, 2019. Disponível em: <<http://https://tarciziosilva.com.br/blog/posts/racismo-algoritmico-linha-do-tempo>>. Acesso em: 28 nov. 2021.

SOUZA NETTO, José Laurindo; FOGAÇA, Anderson Ricardo; GARCEL, Adriane. Métodos Autocompositivos e as Novas Tecnologias em Tempos de Covid-19: *online dispute resolution 3 ODR*. *Revista de Relações Internacionais do Mundo Atual*, Curitiba, v. 26, p. 21-32, 2020.

Os Motoristas, a Uber e o TST — O Capitalismo da Empresa Vazia e o Papel do Algoritmo na Organização do Trabalho

Raimundo Dias de Oliveira Neto^(*)

Resumo:

- O presente texto destaca decisões recentes do Tribunal Superior do Trabalho, em ações ajuizadas contra a empresa Uber, e que indicam a tendência da Corte Superior Trabalhista do Brasil em acolher a tese empresarial de que os motoristas são trabalhadores autônomos. Questiona-se a ausência de análise do papel do algoritmo na organização desse tipo de trabalho, o que leva também a desconsiderar a possibilidade de controle por programação na atividade dos motoristas. Destacam-se os principais fundamentos e desafiam-se alguns contrapontos relevantes no debate, mostrando que a jurisprudência nacional vai se firmando na contramão do que têm decidido algumas das principais Cortes de Justiça na Europa e nos Estados Unidos.

Palavras-chave:

- Uberização do trabalho — Motorista por aplicativo — Controle algorítmico.

Abstract:

- The present text highlights some decisions made by the Superior Labor Court until March 2021, in lawsuits filed against the Uber Company and which indicates the Superior Labor Court of Brazil tendency to accept the business thesis that the drivers are self employed workers. It questions the lack of analysis of the algorithm role in the organization of this type of work, which also leads to disregard the possibility of programmatic control in the work of the drivers. It highlights the main fundaments and challenge some relevant counterpoints in the debate, showing that the national jurisprudence has been established in opposition to what has been decided in the main justice courts in Europe and in the United States.

Key-words:

- Work uberization — Driver application — Algorithmic control.

(*) Mestre em Filosofia/UEVA-CE. Pós-Graduado em Direito e Processo do Trabalho/UNICHRISTUS e em Direito do Consumidor/UNIFOR. Professor de Direito e Processo do Trabalho. Juiz do Trabalho Substituto no TRT-7ª Região (CE).

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Argumentos invocados nas decisões do TST para enquadrar os motoristas como trabalhadores autônomos
 - ▶ 3. Contrapontos: Há autonomia no trabalho dos motoristas por aplicativo?
 - ▶ 3.1. O custeio da prestação dos serviços: fenômeno da empresa vazia e trabalho por conta alheia
 - ▶ 3.2. Jornada e precificação como elementos determinados pelo controle por programação: o papel do algoritmo
- ▶ 4. Considerações finais
- ▶ 5. Referências

1. Introdução

Desde o final do século passado, o mundo vivencia acentuada evolução tecnológica caracterizada pela alta performance de computadores pessoais, *tablets*, *smartphones*, conexão em rede, Inteligência Artificial, Internet das Coisas, algoritmos, plataformas digitais, aplicativos e outros aparatos, sendo certo que esta revolução digital causa impacto em todas as áreas do conhecimento e da produção: ciência, indústria, educação, comunicação, serviços, comércio etc., repercutindo fortemente no mundo do trabalho – fábricas inteligentes, produção totalmente automatizada, robótica, teletrabalho, rastreamento do trabalho externo etc. O capitalismo da era industrial dá agora espaço a uma nova vertente de mobilidade do capital, emergindo como capitalismo tecnológico.

Disseminou-se mundo afora, como expressão dessa nova realidade, o trabalho intermediado pela tecnologia operada em aplicativos digitais no serviço de transporte individual de passageiros e que possibilita a conexão entre usuários, empresa de plataforma e motoristas. No Brasil, as pesquisas⁽¹⁾ constataam que

este tipo de trabalho não é mais esporádico, um “bico” (*gig economy*) que o trabalhador faz eventualmente quando lhe sobra tempo e disposição. O desemprego que assola o País desde 2014 levou uma multidão de trabalhadores para a informalidade, sendo que boa parte está inserida no trabalho viabilizado pelas plataformas tecnológicas no serviço de transporte, fator que, por si só, já evidencia que os motoristas precisam ficar muitas horas do dia logados, passando esta a ser sua atividade central.

Emerge o debate sobre a natureza da relação de trabalho neste tipo de atividade. Operadores do direito se dividem entre a tese da autonomia defendida pelas empresas e o enquadramento como vínculo de emprego, havendo ainda quem defenda uma terceira via que resulte da atuação legislativa, enquadrando os trabalhadores em lei especial, de modo a diferenciá-los de autônomos e subordinados, fugindo do modelo binário que predomina na legislação pátria atual.

De fato, para a aferição, ou constatação, se um trabalhador é empregado ou autônomo, necessariamente, nas diversas legislações nacionais, se estabelecem critérios de análise

(1) In: GT Trabalho Digital da Rede de Estudos e Monitoramento da Reforma Trabalhista/REMIR, *Relatório Parcial de Pesquisa*. ABÍLIO, Ludmila. C.; ALMEIDA, Paula. F.; AMORIM, Henrique; CARDOSO, Ana. C. M.; FONSECA, Vanessa. P.; KALIL, Renan. B.; MACHADO, Sidnei. *Condições de trabalho em empresas de plataforma digital: os entregadores por aplicativo durante a Covid-19*. São Paulo: REMIR, 2020.

11 p. Disponível em: <<https://www.eco.unicamp.br/remir>>. Acesso em: 20 abr. 2022.

para dirimir as dúvidas que se levantam na chamada zona *gris*⁽²⁾. As empresas de plataforma de serviço de transporte consideram mundo afora, e também no Brasil, que motoristas e entregadores são trabalhadores autônomos, independentes e, nesta condição, não são detentores daquele rol de direitos garantidos aos empregados registrados, estabelecidos na Constituição Federal e na CLT. Dúvidas, entretanto, se levantam quanto a este posicionamento empresarial, gerando debate na comunidade jurídica e efervescendo nas decisões judiciais.⁽³⁾

O presente artigo objetiva analisar alguns argumentos invocados nas recentes decisões exaradas pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST) no caso do serviço de transporte individual de passageiros intermediado pela plataforma Uber, fazendo o enquadramento dos motoristas como trabalhadores autônomos, destacando-se aqui a abordagem de pontos polêmicos do referido modelo de relação de trabalho, a exemplo do sistema de custeio do serviço, jornada, precificação e o papel do algoritmo na organização do trabalho.

Divide-se o texto em duas partes fundamentais: a primeira com apresentação das decisões do Tribunal Superior do Trabalho e o enquadramento dos motoristas como trabalhadores autônomos, e a segunda fazendo contrapontos às referidas decisões quanto à abordagem nos seguintes temas: a) custeio da prestação dos serviços; b) jornada e precificação como

elementos determinados pelo controle por programação — o papel do algoritmo.

2. Argumentos invocados nas decisões do TST para enquadrar os motoristas como trabalhadores autônomos

O Tribunal Superior do Trabalho, até março de 2021, proferiu algumas decisões⁽⁴⁾ em ações juizadas por motoristas contra a Uber, todas afastando a hipótese de trabalho subordinado, negando o reconhecimento do vínculo de emprego e acolhendo a tese defendida pela empresa de que os motoristas são trabalhadores autônomos. Na fundamentação das referidas decisões, dentre tantos argumentos invocados, destacam-se três: o custeio da prestação dos serviços a cargo dos trabalhadores, a liberdade do motorista em estabelecer a própria jornada e o percentual auferido pelo motorista em patamar superior ao que normalmente ganham outros trabalhadores autônomos.

Na primeira decisão, publicada em janeiro/2019, da 8ª Turma do C. TST, destacou-se no voto vencedor que o motorista é o responsável pelo custeio da manutenção do serviço e que ganha percentual bastante vantajoso:

[...] o reclamante era o único responsável pela manutenção e pelo abastecimento do seu próprio veículo, bem como pelas despesas com telefonia celular, arcando, assim, com os riscos da atividade econômica. [...], pelos serviços prestados aos usuários, o motorista do UBER, como o reclamante auferia 75% do total bruto arrecadado como remuneração, enquanto que a quantia equivalente a 25% era destinada à reclamada (petição inicial – item 27 – id. 47af69d), como pagamento pelo fornecimento do aplicativo”, ressaltou o Tribunal

(2) CARELLI, Rodrigo de Lacerda; CARELLI, Bianca Neves Bomfim. A zona cinzenta de trabalho e emprego, trabalhadores sob demanda em plataformas digitais e trabalhadores portuários avulsos: direitos trabalhistas além da relação de emprego. *Contracampo*, Niterói, v. 39, n. 2, p. 28-41, ago./nov. 2020.

(3) CHAVES JUNIOR, J. E. R.; OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio; OLIVEIRA NETO, Raimundo Dias de. Plataformas digitais e vínculo empregatício? A cartografia dos indícios de autonomia, subordinação e dependência. *Revista Eletônica Jota*, p. 1-5, 26 ago. 2020. Disponível em: <<https://trab21.blog/2020/08/26/plataformas-digitais-e-vinculo-empregaticio-a-cartografia-dos-indicios-de-autonomia-subordinacao-e-dependencia-artigo-de-jose-eduardo-de-resende-chaves-junior-murilo-carvalho-sampaio-oliveira-e-r/>>. Acesso em: 20 abr. 2022.

(4) Até 27.04.2021 foram julgadas quatro ações em três turmas do TST ajuizadas por motoristas contra a empresa Uber: 1) AIRR-11199-47.2017.5.03.0185, 8ª Turma, relatora Ministra Dora Maria da Costa, *DEJT* 31.01.2019; 2) RR-1000123-89.2017.5.02.0038, 5ª Turma, relator Ministro Breno Medeiros, *DEJT* 07.02.2020; 3) AIRR-10575-88.2019.5.03.0003, 4ª Turma, relator Ministro Alexandre Luiz Ramos, *DEJT* 11.09.2020; e 4) RR-10555-54.2019.5.03.0179, 4ª Turma, relator Ministro Ives Gandra Martins Filho, *DEJT* 05.03.2021.

Regional que, “pelo critério utilizado na divisão dos valores arrecadados, a situação se aproxima mais de um regime de parceria, mediante o qual o reclamante utilizava a plataforma digital disponibilizada pela reclamada, em troca da destinação de um percentual relevante, calculado sobre a quantia efetivamente auferida com os serviços prestados”. (AIRR-11199-47.2017.5.03.0185, 8ª Turma, relatora Ministra Dora Maria da Costa, DEJT 31.01.2019) (Grifou-se)

A segunda decisão no TST foi da 5ª Turma, publicada em fevereiro/2020, destacando o voto vencedor que o trabalhador tem possibilidade de ficar “*offline*” pelo tempo que quiser, “podendo determinar a sua rotina, horários de trabalho e o local onde quer prestar os serviços [...]”. Destaca também que o ganho se dá em percentual por demais vantajoso ao motorista, em comparação com os ganhos que normalmente auferem outros profissionais autônomos, a exemplo de manicures consideradas parceiras nos salões de beleza. Transcrevem-se alguns trechos:

[...] Com efeito, o reclamante admite expressamente a possibilidade de ficar “offline”, sem delimitação de tempo, circunstância que indica a ausência completa e voluntária da prestação dos serviços em exame, que só ocorre em ambiente virtual. Tal fato traduz, na prática, a ampla flexibilidade do autor em determinar sua rotina, seus horários de trabalho, locais que deseja atuar e quantidade de clientes que pretende atender por dia. Tal auto-determinação é incompatível com o reconhecimento da relação de emprego, que tem como pressuposto básico a subordinação, elemento no qual se funda a distinção com o trabalho autônomo. [...] Dentre os termos e condições relacionados aos referidos serviços, está a reserva ao motorista do equivalente a 75% a 80% do valor pago pelo usuário, conforme consignado pelo e. TRT. O referido percentual revela-se superior ao que esta Corte vem admitindo como bastante à caracterização da relação de parceria entre os envolvidos, uma vez que o rateio do valor do serviço em alto percentual a uma das partes evidencia vantagem remuneratória não condizente com o liame de emprego. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido”. (RR-1000123-89.2017.5.02.0038, 5ª Turma, relator Ministro Breno Medeiros, DEJT 07.02.2020) (Grifou-se)

A terceira decisão foi prolatada na 4ª Turma do TST, publicada em setembro/2020, destacando o voto vencedor que há liberdade no estabelecimento da própria jornada e que o motorista detém o ônus da atividade econômica:

[...] No particular, houve reconhecimento na instância ordinária de que o Reclamante ostentava ampla autonomia na prestação de serviços, sendo dele o ônus da atividade econômica. [...] IV. A relação de emprego definida pela CLT (1943) tem como padrão a relação clássica de trabalho industrial, comercial e de serviços. As novas formas de trabalho devem ser reguladas por lei própria e, enquanto o legislador não a edita, não pode o julgador aplicar indiscriminadamente o padrão da relação de emprego. [...] V. O trabalho pela plataforma tecnológica – e não para ela – não atende aos critérios definidos nos arts. 2º e 3º da CLT, pois o usuário-motorista pode dispor livremente quando e se disponibilizará seu serviço de transporte para os usuários-clientes, sem qualquer exigência de trabalho mínimo, de número mínimo de viagens por período, de faturamento mínimo, sem qualquer fiscalização ou punição por esta decisão do motorista [...]. (AIRR-10575-88.2019.5.03.0003, 4ª Turma, relator Ministro Alexandre Luiz Ramos, DEJT 11.09.2020) (Grifou-se)

A quarta decisão no TST também foi da 4ª Turma, publicada em março/2021, trazendo o voto vencedor os seguintes argumentos, dentre outros: a) que as plataformas geram postos de trabalho e oportunidades, o que pode ser obstado “em caso de equivocado enquadramento em moldes antiquados, estabelecidos para relações de produção próprias da 1ª Revolução Industrial, quando já vivenciamos a 4ª Revolução Industrial, da Era Virtual”; b) a autonomia do motorista é evidente, uma vez que este pode “escolher os dias, horários e forma de labor, podendo desligar o aplicativo a qualquer momento e pelo tempo que entender necessário”, não tendo “nenhuma vinculação a metas determinadas pela Uber ou sanções decorrentes de suas escolhas”; c) que “é impertinente a alegação de que o motorista não assume os riscos do negócio”, uma vez que o

trabalhador é o responsável pelo custeio da prestação do serviço, cabendo-lhe “a responsabilidade por eventuais sinistros, multas, atos ilícitos ocorridos, dentre outros, ainda que a empresa provedora da plataforma possa vir a ser responsabilizada solidariamente em alguns casos”. (RR-10555-54.2019.5.03.0179, 4ª Turma, rel. Min. Ives Gandra Martins Filho, DEJT 05.03.2021)

3. Contrapontos: há autonomia no trabalho dos motoristas por aplicativo?

Feita esta seleção de exertos dos acórdãos da Corte Superior Trabalhista, passa-se a discorrer sobre alguns pontos relevantes na análise da dinâmica do trabalho dos motoristas, em contraponto aos fundamentos gizados nas referidas decisões que concluíram pela autonomia no trabalho uberizado, levando em conta a abordagem quanto aos seguintes aspectos: o custeio da prestação dos serviços; jornada e precificação do serviço como elementos determinados pelo controle por programação — o papel do algoritmo.

3.1. Custeio da prestação dos serviços: fenômeno da empresa vazia e trabalho por conta alheia

Observa-se nas decisões do C. TST que, para acolher a tese empresarial da autonomia, invocam-se, dentre outros, os seguintes argumentos: a) os trabalhadores são os responsáveis por todo o custeio da prestação do serviço de transporte (veículo, manutenção, higienização, combustível, impostos, despesas para acesso a internet, aparelho de celular, seguro automotivo, etc); e b) eles ganham percentual superior ao que normalmente ganham outros profissionais autônomos.

Para melhor compreensão das atividades intermediadas pelas plataformas tecnológicas, no entanto, há se de levar em conta dois aspectos fundamentais que são característicos do capitalismo da era digital e se evidenciam

nesses novos modelos de organização do trabalho: o fenômeno da empresa vazia e o trabalho prestado por conta alheia.

Foi na tentativa de compreender as bases sobre as quais se funda o capitalismo de plataformas, na análise histórica que faz do desenvolvimento tecnológico a partir da década de 1970, que SRNICEK⁽⁵⁾ se referiu, de forma apropriada, à crise do modelo fordista como transição do capitalismo de bens (tangíveis) para o capitalismo financeiro (desprovido de bens). É certo que, na esteira do capitalismo financeiro do final do século passado, o capital dominante na era da alta tecnologia também se mostra invisível, imaterial, de bens intangíveis, em que a riqueza se concentra nos dados, no design, tecnologia, conhecimento, marcas, patentes, plataformas digitais, aplicativos, softwares (algoritmos)⁽⁶⁾ etc. No capitalismo da era digital tem-se ainda com mais intensidade esse movimento em que a riqueza se mostra intangível, com trabalho volátil e massificado, em novas relações que desafiam as teorias jurídicas construídas sobre as bases do modelo disciplinar e hierarquizado que emergiu no início do século XX.

Tem-se, portanto, que o capitalismo se moveu da acumulação rígida do capital (Fordismo/Taylorismo) para a acumulação flexível, globalizada (Toyotismo), despontando agora como capitalismo tecnológico (digital, de plataformas, de vigilância). Referido movimento do capital explica o fato de as empresas de plataformas digitais pretenderem se responsabilizar exclusivamente pelo processo tecnológico, da produção de *softwares*, captação e controle de dados e propaganda, mantendo

(5) SRNICEK, Nick. *Capitalismo de Plataformas*. 1. ed. Trad. de Aldo Giacometti. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Caja Negra, 2018.

(6) CHAVES JUNIOR, José Eduardo Resende. Controle e contrato hiper-realidade: a relação de emprego na era da economia orientada a dados. In: CARELLI, Rodrigo de Lacerda; CAVALCANTI, Tiago Muniz; FONSECA, Vanessa Patriota da (Orgs.). *Futuro do trabalho: os efeitos da revolução digital na sociedade*. Brasília: ESMPU, 2020.

um quadro de empregados registrados restrito às áreas de tecnologia, administração e marketing, buscando se desobrigar dos custos com o registro dos trabalhadores, não detendo pátios, oficinas, frotas ou ambiente de logística, caracterizando o fenômeno da empresa vazia⁽⁷⁾, em que os trabalhadores envolvidos no processo final da prestação do serviço ficam na informalidade, à margem do sistema protetivo trabalhista e previdenciário, sob o pretexto de serem classificados como autônomos/independentes.

Percebe-se que, neste novo modelo de trabalho, o modo e os meios de execução do serviço ofertado são transferidos para o trabalhador final e, no caso do transporte, para o titular do veículo (carro, moto, bicicleta), proprietário ou não, constituindo-se um dos objetivos desse tipo de empresa da era digital evitar os custos do empreendimento, o que, no dizer de SLEE⁽⁸⁾, é bom para o consumidor, pois possibilita preços baixos, mas péssimo para os trabalhadores, uma vez que proporciona baixos ganhos como contraprestação pelos serviços prestados.

As plataformas transferem para o motorista a maior parte do custeio da prestação do serviço de transporte, suprimindo custos operacionais de compra e manutenção de automóveis e pagamento de impostos e/ou encargos trabalhistas e previdenciários, recebendo o valor de até 25/30% pelo serviço prestado e pago pelo usuário como lucro quase totalmente líquido, o que não pode se comparar ao percentual do trabalhador, insuficiente para manter os custos operacionais com os quais sustenta o negócio empresarial, incluindo a remuneração das horas de trabalho despendidas.

Destaca-se como inconsistente, talvez falacioso, o argumento empresarial de que a

disponibilização da tecnologia se constitua como fator que encarece os custos operacionais da empresa, uma vez que o aplicativo pode ser reproduzido ao mesmo tempo por milhões de usuários e trabalhadores, destacando DOWBOR a ocorrência de um “potencial de escala” em que “o intangível pode ser indefinidamente reproduzido sem custos adicionais, abrindo a possibilidade de uma generalização planetária de aumento de produtividade sem custos adicionais”⁽⁹⁾, sendo esta também uma faceta nos negócios da era do capitalismo de plataformas digitais. É certo que o déficit dessas empresas, mormente da Uber, nos últimos anos, se dá por motivos outros, conforme esclarece SLEE⁽¹⁰⁾, relacionados aos gastos astronômicos com marketing e lobby para manter a desregulamentação, sempre na ânsia de assumir a dianteira em face da concorrência, de modo que não se sustenta o argumento de que não suportaria o ônus imposto pela legislação protetiva ao trabalho.

Quanto aos percentuais recebidos pelos trabalhadores, classificados em algumas decisões do TST como sendo “vantajosos” em relação ao que ganham outros profissionais autônomos, não parece ser razoável comparar o trabalho do motorista a partir de aplicativos digitais no serviço de transporte, com aquele realizado, por exemplo, pela manicure nos salões de beleza, sendo certo que a manicure, no que toca à realização de seu trabalho, ainda que na condição de parceira legalizada, nos termos da Lei n. 13.352/2016, trabalhadora autônoma, está longe de ter o mesmo custo operacional no seu trabalho em comparação ao motorista, a título de manutenção e limpeza do veículo, combustível, impostos estaduais, taxas municipais, seguro automotivo e, em muitos casos, pagamento de aluguel, arrendamento ou financiamento do veículo utilizado na atividade.

(7) GAIA, Fausto Siqueira. *Uberização do trabalho: aspectos da subordinação jurídica disruptiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 73-74.

(8) SLEE, Tom. *Uberização: a nova onda do trabalho precarizado*. Trad. João Peres. São Paulo: Elefante, 2017. p. 22.

(9) DOWBOR, Ladislau. *O capitalismo se desloca: novas arquiteturas sociais*. São Paulo: Edições Sesc São Paulo, 2020. p. 37, 42.

(10) SLEE, *Op. cit.*, p. 116.

Leve-se também em conta que o regime de parceria em salão de beleza comporta número limitado de trabalhadores, em contraposição às plataformas digitais, que arregimentam, cadastram e mantêm laborando em seu favor milhões de trabalhadores ao mesmo tempo, numa dinâmica que lhe custa somente a manutenção do aparato tecnológico envolvido e cujos dividendos são expatriados, sem gerar riquezas nos locais onde atuam, destacando SLEE, em reforço a este argumento, que o “sucesso da Uber decorre de seu parasitismo nas cidades onde opera”⁽¹¹⁾, na medida em que deixa de pagar os impostos a que estão submetidas as empresas de prestação de serviço de transporte, além dos encargos trabalhistas e previdenciários.

Ressalte-se que é próprio do capitalismo que os detentores do capital renunciem a inviabilidade dos negócios sempre que os trabalhadores se organizam na luta por direitos, destacando CASAGRANDE que foi assim para eliminar o trabalho infantil que dava suporte à indústria têxtil; na limitação de jornadas absurdas no início do processo industrial; para a adoção de medidas de proteção contra acidentes de trabalho na indústria da construção civil; proteção às mulheres quanto à licença gestante; e agora na luta dos trabalhadores por aplicativos no serviço de transporte⁽¹²⁾. Em todas estas ocasiões, as empresas argumentam que não suportariam arcar com os custos trabalhistas, tese endossada nas decisões da mais alta Corte Trabalhista brasileira.

O questionamento se as empresas de plataforma, a exemplo da Uber, prestam ou não serviços de transporte, é tema que demanda

análise cujo espaço neste artigo não possibilita maior digressão⁽¹³⁾. De qualquer forma, constata-se que os trabalhadores se integram à atividade-fim do empreendimento — transportar pessoas, detendo as empresas todo o poder organizacional da atividade. O direito comparado tem reconhecido que a Uber se caracteriza como empresa de serviço de transporte, a exemplo de decisões prolatadas nos Estados Unidos⁽¹⁴⁾ e na Inglaterra⁽¹⁵⁾. O Tribunal de Justiça da União Europeia, igualmente, em dezembro de 2017, julgou incidente suscitado pelo Tribunal de Comércio n. 3, de Barcelona/Espanha, reconhecendo que a Uber faz oferta de serviço de transporte por meio de plataforma digital, reconhecendo-o como atividade fim da empresa⁽¹⁶⁾.

As decisões do TST acima destacadas também não analisam o caso dos motoristas sob o prisma da teoria da alienidade — trabalho por conta alheia, nos termos dispostos na redação dada à parte final do parágrafo único do art. 6º da CLT. Na análise da relação jurídica estabelecida entre o motorista e a empresa de plataforma, tomando-se como parâmetro a alienidade, vê-se que o resultado do trabalho pertence a ente diverso de quem o produziu, concretamente à empresa, não sendo o obreiro reconhecido como possuidor direto dos frutos do seu trabalho, lecionando CHAVES JUNIOR que a *ajenidad*, como legado da doutrina clássica espanhola, se refere à “transferência do resultado do trabalho daquele que produz — afetando em certa medida a aquisição natural, como reconhecem os liberais clássicos como Adam Smith, Ricardo ou Locke — para pessoa, física ou jurídica, alheia”⁽¹⁷⁾.

(11) SLEE, *Op. cit.*, p. 116.

(12) CASAGRANDE, Cássio. *Com motoristas empregados, o Uber acaba?* Os saltos tecnológicos do capitalismo e a regulação da economia digital. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/o-mundo-fora-dos-autos/com-motoristas-empregados-o-uber-acaba-01032021>>. Acesso em: 20 out. 2021.

(13) Sobre o tema *vide*: OLIVEIRA NETO, Raimundo Dias de. Elementos Fático-Jurídicos da Relação de Emprego no Trabalho dos Motoristas de Aplicativo. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, v. 86, n. 1, jan./mar. 2020, p. 152-167.

(14) SLEE, *Op. cit.*, p. 305.

(15) GAIA, *Op. cit.*, p. 249, 253-255.

(16) GAIA, *Op. cit.*, p. 257-260.

(17) CHAVES JUNIOR, J. E. R. Direito Do Trabalho 4.0: “Controle” e “alienidade” como operadores conceituais para

Referida teoria ajuda a identificar se, para a consecução de seus fins, a empresa se apropria dos frutos do trabalho alheio ao vender no mercado um serviço que somente com intervenção direta do motorista pode ser efetivamente prestado, embolsando pelo serviço diretamente realizado pelos trabalhadores envolvidos na finalidade do empreendimento. Poder-se-ia indagar se a empresa dona da plataforma vende no mercado a tecnologia que desenvolveu, ou se não estaria vendendo o serviço de transporte realizado pelo motorista com o uso do aplicativo, num modelo de relação de trabalho em que a subordinação, agora moldada pelo controle tecnológico (algoritmo), se mostra velada, envolvendo o trabalhador nos fins sociais e econômicos da empresa.

Os fins do empreendimento (dispor no mercado serviço de transporte) se realizam na transferência ao trabalhador do encargo de propriedade ou responsabilidade por instrumento secundário de trabalho (veículo), sendo o instrumento principal do negócio empresarial exatamente o aplicativo, **meio central, fundamental, que determina toda a operacionalização do serviço**, pois através dele é que a empresa oferta, capta e interage com os clientes (usuários), disponibilizando veículo e motorista para operacionalizar o serviço ofertado, não tendo **o trabalhador qualquer ingerência na ordenação de seus comandos (algoritmo)**. GAIA reforça a ideia ao dizer que o aplicativo “funciona como um dos instrumentos de controle, de gestão e de exercício do poder disciplinar que a plataforma tecnológica mantém sobre a força de trabalho”.⁽¹⁸⁾

a identificação da relação de emprego no contexto dos aplicativos de trabalho. *Revista do Tribunal do Trabalho da 2ª Região/Brasil*, n. 22/2019, Edição Eletrônica. São Paulo: TRT/SP, 2019, p. 36-44. Disponível em: <<https://www2.trtsp.jus.br/bases-juridicas/publicacoes/revista-do-tribunal/>>. Acesso em: 20 abr. 2022.

(18) GAIA, *Op. cit.*, p. 290.

Nessa perspectiva, o argumento de que o motorista é autônomo com base no indício referente a “prestar o serviço com veículo próprio” ou alugado/arrendado não é legitimamente válido para sustentar a autonomia/independência do trabalhador e afastar, por consequência, a possibilidade do enquadramento como empregado. A casuística demonstra que há inúmeras atividades em que os trabalhadores utilizam seus próprios instrumentos de trabalho, a exemplo de vendedores motorizados, motoqueiros entregadores, empregados em teletrabalho etc, não se mostrando incompatível com o vínculo de emprego o fato de o motorista laborar usando seu próprio veículo. Como visto, **a responsabilidade pelos riscos do empreendimento se encontra no eixo entre a empresa e os usuários, e não entre aquela e os motoristas**.⁽¹⁹⁾

É certo que esta lógica perversa na relação que se estabelece entre a empresa de plataforma e o motorista, na qual o trabalhador é elemento central na engrenagem do serviço ofertado no mercado, não deve se prestar a justificar o enquadramento dos trabalhadores como autônomos ou independentes. A supressão de direitos sociais se mostra inaceitável sob o pretexto de se manter postos de trabalho em condições precárias em pleno século XXI, numa retração que remontaria ao início do século passado.

3.2. Jornada e precificação como elementos determinados pelo controle por programação: o papel do algoritmo

Constata-se, ainda, nas decisões do C. TST, a recorrência do argumento referente à flexibilidade de jornada, realçando que os motoristas são livres para se logarem à plataforma nos

(19) GAIA, Fausto Siqueira; OLIVEIRA NETO, Raimundo Dias de. Trabalho por intermédio de plataformas tecnológicas: uma análise da autonomia à luz da Lei n. 12.587/2012. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, SP, v. 86, n. 3, p. 57-74, jul./set. 2020.

horários de sua conveniência. Em contraponto, destaca-se neste tópico o papel do algoritmo na definição da jornada e do preço pago pelos usuários na prestação dos serviços.

Ocorre nessa chamada “economia digital”, conforme chama atenção SRNICEK, que os negócios cada vez mais dependem da tecnologia, internet, alimentação e tratamento de dados para subsistirem⁽²⁰⁾. Na mesma perspectiva, alerta COULDRY sobre o **“surgimento de situações completamente novas de trabalho, a chamada economia gig: Uber, Lyft, Airbnb e outros”, como “modos diferentes de gerar valor através do uso de plataformas e sempre via extração de dados”**.⁽²¹⁾

De fato, compreender o papel do algoritmo no serviço intermediado por plataforma tecnológica é também elemento fundamental para a melhor compreensão das novas relações de trabalho que emergem neste novo modelo de labor alimentado a dados, em que tanto a dinâmica do negócio quanto os trabalhadores são controlados por programação algorítmica. HARARI conceitua algoritmo como sendo “um conjunto metódico de passos que pode ser usado na realização de cálculos, na resolução de problemas e na tomada de decisões. Não se trata de um cálculo específico, mas do método empregado quando se fazem cálculos”⁽²²⁾. Assim é que, no dizer de DOWBOR, o algoritmo possibilita “o tratamento e cruzamento de dados de tal maneira que se torna fácil para agentes interessados, sejam governos, sejam empresas ou organizações criminais, individualizar as informações”, de modo a focar, se for o caso, especificamente, até o “grupo de trabalhadores de uma empresa”⁽²³⁾. É o que ocorre na uberização do trabalho.

(20) SRNICEK, *Op. cit.*, p. 12-13.

(21) COULDRY, Nick. Entrevista. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/607425-pela-primeira-vez-na-historia-humana-a-producao-de-conhecimento-funde-se-com-a-producao-de-lucro-entrevista-especial-com-nick-couldry>>. Acesso em: 22 abr. 2022.

(22) HARARI, Yuval Noah. *Homo Deus*. Uma breve história do amanhã. São Paulo: Companhia das Letras, 2016. p. 91.

(23) DOWBOR, *Op. cit.*, p. 100.

Observa-se, entretanto, que a análise levada a efeito nos referidos acórdãos do TST não aborda o papel do algoritmo na ordenação e organização do trabalho dos motoristas, no que toca à jornada e precificação dos serviços, desconsiderando a ocorrência de controle por programação que, segundo CARELLI, significa, no modelo uberizado, que o trabalho é organizado “como um sistema programável no qual os trabalhadores são unidades capazes de reagir aos sinais que eles recebem em função da programação realizada” pelo algoritmo⁽²⁴⁾, numa dinâmica em que a definição do preço do serviço está diretamente relacionada à jornada dos trabalhadores.

Tem-se, portanto, no modelo uberizado, que o método de estabelecimento do preço pago pelo serviço prestado emana de comando algorítmico, na medida em que este define, por programação, preços dinâmicos que dependem de variáveis como região, clima, horário, demanda dos usuários e quantidade de motoristas logados no aplicativo, dentre outras. O algoritmo age de modo a manter os preços sempre atrativos. Obviamente, quanto mais baixos os preços, mais se atraem usuários, elimina-se a concorrência e prende-se o trabalhador por mais tempo logado no aplicativo, uma vez que precisará trabalhar mais horas para obter melhores ganhos.

O algoritmo define, portanto, as áreas com maior ou menor demanda, assim como aquelas cobertas ou descobertas pelos trabalhadores e, a partir de incentivos, como o aumento instantâneo de tarifas, induz os motoristas a se deslocarem na direção de áreas em que a empresa precisa atender os chamados dos usuários. É certo que numa mesma cidade a Uber, por exemplo, pratica várias tarifas ao mesmo

(24) CARELLI, Rodrigo de Lacerda. O Caso Uber e o Controle por Programação: de carona para o Século XIX. In: LEME, Ana Carolina Reis Paes; RODRIGUES, Bruno Alves; CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende (Coords.). *Tecnologias Disruptivas e a Exploração do Trabalho Humano: a intermediação de mão-de-obra a partir das plataformas eletrônicas e seus efeitos jurídicos e sociais*. São Paulo: LTr, 2017. p. 139.

tempo, a depender de múltiplas informações obtidas pela alimentação de dados na sua plataforma, seja pelos usuários ou pelos motoristas.

Os motoristas são naturalmente induzidos a se deslocarem pela cidade em busca de corridas mais vantajosas para obtenção de melhores ganhos e a permanecerem logados no aplicativo sem que recebam ordens diretas da empresa para fazê-lo, o que, aliás, nem seria necessário, uma vez que ganhando menos por hora trabalhada terão que se desdobrar para permanecerem conectados por muitas horas, de forma que a política de preço da plataforma implica inevitavelmente imposição de altas jornadas, um modo de prender o motorista logado e disponível no mercado com o fim de suprir a demanda sempre crescente no serviço disponibilizado.

Tudo isso indica que a empresa, por programação algorítmica, induz a que os motoristas permaneçam mais tempo logados e se deslocando conforme a conveniência empresarial, com o fim de alcançar o objetivo proposto, referente à prestação do serviço de transporte ao usuário, realizando controle do trabalho e do trabalhador por programação. Ressalta CARELLI que, nesta dinâmica da organização do trabalho, a autonomia do motorista fica comprometida à medida em que a “liberdade é impedida pela programação” e que “o algoritmo, cujos ingredientes podem ser modificados a cada momento pela sua reprogramação (“inputs”), garante que os resultados finais esperados (“outputs”) sejam alcançados, sem necessidade de dar ordens diretas àqueles que realizam o trabalho”.⁽²⁵⁾

O controle programático do algoritmo sobre o trabalho do motorista se evidencia de modo tão contundente que não dá margem à liberdade de trabalho e de jornada que fundamenta a tese da autonomia. A programação algorítmica abrange não somente controle de preços e jornada, tempo “online” e “offline”,

mas possibilita à empresa saber quando o motorista está logado também ao aplicativo de plataforma concorrente, fazendo incursões, inclusive, sob o modo de condução do veículo, pois já se sabe que há até controle de frenagens⁽²⁶⁾, cogitando-se ainda de gravação de conversas, havendo relatos de motoristas que recebem mensagens intimidatórias da plataforma quanto à participação em eventos reivindicatórios previamente noticiados, como forma de cerceamento dos trabalhadores a que se organizem coletivamente, evidenciando-se aqui também todas as características do que ZUBOFF chama de “capitalismo de vigilância”, “responsável por atribuir a etiqueta de subjugação e impotência, não a tecnologia”.⁽²⁷⁾

Invocar como argumento da autonomia do motorista o termo de adesão firmado virtualmente pelo trabalhador às condições impostas pela empresa de plataforma também não é suficiente ao seu enquadramento como autônomo, pois a manifestação de vontade individual no ato de adesão ao contrato imposto pelas empresas se torna irrelevante, levando em conta o sistema estabelecido na organização do trabalho pelo controle algorítmico, o que foge completamente do alcance, da vontade e do próprio conhecimento do trabalhador, uma vez que este não sabe como funciona o algoritmo, qual o seu código fonte, como se dá a sua programação.

Tal disrupção tecnológica, presente nesse tipo de relação de trabalho, eleva para outro patamar a discussão acerca do contrato realidade, ou primazia da realidade sob a forma

(26) TOZI, Fábio; DUARTE, Leandro Ribeiro; CASTANHEIRA, Gabriel Rocha. Trabalho Precário, Espaço Precário: As plataformas digitais de transporte e os circuitos da economia urbana no Brasil. *Ar@cne Revista Electrónica de Recursos en Internet sobre Geografía y Ciencias Sociales — Universidad de Barcelona*, Vol. XXV, núm. 252, 1 mar. 2021. DOI. Disponível em: <<https://doi.org/10.1344/ara2021.252.33968>>. Acesso em: 20 abr. 2022.

(27) ZUBOFF, Shoshana. *A era do capitalismo de vigilância*. A luta por um futuro humano na nova fronteira do poder. Trad. George Schlesinger. 1. ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2021. p. 26.

(25) *Ibidem*, p.139 e 141.

(contrato de autônomo por termo de adesão), possibilitando a programação algorítmica, na prática, a identificação de um novo modelo de pactuação que emerge como “contrato hiper-realidade”, em cuja análise é preciso perseguir “a primazia da realidade virtual”, conforme leciona CHAVES JUNIOR:

A primazia da realidade virtual, portanto, se dá como um parâmetro jurídico para dirimir controvérsias que decorram das novas relações de trabalho, com ênfase na prevalência do sistema, do *software*, do aplicativo e até mesmo do algoritmo oriundo do poder diretivo da empresa sobre disposições abstratas. Em outras palavras, na produção pós-industrial, prevalece a gestão oriunda da inteligência artificial, e não o acordo de vontade abstrato das partes. É o determinado pelo algoritmo do aplicativo que vigora na prática e é o que decorre dessa realidade virtual, do código-fonte, que deve ser considerado como substrato para a incidência do ordenamento jurídico, não as disposições emanadas da vontade formal das partes.⁽²⁸⁾

Vê-se que as nuances próprias da dinâmica presente na organização do negócio empresarial, operadas pelo algoritmo, descola o trabalhador (motorista) da estrutura rígida, direta e hierarquizada na fiscalização do seu trabalho, a exemplo do que se dá nos modelos fordista e toyotista, fazendo com que as empresas de plataforma chamem isto equivocadamente, ou talvez de má fé, de autonomia e independência no trabalho, ocorrendo no modelo uberizado o que CARELLI chama de “direção por objetivos”, decorrente da programação algorítmica em que, a partir “da estipulação de regras e comandos preordenados e mutáveis pelo seu

programador, ao trabalhador é incumbida a capacidade de reagir em tempo real aos sinais que lhe são emitidos para realizar os objetivos assinalados pelo programa”.⁽²⁹⁾

A tecnologia, em regra, traz progresso e avanços nos processos de produção, mas não dispensa análise crítica quanto aos seus pressupostos, mormente quando envolve relação de trabalho massificada e que expõe uma contradição sem tamanho entre alta performance tecnológica e precarização de ganhos e condições de labor dos trabalhadores envolvidos. Nesse sentido é que, invocando as lições de MAX WEBER sobre a “orientação econômica” ou “fins econômicos” no desenvolvimento da tecnologia, destaca ZUBOFF que, “numa sociedade capitalista moderna, a tecnologia foi, é e sempre será uma expressão dos objetivos econômicos que a dirigem para ação”⁽³⁰⁾.

Quanto ao argumento, nas decisões do TST, de que as plataformas proporcionam trabalho em meio ao desemprego estrutural, e que o reconhecimento do vínculo de emprego poderia frustrar esse tipo de empreendimento no Brasil, recorda-se, com CASILLI, que o desejo de emancipação dos trabalhadores com relação à subordinação clássica, e consequente autonomia e liberdade no trabalho, ficaram restritas apenas ao “sonho de uma classe virtual”, evidenciando-se o novo modelo do trabalho mediado pelas tecnologias das plataformas como trabalho sujeito a uma “subordinação técnica”, executado de forma desgastante e sem proteção⁽³¹⁾.

(28) CHAVES JUNIOR, José Eduardo Resende. Controle e contrato hiper-realidade: a relação de emprego na era da economia orientada a dados. In: CAVALCANTI, Tiago Muniz; FONSECA, Vanessa Patriota da (Orgs.). *Futuro do trabalho: os efeitos da revolução digital na sociedade*. Brasília: ESMU, 2020. p. 111.

(29) CARELLI, Rodrigo de Lacerda. O Caso Uber e o Controle por Programação: de carona para o Século XIX. In: LEME, Ana Carolina Reis Paes; RODRIGUES, Bruno Alves; CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende (Coordss). *Tecnologias Disruptivas e a Exploração do Trabalho Humano: a intermediação de mão-de-obra a partir das plataformas eletrônicas e seus efeitos jurídicos e sociais*. São Paulo: LTR, 2017. p. 140.

(30) ZUBOFF, *Op. cit.*, p. 27.

(31) CASILLI, Antônio A. Da classe virtual aos trabalhadores do clique: a transformação do trabalho em serviço na era das plataformas digitais. *Rev. Matrizes/USP*, v. 14, n. 1, jan./abr. 2020. São Paulo – Brasil. p. 13-21 (<http://dx.doi.org/10.11606/issn.1982-8160.v14i1p13-21>).

Calha bem ao caso, a despeito da posição de deixar o mercado regular esse tipo de relação de trabalho, conforme ocorre nas atividades de autônomos, a lição de BAUMAN quando diz que: “Neste mundo novo, pede-se aos homens que busquem soluções privadas para problemas de origem social, e não soluções geradas socialmente para problemas privados”.⁽³²⁾

4. Considerações finais

Percebe-se que a evolução da tecnologia e o surgimento de novas formas de trabalho, a exemplo do que ocorre com os motoristas de transporte por aplicativos, motoqueiros e ciclistas-entregadores, introduzem novos fatos e valores no mundo do trabalho, exigindo também postura renovada dos operadores do direito e intérpretes da lei e da Constituição. O modelo tradicional da disciplina no trabalho está sendo substituído por um modelo de controle ostensivo por meios informatizados e telemáticos, com novas formas de “comando”, “controle” e “fiscalização” (art. 6º da CLT), o que cobra novas posturas hermenêuticas.

É imprescindível, portanto, que na análise desse tipo de relação de trabalho na era do capitalismo de plataformas, o operador do direito não se reste seduzido pelas vantagens que a tecnologia proporciona no mercado de consumo sem fazer a leitura do impacto que causa no mercado de trabalho, ante ao que se constata em termos de precarização, marcada por um trabalho de multidão, com altas jornadas, ganhos pífios e zero proteção social. Não se pode olvidar do que está por trás da tecnologia, que não é autôctone, mas direcionada para fins predeterminados, conforme ocorre agora na era do capitalismo digital.

Reconhecer presente neste tipo de relação de trabalho a autonomia do trabalhador, ignorando as novas facetas do capitalismo tecnológico, movido a dados, de bens intangíveis,

volátil, da empresa vazia e do ordenamento e organização do negócio em controle por programação, é o mesmo que abandonar os trabalhadores à própria sorte num jogo de forças entre capital e trabalho que se mostra cruel à classe trabalhadora e à sociedade como um todo, mostrando-se curioso que movimento oposto tem ocorrido em países muito mais marcados pelas políticas do liberalismo econômico, ou neoliberalismo, a exemplo do que ocorre nos Estados Unidos, Reino Unido, Itália, Holanda, Suíça, França, dentre outros, onde os poderes judiciário e legislativo têm adotado postura no sentido de conferir maior proteção aos trabalhadores, rechaçando a falácia da autonomia e/ou independência preconizada pelas empresas de plataforma.

Impõe-se conferir máxima efetividade aos comandos constitucionais acerca do trabalho humano, conforme os fundamentos e objetivos da República, bem como os direitos fundamentais insculpidos no art.7º da Constituição Federal, soando estranho que o Brasil, contando atualmente com milhões de trabalhadores vinculados ao trabalho por aplicativos, diante de toda a onda de precarização nas relações de trabalho levada a efeito nos últimos anos, mormente no que toca ao poder judiciário trabalhista, ande na contramão deste movimento jurídico-legislativo internacional que se impõe no enfrentamento destas novas realidades do mundo do trabalho.

5. Referências

ABÍLIO, Ludmila. C.; ALMEIDA, Paula. F.; AMORIM, Henrique; CARDOSO, Ana. C. M.; FONSECA, Vanessa. P.; KALIL, Renan. B.; MACHADO, Sidnei. *Relatório Parcial de Pesquisa — Condições de trabalho em empresas de plataforma digital: os entregadores por aplicativo durante a Covid-19*. GT Trabalho Digital da Rede de Estudos e Monitoramento da Reforma Trabalhista/REMIR. São Paulo: REMIR, 2020. 11 p. Disponível em: <<https://www.eco.unicamp.br/remir>>. Acesso em: 20 abr. 2022.

BAUMAN, Zygmunt. *Capitalismo Parasitário e outros temas contemporâneos*. Tradução Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

(32) BAUMAN, Zygmunt. *Capitalismo Parasitário: e outros temas contemporâneos*. Tradução Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010. p. 50.

CARELLI, Rodrigo. O Caso Uber e o Controle por Programação: de carona para o Século XIX. In: LEME, Ana Carolina Reis Paes; RODRIGUES, Bruno Alves; CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende (Coords.). *Tecnologias Disruptivas e a Exploração do Trabalho Humano*: a intermediação de mão-de-obra a partir das plataformas eletrônicas e seus efeitos jurídicos e sociais. São Paulo: LTr, 2017. p. 130-146.

CARELLI, Rodrigo; CARELLI, Bianca Neves Bomfim. A zona cinzenta do trabalho e emprego, trabalhadores sob demanda em plataformas digitais e trabalhadores portuários avulsos: direitos trabalhistas além da relação de emprego. *Contracampo*, Niterói, v. 39, n. 2, p. 28-41, ago./nov. 2020. Disponível em: <<https://periodicos.uff.br/contracampo/article/view/38553>>. Acesso em: 22 abr. 2022.

CASAGRANDE, Cássio. *Com motoristas empregados, o Uber acaba?* Os saltos tecnológicos do capitalismo e a regulação da economia digital. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/o-mundo-fora-dos-autos/com-motoristas-empregados-o-uber-acaba-01032021>>. Acesso em: 20 out. 2021.

CHAVES JUNIOR, José Eduardo Resende. Direito do trabalho 4.0: “controle” e “alienidade” como operadores conceituais para a identificação da relação de emprego no contexto dos aplicativos de trabalho. *Revista do Tribunal do Trabalho da 2ª Região*, n. 22/2019, São Paulo: TRT/SP, 2019, p. 36. Disponível em: <<https://ww2.trtsp.jus.br/bases-juridicas/publicacoes/revista-do-tribunal/>>. Acesso em: 20 abr. 2022.

_____. Controle e contrato hiper-realidade: a relação de emprego na era da economia orientada a dados. In: CARELLI, Rodrigo de Lacerda; CALVANTI, Tiago Muniz; FONSECA, Vanessa Patriota da. *Futuro do trabalho*: os efeitos da revolução digital na sociedade. Brasília: ESMPU, 2020.

_____; OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio; OLIVEIRA NETO, Raimundo Dias de. Plataformas digitais e vínculo empregatício? A cartografia dos indícios de autonomia, subordinação e dependência. *Revista Eletônica Jota*, p. 1-5, 26 ago. 2020. Disponível em: <<https://trab21.blog/2020/08/26/plataformas-digitais-e-vinculo-empregaticio-a-cartografia-dos-indicios-de-autonomia-subordinacao-e-dependencia-artigo-de-jose-eduardo-de-resende-chaves-junior-murilo-carvalho-sampaio-oliveira-e-r/>>. Acesso em: 20 abr. 2022.

COULDRY, Nick. Entrevista. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/607425-pela-primeira-vez-na-historia-humana-a-producao-de-conhecimento-funde-se-com-a-producao-de-lucro-entrevista-especial-com-nick-couldry>>. Acesso em: 22 abr. 2022.

DOWBOR, Ladislau. *O capitalismo se desloca*: novas arquiteturas sociais. São Paulo: Edições Sesc São Paulo, 2020.

GAIA, Fausto Siqueira. *Uberização do trabalho*: aspectos da subordinação jurídica disruptiva. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

_____; OLIVEIRA NETO, Raimundo Dias de. Trabalho por intermédio de plataformas tecnológicas: uma análise da autonomia à luz da Lei n. 12.587/2012. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, SP, v. 86, n. 3, p. 57-74, jul./set. 2020.

HARARI, Yuval Noah. *Homo Deus*. Uma breve história do amanhã. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

OLIVEIRA NETO, Raimundo Dias de. Elementos Fático-Jurídicos da Relação de Emprego no Trabalho dos Motoristas de Aplicativo. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, v. 86, n. 1, jan./mar 2020, p. 152-167.

_____. Decisões do TST no caso Uber: Análise e contrapontos. In: PORTO, Noemia; LOURENÇO FILHO, Ricardo; CONFORTI, Luciana Paula. *Plataformas digitais de trabalho* [livro eletrônico]: aspectos materiais e processuais. Brasília-DF: Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho-ANAMATRA; Escola Nacional Associativa dos Magistrados da Justiça do Trabalho-ENAMATRA, 2021 (ISBN 978-85-60749-26-3), p. 214-233. Disponível em: <<https://www.anamatra.org.br/publicacoes/enamatra>>. Acesso em: 20 abr. 2022.

SLEE, Tom. *Uberização*: a nova onda do trabalho precarizado. Trad. João Peres. São Paulo: Elefante, 2017.

SRNICEK, Nick. *Capitalismo de Plataformas*. 1. ed. Trad. Aldo Giacometti. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Caja Negra, 2018.

TOZI, Fábio; DUARTE, Leandro Ribeiro; CAS-TANHEIRA, Gabriel Rocha. Trabalho Precário, Espaço Precário: As plataformas digitais de transporte e os circuitos da economia urbana no Brasil. *Ar@cne Revista Electrónica de Recursos en Internet*

sobre Geografía y Ciencias Sociales — Universidad de Barcelona ISSN 1578-0007 Vol. XXV. Núm. 252 1 mar. 2021 DOI: <<https://doi.org/10.1344/ara2021.252.33968>>. Acesso em: 20 abr. 2022.

ZUBOFF, Shoshana. *A era do capitalismo de vigilância? A luta por um futuro humano na nova fronteira do poder*. 1. ed. Trad. George Schlesinger. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2021.

Como Compatibilizar o Acesso à Informação para a Produção de Provas Digitais e o Respeito aos Direitos Fundamentais e Personalíssimos?

Elisângela Bressani Schadt^(*)

Resumo:

- ▶ A importância da compatibilização entre o acesso à informação e o sigilo, além da não violação à intimidade e à privacidade, direitos personalíssimos constitucionalmente assegurados, exige, cada vez mais, a adoção de critérios e ponderação pelo judiciário com a crescente utilização de requerimentos de produção de provas digitais. A necessidade de concordância ou não das partes, em especial da parte que terá seu direito violado, ou mesmo a avaliação dos critérios da proporcionalidade e necessidade, limitação do uso para fins específicos ou mesmo a possibilidade de produção da prova por outro meio, devem ser avaliados pelo julgador exigindo preparo de todos os envolvidos.

Palavras-chave:

- ▶ Prova digital — Acesso à informação — Compatibilização das provas — Direitos Fundamentais — Direitos personalíssimos — Direito ao sigilo.

Abstract:

- ▶ The importance of reconciling access to information and secrecy, in addition to not violating emotional; physical; mental, and spiritual intimacy and privacy, which are very personal and constitutionally guaranteed rights, increasingly requires the adoption of parameters and weighting, by the judiciary, due to the increasing use of digital evidence requirements. The need for agreement or not by the parties, particularly the party whose rights could be violated, or even the need for the evaluation of the criteria of proportionality and necessity, apart from the limitation of use for specific purposes or even the possibility of producing evidence by any other means, demands preparation, not only by the judge but also by all those involved.

Key-words:

- ▶ Digital evidence — Access to information — Compatibility of evidence — Fundamental Rights — Very personal rights — Right to confidentiality.

(*) Advogada. Especialista em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Os limites do acesso à informação e a proteção dos Direitos à intimidade e privacidade no uso das provas digitais
- ▶ 3. Conclusão
- ▶ 4. Referências

1. Introdução

As inovações tecnológicas foram surpreendentes nos últimos trinta anos, contudo, o que se viu nos derradeiros três anos desde que o mundo foi assolado pela Pandemia SARS-CoV-2 foi impressionante e transformador, pois acelerou o processo digital como um todo e, como o Direito reflete a sociedade, o que se viu foram mudanças legais e a necessidade de adequação da norma à condição atual da sociedade, que se encontrava enclausurada em seus lares, mas, ao mesmo tempo tendo que produzir e solucionar conflitos.

Nesse sentido não só o trabalho passou a ser preponderantemente digital, como o desenvolvimento de uso de provas digitais sofreu um grande avanço e o ramo do Direito do Trabalho vem se utilizando dessas ferramentas e das provas digitais de forma crescente para dar prosseguimento aos processos e garantir a justiça.

Num passado não tão remoto eram expedidos malotes com ofícios aos bancos, empresas de telefonia e órgãos públicos, solicitando informações financeiras, dados de ligações ou mesmo dos bens em nome dos executados e o processo era apenas físico. Contudo, com a celebração de acordos e a disponibilização de ferramentas de pesquisa a Justiça do Trabalho passou a ter acesso direto a tais informações e a solicitar o bloqueio de contas e bens de forma instantânea o que, por si, foi um grande avanço para a efetividade das execuções. Unido a isso, foi implantado o PJE — Processo Judicial Eletrônico que foi um avanço e permitiu o andamento dos processos mesmo

com a Pandemia e fechamento das unidades judiciárias, o que garantiu que grande parte do jurisdicionado pudesse dar andamento em seus processos e ter acesso ao Judiciário, ainda que de forma remota.

Vale destacar que foram editadas normas com relação ao uso das provas digitais, pois provas tradicionais se tornaram inviáveis nos últimos anos por uma questão social e de segurança e, nesse contexto, a rainha das provas, vem perdendo seu reinado com a disponibilização de equipamentos tecnológicos que permitem a produção de provas mais eficazes e íntegras do que a prova testemunhal. Os recursos tecnológicos disponíveis no mercado permitem que empresas e empregados comprovem horas extras, tempo à disposição, deslocamentos, entre outras, demonstrando que a temática veio para ficar e que, portanto, nos resta apenas o estudo e o controle destes mecanismos de forma a garantir sua autenticidade e a preservação dos direitos personalíssimos e fundamentais, dentre eles o direito à intimidade e privacidade nesse contexto.

2. Os limites do acesso à informação e a proteção dos Direitos à intimidade e privacidade no uso das provas digitais

É importante relembrar que a prova digital serve ao homem e não o contrário e, portanto, os direitos personalíssimos, em especial o direito à intimidade e privacidade, devem ser respeitados e, nessa toada, a matéria demanda regulamentação própria na seara processual trabalhista e, assim sendo, maiores estudos e diálogos sociais.

Notícia veiculada no site do TST⁽¹⁾, datada de 13 de dezembro de 2021, descreve que a Justiça do Trabalho é pioneira no uso de provas digitais e vem investindo na formação e especialização de servidores e magistrados na produção de provas digitais, desde 2020, no chamado “Programa Provas Digitais” que, inclusive, resultou em uma parceria com a Microsoft para o fornecimento de informações solicitadas pelos magistrados, convalidada no Ato Conjunto TST. CSJT. CGJT n. 31, de 04 de agosto de 2021. Vê-se que há incentivo no uso de provas digitais na instrução processual com o objetivo de buscar maior celeridade e a verdade dos fatos controvertidos.

Segundo a aludida notícia acima, acompanhada de vídeo explicativo disponibilizado no sítio do TST, as provas digitais são informações tecnológicas que podem ser utilizadas na busca da verdade dos fatos, tais como, registros de geolocalização, mensagens enviadas por aplicativos e e-mails, postagens em redes sociais, biometria, acesso a banco de dados, fotografias com EXIF's que exibem detalhes de localização, endereços residenciais, dentre outras que podem comprovar se o empregado realizou horas extras e a veracidade dos afastamentos médicos e dispensar a prova oral tradicionalmente usada na Justiça do Trabalho e considerada, até então, a rainha das provas nessa seara.

Por certo, a utilização destas ferramentas trará maior celeridade e economia processual, pois dispensa intimação, coleta e registro da prova testemunhal e são consideradas mais precisas e neste aspecto a Justiça do Trabalho está de parabéns pelo pioneirismo e esforço empregado para manter o andamento dos processos e buscar minorar os danos causados ao jurisdicionado com a paralisação das atividades presenciais em todo o país, todavia, para a realização desta Justiça dita mais célere não pode haver violação aos direitos fundamentais e da personalidade.

(1) Disponível em: <<https://www.tst.jus.br/provas-digitais>>.

A sociedade atual está interconectada de forma digital e, portanto, se comunica por aparelhos móveis e aplicativos de mensagens escritas e de áudios, que foram incorporados de tal maneira que o uso de telefonia passou a ser secundário. Verifica-se ainda uma tendência a exposição da vida privada em redes sociais o que facilita o acesso aos bens da pessoa, endereço, além do acesso a ostentação dos executados com viagens, festas, amigos, família e lazer de um modo geral, ou seja, a vida inteira da pessoa pode ser coletada da internet e ser utilizada como prova digital, mas o Direito ainda não regulamentou todas essas novas formas de acesso à informação e, deste modo, a linha entre o que é permitido e vedado é tênue e demanda a análise do caso concreto.

Isto porque, o conhecimento e uso destas ferramentas digitais deve ser apropriado e limitado, sob pena de poder violar a intimidade ao se ter acesso a registros pessoais e da vida privada das partes ou mesmo de terceiros que sequer integram a lide.

Ocorre que, mesmo os registros podendo ser encontrados em fontes de livre acesso, é sabido que o usuário sequer tem noção de que ao se registrar em determinadas redes sociais ou sites está conferindo liberdade de acesso e compartilhamento de seus dados.

É certo que o art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988 assegura aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes e os artigos 369 e 370 do Código de Processo Civil autorizam as partes a empregarem todos os meios legais para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e a Lei de Acesso à Informação, Lei n. 12.571/2011, pode ser utilizada como fundamento para o uso de provas digitais, contudo, isso encontra limite no próprio direito.

O Marco Civil da Internet, Lei n. 12.965/2014, determina o prazo de guarda dos registros de internet e a possibilidade de requisição judicial

destes registros e dados armazenados e a própria Lei Geral de Proteção de Dados, Lei n. 13.709/2018, também dispõe sobre o tratamento de dados pessoais na hipótese de exercício de direitos em processo judicial (art. 7º, VI, e 11, II, “a”), mas garante o sigilo das informações e dos dados recebidos, visando preservar a intimidade da vida privada, da honra e da imagem do seu titular, conforme art. 23 da Lei n. 12.965/2014 e art. 2º, I e III, da LGPD.

Com essa crescente necessidade de regulamentação acompanhada da crise causada pela Pandemia, a Lei Geral de Proteção de Dados — LGPD n. 13.709, de 14 de agosto de 2018, que estava adormecida, em agosto de 2020 foi motivo de total atenção com a decisão de vigência imediata de vários dispositivos. Aludida norma impactou em todas as áreas do Direito ao dispor sobre tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade.

Outro ponto que merece atenção é que o acesso destas informações e disponibilização no processo demanda a aplicação de sigilo processual e a necessidade de se saber avaliar e mesmo limitar a abrangência da pesquisa e proteção aos dados sensíveis, daí ser imprescindível a capacitação dos servidores e magistrados e dos próprios advogados para que não se ultrapasse o limite do que é permitido e necessário e se garanta a proteção da intimidade e da vida privada. O poder instrutório dos magistrados, previsto no art. 765 da CLT, e o princípio da eficiência, previsto no art. 37 da Carta Cidadã, encontram limites no princípio da proporcionalidade e da intimidade e vedação à violação à vida privada, direitos estes constitucionalmente invioláveis.

E mais, as provas obtidas de plataformas digitais não podem ser consideradas provas isoladas e soberanas, pois deve ser avaliado o conjunto probatório como um todo e o uso destas ferramentas e provas deve estar em harmonia com a legislação acima citada, em especial com a

LGPD — Lei Geral de Proteção de dados, não apenas com relação a garantia de vedação ao vazamento de dados, mas também quanto ao abuso no acesso de dados desnecessários ao feito.

Aliás, do mesmo modo que não se pode acobertar condutas ilícitas realizadas no meio digital e o anonimato dos autores de crimes cibernéticos, também não se pode, sob o pretexto de uso no processo, ter acesso a informações pessoais e atinentes a vida privada da pessoa, entrando em cena, portanto, o princípio da proporcionalidade. Isto, porque, se há outros meios de produção de provas menos lesivas ao executado, deve-se optar por estes meios, resguardando o direito a intimidade e a privacidade.

Vale lembrar que não faz muito tempo que se discutiu a licitude quanto a utilização de gravação e interceptação telefônica em processos judiciais e agora a pauta é a admissão da utilização de prova oral obtida por WhatsApp ou aplicativos similares como confissão ou prova ou mesmo, como meio de produção de prova, em consonância com o disposto no art. 369 do CPC.

Essa questão foi abordada no artigo de autoria do professor Guilherme Guimarães Feliciano publicado no sitio: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/juizo-de-valor/prova-oral-obtida-por-whatsapp-e-aplicativos-similares-pode-jose-27092021>>, no qual afirma que “a colheita de prova testemunhal por videochamada de WhatsApp é plenamente válida, mesmo fora dos contextos do rito processual de emergência inaugurado pelo Ato n. 11/GCGJT, de 23.4.2020 (para o processo do trabalho), seja à vista do princípio da instrumentalidade das formas (CPC, arts. 188 e 277), seja ainda à vista do princípio da duração razoável do processo (CRFB, art. 5º, LXXVIII), especialmente se se tratar de parte ou testemunha que não poderia se sujeitar à presencialidade sem grande dispêndio (p. ex., testemunha com domicílio no exterior)”.

E ao tratar da confiabilidade da prova digital, em artigo intitulado “Considerações sobre a autenticidade e a integridade da prova digital” o autor Guilherme de Siqueira Pastore⁽²⁾ afirma que *“O que muitas vezes se negligencia, como efeito desse crescente conforto com a prova digital, é que documentos eletrônicos em sentido estrito e outras informações armazenadas em meio eletrônico são também suscetíveis de falsidade, não apenas ideológica, mas também material. Conforme já se apontou no início, uma sequência de dados armazenada em meio eletrônico pode, desde que o meio comporte gravação ou que a informação seja transportada a outro meio que a comporte, ser alterada, o que pode ser difícil ou mesmo impossível de detectar, pelas próprias peculiaridades do suporte: ... “A verificação da presença desses requisitos depende estritamente do suporte em que os dados são armazenados, da forma como são produzidos, da finalidade a que se destinam e, sobretudo, do estado da técnica. O essencial, portanto, é que se tenha sempre presente a sua imprescindibilidade e, em caso de dúvida fundada, haja o recurso à prova pericial para que o exercício da jurisdição não seja induzido em erro por elementos que não tenham aptidão ou idoneidade para retratar a realidade”.*

E o mesmo autor conclui que: *“Pela exposição contida nos tópicos precedentes, pretendeu-se demonstrar que a tecnologia abriu caminho, antes mesmo da disciplina legislativa, para a atividade probatória em meio eletrônico, considerando que a prova é um dos grandes pontos de contato entre o processo e a realidade exterior, cuja evolução necessariamente acompanha. Essa antecipação foi possível porque, a despeito das peculiaridades do suporte digital, as informações armazenadas em meio eletrônico guardam com os documentos, em sentido amplo, identidade de conteúdos e finalidades. O suporte digital, por si só, permite a alteração irrestrita e indetectável das informações nele*

armazenadas, mas, paradoxalmente, oferece, na presença de determinadas cautelas, garantias de autenticidade e integridade superiores às que o suporte físico jamais foi capaz de propiciar. Essa contradição enseja a oscilação da doutrina e da prática forense entre extremos, desde a absoluta desconfiança e prevenção em relação ao meio, até a confiança excessiva, desatenta aos atributos de cada específica fonte de prova. A proposição que se extrai dessas premissas é de que a produção de prova digital depende, quando indisponíveis os direitos em litígio, inclusive no processo criminal, ou quando impugnada a reprodução, de escorreita demonstração de autenticidade e integridade, a ser assegurada por meios técnicos adequados, sob pena de o elemento de prova obtido de fonte digital não carregar eficácia probatória”.

Outra questão que merece atenção são as juntadas aos autos de dados sensíveis, os metadados processuais (informações estruturadas dos processos judiciais — Art. 2º, Resolução n. 331/2020 do CNJ), a geolocalização do Facebook e outros sites/plataformas, exposição de dados no twitter, entre outros, pois o art. 93, IX, da Constituição Federal garante a preservação do direito a intimidade do interessado no sigilo, quando não houver prejuízo ao interesse público a informação, pois o princípio da publicidade não é absoluto encontrando óbice na intimidade e no interesse social (art. 5º, LX, da CF e art. 189, III, do CPC). É certo que nem todo dado pessoal está na esfera da intimidade, mas deve-se saber diferenciá-lo a fim de evitar violações, pois a Lei n. 11.419/2006 no seu § 6º do art. 11, prevê acesso por advogados, ainda que sem procuração nos autos, o que abre a possibilidade de vazamento de dados se não restrito o acesso apenas às partes, além da busca de informações em “Google” e outros sites que fornecem dados integrais do processo, partes e testemunhas, devendo, pois, ser dada efetividade ao art. 25 da Lei do Acesso à Informação. Logo, determinados dados acessados pelos magistrados e partes sequer

(2) Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/142286>>.

podem ser encartados aos autos, sob risco de divulgação de dados sensíveis na rede mundial de computadores, o que foi, inclusive, regulamentado pelo CNJ na Resolução n. 215/2015 (art. 32 e 33).

A intimidade, a vida privada, a honra e imagem das pessoas, bem como suas liberdades e garantias individuais devem ser protegidas de acessos e transmissões não autorizadas, o que está previsto, inclusive, na Resolução n. 332/2020 do CNJ e Recomendação n. 73/2020 do CNJ.

Em suma, dados pessoais devem ser protegidos no processo, em especial no processo do trabalho, tais como laudos médicos, fotografias, vídeos, conversas, dados bancários, entre outros e o tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nos autos, observado o disposto na Lei n. 13.709/2018. A proteção de dados pessoais deve se compatibilizar com os princípios da publicidade e do acesso à informação e o Poder Judiciário tem o dever de encontrar a solução para essa conciliação e não expor dados sensíveis de modo a violar a intimidade e a privacidade das pessoas, nos termos do que preconiza a própria LGPD — Lei n. 13.709/2018.

A propósito, os autores Leandro Fernandez e Luciana Paula Conforti no artigo “A Lei Geral de Proteção de Dados e o Poder Judiciário Trabalhista como garantidor dos Direitos Fundamentais e Personalíssimos” assim lecionam: *“Inicialmente, é importante analisar a lei Geral de Proteção de Dados Pessoais como ponto de partida e marco definidor das políticas de segurança da informação do Poder Judiciário. Partindo-se dessas premissas, tem-se, de logo, como desafiadora a compatibilização do estabelecimento da confidencialidade, privacidade e integridade dos dados sensíveis com a disponibilidade dos dados necessários à transparência ou publicidade, princípio inafastável da Administração Pública, conforme prevê o art. 37, § 3º, II, da Constituição e a Lei de Acesso à Informação (Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011), em cumprimento ao art. 5º, XXXIII, e art. 216, § 2º*

da Constituição). Relevante, ainda, considerar a observância dessa nova política de segurança da informação por todos que integram ou que trabalham no Poder Judiciário (magistrados, servidores, estagiários, terceirizados), sob pena de apuração das responsabilidades e penalizações nos âmbitos penal, civil e administrativo”.

E prosseguem os autores lecionando que *“Compete a todos que atuam no Poder Judiciário adotar cautelas a fim de que os dados pessoais e sensíveis tratados não sejam divulgados de forma indevida, com violação aos direitos de personalidade e à dignidade humana, em observância ao art. 11 do Código Civil e à LGPD, sob pena de responsabilização nos âmbitos civil, penal e administrativo”... Apesar de o Código mencionar que a proibição dessas divulgações ocorrerá a requerimento do interessado, entende-se que caberá ao magistrado, independentemente de requerimento, verificar quais direitos personalíssimos poderão ser violados e garantir a respectiva proteção. Acerca de tal aspecto, inclusive, é importante ressaltar que esse poder-dever é inerente à magistratura, em razão da proteção dos direitos fundamentais previstos na Constituição, podendo-se citar, além do Código Civil e da LGPD, a aplicação do art. 8º do CPC, no tocante à proteção e promoção da dignidade humana”.*

Deve-se proteger, ainda, a exposição do indivíduo à discriminação e uso desenfreado das AIs — Algoritmos de inteligência artificial e Vieses tanto nas contratações como julgamentos pelos Tribunais Superiores nessa Era Digital e de Dados que vivemos refletindo os valores das pessoas ou população para quem vão servir⁽³⁾.

E nesse contexto, artigo provocativo sob o tema intitulado “Proteção de dados pessoais e publicidade processual: um contrassenso?”⁽⁴⁾

(3) Disponível em: <<https://www.programaria.org/algoritmos-de-inteligencia-artificial-e-vieses-uma-reflexao-sobre-etica-e-justica/>>.

(4) Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-abr-15/zanetti-protacao-dados-pessoais-publicidade-processual>>.

o autor Dânton Zanetti transcreve as sábias lições de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery que resume a importância da temática ao afirmar que “(...) *cada Tribunal deverá ter o cuidado de não expor informações desnecessárias que possam comprometer/constranger a pessoa, mesmo que o processo não siga em segredo de justiça*”. Os dados pessoais não são públicos, mas apenas os atos processuais e isso demanda regulamentação, pois a Lei Geral de Proteção de Dados ainda é insuficiente para essa proteção”.

O mesmo autor conclui ainda: “*Tal orientação corrobora a presente conclusão, uma vez que permitiria, que as autoridades competentes, em ambiente apropriado, melhor estabeleçam o referido diálogo das fontes entre CPC e LGPD na rotina dos tribunais pátrios, dando maior efetividade ao disposto no art. 194, do CPC [13], sobretudo no que concerne a mecanismos de pseudonimização de dados pessoais veiculados em processos e peças processuais, de modo a limitar o acesso de terceiros (ou seja, atores externos à relação inter partes) quanto a dados pessoais, especialmente aqueles considerados sensíveis, nos termos do art. 5º, II, da LGPD*”.

3. Conclusão

A Justiça do Trabalho se curvou à necessidade de utilização de provas digitais e numa postura vanguardista vem capacitando seus servidores e magistrados quanto ao uso destas ferramentas de pesquisa, no entanto, os estudos também devem avançar em relação aos limites de acesso as provas e informações, especialmente em relação às informações em redes fechadas.

Há de se dar aplicação ao princípio da proporcionalidade, previsto no art. 8º do CPC, a fim de que o acesso a informação e uso de provas digitais não ofendam o direito à intimidade e à vida privada do indivíduo sendo importante a realização de cursos e pesquisas na busca do aperfeiçoamento da LGPD na esfera do processo do trabalho a fim de assegurar

que esses direitos irrenunciáveis e invioláveis sejam resguardados promovendo a proteção dos dados pessoais e sensíveis e impedindo que a evolução tecnológica e uso de inteligência artificial tenha caráter invasivo e discriminatório.

A intimidade, a vida privada, a honra e imagem das pessoas, bem como suas liberdades e garantias individuais devem ser protegidas de acessos e transmissões não autorizadas e, ainda, que autorizado o acesso, devem ser limitados o máximo possível a fim de se evitar abusos e a extrapolação além do extremamente necessário.

Os dados pessoais devem ser protegidos no processo, em especial no processo do trabalho e o tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nos autos, a fim de se compatibilizar a proteção de dados pessoais com os princípios da publicidade e do acesso à informação e o Poder Judiciário tem o dever de encontrar a solução tanto a fim de que em nenhuma hipótese sejam expostos ou vazados dados sensíveis de modo a violar a intimidade e a privacidade das pessoas.

Em suma, a proposição que se extrai dos tópicos anteriores é a importância da compatibilização entre o acesso à informação e o sigilo, além da não violação à intimidade e à privacidade, direitos personalíssimos constitucionalmente assegurados e, portanto, a necessidade de se exigir cada vez mais a adoção de critérios e ponderação pelo judiciário com a crescente utilização de requerimentos de produção de provas digitais. A necessidade de concordância ou não das partes, em especial da parte que terá seu direito violado, ou mesmo a avaliação dos critérios da proporcionalidade e necessidade, limitação do uso para fins específicos ou mesmo a possibilidade de produção da prova por outro meio, devem ser avaliados pelo julgador exigindo preparo e formação de todos os envolvidos, a fim de que o manejo das provas digitais seja restrito e útil.

4. Referências

Algoritmos de Inteligência Artificial (IA) e Vieses: uma reflexão sobre ética e justiça. *Programaria*. Disponível em: <<https://www.programaria.org/algoritmos-de-inteligencia-artificial-e-vieses-uma-reflexao-sobre-etica-e-justica/>>. Acesso em: 23 abr. 2023.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Prova oral obtida por WhatsApp e aplicativos similares*: pode, José? Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/juizo-de-valor/prova-oral-obtida-por-whatsapp-e-aplicativos-similares-pode-jose-27092021>>. Acesso em: 23 abr. 2023.

FERNANDEZ, Leandro; CONFORTI, Luciana Paula. A Lei Geral de Proteção de Dados e o Poder Judiciário Trabalhista como garantidor dos Direitos Fundamentais e Personalíssimos. In: CONFORTI, Luciana Paula Conforti; PORTO, Noemia Aparecida

Garcia; LOURENCO FILHO, Ricardo Machado (Coords.). *A Competência da Justiça do Trabalho 15 anos após a Emenda Constitucional n. 45/2004: Ampliação, limites e avanços necessários*. 1. ed. São Paulo: LTr Editora, 12 ago. 2021.

PASTORE, Guilherme de Siqueira. Considerações sobre a autenticidade e a integridade da prova digital. *Cadernos Jurídicos* (da Escola Paulista da Magistratura), São Paulo, ano 21, n. 53, p. 63-79, jan./mar. 2020. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/142286>>. Acesso em: 23 abr. 2023.

ZANETTI, Dânton. Proteção de dados pessoais e publicidade processual: um contrassenso? *Migalhas*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/343796/protecao-de-dados-pessoais-e-publicidade-processual-um-contrassenso>>. Acesso em: 23 abr. 2023.

Responsabilidade Civil na LGPD

Lara Isabel Marcon Santos^(*)

Resumo:

- ▶ Este estudo tem por objetivo analisar a responsabilidade civil de agentes de tratamento de dados pessoais instituído pela LGPD (Lei n. 13.709/18), menciona as hipóteses de exclusão da responsabilidade, bem como seus reflexos no ordenamento jurídico pátrio. Será abordado questões relacionadas aos aspectos tocantes ao direito do trabalho relativo às fases pré-contratual, execução do contrato e término da relação jurídica.

Palavras-chave:

- ▶ LGPD — Dados pessoais — Responsabilidade civil — Relações de trabalho.

Abstract:

- ▶ This study aims to analyze the civil liability of personal data processing agents established by the LGPD (Law n. 13.709/18), as well as the hypotheses of exclusion of liability, as well as its consequences in the national legal system. Issues related to labor law aspects related to the pre-contractual phases, contract execution and termination of the legal relationship will be addressed.

Key-words:

- ▶ LGPD — Personal data — Civil responsibility — Work relationships.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Breves considerações sobre a LGPD (Lei Geral de Proteção de Dados)
- ▶ 3. Responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados
- ▶ 4. Excludentes da responsabilidade do agente de tratamento de dados
- ▶ 5. Inversão do ônus da prova
- ▶ 6. Considerações finais
- ▶ 7. Referências

(*) Advogada. Especialista em Direito Humanos pela Universidade de Coimbra, Portugal. Especialista em Direito Processual Civil e em Direito do Trabalhista pela ESA/SP.

1. Introdução

O presente trabalho tem como objetivo analisar a responsabilidade civil no que se refere à proteção de dados pessoais nas relações de trabalho, através da inserção da Lei n. 13.709/18, também denominada como Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD).

Numa visão geral esta norma foi editada para regulamentar as relações estabelecidas entre os titulares, os controladores e operadores dos dados, com objetivo claro de proteger dados de pessoas naturais, frente ao grande avanço tecnológico, de modo a instituir um órgão administrativo, a Agência Nacional de Proteção de Dados, para regulamentar e fiscalizar as relações jurídicas que se enquadram neste contexto.

A questão levantada no presente artigo refere-se a um dos mais relevantes debates atuais em torno da Lei Geral de Proteção de Dados — LGPD, ou seja, seria objetiva ou subjetiva a responsabilidade civil dos agentes de tratamento de dados privados?

A lei não dispõe de modo claro sobre esta questão e há um grande debate doutrinário quanto à natureza da responsabilidade civil estabelecida na Lei Geral de Proteção de Dados — LGPD.

O risco de lesão a direitos no tráfego de dados pessoais é uma realidade que encontramos frequentemente noticiada nas mídias e evidenciam vazamento de informações pessoais sensíveis.

Todas as atividades de tratamento de dados pessoais levadas a efeito pelo empregador, denominado pela norma como controlador, como a coleta, uso, armazenamento, compartilhamento até a exclusão dos dados pessoais precisam estar de acordo com as normas da Lei Geral de Proteção de Dados — LGPD, sob pena de acarretar entre outras penalidades a responsabilização civil.

2. Breves considerações sobre a LGPD (Lei Geral de Proteção de Dados)

A sociedade vive numa constante evolução em relação à tecnologia e o mercado de dados, estas inovações estão cada vez mais presentes em nossos dias e tem importância significativa em nosso cotidiano. Não se vive mais sem a tecnologia digital.

De fato as novas tecnologias deixam o homem em situação extremamente vulnerável, havendo necessidade de um posicionamento marcante e forte quanto à legislação com o objetivo de proteger os direitos da personalidade.

Por outras palavras, Ivani Contini Bramante (2021, p. 25) diz que

é factível as situação de vulnerabilidade do homem frente às novas tecnologias, assim, a busca da proteção da pessoa humana em todas as normas do ordenamento jurídico à vista do princípio da unidade-funcionalidade do Direito e da supremacia da Constituição, ensancha o constante apelo às normas (princípios e regras) constitucionais, por conta da constitucionalização dos direitos civis e políticos.

A Constituição Federal, em seu art. 218, dispõe que o Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação.

Ainda traz a baila a regra que estabelece tratamento prioritário do Estado em relação à pesquisa científica básica e tecnológica, tudo com o objetivo de estabelecer o bem público e o progresso da ciência, tecnologia e inovação.

Em contraponto, a própria Constituição Federal de 1988, em seu art. 3º, traça as diretrizes de uma sociedade justa, fraterna e solidária, sem discriminação ou desigualdades.

De fato, uma das intenções da lei é facilitar a ciência, a pesquisa, e a inovação tecnológica, a atuação e o fluxo dos negócios das *startups*, máxime na seara do tratamento de dados; a outra intenção é compatibilizar e proteger os

direitos civis e políticos, incluído os direitos de personalidade, frente às inovações tecnológicas (CALCINI, 2021, p. 95).

A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD — Lei n. 13.709/2018), estabeleceu, pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro, um conjunto de normas — regras e princípios — que regulamentam o tratamento de dados pessoais em todas as atividades e setores da economia.

O objetivo da Lei é proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural⁽¹⁾. A lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado.

Dado pessoal corresponde à informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável (art. 5º, inciso I) e dado pessoal sensível são os dados pessoais sobre a origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico.

É certo que a Lei Geral de Proteção de Dados — Lei n. 13.708/18, é uma lei geral, cuja esfera na justiça do trabalho necessita de compatibilização com princípios já existentes que regem o direito do trabalho.

No direito do trabalho nota-se que desde o processo seletivo para contratação de trabalhador, até o armazenamento de dados pessoais daqueles que foram contratados e o término da relação de emprego surgem diversos fatos que necessitam da aplicabilidade das normas estabelecidas na Lei Geral de Proteção de Dados — LGPD.

(1) Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

A Lei Geral de Proteção de Dados — LGPD institui de modo principiológico a responsabilização e prestação de conta⁽²⁾, e, salvo as exceções, o não cumprimento da norma de modo eficaz e contundente acarretam deveres quanto à responsabilidade civil.

Neste sentido, constata-se que

Prever a responsabilização e a prestação de contas como princípio demonstra a intenção da Lei em alertar os controladores e os operadores de que são eles os responsáveis pelo fiel cumprimento de todas as exigências legais para garantir todos os objetivos, fundamentos e demais princípios nela estabelecidos. E não basta somente pretender cumprir a Lei, é necessário que as medidas adotadas para tal finalidade sejam comprovadamente eficazes. Ou seja, os agentes deverão, durante todo ciclo de vida de tratamento de dados sob sua responsabilidade, analisar a conformidade legal e implementar os procedimentos de proteção dos dados pessoais de acordo com a sua própria ponderação de riscos (MALDONADO e BLUM, 2019, p.166-167).

Denota-se então, o ônus do controlador, bem como daqueles que figuram como operadores, de responderem por seus atos, na medida de suas ações e omissões.

3. Responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados

Inicialmente destaca-se que a responsabilidade civil está regulamentada na Seção III do Capítulo VI da Lei Geral de Proteção de Dados — Lei n. 13.709/2018, nomeada de “Da Responsabilidade e do Ressarcimento de Danos”.

A doutrina brasileira tem, nesse primeiro momento, centrado a sua atenção para responder

(2) X – Responsabilização e prestação de contas: demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas.

essencialmente à seguinte indagação: se o regime da responsabilidade é objetivo ou subjetivo.

Há muitos debates acerca da natureza e responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados (BRAMANTE, 2021, p. 87).

A LGPD estabelece entre os arts. 46 a 54 quais são as condutas a serem implementadas pelos agentes de tratamento de dados de pessoas naturais, entre elas dispõe sobre o tratamento de dados para segurança, sigilo e boas práticas de governança.

As regulamentações trazidas nos arts. 42 e 44 da lei em questão argumentam, tem dividido a doutrina entre qualificar a responsabilidade civil objetiva e subjetiva.

A responsabilidade civil nasce do exercício da atividade de proteção de dados que viola a “**legislação de proteção de dados**”. De fato, o legislador reconheceu que a proteção de dados é um microsistema, com normas estabelecidas em diversas leis específicas, sendo a LGPD a sua base estrutural.

A interpretação do art. 42, *caput*, deve ser realizada em conjunto com o art. 44, parágrafo único da Lei n. 13.709/2018⁽³⁾.

O art. 42⁽⁴⁾ da LGPD contém uma cláusula geral de responsabilidade, imputando a obrigação de indenizar ao controlador ou operador que, descumprindo a legislação de proteção de dados, causar dano patrimonial ou extrapatrimonial aos titulares dos dados pessoais violados:

O art. 42, a LGPD aponta as condutas a serem observadas: (i) não fornecer a segurança que o titular dele pode esperar; (i) deixar de observar a legislação.

(3) Parágrafo único. Responde pelos danos decorrentes da violação da segurança dos dados o controlador ou o operador que, ao deixar de adotar as medidas de segurança previstas no art. 46 desta Lei, der causa ao dano.

(4) Art. 42. O controlador ou o operador que, em razão do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais, causar a outrem dano patrimonial, moral, individual ou coletivo, em violação à legislação de proteção de dados pessoais, é obrigado a repará-lo.

De modo que, a simples omissão na adoção de medidas de segurança para o tratamento adequado dos dados, bem como o descumprimento das obrigações impostas na lei, independente de causar efetivo dano, ensacha a responsabilidade pelas multas. E havendo dano surge a responsabilidade de reparação de dano material e moral (BRAMANTE, 2021, p. 88)

Assim, este artigo traz a baila o dever de indenizar “em razão do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais”, impondo assim deveres de conduta de precaução e prevenção, sinalizando o fato de que trata-se de uma atividade de risco, via de consequência compatível com a responsabilidade civil objetiva, prevista no art. 927 do Código Civil⁽⁵⁾.

De forma similar ao regime implantado pelo Código de Defesa do Consumidor — CDC (Lei n. 8.078/1990), a LGPD estabeleceu a solidariedade dos agentes que causaram a lesão (art. 42, § 1º, I e II) e, para abrandar a relação entre controladores, operadores e titulares de dados pessoais, concedeu a possibilidade de ocorrer a inversão do ônus da prova sempre por critério judicial (art. 42, § 2º), o que, a rigor científico, implica um sistema de presunção legal do dano sofrido pela titular de dados lesado:

Não existe propriamente uma inversão do ônus dos encargos probatórios quando o juiz aplica o art. 6º, VIII, do CDC. [...] Ao contrário, o que verdadeiramente ocorre quando se aplica o art. 6º, VIII, do CDC é que o juiz passa a presumir que os fatos ocorreram de acordo com a narrativa do autor consumidor (presunção *juris tantum*), de modo que o réu

(5) Art. 927 – Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

fornecedor conserva os mesmíssimos ônus probatórios que possuía antes da “inversão” (art. 333, II, do CPC), permanecendo com a necessidade de fazer prova de que os fatos descritos na petição inicial não ocorreram ou ocorrerão de forma diversa do alegado pelo consumidor, podendo comprovar, ainda, a existência de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito afirmado pelo consumidor (NOVAKOSKI, 2006, p. 10-11).

De outro lado, o art. 44 da LGPD define o conceito de tratamento irregular de dados, quando deixar de observar a legislação ou quando não fornecer a segurança que o titular dele pode esperar, consideradas as circunstâncias relevantes, entre as quais: a) o modo pelo qual é realizado; b) o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam e c) as técnicas de tratamento de dados pessoais disponíveis à época em que foi realizado.

Já o art. 46, por sua vez, estabelece o dever dos agentes de tratamento que deverão adotar medidas de segurança, técnicas e administrativas visando a proteção de dados pessoais.

Dessa forma, é possível identificar as situações que ensejam a aplicabilidade da responsabilidade civil na LGPD: a) violação de normas **jurídicas**, do microssistema de proteção de dados e b) violação de normas **técnicas**, voltadas à segurança e proteção de dados pessoais.

Diante do quanto exposto, denota-se que a LGPD traz duas espécies de responsabilidade, sendo uma a responsabilidade objetiva pelo mero tratamento irregular dos dados, configurando nesta hipótese o dano moral *re ipsa*, independente do efetivo dano material. Já na modalidade de responsabilidade subjetiva, por culpa e dolo no caso de haver dano material ao titular dos dados pessoais.

O art. 45 da LGPD, último da Seção III da lei, ressalva que as situações de lesão a direito de consumidor ou pessoa a ele equiparada

continuam sujeitas à disciplina do microssistema de relações de consumo instituído pelo CDC (Lei n. 8.078/90).

4. Excludentes da responsabilidade do agente de tratamento de dados

No dispositivo contido no art. 43, a Lei Geral de Proteção de Dados — LGPD trata das hipóteses de exceção da responsabilidade dos agentes de tratamento, quando provarem que i) não realizaram o tratamento dos dados pessoais, ii) se o realizaram, não violaram as normas de proteção de dados pessoais ou iii) que o dano foi causado por terceiro ou pelo próprio titular (art. 43, I a III).

Recente julgado proferido pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos autos do processo 1025180-52.2020.8.26.0405 reconheceu a incidência da hipótese de excludente de responsabilidade do agente de tratamento de dados.

EMENTA: Ação de indenização por dano moral. Apropriação por terceiros de dados pessoais do consumidor, extraídos dos cadastros de concessionária de energia elétrica.

Ocorrência versada nas Leis ns. 12.414/2011, 12.965/2014 e 13.709/2018. Responsabilidade dos controladores e operadores que é objetiva, mas dela se exime se não houve violação à legislação de proteção de dados ou o dano decorreu de culpa exclusiva de terceiro.

Art. 43 da LGPD. Caso em que inexistia base para se reconhecer que a empresa deixou de adotar medida de segurança recomendada pela Ciência ou determinada pela ANPD de modo a com isso ter dado causa a que terceiros tivessem acesso àqueles dados. Ação improcedente. Recurso não provido. (TJ/SP – Relator Desembargador ARANTES THEODORO, 36ª Câmara de Direito Privado)

A semelhança da disciplina adotada pelo CDC, a LGPD estabeleceu que o tratamento de dados será irregular quando contrariar a disciplina legal (art. 44, caput) ou, também, quando não fornecer a segurança legitimamente esperada pelo respectivo titular (art. 44, I a III)⁽⁶⁾.

(6) Art. 44. O tratamento de dados pessoais será irregular quando deixar de observar a legislação ou quando não

No âmbito trabalhista, para beneficiar-se das hipóteses de exclusão de responsabilização, ficará a cargo da empresa um controle elaborado de todo ciclo de dados, incluindo mapeamento, procedimentos, políticas internas e gestão de contratos com a classificação adequada do tratamento, tudo em conformidade com o art. 7º, V, LGPD.

5. Inversão do ônus da prova

O Tema de sua relevância, vem disposto no art. 42, § 2º, que admite a inversão do ônus da prova, a critério do juiz, a favor do titular de dados, desde que verossímil a alegação, haja hipossuficiência para fins de produção de prova ou quando a produção de prova pelo titular for excessivamente onerosa. Há normas sobre a redistribuição/inversão do ônus da prova em outras leis: uma muito semelhante no art. 373, § 1º do CPC⁽⁷⁾ e outra no art. 6º, VIII do CDC⁽⁸⁾, aplicável nas ações de natureza consumerista.

Além da inversão do ônus probatório, o reconhecimento da hipossuficiência do titular também se verifica no fato de que a responsabilidade civil da Lei Geral de Proteção de Dados — LGPD ser da modalidade objetiva, onde não há discussão sobre a culpa do agente.

fornecer a segurança que o titular dele pode esperar, consideradas as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I – o modo pelo qual é realizado;

II – o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III – as técnicas de tratamento de dados pessoais disponíveis à época em que foi realizado.

(7) **Art. 373.** O ônus da prova incumbe:

§ 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 do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz 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.

(8) **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;

Desta forma, é passível de se concluir que o regime jurídico de responsabilidade civil estabelecido traz significativa proteção em favor do titular dos dados. Ainda que o regime seja o de responsabilidade civil subjetiva, a culpa e autoria do agente de tratamento de dados são presumidas e, adicionalmente, pode haver a inversão do ônus da prova quanto aos demais pressupostos da responsabilidade civil.

6. Considerações finais

De certo, entende-se que a Lei Geral de Proteção de Dados — LGPD trouxe verdadeiro avanço na legislação em busca de uma maior proteção aos dados pessoais dos titulares, com extensão a todas as áreas do direito.

Em que pese já existisse previsão legal de norma em âmbito nacional tratando de proteção de informações e dados, como é o caso das Leis ns. 12.737/2012, 12.414/2011 e 12.965/2014 a LGPD estabelece normas específicas e amplas sobre a proteção de dados pessoais.

Estar em conformidade com a norma é um verdadeiro diferencial ao mundo corporativo empresarial, pois a nova legislação determina aos controladores de dados pessoais que se adequem a nova visão de proteção o que definitivamente corrobora com atitude de boas práticas de governança, gerando assim, segurança aos funcionários da empresa e clientes, bem como demonstrando ao mercado que a estrutura empresarial em segurança da informação é moderna, confirmando um “olhar para o futuro”.

Por outro lado, como não poderia ser diferente, cabe a norma estabelecer sanções para os casos daqueles que descumprirem com o quanto disposto na Seção III do Capítulo VI da Lei Geral de Proteção de Dados — Lei n. 13.709/2018, nomeada de “Da Responsabilidade e do Ressarcimento de Danos”.

A doutrina brasileira tem, nesse primeiro momento, centrado a sua atenção para responder essencialmente à seguinte indagação: se o regime da responsabilidade é objetivo ou

subjetivo? A doutrina não é uniforme quanto a referida indagação.

Denota-se que a LGPD traz duas espécies de responsabilidade, sendo uma a responsabilidade objetiva pelo mero tratamento irregular dos dados, configurando nesta hipótese o dano moral *re ipsa*, independente do efetivo dano material. Já na modalidade de responsabilidade subjetiva, por culpa e dolo no caso de haver dano material ao titular dos dados pessoais.

Já o dispositivo contido no art. 43 da LGPD trata das hipóteses de exceção da responsabilidade dos agentes de tratamento, quando provarem que i) não realizaram o tratamento dos dados pessoais, ii) se o realizaram, não violaram as normas de proteção de dados pessoais ou iii) que o dano foi causado por terceiro ou pelo próprio titular (art. 43, I a III).

7. Referências

BIONI, Bruno; DIAS, Daniel. Responsabilidade civil na proteção de dados pessoais: construindo pontes entre a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e o Código de Defesa do Consumidor. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 9, n. 3, 2020. Disponível em: <<http://civilistica.com/responsabilidade-civil-na-protecao-de-dados-pessoais/>>. Acesso em: 22 out. 2021.

BRAMANTE, Ivani Contini. *Proteção de dados pessoais na relação de trabalho*. São Paulo: Juruá, 2021.

BRASIL. Código Civil. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 22 out. 2021.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 out. 2021.

_____. *Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L3709.htm>. Acesso em: 22 out. 2021.

_____. *Lei n. 12.968, de 06 de maio de 2014*. Marco Civil da Internet. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12968.htm>. Acesso em: 22 out. 2021.

_____. *Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 22 out. 2021.

CALCINI, Ricardo. *LGPD e Compliance Trabalhista*. Leme: Mizuno, 2021.

MALDONADO, V. N.; BLUM, R. O. *LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados comentada*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

Processo, Provas Digitais, Latour e o “Efeito Translação”

S. Tavares Pereira^(*)

Resumo:

- ▶ 1. Se estiver assentado que os atores processuais poderão e usarão a prova digital (e-prova), como essa certeza afetará o processo judicial? 2. Como os novos meios de prova influenciarão a “aventura processual”? 3. Os efeitos limitar-se-ão aos próprios atos probatórios? Ou englobarão o espírito de todos os atores? 4. Só a questão das provas ficará diferente? 5. A introdução sistemática, recomendada e legal dessa nova forma de elucidação/construção processual dos fatos parece que produzirá efeitos muito mais amplos do que os esperados, considerando-se as características do processo judicial brasileiro.

Palavras-chave:

- ▶ E-processo — Prova digital — E-prova — Bruno Latour — Translação.

Abstract:

- ▶ 1. If it is certain that procedural actors can and will use digital evidence (e-evidence), how will this certainty affect the judicial process? 2. How will the new means of evidence influence the “procedural adventure”? 3. Will the effects be limited to the acts of proof themselves? Or will they encompass the spirit of all actors? 4. Will only the question of evidence be different? 5. The systematic, recommended, and legal introduction of this new form of procedural elucidation/construction of the facts seems that it will produce much broader effects than expected, considering the characteristics of the Brazilian judicial process.

Key-words:

- ▶ E-process — Digital evidence — E-evidence — Bruno Latour — Translation.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Latour e translação
 - ▶ 2.1. Ajustando comportamentos
 - ▶ 2.2. As incertezas do construtor de fatos
 - ▶ 2.3. Mudando de rumo: da desistência ao ajustamento

(*) Mestre em Ciência Jurídica e Juiz Titular aposentado do TRT12. Autor do livro *Machine learning* nas decisões. O uso jurídico dos algoritmos aprendizes.

- 3. Provas digitais: um mundo dos autos para o século 21
 - 3.1. Conceito redutivo para este artigo
 - 3.2. Certeza de uso e o “efeito translação” amplo e geral
- 4. Considerações finais
- 5. Referências

1. Introdução

A justiça exige não apenas um conjunto de valores abstratos, mas também uma compreensão das relações concretas de causa e efeito.⁽¹⁾

O conceito de prova⁽²⁾ alberga os três sentidos clássicos: meio de prova, ação de provar e o convencimento (fixação de um estado psicológico específico no julgador). No sentido de *meio* e de *ação de provar*, como regra, entende-se o aporte ao processo de pessoas (para serem ouvidas), de documentos (em geral reproduções) e outros elementos. Funda-se assim o *mundo dos autos*. Nesse território artificial, reduzido e fechado, elaboram-se os argumentos, exercita-se a persuasão e se constrói, ao final, uma conclusão (decisão), posta na externalização silogística do convencimento do julgador.

A complexidade do mundo real sempre ficou de fora desse reduto particular e cedeu lugar a narrativas, muitas vezes também complexas, sobre crenças em direitos existentes e violados para uns, inexistentes ou não violados para outros. O mundo dos autos é, afinal, o mundo dos atores envolvidos na sua construção. Advogados, magistrados e demais atores constituem o mundo nos limites de suas visões, interesses e papéis.

Como diz Gunther Teubner, o Direito aliena o litígio (abstrai do mundo) e lhe dá a conformação necessária — em geral aderente à lei, é claro! — para oferecer uma solução.

Especialmente elucidativa parece ser a fórmula de Christie: o Direito como expropriação de conflitos. Segundo essa fórmula, o próprio Direito, em princípio, não está em condições de entender suficientemente os conflitos sociais e solucioná-los de maneira adequada. Isso reside principalmente no fato de que **o Direito formaliza os conflitos sociais através de conceitualidades e procedimentos jurídicos de tal modo que ele os “expropria”**, por fim, do contexto de compreensão social e moral das partes litigantes.⁽³⁾ [grifei]

A assertiva de Teubner peca apenas na generalização provocada pelo uso do sujeito “Direito”. O Direito pode até autorizar e nortear a construção alienante, mas os contornos finais do conhecido “mundo dos autos” e sua “decoreção interna” são o resultado do entrechoque de “interesses e visões” dos atores envolvidos, todos eles. Obrigatoriamente, pela própria natureza do processo, Direito e não Direito entram nesse espaço para se digladiar.

Na instanciação do objeto processual, os comportamentos orientam-se: (i) pelos interesses, competências e poderes das partes ou de seus representantes; (ii) pelas opacidades circunstanciais e pelas impossibilidades contingenciais dos meios à disposição das partes e do juízo para chegar a certas versões dos fatos e, claro, (iii) pelas visões de mundo do julgador (o intérprete) em relação às narrativas e fatos consolidados no mundo dos autos.

No presente estágio de *tecnologização* da vida, o virtual vinculou-se tão estreitamente ao real (*actual*, como dizem os anglos) que

(1) HARARI, Yuval Noah. *21 lições para o século 21*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 279.

(2) ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria geral do processo*. 6. ed. São Paulo :Malheiros, 2002. p. 268-269.

(3) TEUBNER, Gunther *et al.* *Jurisprudência sociológica: perspectivas teóricas e aplicações dogmáticas*. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 11.

opacidades ganharam transparência (às vezes até exageradas), os meios de se chegar aos fatos se amplificaram e todas as visões de mundo foram alargadas. Não só as narrativas, mas o todo do processo, estão condicionados por esse real híbrido e ampliado.

O trânsito dos fatos entre os mundos (real e virtual), a replicação de quase tudo nas duas dimensões e o inevitável viver paralelo da e-contemporaneidade dão a sensação de que o “mundo da vida” é mesmo um real-virtual unificado e pleno. O próprio mundo virtual se esfacela num *pluriverso* (William James) de difícilíssima captação sem os recursos com os quais é construído. Há bastante tempo, Chavez Júnior, inspirando-se em Lévy e Baudrillard, realçava o caminhar para o hiper-real.⁽⁴⁾ A realidade ampliada apenas aguardava o momento para entrar no palco. Ainda está meio fora de forma, a plateia não entende muito bem o que vê, mas há um ator novo no palco da vida.

Na montagem artificial do mundo dos autos para fins jurídico-decisionais, é possível ignorar isso? No mundo dos autos só vale o real? Pode o Direito, no esforço de decisão, cindir a vida e ignorar a nova realidade? Pode o Direito escolher a cegueira em relação à parte virtual da vida? O real é o mundo do Direito e o virtual é o mundo que o Direito não enxerga? Apesar das muitas e persistentes resistências, todas essas perguntas já contam com respostas negativas majoritárias, embaladas em preventivas reservas e sensações de desconforto.

A tese deste *artigo* é que, se o mundo dos autos passar a ser, obrigatoriamente, uma reprodução do mundo híbrido atual — uma soma das faticidades real e virtual! — o sistema processual sofrerá um impacto generalizado, não só no trecho instrutório-probatório.

(4) CHAVES JÚNIOR, José E. de R. Processo em meio reticular-eletrônico: constitucionalismo dialógico e democracia hiper-real, no contexto dos megadados. In: BRANDÃO, Cláudio (Org.) *Princípios do processo em meio reticular-eletrônico*: fenomenologia, normatividade e aplicação prática. São Paulo: LTr, 2017. p. 17: “a hiper-realidade reconstruída eletronicamente exponencializa a oralidade, não só da audiência, mas, sobretudo, da hermenêutica judicial”.

As ideias adiante nasceram de um olhar específico para o modelo processual/procedimental brasileiro, civil e trabalhista, um sistema sem fases clássicas do processo norte-americano, como o *Discovery*⁽⁵⁾, ou do nosso sistema criminal, e que demandariam reflexões diferentes.

2. Latour e translação

O sociólogo Bruno Latour é um cientista do *core* das denominadas Teoria do Ator-Rede⁽⁶⁾ e Sociologia das Associações, para as quais todo agente é reticular e precisa ser analisado como uma rede operante. A agência é o resultado da ação combinada da multiplicidade dos subsistemas componentes (que transitam na) da rede. No entrechoque reticular, os muitos subsistemas ajustam seus comportamentos ao ambiente em que estão imersos e para cuja constituição contribuem. Estudar o social é percorrer a cadeia da rede — seus fatores e reflexividades — que desemboca no fenômeno analisado.

2.1. Ajustando comportamentos

A ideia de *ajustar comportamentos* é forte no pensamento de Latour e muito usada nas

(5) O processo é precedido de uma fase de descoberta. As partes trocam informações sobre provas orais e documentais que utilizarão. O objetivo é evitar surpresa (*trial by ambush*) e a dificuldade da defesa. Uma prática corriqueira é a da juntada de um depoimento juramentado extrajudicial de partes e possíveis testemunhas, escrito ou em áudio/vídeo (*deposition*). Em geral são depoimentos prestados com a presença da outra parte e com reperguntas. Há outros procedimentos e práticas envolvidos (exames periciais, requisições de juntada etc.) e permitidos que tornam o procedimento norte-americano substancialmente diverso do brasileiro. *How courts work*. Disponível em: <https://www.americanbar.org/groups/public_education/resources/law_related_education_network/how_courts_work/discovery/>. Acesso em: 15 abr. 2022.

(6) Em inglês, o acrônimo ANT (Actor-Network Theory) é utilizado amplamente por lembrar o inseto e a proposta teórica é exatamente fazer Sociologia “seguindo os rastros” dos atores sociais. Outros pensadores relevantes desta linha teórica são John Law, Annemarie Mol, Michel Callon e Steve Woolgar. Cfe. BRUNO, Fernanda. Prefácio. In: FERREIRA, Arthur A. L. et al (Orgs.). *Teoria ator-rede e psicologia*. Rio de Janeiro: NAU, 2010. p. 14.

análises da Sociologia das Associações.⁽⁷⁾ Em *Ciência em ação*, desde a introdução, nas páginas 40 a 43, a ideia aflora com insistência, como se vê nas transcrições abaixo, pinçadas do contexto porque o sentido geral não é necessário:

Para começar [...] partiremos da mais simples das situações possíveis: a situação em que alguém faz **uma afirmação** e o que acontece quando outros acreditam nela ou não. Partindo dessa situação geral, **seremos gradualmente conduzidos** a outras mais particulares. [...] observaremos **até que extremos é levado alguém** [...].⁽⁸⁾ [grifei]

Os negritos apontam a ação de um fator externo que **conduz**, que **leva** o objeto conduzido ou levado. Um fator “[...] é um ator numa *concatenação* de atores, e não uma *causa* seguida por uma série de intermediários.”⁽⁹⁾ Atente-se para o **fator**: uma afirmação. Vejamos agora:

Uma das modalidades **nos leva, por assim dizer, “a jusante”** [...] a outra modalidade **leva-nos “a montante”** [...] Se insistirmos, **poderemos ser levados** ainda mais “a montante” [...] As direções que os leitores das sentenças [...] são convidados a tomar são frontalmente diferentes. No primeiro caso, eles **são levados para o deserto** de Nevada, nos Estados Unidos [...] no segundo, **são levados para o Pentágono** [...]. Em ambos os casos, eles **são induzidos** a fazer perguntas diferentes.⁽¹⁰⁾ [grifei]

Novamente, evidencia-se aí o fator (a afirmação contida na **sentença**) que **leva** a jusante, a montante, ou **induz** a fazer perguntas diferentes. Afinal,

(7) Trabalho aqui com *Ciência em ação*. Mas Latour dedicou a obra *Reagregando o social* à tarefa de explicar — apresentar a *arquitetura intelectual*, como ele diz — a Sociologia das Associações: LATOUR, Bruno. *Reagregando o social*. Uma introdução à teoria ator-rede. Salvador: Eduíba, 2012; Bauru: Edusc, 2012. p. 7.

(8) LATOUR, Bruno. *Ciência em ação*. Como seguir cientistas e engenheiros sociedade afora. São Paulo: UNESP, 2000. p. 40.

(9) LATOUR, Bruno. *Reagregando o social*..., p. 158.

(10) LATOUR, Bruno. *Ciência em ação*..., p. 41.

É *porque* nada mais se tem para dizer [...] que **se pode usá-lo para conduzir o leitor a algum lugar a “jusante”** [...] Dependendo da sentença em que acreditamos, nós, leitores, **somos de novo conduzidos** para direções opostas. Se acreditarmos [...] **seremos levados de volta ao laboratório** [...].⁽¹¹⁾ [grifei]

Todas essas transcrições demonstram comportamentos sendo transformados pelo conhecimento de algo. Uma informação — um *saber* — ganha estrutura de comando da ação de um ator, dá forma a um algoritmo condutor. A essa mudança de curso comportamental do ator, produzida por um fator do ambiente, Latour denomina de *translação*, conceito que ele aprofunda/detalha no capítulo 3 – *Máquinas*⁽¹²⁾ da obra citada.

Afinal, como ele mesmo diz em *Reagregando o social*, “[...] a ideia mais poderosa das ciências sociais é que outros impulsos sobre os quais não temos controle nenhum nos levam a fazer coisas.”⁽¹³⁾ Ou a não fazer, claro. Por esse caminho, Latour chega ao conceito de *actante*, desconectando-se do conceito de sujeito ontológico, uma manobra que Luhmann também fez valendo-se da ideia de *sistema*: tudo que age é um *actante* ou um sistema, respectivamente.

2.2. As incertezas do construtor de fatos

Na introdução, como visto, a ideia de *translação* é sub-reptícia, captável dos interstícios do pensamento. No capítulo 3 muda tudo. *Translação* é dissecada, ganha modalidades e formas de expressão, transforma-se em instrumento, em ferramenta para o arranjo de interesses e objetivos. Embora o alvo de Latour seja a ciência em construção, o modelo descritivo, as recomendações, as táticas e a ideia geral de *translação* permitem reflexões profundas e fundamentadas sobre a temática processual,

(11) LATOUR, Bruno. *Ciência em ação*..., p. 43.

(12) LATOUR, Bruno. *Ciência em ação*..., p. 169-237.

(13) LATOUR, Bruno. *Reagregando o social*..., p. 81.

considerando-se o ingresso inovador da tecnologia (um fator disruptivo, sem dúvida) na técnica estatal de solução dos litígios.

O primeiro subtítulo do capítulo 3 – *Máquinas* é matador. Fica-se com a impressão de que o sociólogo vai escrever sobre produção de prova: **“As incertezas do construtor de fatos”**. A parte A do capítulo trata da *translação de interesses* e subdivide a categoria em 5 modalidades. A quarta modalidade de translação especifica-se, taticamente, em 5 ações: deslocar objetivos, inventar novos objetivos, inventar novos grupos, tornar invisível o desvio e vencer as provas de atribuição. Na parte B, o item (3) intitula-se *maquinações de força*. As analogias com o jogo processual são imediatas. Atuar no processo, para as partes, é

[...]adaptar o objeto de tal maneira que ele atenda aos inter-esses explícitos dessas pessoas. [inter-esses mesmos, estar entre!] Como indica a expressão latina ‘*inter-esse*’, ‘interesse’ é aquilo que *está entre* os atores e seus objetivos, criando assim **uma tensão que fará os atores selecionarem apenas aquilo que, em sua opinião, os ajude a alcançar esses objetivos** entre as muitas possibilidades existentes.⁽¹⁴⁾ [grifei, expliquei]

Selecionar apenas aquilo que ajude a alcançar os objetivos: esta frase fala por si.

Ao tratar da modalidade que ele chama de *translação quatro — remanejando interesses e objetivos* — Latour escreve, referindo-se aos grupos envolvidos na controvérsia:

Sabem demais porque **esse conhecimento limita os movimentos dos contendores [...]**. Enquanto um grupo possuir tanto conhecimento, será extremamente difícil alistá-lo na **construção do fato**, e ainda mais difícil **controlar seu comportamento**. Mas como evitar esse obstáculo? A resposta é simples e radical. Acompanhando os construtores do fato em ação, veremos um de seus mais extraordinários

feitos: **eles irão abolir os interesses explícitos, para aumentar sua margem de manobra.**⁽¹⁵⁾ [grifei]

As frases “esse conhecimento limita os movimentos dos contendores”, “construção do fato”, “controlar seu comportamento” e “abolir interesses explícitos para aumentar a margem de manobra” estão no âmago da tese esboçada/defendida neste *artigo* e revolvem a *modalidade translativa* que aqui invoco.

2.3. Mudando de rumo: da desistência ao ajustamento

Vou me concentrar num dos atributos da *translação* que interessa aos objetivos deste *artigo*.

Como escrevi em *Machine learning nas decisões*, a *translação* emerge quando ocorre “[...] a aproximação harmoniosa, reticular e mutuamente reflexiva dos fatores [...]”⁽¹⁶⁾ (os subsistemas) para a composição do sistema. A *presença do outro* induz a “[...] invenção, mediação, a criação de uma conexão que não existia antes e que, em alguma medida, modifica os elementos ou agentes”.⁽¹⁷⁾ Como explica Fernanda Bruno⁽¹⁸⁾, “em *jámais fomos modernos*, Latour emprega o termo ‘tradução’ para designar o processo de criação de híbridos de natureza e cultura, de humano e de não-humano [...]”. A hibridização, em geral, induz a *translação*. O fator novo, a nova presença, força ajustamentos do subsistema parceiro da composição: “[...] uma relação que não transporta causalidade, mas induz dois mediadores à coexistência.”⁽¹⁹⁾ O fenômeno pode ser visto, também, como a resultante de

(15) LATOUR, Bruno. *Ciência em ação...*, p. 188.

(16) TAVARES-PEREIRA, S. *Machine learning nas decisões*. O uso jurídico dos algoritmos aprendizes. Florianópolis: Artesam. 2021. p. 57.

(17) LATOUR, Bruno. *On technical mediation — philosophy, sociology, genealogy*. Common Knowledge, v. 3, n. 2, p. 29-64, 1994, p. 32.

(18) BRUNO, Fernanda. Prefácio. In: FERREIRA, Arthur A. L. et al (Orgs.). *Teoria ator-rede e psicologia...*, p. 12.

(19) LATOUR, Bruno. *Reagregando o social...*, p. 160.

(14) LATOUR, Bruno. *Ciência em ação...*, p. 179.

uma aproximação de iguais, como ocorre no espaço, fato que ajuda a realçar a característica fundamental da *translação* que nos interessa:

Pense-se no planeta Terra em movimento no espaço. A lei natural do movimento é a inércia: mover-se indefinidamente à mesma velocidade, na mesma direção e no mesmo sentido. A **presença da estrela sol, sabe-se, interfere nesse movimento** e força o movimento de *translação* (giro ao redor da estrela). Para Latour, [...] *translação* descreve essa interferência externa no comportamento do objeto (um agente, que é o que mais nos interessa), quando este é *integrado* num sistema maior. No sistema novo, total — visto como um *actante* — os subsistemas se condicionam mutuamente e fazem emergir comportamentos diferentes, não observáveis nas partes, se fossem contempladas fora do todo.⁽²⁰⁾ [grifei]

Uma presença com força, ela mesma e só pelo fato da presença, de condicionar e ajustar antigos comportamentos?

A mudança de rumo da Terra, em seu movimento natural, é o que importa. Posta no grande sistema solar, ela está compelida a desafiar leis naturais [da inércia, por exemplo] e a comportar-se em consonância com os novos fatores (subsistemas) e influências do entorno. **A mudança do comportamento do homem** (juiz, autor, réu, advogado), pela imersão no *sistema processual*, a partir da incorporação das novas tecnologias (sofrendo o impacto da presença delas), ganha relevo: o que acontece com os juízes quando os padrões dos dados — antes perdidos no turbilhão de trabalho e escritos de todos os dias — vêm à luz e demonstram a presença do viés A ou B? O comportamento traduz-se? Há uma transformação *translativa* do comportamento?⁽²¹⁾ [grifei, expliquei]

(20) TAVARES-PEREIRA, S. *Machine learning nas decisões*.

(21) TAVARES-PEREIRA, S. *Machine learning nas decisões...*, p. 346.

Luhmann, sob perspectiva sistêmica, dá outras explicações e outro alcance a esse fenômeno de ajuste comportamental ao entorno: utiliza a teoria do acoplamento estrutural. Neste *artigo*, uso a perspectiva da TAR pois permitirá ao leitor ricas ilações no pós-leitura. Pelas mãos de Latour e com a concepção fixada, *translação*⁽²²⁾ transforma-se numa categoria com forte capacidade analítica e descritiva. Pode ser usada produtivamente nas análises dos juristas e tecnólogos sobre a incorporação das NTRIC⁽²³⁾ ao processo decisório.

A abordagem de Latour sugere se analisem os *subsistemas* (todo sistema é composto de subsistemas — princípio hierárquico) em busca de **transformações comportamentais** que apresentam pelo fato da integração no todo em que atuam e se manifestam. Lembre-se, neste ponto e mais uma vez, que o processo é um *sistema síntese* da contribuição de inumeráveis subsistemas psíquicos (e agora também técnicos) cujos comportamentos orientam-se pelos interesses e papéis.

Ora, a tecnologia multiplica as aproximações e amplifica a reticularidade e a reflexividade no bojo dos sistemas sociais. A tecnologia não é apenas uma presença nova no arcabouço social em que estamos imersos. Ela é um fator que expande as conexões, catalisa e acelera a comunicação, inova na interação dos subsistemas, força a revisão de antigos acoplamentos e maquinações. Assim, tem potencial para reformatar comportamentos no procedimento judicial também. Se quisermos continuar a viagem, “[...] teremos de aprender a nadar nessas águas turbulentas.”⁽²⁴⁾

(22) Noções colhidas de LATOUR, Bruno. *On technical mediation...*, p. 32 e BRUNO, Fernanda. Prefácio. In: FERREIRA, Arthur A. L. et al (Orgs.). *Teoria ator-rede...*, p. 12.

(23) Novas tecnologias das relações, da informação e da comunicação: acrônimo utilizado por ROCA, Raquel. *Know-mads*. Los trabajadores del futuro. 3. ed. Madrid: LID, 2016.

(24) LATOUR, Bruno. *Reagregando o social...*, p. 172.

3. Provas digitais: um mundo dos autos para o século 21

3.1. Conceito redutivo para este artigo

O objetivo deste *artigo* não é analisar a categoria *prova digital* (e-prova). Ela é dada como um suposto possível do processo eletrônico (e-processo). Também não me ocupo da imensidão de meios já disponíveis para vasculhar o virtual (o *big-data*) e enriquecer os autos com dados da banda nova do mundo: geolocalizadores, rastreamentos, presença nas redes, históricos de *sites*, mapeamento de conexões, metadados etc.

Conceitualmente, de maneira redutiva e para os fins aqui buscados, *provas digitais* compreendem: (i) elementos do mundo virtual trazidos aos autos; (ii) a ação dos atores, voltadas ao aproveitamento processual-probatório de elementos do mundo virtual e (iii) a incorporação sistemática e legítima de elementos do mundo virtual ao conjunto probatório, se pertinentes e sob as balizas constitucionais e legais do devido processo.

Incorporação sistemática e legítima, do item (iii), refere-se à obrigação de uso desse tipo de prova no e-processo, aspecto cujo detalhamento e exame não cabem no *artigo*.

3.2. Certeza de uso e o “efeito translação” amplo e geral

A ciência de que a *prova digital* está difundida, disseminada, autorizada e até exigida no processo (se o deslinde do litígio passar por ela!), transforma alguma coisa? Minha tese: a mera certeza do uso da prova digital tem *importante e amplo efeito translativo* na configuração e nos desdobramentos judiciais do litígio.

Em debates recentes, numa aula sobre provas digitais, Kleber Waki⁽²⁵⁾ fez uma perspicaz

assertiva. Classificou de “esmaecimento das narrativas” ao fenômeno induzido pela ciência da possibilidade de uso da *prova digital* no processo.

Narrativas são um elemento fundamental do mundo dos autos, são o veículo pelo qual as partes colacionam suas visões dos fatos para fins probatórios. Como meio, as narrativas são usadas para o bem e para o mal.

Ao aludir a “esmaecimento das narrativas”, parece razoável pensar que Waki, naquele contexto, aludia ao subconjunto das narrativas utilizado para confundir, encobrir a versão efetiva do fato etc. No debate, tema/forma/momento atuavam como um filtro para o pensamento. Ao falar em esmaecer narrativas, naquele momento, fechava-se o foco (i) na questão probatória, em si, e (ii) no subconjunto das narrativas cujos fins processuais são espúrios.

Num horizonte mais amplo e livre, sabe-se que a prova digital pode, também e frequentemente, como se tem visto, “vivificar”, colorir, dar força e garantir a narrativa.

Por isso, neste *artigo* pretendo ir um pouco além num esforço de generalização quase-empírico, embora não colacione dados. O que chamo de *importante e amplo efeito translativo* da certeza/obrigação do uso da prova digital diz respeito ao todo do processo, de suas origens ao seu fim, passando pela conformação pragmática dada pelos advogados, por exemplo. Os comportamentos das partes antes de procurar o advogado, do advogado ao coletar os dados e na formatação da petição inicial, do advogado na defesa (as posturas dos advogados esboçam o leiaute estrutural do mundo dos autos), dos depoentes e dos responsáveis pelos demais elementos instrutórios⁽²⁶⁾, todos são transformados. A narrativa de base, os contornos da boa-fé objetiva, a análise do julgador, o convencimento: tudo sofre a influência da certeza da disponibilidade da e-prova.

(25) Fala do juiz Kleber Waki em discussão de aula virtual do curso “*Provas digitais, jurimetria e as garantias constitucionais e processuais no mundo digital*”.

(26) No sentido amplo de CORREIA, Marcus O. G. *Teoria geral do processo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 182.

O efeito transformador da consciência (do saber!) de que a realidade *virtual* está ao alcance do processo, das partes e do juízo, e será usada, é imenso. Como sugere Waki, os falsos argumentos, manejados apenas porque é difícil atacá-los fundadamente, tenderão à redução com a prática procedimental sistemática do recurso às provas digitais. Mas o *efeito translativo* pode ser geral: dissuasório do mau comportamento processual, por um lado. Mas, paradoxalmente, embora não se trabalhe pela litigiosidade, será também um incentivo à busca do suporte judicial via processo. “Foi por isso que, com grande entusiasmo, começamos usando a expressão ‘construção de fatos’ para descrever o notável fenômeno da artificialidade e da realidade caminhando no mesmo passo.”⁽²⁷⁾

Afinal, em autos formados com a inteireza da faticidade da vida — faticidade real e faticidade virtual — ampliam-se as possibilidades de uma aproximação superior sempre buscada na verdade real: uma impossibilidade conhecida, mas teleologicamente efetiva.

4. Considerações finais

“Se eu vi mais longe, foi por estar sobre ombros de gigantes.”⁽²⁸⁾

A advertência de Newton cabe bem no nosso tempo porque temos um gigante à mão: o veículo tecnológico. Dos seus ombros, podemos ver mais longe, alcançar horizontes a cuja vista renunciamos, há longo tempo, por limitações do mundo em que habitávamos, analógico e hipoconectado. Podemos reconstruir o muro do mundo dos autos, empurrar para mais longe. Embora haja insistente postura antitecnológica por aí, parece que o Direito só manterá sua legitimação se promover a autorreforma evolutiva e atualizante agora possível. Infelizmente, teremos de serrar galhos sobre os

quais estávamos confortavelmente sentados.⁽²⁹⁾ Os ventos tecnológicos estão sacudindo violentamente a árvore.

As novas tecnologias das relações, da informação e da comunicação conformaram um mundo diferente, híbrido. Real e virtual fundem-se nessa realidade dilargada. Essa onda transformadora impactou e tem força para impactar ainda mais o processo. O e-processo, olhado como um agente híbrido e reticular, operacionalmente exprime a ação conjugada, reflexivamente condicionada, dos muitos atores e suas circunstâncias. A dimensão virtual, se incorporada ao mundo dos autos, amplia significativamente as condições de o sistema processual atuar com efetividade.

A técnica probatória é uma das mais tocadas nessa transformação (uso da prova digital). A teoria da prova precisa fazer sua própria revisão. Mas há uma reflexividade que precisa ser considerada e que aqui denomino de “efeito translação”. O uso sistemático da nova natureza de prova não tem um efeito restrito ao resultado do processo, como se fosse algo mensurável, no curso do procedimento, apenas no pós-prova. Ele alcança tudo e induz uma reformatação dos comportamentos gerais “para o processo” e não apenas “no processo”. O “efeito translação”, produzido pela certeza do uso da prova digital no e-processo, implica a transformação do agir de todos para o processo e no processo. Transforma até mesmo o processo, fato que aliás demandaria uma alteração de postura, um avanço para marcantes *agir e pensar digitais*. Outro artigo ocupar-se-á dessa abordagem porque precisamos alcançar “o momento [...] de pensar nas novas tecnologias e como elas podem auxiliar o Judiciário na sua missão: prestação jurisdicional eficaz, em tempo razoável e acessível a todos.”⁽³⁰⁾ E esse

(29) LATOUR, Bruno. *Reagregando o social...*, p. 150.

(30) ABREU, Alexandre L. et al. Inteligência artificial e a plataforma digital do Poder Judiciário brasileiro. In.: CANEN, Doris. (Org.). *Inteligência artificial e aplicabilidade prática no Direito*. Brasília: CNJ, 2022. (e-book sem ficha catalográfica). p. 25.

(27) LATOUR, Bruno. *Reagregando o social...*, p. 133.

(28) NEWTON, Isaac. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Sobre_os_ombros_de_gigantes#cite_note-3>. Acesso em: 17 abr. 2022.

pensar haverá de ir além das fronteiras em que tem estado até agora.

A certeza de uso da e-prova pode vir de disposição legal, mas também do hábito/costume, da prática generalizada adotada pelos decisores.

5. Referências

ABREU, Alexandre L. *et al.* Inteligência artificial e a plataforma digital do Poder Judiciário brasileiro. In.: CANEN, Doris (Org.). *Inteligência artificial e aplicabilidade prática no Direito*. Brasília: CNJ, 2022. (e-book sem ficha catalográfica). 368p.

BRUNO, Fernanda. Prefácio. In: FERREIRA, Arthur A. L. *et al* (Orgs.). *Teoria ator-rede e psicologia*. Rio de Janeiro: NAU, 2010.

CORREIA, Marcus O. G. *Teoria geral do processo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 222.

LATOUR, Bruno. *Ciência em ação*. Como seguir cientistas e engenheiros sociedade afora. São Paulo: UNESP, 2000. p. 438.

_____. On technical mediation — philosophy, sociology, genealogy. *Common knowledge*, v. 3, n. 2, p. 29-64, 1994.

_____. *Reagregando o social*. Uma introdução à teoria ator-rede. Salvador: Eduíba, 2012; Bauru: Edusc, 2012. 400p.

HARARI, Yuval Noah. *21 lições para o século 21*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 441.

How courts work. Disponível em: <https://www.americanbar.org/groups/public_education/resources/law_related_education_network/how_courts_work/discovery/>. Acesso em: 15 abr. 2022.

ROCA, Raquel. Knowmads. *Los trabajadores del futuro*. 3. ed. Madrid: LID, 2016. p. 229.

ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria geral do processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 309.

TAVARES-PEREIRA, S. *Machine learning nas decisões*. O uso jurídico dos algoritmos aprendizes. Florianópolis: Artesam, 2021. p. 796.

TEUBNER, Gunther *et al.* *Jurisprudência sociológica: perspectivas teóricas e aplicações dogmáticas*. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 490.

O Uso do Documento Eletrônico como Prova, o Tratamento de Banco de Dados na Jurimetria, a Inclusão no Mundo Digital e o Respeito às Garantias Constitucionais e Processuais e à Dignidade da Pessoa Humana

Rosâne Marly Silveira Assmann^(*)

Resumo:

- ▶ O uso do documento eletrônico como prova no processo judicial e o tratamento de banco de dados na Jurimetria devem observar a dignidade da pessoa humana e as garantias constitucionais e processuais, o que abrange a possibilidade de perícia, bem como a inclusão e o conhecimento do mundo digital.

Palavras-chave:

- ▶ Documento eletrônico — Prova — Jurimetria — Dignidade — Garantias.

Abstract:

- ▶ The use of electronic document as evidence in the judicial process and the retrieval of legal data in Jurimetrics must observe the human dignity and constitutional and processual guarantees, which include the possibility of technical forensic, as well as the inclusion and knowledge of the digital world.

Key-words:

- ▶ Electronic document — Evidence — Jurimetrics — Dignity — Guarantees.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. O uso do documento eletrônico como prova

(*) Juíza do Trabalho aposentada, Especialista em Direito Processual Profissionizante pela Escola Superior de Advocacia/RS e UFSC. Especialista em Direito Processual Civil pela UNISC.

- 3. A prova por documento eletrônico e as garantias constitucionais e processuais
- 4. O valor probante do documento eletrônico e a perícia
- 5. O tratamento de banco de dados na Jurimetria e as garantias constitucionais e processuais
- 6. Inclusão no mundo digital
- 7. Considerações finais
- 8. Referências

1. Introdução

A tecnologia, em especial a internet⁽¹⁾, favorece a comunicação, propicia o desenvolvimento do comércio de forma virtual, o acesso ao conhecimento que antes estava restrito a bibliotecas e a museus e, ainda, permite novos meios de documentar os fatos e a formação de banco de dados.

Desse avanço tecnológico decorrem questões que, embora semelhantes às já existentes, possuem novo enfoque e repercussões mais amplas. Entre essas, a possibilidade de uso de documento eletrônico como prova nos termos da legislação, a observância das garantias constitucionais e processuais na obtenção e na utilização do documento eletrônico e também a ponderação entre o direito à ampla defesa e os direitos à intimidade, à vida privada, à honra e a imagem das pessoas e ao sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, direitos esses inscritos nos incisos X, XII e LV do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988⁽²⁾. Quando apresentado o documento eletrônico nos autos e oportunizado o contraditório, se contestadas a autoria, a autenticidade e a integridade, surge o desafio da perícia e o respectivo custo.

(1) Rede remota internacional de ampla área geográfica que proporciona transferência de arquivos e dados, juntamente com funções de correio eletrônico para milhões de usuários ao redor do mundo; *net*, rede, *web*. MICHAELIS ONLINE. Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/internet/>>. Acesso em: 24 out. 2021.

(2) BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 28 set. 2021.

Por sua vez, a circulação de dados na internet, a formação de bancos de dados e o tratamento desses na Jurimetria igualmente precisam passar pelo prisma das garantias constitucionais e processuais.

Para possibilitar a ampla defesa, há desafio anterior ao ajuizamento de ação, qual seja a necessária inclusão de todas as pessoas no mundo digital, o que abrange o conhecimento de seu funcionamento, de seus princípios, a necessária observância das garantias constitucionais e o respeito à dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil conforme o inciso III do art. 1º da Constituição de 1988⁽³⁾.

2. O uso do documento eletrônico como prova

Quando há consenso e memória dos fatos, quer em uma simples compra em uma padaria ou em uma loja, quer em um contrato de aluguel, não ocorrem divergências entre os contratantes. Contudo, em diversas vezes, falha a memória (contratos não escritos) e ou os fatos são lembrados e interpretados de modo diferente pelas pessoas. Mesmo em contratos escritos, há necessidade de provar, por exemplo, o seu descumprimento. Portanto, uma prova é inicialmente uma forma de demonstrar, para o outro contratante, o acerto de sua argumentação, encerrando, se for o caso, a divergência sem o ajuizamento de ação.

Já ao trazer provas para um processo judicial, a parte busca demonstrar a razão de suas alegações e, assim, convencer ao juiz. O

(3) *Idem*.

direito à ampla defesa está assegurado no art. 5º a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988⁽⁴⁾:

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

LVI – são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

Igualmente o art. 369 da Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil)⁽⁵⁾ prevê o uso de meios legais, bem como os moralmente legítimos ainda que não especificados no Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

Até quase todo o século passado, as provas consistiam basicamente no depoimento de testemunhas e em documentos escritos. Do avanço das tecnologias, surgiu o documento eletrônico.

Na definição de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhardt⁽⁶⁾ “Documento é toda coisa capaz de representar um fato”. Sobre os documentos em geral, afirmam que:

Os documentos compõem-se de dois elementos: Haverá sempre um *conteúdo* e um *suporte*. O primeiro equivale ao aspecto intrínseco do documento, à ideia que pretende transmitir. Revela, portanto, o próprio fato que se pretende representar através do documento. Já o *suporte* constitui o elemento físico do documento, a sua expressão exterior, manifestação concreta e sensível; é, enfim, o elemento material, no qual se imprime a ideia transmitida.

(4) BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 set. 2021.

(5) BRASIL. *Lei n. 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: 28 set. 2021.

(6) MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHARDT, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 554-555.

No tocante ao suporte, referidos autores salientam que⁽⁷⁾: “A evolução tecnológica tende a aprimorar e a criar novos suportes, ampliando significativamente a extensão e aplicabilidade desse meio de prova e inviabilizando o trato legal completo da figura”. Portanto, quanto à prova documental, sustentam a existência de:

... prova documental *típica* — representada pelas provas clássicas (instrumento público, escritura, declarações particulares) — e *atípica* — na qual se reúnem todas as demais provas documentais, não expressamente tratadas em lei e, geralmente, oriundas do crescente aprimoramento das técnicas de registro de ideias. Assim, o trato da prova documental é, e deve sempre ser, aberto, sempre receptivo aos novos veículos de representação de ideias (ou de vontades).

Entre as provas assim consideradas *atípicas*, estão as admitidas no art. 422, *caput* e parágrafos do Código de Processo Civil⁽⁸⁾, ou seja, qualquer reprodução mecânica, como a fotográfica, a cinematográfica, a fonográfica, ou de outra espécie, se a sua conformidade com o documento original não for impugnada por aquele contra quem foi produzida; bem como as fotografias digitais ou extraídas da rede mundial de computadores, devendo, se impugnadas, ser apresentada a respectiva autenticação eletrônica ou, não sendo possível, ser realizada perícia. Consoante o inciso V do art. 425 do mesmo Código, são admitidos como prova os extratos digitais de bancos de dados públicos e privados desde que atestado pelo seu emitente, sob as penas da lei, que as informações conferem com o que consta na origem.

(7) MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHARDT, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 558-559.

(8) BRASIL. *Lei n. 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: 28 set. 2021.

Sinala-se que a admissão de tais provas é possível ante o disposto no art. 107 do Código Civil⁽⁹⁾ (Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002): “A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir”. No art. 212 do mesmo Código, consta: “Salvo o negócio a que se impõe forma especial, o fato jurídico pode ser provado mediante: confissão, documento, testemunha, presunção e perícia”.

Quanto à definição de documento eletrônico, no Glossário da Câmara Técnica de Documentos Eletrônicos⁽¹⁰⁾, consta que este é a “Informação registrada, codificada em forma analógica ou em dígitos binários, acessível e interpretável por meio de um equipamento eletrônico”. E o documento digital, por sua vez, é a “Informação registrada, codificada em dígitos binários, acessível e interpretável por meio de sistema computacional”. Todo documento digital é eletrônico, mas o documento eletrônico pode ser originalmente digital ou analógico.

Nesse quadro, podem constituir provas as informações constantes em correio eletrônico (e-mail), em postagens em sítios da internet (sites), em blogues, em redes sociais (*Facebook*, *WhatsApp*, *Instagram*, *Twitter*, *Telegram*), em arquivos de texto, de áudio ou de imagens existentes em computadores, em CD-ROM (*compact disc-read only memory*), em CD-W (*compact disc re-writable*) em DVD (*digital versatile disco or digital video disc*), em *pen drive* (*flash drive*), em aparelhos celulares, em *smartphones*, videoconferências ou postagens em canais no *Youtube*, entre outras.

(9) BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406compilada.htm>. Acesso em: 21 out. 2021.

(10) BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Conselho Nacional de Arquivos. Câmara Técnica de Documentos eletrônicos (CTDE). *Glossário da CTDE*. Versão 8. (atual) 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/conarq/pt-br/assuntos/camaras-tecnicas-setoriais-inativas/camara-tecnica-de-documentos-eletronicos-ctde/glosctde_2020_08_07.pdf>. Acesso em: 06 out. 2021.

3. A prova por documento eletrônico e as garantias constitucionais e processuais

Consoante referido, nos termos da Constituição da República Federativa do Brasil e das leis processuais vigentes, a utilização da prova nos autos de um processo deve observar a obtenção por meios lícitos. Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhardt⁽¹¹⁾ asseveram que “A prova é ilegal ou ilícita quando viola uma norma, seja de direito material, seja de direito processual” e que “a questão das provas ilícitas cresce em importância diante da possibilidade, cada vez maior, do emprego de tecnologias capazes de permitir a obtenção de provas em detrimento dos direitos da personalidade”.

No art. 5º, a Constituição da República Federativa do Brasil⁽¹²⁾ estabelece diversos direitos, entre esses:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

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

[...]

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

Assim, quanto ao uso de documentos eletrônicos como prova, deve ser observada a

(11) MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHARDT, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 5, t. 1, p. 169 e p. 173.

(12) BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 set. 2021.

licitude na sua obtenção, o que inclui a necessidade de respeito à privacidade e à inviolabilidade da intimidade, da honra, da imagem e do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e telefônicas.

Ademais, a utilização de documentos, em especial eletrônicos, como prova pode, por vezes, colidir com as garantias constitucionais.

Há colisão de direitos fundamentais, conforme expressa José Felipe Ledur⁽¹³⁾:

Pode-se firmar que ocorrem colisões quando vários direitos fundamentais ou bens constitucionais objeto de proteção se confrontam ou que no mínimo dois titulares se encontrem em oposição. E que, no caso de concorrência, são tomados em consideração vários direitos fundamentais protegidos pertencentes ao mesmo titular.

Diante do possível conflito entre direitos fundamentais, por vezes é necessária a ponderação entre eles mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade. Quanto a este princípio, também denominado da razoabilidade, Inocêncio Mártires Coelho⁽¹⁴⁾ afirma que:

No âmbito do direito constitucional, que o acolheu e reforçou, a ponto de impô-lo à obediência, não apenas das autoridades administrativas, mas também de juízes e legisladores, esse princípio acabou se tornando consubstancial à própria ideia de Estado de Direito, pela íntima ligação com os direitos fundamentais, que lhe dão suporte e, ao mesmo tempo, dele dependem para se realizar. Essa interdependência se manifesta especialmente nas colisões entre bens ou valores igualmente protegidos pela Constituição, conflitos que só se resolvem de modo

justo ou equilibrado fazendo-se apelo ao subprincípio da *proporcionalidade em sentido estrito*, o qual é indissociável da ponderação de bens e, ao lado da *adequação* e da *necessidade*, compõe a *proporcionalidade em sentido amplo*.

Desse modo, por colidir com os direitos à privacidade e à inviolabilidade da intimidade, da honra, da vida privada, da imagem e do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e telefônicas, a obtenção de prova sem autorização judicial ou fora das hipóteses legais é considerada ilícita. Nesse sentido, na Tese de Repercussão Geral n. 1041⁽¹⁵⁾, do Supremo Tribunal Federal, consta: “Sem autorização judicial ou fora das hipóteses legais, é ilícita a prova obtida mediante abertura de carta, telegrama, pacote ou meio análogo.” Tese essa definida nos autos do Recurso Extraordinário n. 1.116.949/PR, tendo como Órgão julgador o Tribunal Pleno, relator o Ministro Marco Aurélio, redator do acórdão o Ministro Edson Fachin, julgado em agosto de 2020 e publicação em 02 de outubro de 2020.

Nos autos do *Habeas Corpus* n. 168.052⁽¹⁶⁾, oriundo de São Paulo, número único 0017874-45.2019.1.00.0000, sendo o Órgão julgador a Segunda Turma, com julgamento em outubro de 2020 e publicação do acórdão em 02 de dezembro de 2020, em seu voto, o relator, Ministro Gilmar Mendes, menciona a consideração do desenvolvimento das tecnologias

(13) LEDUR, José Felipe. *Direitos fundamentais sociais* — Efetivação no âmbito da democracia participativa. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 63.

(14) MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 181-182.

(15) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Teses de Repercussão Geral. *RE* n. 1116949/PR – Paraná. Tribunal Pleno. Relator Min. Marco Aurélio. Redator do acórdão: Min. Edson Fachin. Julgado em ago. 2020. Publ. em 02 out. 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumerolIncidente=RE%201116949&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true&origem=AP>. Acesso em: 6 out. 2021.

(16) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC* n. 168052. Segunda Turma. Relator Min. Gilmar Mendes. Julgamento em out. 2020. Publ. em 02 dez. 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345143997&ext=.pdf>>. Acesso em: 19 out. 2021.

e o avanço da legislação infraconstitucional para a interpretação do alcance das normas constitucionais:

[...]

No âmbito infraconstitucional, as normas do art. 3º, II, III; 7º, I, II, III, VII; 10 e 11 da Lei 12.965/2014 – o marco civil da internet – estabelecem diversas proteções à privacidade, aos dados pessoais, à vida privada, ao fluxo de comunicações e às comunicações privadas dos usuários da internet.

A norma do art. 7º, III, da referida lei é elucidativa ao prever a inviolabilidade e sigilo das **comunicações privadas armazenadas (dados armazenados)**, “salvo por ordem judicial”.

[...]

Entendo que o avanço normativo nesse importante tema da proteção do direito à intimidade e à vida privada deve ser considerado na interpretação do alcance das normas do art. 5º, X e XII, CF.

Tão importante quanto a alteração do contexto jurídico é a impactante transformação das circunstâncias fáticas, que trazem novas luzes ao tema.

[...]

Além disso, a conexão de todos esses aparelhos à rede mundial de computadores faz com que estejamos todos integralmente conectados, o tempo todo, fornecendo dados e informações para órgãos públicos e privados.

[...]

Esses avanços tecnológicos são importantes e devem ser utilizados para a segurança pública dos cidadãos e a elucidação de delitos.

Contudo, **deve-se ter cautela, limites e controles para não transformar o Estado policial em um Estado espião e onipresente**, conforme descrito por George Orwell em seu livro “1984”.

Nos autos do processo ARE n. 1.042.075⁽¹⁷⁾ (recurso extraordinário com agravo), número único 0174497-34.2013.8.19.0001, oriundo do Rio de Janeiro, o Tribunal Pleno iniciou, em 2020, o julgamento em repercussão geral

(17) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE n. 1042075, número único 0174497-34.2013.8.19.0001, Rio de Janeiro, Tribunal Pleno. Relator Min. Dias Toffoli. Sessão Virtual de 30.10.2020 a 10.11.2020. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5173898>>. Acesso em: 14 fev. 2022.

quanto à possibilidade ou não de acesso à agenda telefônica e ao registro de chamadas sem autorização judicial em aparelho celular encontrado fortuitamente no local do crime. O Ministro relator Dias Toffoli, em seu voto, considera lícita a prova obtida, sem autorização judicial, pela autoridade policial mediante acesso a registro telefônico ou agenda de contatos de celular apreendido ato contínuo no local do crime atribuído ao acusado, não configurando ofensa ao sigilo das comunicações, à intimidade ou à privacidade da pessoa humana. Já os Ministros Gilmar Mendes e Edson Fachin defendem que esse acesso depende de prévia decisão judicial que justifique, em elementos concretos, a necessidade e a adequação da medida e com delimitação da abrangência à luz dos direitos fundamentais à intimidade, à privacidade e ao sigilo das comunicações e dados. O julgamento foi suspenso por pedido de vista dos autos efetuado pelo Ministro Alexandre de Moraes e atualmente está incluído em pauta para julgamento em junho de 2022.

Por sua vez, o repasse a terceiros de conversas efetuadas nos aplicativos de mensagens sem autorização de quem delas participa é ilícita, conforme mencionado no acórdão proferido nos autos do processo de Recurso Especial n. 1903273-PR (2020/0284879-7)⁽¹⁸⁾, que teve como Órgão julgador a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, relatora a Ministra Nancy Andrighi com julgamento em 24 de agosto de 2021 e publicação em 30 de agosto de 2021, cuja ementa se transcreve em parte:

7. O sigilo das comunicações é corolário da liberdade de expressão e, em última análise, visa a resguardar o direito à intimidade e à privacidade, consagrados nos planos constitucional (art. 5º, X, da CF/88) e infraconstitucional (arts. 20 e 21 do CC/02). No passado recente, não se cogitava de outras formas de comunicação que não pelo

(18) BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.903.273-PR (2020/0284879-7), Terceira Turma. Relatora Min^{ra}. Nancy Andrighi. Julgado em 24 ago. 2021. Publ. em 30 ago. de 2021. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202002848797&dt_publicacao=30/08/2021>. Acesso em: 21 out. 2021.

tradicional método das ligações telefônicas. Com o passar dos anos, no entanto, desenvolveu-se a tecnologia digital, o que culminou na criação da internet e, mais recentemente, da rede social *WhatsApp*, o qual permite a comunicação instantânea entre pessoas localizadas em qualquer lugar do mundo. Nesse cenário, é certo que não só as conversas realizadas via ligação telefônica, como também aquelas travadas através do *WhatsApp* são resguardadas pelo sigilo das comunicações. Em consequência, terceiros somente podem ter acesso às conversas de *WhatsApp* mediante consentimento dos participantes ou autorização judicial.

8. Nas hipóteses de que o conteúdo das conversas enviadas via *WhatsApp* possa, em tese, interessar a terceiros, haverá um conflito entre a privacidade e a liberdade de informação, revelando-se necessária a realização de um juízo de ponderação. Nesse aspecto, há que se considerar que as mensagens eletrônicas estão protegidas pelo sigilo em razão de o seu conteúdo ser privado; isto é, restrito aos interlocutores. Ademais, é certo que ao enviar mensagem a determinado ou a determinados destinatários via *WhatsApp*, o emissor tem a expectativa de que ela não será lida por terceiros, quanto menos divulgada ao público, seja por meio de rede social ou da mídia. Assim, ao levar a conhecimento público conversa privada, além da quebra da confidencialidade, estará configurada a violação à legítima expectativa, bem como à privacidade e à intimidade do emissor, sendo possível a responsabilização daquele que procedeu à divulgação se configurado o dano. A ilicitude da exposição pública de mensagens privadas poderá ser descaracterizada, todavia, quando a exposição das mensagens tiver o propósito de resguardar um direito próprio do receptor.

De igual modo, esse entendimento pode ser aplicado ao repasse de mensagens no correio eletrônico (*e-mail*), sem autorização de quem as enviou, sem autorização judicial ou fora das hipóteses legais. Observa-se, nos termos do acórdão, a possibilidade de ponderação, quando for o caso, entre os direitos à inviolabilidade da intimidade, da vida privada e do sigilo da correspondência e das comunicações de dados e o direito à ampla defesa.

4. O valor probante do documento eletrônico e a perícia

Uma vez admitido como prova o documento eletrônico obtido de forma lícita, apresenta-se o desafio de verificar se o documento possui força probante, em especial quanto à autoria, à autenticidade e à integridade.

Consoante Alexandre Atheniense⁽¹⁹⁾:

As provas obtidas por meio eletrônico diferem das demais, apenas quanto à forma de armazenamento, já que, acompanhando o avanço da tecnologia da informação, o armazenamento das informações passou do papel para os *bits*, substituindo a grafia tradicional e o uso do papel pelos impulsos eletrônicos.

Desse modo, aplicam-se, no que couber, ao documento eletrônico trazido aos autos como prova as disposições dos artigos 405 a 438 do Código de Processo Civil⁽²⁰⁾. As disposições dos arts. 439, 440 e 441 do mesmo Código, por sua vez, são específicas ao documento eletrônico, que devem ser “produzidos e conservados com a observância da legislação específica”. Já nos termos do parágrafo único do art. 384 do citado Código de Processo Civil, dados representados por imagem ou som gravados em arquivos eletrônicos poderão constar de ata notarial.

Quanto à conservação, qualquer documento precisa ser adequadamente conservado, o que abrange, para o documento eletrônico, a acessibilidade mesmo com a evolução tecnológica. No tocante à autenticidade, é assegurada pela assinatura mediante certificação digital. É necessário, ainda, que quem assina o documento eletrônico não possa negar que o assinou, isto é, não possa repudiar a autoria.

(19) ATHENIENSE, Alexandre. *Comentários à Lei n. 11.419/06 e as práticas processuais por meio eletrônico nos tribunais brasileiros*. Curitiba: Juruá. 2010. p. 216

(20) BRASIL. *Lei n. 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: 13 out. 2021.

Dependendo do suporte em que se encontra o documento, há possibilidade de realização de perícia para a verificação de autoria, de autenticidade e de integridade, se, oportunizado o contraditório, houver contestação do documento eletrônico quanto a tais características. A perícia verificará o documento mediante meios e programas para constatar se houve ou não alterações e a autoria, como, por exemplo, investigação do IP (*Internet Protocol Number*) do computador do qual foi enviada mensagem eletrônica; exames em diversos suportes e análise de dados de geolocalização.

A garantia constitucional e processual à ampla defesa inclui a realização de perícia para a prova de suas alegações. Ademais, se a perícia é necessária para a descoberta da verdade, essa é de interesse de toda a sociedade, não somente da parte em um processo judicial. Ressalta-se que, se uma pessoa é prejudicada porque não conseguiu provar seu direito, as demais que estão em situação semelhante também sofrerão, de forma indireta, as consequências. Se alguém deixa de pedir indenização em razão de prejuízos sofridos por indevida divulgação de dados pessoais porque teme não conseguir provar suas alegações, haverá consequências para as demais pessoas que igualmente passam pela mesma situação. Toda a sociedade deve assegurar concretamente o direito de cada um de seus integrantes para evitar que esse mesmo direito seja lesado de forma impune, o que inclui o custo da perícia.

Destaca-se, quanto à parte beneficiária da justiça gratuita em ação trabalhista, a decisão, em 20 de outubro de 2021, do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal⁽²¹⁾ nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.766, número único: 9034419-08.2017.1.00.0000,

(21) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI n. 5.766*. Tribunal Pleno. Relator Min. Roberto Barroso e Redator do acórdão o Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5250582>>. Acesso em: 24 out. 2021.

com origem no Distrito Federal, sendo relator o Ministro Roberto Barroso e Redator do acórdão (ainda não disponibilizado na internet) o Ministro Alexandre de Moraes:

Decisão: O Tribunal, por maioria, julgou parcialmente procedente o pedido formulado na ação direta, para declarar inconstitucionais os arts. 790-B, caput e § 4º, e 791-A, § 4º, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), vencidos, em parte, os Ministros Roberto Barroso (relator), Luiz Fux (Presidente), Nunes Marques e Gilmar Mendes. Por maioria, julgou improcedente a ação no tocante ao art. 844, § 2º, da CLT, declarando-o constitucional, vencidos os Ministros Edson Fachin, Ricardo Lewandowski e Rosa Weber. Redigirá o acórdão o Ministro Alexandre de Moraes. Plenário, 20.10.2021. (Sessão realizada por videoconferência – Resolução n. 672/2020/STF)

Nesse sentido, é preciso cada vez mais a cooperação das empresas de tecnologia. Veja-se que, segundo o art. 378 do Código de Processo Civil⁽²²⁾, “ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade”. Tais empresas podem colaborar fornecendo as informações solicitadas ou mesmo disponibilizando os meios e o pessoal técnico para a realização de perícias. Tal cooperação faz parte da responsabilidade com as sociedades onde atuam.

5. O tratamento de banco de dados na Jurimetria e as garantias constitucionais e processuais

Além das questões jurídicas que decorrem das relações no uso difuso da internet, entre pessoas físicas ou entre pessoas físicas e jurídicas (por exemplo, uso de redes sociais, correspondência eletrônica, fraudes) e o uso de documentos eletrônicos como prova, há também questões jurídicas que decorrem da coleta massiva de dados que são tratados, gerando informações, e seu uso, inclusive na Jurimetria.

(22) BRASIL. *Lei n. 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: 19 out. 2021.

Embora houvesse projetos anteriores, em 1946, ocorreu o lançamento do Electrical Numerical Integrator and Calculator (ENIAC), desenvolvido pelos cientistas norte-americanos John Eckert e John Mauchly⁽²³⁾, efetivando o início da evolução dos computadores e do uso de dados por eles processados. Posteriormente, o surgimento da internet possibilitou o fluxo em rede desses dados e a formação de banco de dados, que passaram a ser utilizados em diversas áreas do conhecimento humano, entre elas a Estatística.

A união entre a “Teoria Jurídica, Métodos Computacionais e Estatística com o intuito de analisar a jurisprudência e tornar o uso do Direito mais previsível” foi realizada por Loenvinger que cunhou o termo *jurimetrics*, consoante mencionado por Filipe Jaeger Zabala e Fabiano Feijó Silveira⁽²⁴⁾.

Lee Loevinger⁽²⁵⁾ publicou, em abril de 1949, o artigo *Jurimetrics — The Next Step Forward* (*Minnesota Law Review, journal of the da State Bar Association*): “*The next step forward in the long path of man’s progress must be from jurisprudence (which is mere speculation about law) to jurimetrics — which is the scientific investigation of legal problems*”. Em tradução livre: “O próximo passo no longo caminho do progresso humano precisa ser da jurisprudência (que é a mera especulação sobre a lei) para a jurimetria – que é a investigação científica de problemas legais”.

(23) TECMUNDO, Equipe. *A história dos computadores e da computação*. Publ. 6 mar. 2009. Disponível em: <<https://www.tecmundo.com.br/tecnologia-da-informacao/1697-a-historia-dos-computadores-e-da-computacao.htm#:~:text=Em%201946%20ocorreu%20uma%20revolu%C3%A7%C3%A3o,John%20Eckert%20e%20John%20Mauchly>>. Acesso em: 24 jan. 2022.

(24) ZABALA, Filipe Jaeger; SILVEIRA, Fabiano Feijó. Jurimetria: estatística aplicada ao direito. *Revista Direito e Liberdade*, Natal, v. 16, n. 1 (10), p. 73-86, jan./abr. 2014. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/75026>>, p. 3. Acesso em: 21 jan. 2022.

(25) LOEVINGER, Lee. *Jurimetrics — The Next Step Forward* (1949). *Minnesota Law Review*, 1796. Disponível em: <<https://scholarship.law.umn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2795&context=mlr>>, p. 483. Acesso em: 21 jan. 2022.

Posteriormente, no inverno de 1963, Lee Loevinger⁽²⁶⁾ publicou o artigo *Jurimetrics: The Methodology of Legal Inquiry*, no qual efetua a distinção entre jurisprudência e Jurimetria:

The distinction between jurisprudence and jurimetrics is already evident. Jurisprudence is concerned with such matters as the nature and sources of the law, the formal bases of law, the province and function of law, the ends of law and the analysis of general juristic concepts. Jurimetrics is concerned with such matters as the quantitative analysis of judicial behavior, the application of communication and information theory to legal expression, the use of mathematical logic in law, the retrieval of legal data by electronic and mechanical means, and the formulation of a calculus of legal predictability.

Em tradução livre:

A distinção entre jurisprudência e jurimetria já é evidente. Jurisprudência se preocupa com matérias como a natureza e as fontes da lei, as bases formais da lei, a competência e função da lei, as finalidades da lei e a análise de conceitos jurídicos. Jurimetria se preocupa com assuntos como a análise quantitativa do comportamento judicial, a aplicação das teorias da comunicação e informação para um termo legal, o uso da matemática lógica na lei, a recuperação de dados legais por meios eletrônicos e mecânicos e a formulação de cálculos de probabilidade legal.

Jurimetria, na definição de Marcelo Guedes Nunes⁽²⁷⁾, “é o uso de métodos quantitativos

(26) LOEVINGER, Lee. *Jurimetrics: The Methodology of Legal Inquiry*, 28 *Law and Contemporary Problems* 5-35 (Winter 1963). Disponível em: <<https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2945&context=lcp#:~:text=2%20%20Jurisprudence%20is%20primarily%20an,conclusions%20of%20jurimetrics%20are%20testable>>, p. 8. Acesso em: 03 fev. 2022.

(27) NUNES, Marcelo Guedes. *Jurimetria: como a estatística pode reinventar o direito*. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Thoms Reuters Brasil. 2019. p. 99, 135 e 103.

para prever decisões judiciais.” Afirma que a “Jurimetria é uma ciência que tem o objetivo de descrever os fatores que interferem no funcionamento de uma ordem jurídica, notadamente na produção das normas e na identificação dos efeitos que elas produzem no comportamento social”. Destaca que a informação necessária para uma pesquisa quantitativa está “documentada em grande medida dentro de banco de dados”.

Assim, para a utilização da Jurimetria pelos operadores do Direito é necessário definir banco de dados e verificar os limites constitucionais e processuais de sua obtenção e utilização.

Danilo Doneda⁽²⁸⁾ afirma que “banco de dados são, em sua acepção fundamental, um conjunto de informações estruturado de acordo com uma determinada lógica.” Esclarece, ainda, que a formação de bancos de dados tem por fim, por exemplo, o envio de mensagens eletrônicas ou a utilização como *big data*, prospectando informações em diversas fontes disponíveis e, através de uma sistemática que estabelece correlações entre os blocos de informações a princípio dispersos, gerar uma nova informação.

Nos termos de Fernando Amaral⁽²⁹⁾, “*Big Data* é o fenômeno da massificação de elementos de produção e armazenamento de dados, bem como os processos e tecnologia para extrai-los e analisá-los”.

A Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018⁽³⁰⁾, define, no inciso X do seu art. 5º, que tratamento de dados é:

toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção,

recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração;

Filipe Jaeger Zabala e Fabiano Feijó Silveira⁽³¹⁾ comparam a análise de dados estatísticos com a argumentação de profissionais da área do Direito: “Juristas exigem a apresentação de provas para o embasamento de qualquer argumentação, da mesma forma que estatísticos se valem da observação de dados para sugerir suas soluções.” Ressaltam, ainda, que “usuários do Direito devem conseguir formular perguntas de forma clara e objetiva, enquanto os estatísticos devem se esforçar e traduzir estes questionamentos da melhor forma possível.”

Por exemplo, o impacto do indeferimento de perícia quanto à ausência de ingresso de ações ou de influência no resultado final do processo podem ser objeto de questionamento estatístico. A análise de decisões semelhantes e de provas utilizadas ajudará o advogado no ajuizamento ou não de ações. Ao juiz, possibilitará a avaliação do impacto social das decisões judiciais. Por sua vez, a verificação da ocorrência de ações semelhantes pode ser utilizada para embasar alterações legislativas ou políticas públicas. Nesse sentido, Daniel Francisco Nagao Menezes⁽³²⁾ ao mencionar que:

a eleição desta ou aquela natureza de demanda — considerada em seu conjunto e não em uma unidade isolada — como a mais relevante para determinado grupo social e quais as políticas públicas necessárias para solucionar os conflitos

(28) DONEDA, Danilo. O direito fundamental à proteção de dados pessoais. In: MARTINS, Guilherme Magalhães (Coord.). *Direito e Internet*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 65-66.

(29) AMARAL, Fernando. *Introdução à ciência de dados e big data*. Rio de Janeiro: Alta Books, 2016. p. 12.

(30) BRASIL. *Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm>. Acesso em: 28 set. 2021.

(31) ZABALA, Filipe Jaeger; SILVEIRA, Fabiano Feijó. Jurimetria: estatística aplicada ao direito. *Revista Direito e Liberdade*, Natal, v. 16, n. 1 (10), p. 73-86, jan./abr. 2014. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/75026>>, p. 2 e 12. Acesso em: 21 jan. 2022.

(32) MENEZES, Daniel Francisco Nagao. *Jurimetria: uma nova interpretação da Jurisprudência*. Resumo disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=8fc-d9e5482a62a5f#:~:text=A%20Jurimetria%20consiste%20em%20uma,melhor%20compreens%C3%A3o%20do%20conflito%20social>>, p. 4. Acesso em: 29 jan. 2022.

produzidos nas suas relações materiais e não mais em modelos arbitrariamente estabelecidos.

Contudo, no tratamento dos dados coletados, para a utilização de modo geral e também na Jurimetria, há necessidade de observar as garantias constitucionais de direito à intimidade, à vida privada, à honra e a imagem das pessoas e ao sigilo da correspondência e das comunicações, abrangendo a proteção aos dados pessoais.

Tarcisio Teixeira⁽³³⁾ afirma que “a privacidade na internet pode ser violada com facilidade por causa da indiscriminada captação de dados, que enseja a formação de um perfil de usuário e que acarreta a comercialização desses dados”.

Em artigo publicado em 2003, Firmino Alves Lima⁽³⁴⁾ refere exemplos de proteção aos dados pessoais em legislações diversas, incluindo Portugal, Estados Unidos da América, França e Espanha e menciona a Convenção 108, de 28 de janeiro de 1981, do Conselho da Europa.

No Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, de 27 de abril de 2016⁽³⁵⁾, em seu capítulo I, art. 4º, consta a definição de dados pessoais:

«dados pessoais», qualquer informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável («titular dos dados»); uma pessoa singular identificável é aquela que pode ser identificada, direta ou indiretamente, em particular por referência a um identificador, como um nome, um número de identificação, dados de localização,

um identificador online ou a um ou mais fatores específicos da natureza física, fisiológica, identidade genética, mental, econômica, cultural ou social dessa pessoa singular;

Nos termos do inciso I do art. 5º da Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018⁽³⁶⁾, dado pessoal é a informação relacionada à pessoa natural identificada ou identificável. O inciso II considera dado pessoal sensível o dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural.

Destaca-se que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988⁽³⁷⁾, em seu art. 5º, inciso LXXII, prevê a concessão de *habeas data*:

a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;

b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;

O direito de acesso a informações e a disciplina do rito processual do *habeas data* são regulados pela Lei n. 9.507, de 12 de novembro de 1997⁽³⁸⁾.

A Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014⁽³⁹⁾, denominada “Marco Civil da Internet”, em seu

(33) TEIXEIRA, Tarcisio. *Curso de direito e processo eletrônico*. São Paulo: Saraiva, 2013. p.33.

(34) LIMA, Firmino Alves. Os avanços tecnológicos e a maior possibilidade de controle sobre os cidadãos. *Revista Trabalhista Direito e Processo*, Rio de Janeiro, Forense, vol. VII, jul./ago./set. 2003, p. 111-119.

(35) UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia. *Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016*, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, e que revoga a Diretiva 95/46/EC (Regulamento Geral de Proteção de Dados) ELI: <<http://data.europa.eu/eli/reg/2016/679/2016-05-04>>. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32016R0679>>. Acesso em: 20 jan. 2022.

(36) BRASIL. *Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm>. Acesso em: 28 set. 2021.

(37) BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 set. 2021.

(38) BRASIL *Lei n. 9.507, de 12 de novembro de 1997*. Regula o direito de acesso a informações e disciplina o rito processual do *habeas data*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9507.htm>. Acesso em: 03 fev. 2022.

(39) BRASIL. *Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014*. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12965.htm>. Acesso em: 28 set. 2021.

art. 3º, estabelece os princípios para o uso da internet e entre eles estão:

Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios:

I – garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal;

II – proteção da privacidade;

III – proteção dos dados pessoais, na forma da lei;
[...]

A Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018⁽⁴⁰⁾, a qual, após a alteração de sua ementa pela Lei n. 13.853, de 8 de julho de 2019⁽⁴¹⁾, passou a ser denominada Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, fixa os fundamentos da disciplina de proteção de dados:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

Parágrafo único. As normas gerais contidas nesta Lei são de interesse nacional e devem ser observadas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos:

I – o respeito à privacidade;

II – a autodeterminação informativa;

III – a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião;

IV – a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem;

V – o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação;

(40) BRASIL. *Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm>. Acesso em: 28 set. 2021.

(41) BRASIL. *Lei n. 13.853, de 8 de julho de 2019*. Altera a Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018, para dispor sobre a proteção de dados pessoais e para criar a Autoridade Nacional de Proteção de Dados; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13853.htm#art1>. Acesso em: 28 set. 2021.

VI – a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e

VII – os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.

Em seu art. 11, mencionada Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018⁽⁴²⁾, prevê as hipóteses em que possível o tratamento de dados pessoais sensíveis, incluindo o exercício e a defesa de direitos:

Art. 11. O tratamento de dados pessoais sensíveis somente poderá ocorrer nas seguintes hipóteses:

I – quando o titular ou seu responsável legal consentir, de forma específica e destacada, para finalidades específicas;

II – sem fornecimento de consentimento do titular, nas hipóteses em que for indispensável para:

[...]

d) exercício regular de direitos, inclusive em contrato e em processo judicial, administrativo e arbitral, este último nos termos da Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem);

e) proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro;

[...]

g) garantia da prevenção à fraude e à segurança do titular, nos processos de identificação e autenticação de cadastro em sistemas eletrônicos, resguardados os direitos mencionados no art. 9º desta Lei e exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais.

No tocante à proteção de dados pessoais, Mártin Marks Szinvelski, Taynara Silva Arceno e Lucas Baratieri Francisco⁽⁴³⁾ salientam a necessidade de “... transparência (i) de quais

(42) BRASIL. *Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm>. Acesso em: 28 set. 2021.

(43) SZINVELSKI, Mártin Marks; ARCENO, Taynara Silva e FRANCISCO, Lucas Baratieri. *Perspectivas jurídicas da relação entre big data e proteção de dados. Perspectivas em Ciência da Informação [online]*. 2019, v. 24, n. 04, p. 132-144. Epub. 10 fev. 2020. ISSN 1981-5344. <<https://doi.org/10.1590/1981-5344/4188>>. Disponível em: <<https://www.scielo.br/jj/pci/a/HhLyd6FMjFr6hjHnfdH8GR/?lang=pt>>, p. 7. Acesso em: 17 jan. 2022.

dados serão coletados, (ii) dos métodos na coleta de dados orientados de acordo com a finalidade anuída, (iii) dos programas de segurança e de correção de falhas da tecnologia adotados pela organização...” Igualmente, Célia Zolynski⁽⁴⁴⁾, ao mencionar as disposições do Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia, assevera que os responsáveis pelos tratamentos de dados estão sujeitos “às obrigações de licitude, de transparência, de lealdade e de salvaguarda contínua, as quais estão na base da análise de risco”.

Portanto, o tratamento de dados não pode violar os direitos à intimidade, à vida privada, à honra e a imagem das pessoas e ao sigilo da correspondência e das comunicações de dados. Pode prever comportamentos a partir de padrões do passado, mas não pode jamais limitar ou induzir comportamentos em desrespeito à dignidade da pessoa humana, ao seu livre consentimento e ao seu livre arbítrio, preceitos tão caros a uma sociedade democrática.

Igualmente, no tratamento de banco de dados na Jurimetria há necessidade de licitude e de transparência, observando-se a boa-fé e os princípios estabelecidos nos inciso I a X do art. 6º da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais⁽⁴⁵⁾, com propósitos legítimos, específicos e explícitos e respeitando as garantias constitucionais e processuais e a dignidade da pessoa humana.

6. Inclusão no mundo digital

Antes mesmo de propor ação em juízo, a pessoa precisa ter conhecimento sobre as

(44) ZOLYNSKI, Célia. Os Big Data e os Dados Pessoais entre os Princípios da Proteção e da Inovação. *Revista de Direito, Estado e Telecomunicações*, Brasília, v. 12, n. 1, p. 225-245, mai. 2020. DOI: <<https://doi.org/10.26512/lstr.v12i1.30007>>. Disponível em: <<https://periodicos.unb.br/index.php/RDET/article/view/30007>>. Acesso em: 22 jan. 2022.

(45) BRASIL. *Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Art. 6º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm>. Acesso em: 28 set. 2021.

tecnologias de informação e como preservar seus dados de publicização indevida e ou de uso por terceiros. Esse conhecimento evita a lesão de seus direitos e também possibilita que possa resguardar as provas para a sua melhor defesa. Para isso, é necessária a inclusão no mundo digital, normalmente denominada “inclusão digital”.

Analisando a importância da inclusão digital, Cristina Junqueira⁽⁴⁶⁾ afirma que:

Desde trabalho e estudos a consultas médicas e compras, a internet facilitou o cotidiano de quem tinha acesso durante a pandemia. Mas, em um país desigual como o nosso, a tecnologia ainda não chegou em todos os lugares e muitos não estão preparados para lidar com ela. Com isso, parte da população não teve o privilégio de poder resolver problemas do dia a dia virtualmente.

Já vemos muitas iniciativas, tanto do setor público quanto do setor privado, para aumentar a conectividade, como a oferta gratuita de *Wi-Fi* em pontos públicos e a melhora na acessibilidade e na disponibilidade de aplicativos. No entanto, ainda precisamos considerar que muitos brasileiros não possuem, além do acesso, o conhecimento para aproveitar as ferramentas disponíveis. Por isso, o caminho para alcançarmos a inclusão digital universal, ou seja, 100% da população com acesso à internet, é longo e exige muita intencionalidade, além de investimentos altos.

[...]

A jornada tem sido positiva, mas ainda temos um longo caminho pela frente. Para construir um futuro melhor, precisamos falar sobre inclusão social e **acelerar a agenda de inclusão digital**,

(46) JUNQUEIRA, Cristina. Como a inclusão digital pode impactar os brasileiros. *Exame.com*. Publ. 09 set. 2021. Disponível em: <<https://exame.com/blog/cristina-junqueira/como-a-inclusao-digital-pode-impactar-os-brasileiros-por-cris-junqueira/>>. Acesso em: 14 out. 2021.

não só com mais infraestrutura, mas também com capacitação. (grifo nosso)

Assim, além do acesso à internet e a aparelhos eletrônicos com ela compatíveis, urge a capacitação sobre o seu funcionamento. Por exemplo, é preciso conhecer sobre a captação de dados por *cookies*, bem como as proteções antivírus para evitar a invasão de computadores. Na definição de Tarcisio Teixeira⁽⁴⁷⁾, *cookie* é “um programa de computador que registra os caminhos do usuário da internet e por meio do qual se obtém dados sobre seus costumes e preferências”.

Também, em rol não exaustivo, é necessário conhecer os meios para evitar a invasão de redes sociais, por exemplo, do *WhatsApp* e do *Facebook*, bem como os cuidados para evitar a clonagem de cartão de crédito e os golpes pela internet, inclusive referente ao pagamento instantâneo (Pix) e a boletos falsos. O conhecimento de que nem tudo que é repassado na internet é verdadeiro poderá, talvez, diminuir a proliferação de mentiras travestidas de verdade (*fake news*).

Ademais, no tocante ao mundo digital, as fronteiras entre países se diluem e a pessoa precisa compreender que qualquer informação colocada nas redes sociais pode ir muito além daquela mídia onde foi publicada, tanto para fins idôneos quanto para fins ilícitos. Desse modo, se faz necessária a cooperação entre os países. No roteiro para a cooperação digital apresentado pelo Secretário-Geral das Nações Unidas⁽⁴⁸⁾, constam oito áreas-chave para atuação, que constituem passos para melhor cooperação:

Atingir a conectividade universal até 2030, para que todos tenham acesso seguro e barato à internet;

(47) TEIXEIRA, Tarcisio. *Curso de direito e processo eletrônico*. São Paulo: Saraiva, 2013. p.35

(48) ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. ONU News. *ONU apresenta roteiro para ampliar cooperação digital na era pós-Covid-19*. Pub. 11 jun. 2020. Disponível em: <<https://news.un.org/pt/story/2020/06/1716512>>. Acesso em: 14 out. 2021.

Promoção de bens públicos digitais para desbloquear um mundo mais equitativo.

Garantir a inclusão digital para todos incluindo os grupos mais vulneráveis.

Fortalecer a capacitação digital, aumentando o desenvolvimento e treinamento em todo o mundo.

Garantir a proteção dos direitos humanos na era digital, tanto online quanto *offline*.

Apoiar a cooperação global em inteligência artificial, com uma abordagem baseada em direitos humanos e que promova a paz.

Fomentar a confiança e a segurança, criando um diálogo global para promover os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável.

Construir uma arquitetura mais eficaz para a cooperação digital, em que a governança seja uma prioridade e com base na postura das Nações Unidas.

A democratização do acesso à internet é importante para evitar novo fator de exclusão da vida social e de barreira ao crescimento profissional. Sinala-se ainda que, para acompanhar aulas online, há necessidade de aparelhos eletrônicos (computadores, tablets ou celulares smartphones), uma boa conexão de internet e um plano de dados suficiente. A necessidade de conhecer e saber utilizar meios tecnológicos na vida profissional pode abranger o uso de banco de dados. O tratamento de banco de dados na Jurimetria, por exemplo, remete à inclusão digital de quem trabalha nas áreas do Direito e da Estatística. Assim, a desigualdade digital pode aumentar o fosso da desigualdade social e econômica entre os diversos membros de uma sociedade e entre os diversos países. E também a desigualdade na proteção à dignidade de cada indivíduo. Portanto, é preciso repensar os instrumentos e a participação de cada pessoa, das empresas de tecnologia e dos países. Destaca-se que a colaboração das empresas de tecnologia nada mais representa do que a contrapartida pelo expressivo valor⁽⁴⁹⁾ obtido com os dados, inclusive preferências, coletados de cada um dos usuários.

(49) SFREDO, Marta; LOPES, Rodrigo. Os pecados dos novos barões. *Zero Hora*. Porto Alegre, ano 57, n. 19.898, 19 e 20 dez. 2020, Caderno Doc, p. 6-9.

Ressaltando a necessidade de atuação em conjunto, assim se expressa Antônio Guterres⁽⁵⁰⁾:

A tecnologia digital está moldando a história. Mas também há a sensação de que está fugindo conosco. Para onde isso vai nos levar? Nossa dignidade e direitos serão aumentados ou diminuídos? Nossas sociedades se tornarão mais iguais ou menos iguais? Vamos nos tornar mais ou menos seguros e protegidos? As respostas a essas perguntas dependem de nossa capacidade de trabalhar juntos entre disciplinas e atores, entre nações e divisões políticas. Temos uma responsabilidade coletiva de orientar essas tecnologias para maximizar os benefícios e reduzir as consequências indesejadas e o uso malicioso.

Em um mundo em que vírus se espalham rapidamente, mais do nunca é preciso a cooperação para o desenvolvimento de pessoas e de países, o que abrange a inclusão no mundo digital. Essa inclusão compreende o conhecimento de seu funcionamento e de seus princípios e em especial a proteção a direitos que por vezes ali são lesados, tais como os direitos à intimidade, à vida privada, à honra e a imagem das pessoas e ao sigilo das comunicações de dados, abrangendo a proteção de seus dados pessoais bem como o direito à ampla defesa e o respeito à dignidade da pessoa humana.

7. Considerações finais

Ao utilizar o documento eletrônico como prova, há de se aferir a correspondência com o tratamento concedido ao documento dito “típico” no tocante à licitude de sua obtenção e à aplicação do princípio da proporcionalidade quando há conflitos entre o direito à ampla defesa e os direitos à intimidade, à vida privada, à honra e a imagem das pessoas e ao sigilo da correspondência e das comunicações de dados e das comunicações telefônicas.

Quando apresentado o documento eletrônico nos autos processuais, oportunizado

o contraditório e contestadas a autoria, a autenticidade e a integridade, necessária a demonstração de seu valor probante. Embora a verificação no documento eletrônico seja mais complexa, ao exigir por vezes perícia, pode se perceber a correspondência com as questões dos documentos tradicionais porque também há a necessidade de observância das garantias constitucionais e processuais, abrangendo a ampla defesa, o que inclui o custo das perícias.

A Jurimetria, por sua vez, ao utilizar bancos de dados provenientes de ações e decisões do Judiciário, não considera apenas o processo em si, mas também a sua conexão com a sociedade quanto à existência de demandas individuais, que deixam transparecer demandas de grupos sociais, e as consequências das decisões judiciais nessas demandas. Assim, pode auxiliar quem trabalha com o Direito, antes, durante e depois do processo judicial e também quanto ao impacto social das decisões judiciais.

Ademais, antes mesmo de propor ação em juízo, é preciso ter acesso ao mundo digital e conhecer seu funcionamento, pois quem conhece tem maiores e melhores condições de utilização para evitar a lesão de seus direitos, como, por exemplo, a inclusão indevida em banco de dados, ou evitar ferir direitos de outrem. Se houver a lesão, terá maior aptidão de demonstrar seu direito em juízo, se souber, por exemplo, preservar o documento eletrônico para utilizá-lo como prova.

Considerando que as pessoas estão cada vez mais digitalmente conectadas, o seu comportamento nesse mundo de conexões influencia os rumos da sociedade, demonstrando a necessidade de cooperação entre os povos, bem como de responsabilização social das empresas de tecnologia.

Desse modo, além do cumprimento da legislação própria, tanto para a utilização de documento eletrônico como prova em processo judicial quanto para o tratamento de banco de dados, abrangendo a Jurimetria, é necessário ter em vista a observância das garantias

(50) GUTERRES, Antônio. *Roteiro do Secretário-Geral das Nações Unidas para cooperação digital*. Organização das Nações Unidas. Disponível em: <<https://www.un.org/en/content/digital-cooperation-roadmap/>>. Acesso em: 14 out. 2021.

constitucionais e processuais e, sobretudo, a dignidade da pessoa humana, fundamento para qualquer sociedade que se considera democrática e que deve nortear todas as relações, sejam elas entre pessoas; entre pessoas e instituições ou, na Jurimetria, entre pessoas e o Direito, a Estatística e a Tecnologia.

8. Referências

AMARAL, Fernando. *Introdução à ciência de dados e big data*. Rio de Janeiro: Alta Books, 2016.

ATHENIENSE, Alexandre. *Comentários à Lei n. 11.419/06 e as práticas processuais por meio eletrônico nos tribunais brasileiros*. Curitiba: Juruá, 2010.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 set. 2021.

_____. *Lei n. 9.507, de 12 de novembro de 1997*. Regula o direito de acesso a informações e disciplina o rito processual do habeas data. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9507.htm>. Acesso em: 03 fev. 2022.

_____. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 21 out. 2021.

_____. *Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014*. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12965.htm>. Acesso em: 28 set. 2021.

_____. *Lei n. 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: 28 set. 2021.

_____. *Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm>. Acesso em: 28 set. 2021.

_____. *Lei n. 13.853, de 8 de julho de 2019*. Altera a Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018, para dispor sobre a proteção de dados pessoais e para criar a Autoridade Nacional de Proteção de Dados; e dá

outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13853.htm#art1>. Acesso em: 28 set. 2021.

_____. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Conselho Nacional de Arquivos. Câmara Técnica de Documentos eletrônicos (CTDE). *Glossário da CTDE*. Versão 8. (atual.) 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/conarq/pt-br/assuntos/camaras-tecnicas-setoriais-inativas/camara-tecnica-de-documentos-eletronicos-ctde/glosctde_2020_08_07.pdf>. Acesso em: 06 out. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. Teses de Repercussão Geral. *RE n. 1116949/PR – Paraná*. Tribunal Pleno. Relator Min. Marco Aurélio. Redator do acórdão: Min. Edson Fachin. Julgado em ago. 2020. Publ. em 02 out. 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=RE%201116949&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true&origem=AP>. Acesso em: 6 out. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC n. 168052*. Segunda Turma. Relator Min. Gilmar Mendes. Julgado em out. 2020. Publ. em 02 dez 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345143997&text=.pdf>>. Acesso em: 19 out. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI n. 5.766*. Tribunal Pleno. Relator Min. Roberto Barroso. Redator do acórdão Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5250582>>. Acesso em: 24 out. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ARE n. 1.042.075*, número único 0174497-34.2013.8.19.0001, Rio de Janeiro. Tribunal Pleno. Relator Min. Dias Toffoli. Sessão Virtual de 30.10.2020 a 10.11.2020. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5173898>>. Acesso em: 14 fev. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n. 1.903.273-PR (2020/0284879-7)*. Terceira Turma. Relatora Min. Nancy Andrighi. Julgado em 24 ago. 2021. Publ. em 30 ago. 2021. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202002848797&dt_publicacao=30/08/2021>. Acesso em: 21 out. 2021.

DONEDA, Danilo. O direito fundamental à proteção de dados pessoais. In: MARTINS, Guilherme Magalhães (Coord.). *Direito e Internet*. São Paulo: Atlas, 2014.

GUTERRES, Antônio. *Roteiro do Secretário-Geral das Nações Unidas para cooperação digital*. Organização das Nações Unidas. Disponível em: <<https://www.un.org/en/content/digital-cooperation-road-map/>>. Acesso em: 14 out. 2021.

JUNQUEIRA, Cristina. Como a inclusão digital pode impactar os brasileiros. *Exame.com*. Publ. 09 set. 2021. Disponível em: <<https://exame.com/blog/cristina-junqueira/como-a-inclusao-digital-pode-impactar-os-brasileiros-por-cris-junqueira/>>. Acesso em: 14 out. 2021.

LEDUR, José Felipe. *Direitos fundamentais sociais* — Efetivação no âmbito da democracia participativa. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LIMA, Firmino Alves. Os avanços tecnológicos e a maior possibilidade de controle sobre os cidadãos. *Revista Trabalhista Direito e Processo*, Rio de Janeiro: Forense, vol. VII, jul./ago./set. 2003.

LOEVINGER, Lee. Jurimetrics — The Next Step Forward (1949). *Minnesota Law Review*, 1796. Disponível em: <<https://scholarship.law.umn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2795&context=mlr>>, p. 483. Acesso em: 21 jan. 2022.

_____. *Jurimetrics: The Methodology of Legal Inquiry*, 28 Law and Contemporary Problems 5-35 (Winter 1963). Disponível em: <<https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2945&context=lcp#:~:text=2%20%20Jurisprudence%20is%20primarily%20an,conclusions%20of%20jurimetrics%20are%20testable>>, p. 8. Acesso em: 03 fev. 2022.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHARDT, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 5, t.1.

_____. *Prova*. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENEZES, Daniel Francisco Nagao. *Jurimetria: uma nova interpretação da Jurisprudência*. Resumo disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=8fcd9e5482a62a5f#:~:text=A%20Jurimetria%20consiste%20em%20uma,melhor%20compreens%C3%A3o%20do%20conflito%20social>>. Acesso em: 29 jan. 2022.

MICHAELIS ONLINE. *Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa*. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/internet/>>. Acesso em: 24 out. 2021.

NUNES, Marcelo Guedes. *Jurimetria: como a estatística pode reinventar o direito*. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Thoms Reuters Brasil, 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. ONU News. *ONU apresenta roteiro para ampliar cooperação digital na era pós-Covid-19*. Pub. 11 jun. 2020. Disponível em: <<https://news.un.org/pt/story/2020/06/1716512>>. Acesso em: 14 out. 2021.

SFREDO, Marta; LOPES, Rodrigo. Os pecados dos novos barões. *Zero Hora*. Porto Alegre, ano 57, n. 19.898, 19 e 20 dez. 2020, Caderno Doc.

SZINVELSKI, Martín Marks; ARCENO, Taynara Silva e FRANCISCO, Lucas Baratieri. Perspectivas jurídicas da relação entre big data e proteção de dados. *Perspectivas em Ciência da Informação* [online]. 2019, v. 24, n. 04, p. 132-144. *Epub*. 10 fev. 2020. ISSN 1981-5344. <<https://doi.org/10.1590/1981-5344/4188>>. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/pci/a/HhLyd6FMjFr6hjHnfdH8GR/?lang=pt>>. Acesso em: 17 jan. 2022

TECMUNDO, Equipe. A história dos computadores e da computação. Publ. 6 mar. 2009. *Tecmundo*. Disponível em: <<https://www.tecmundo.com.br/tecnologia-da-informacao/1697-a-historia-dos-computadores-e-da-computacao.htm#:~:text=Em%201946%20ocorreu%20uma%20revolu%C3%A7%C3%A3o,John%20Eckert%20e%20John%20Mauchly>>. Acesso em: 24 jan. 2022

TEIXEIRA, Tarcisio. *Curso de direito e processo eletrônico*. São Paulo: Saraiva, 2013.

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia. *Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016*. Relativo à proteção das pessoas singulares

no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, e que revoga a Diretiva 95/ 46/EC (Regulamento Geral de Proteção de Dados) ELI: <<http://data.europa.eu/eli/reg/2016/679/2016-05-04>>. Bruxelas. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32016R0679>>. Acesso em: 20 jan. 2022.

ZABALA, Filipe Jaeger; SILVEIRA, Fabiano Feijó. *Jurimetria: estatística aplicada ao direito*. Natal:

Direito e Liberdade, v. 16, n. 1 (10), p. 73-86, jan./abr. 2014. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/75026>>. Acesso em: 21 jan. 2022.

ZOLYNSKI, Célia. *Os Big Data e os Dados Pessoais entre os Princípios da Proteção e da Inovação*. Revista de Direito, Estado e Telecomunicações, Brasília, v. 12, n. 1, p. 225-245, maio 2020. DOI: <<https://doi.org/10.26512/lstr.v12i1.30007>>. Disponível em: <<https://periodicos.unb.br/index.php/RDET/article/view/30007>>. Acesso em: 22 jan. 2022.

Técnicas de Captura de Geolocalização para Produção de Prova Judicial

João Pedro Albino^(*) e Ana Cláudia Pires Ferreira de Lima^(**)

Resumo:

- ▶ O uso da internet por 81% da população brasileira deixa rastros digitais no espaço cibernético. Essa transformação digital, com o uso cada vez mais frequente da internet, implicará na necessidade cada vez maior de obtenção das provas nos meios digitais. A imensa quantidade de dados que trafegam pela internet impõe ao profissional do direito o estudo multidisciplinar sobre mídia e tecnologia e ciência de dados. Este artigo tem por finalidade discorrer brevemente sobre algumas técnicas de captura de geolocalização em fontes abertas e fechadas para serem utilizadas como meio de prova em processos judiciais. Foi realizada pesquisa em artigos científicos e materiais de cursos e palestras, com análise da legislação brasileira e algumas decisões judiciais sobre a requisição de dados estáticos de logs, IPs e geolocalização aos provedores de aplicação e de conexão, com a descrição de algumas ferramentas de captura de geolocalização. O artigo demonstra que o estudo da tecnologia da informação e da comunicação e da ciência de dados é essencial para garantir a eficácia dos direitos humanos.

Palavras-chave:

- ▶ Tecnologia da informação e da comunicação — Ciência de dados — Provas digitais — Geolocalização — Mídia e tecnologia.

Abstract:

- ▶ The use of the internet by 81% of the Brazilian population leaves digital traces in cyberspace. This digital transformation, with the increasingly frequent use of the internet, will imply an increasing need to obtain evidence in digital media. The immense amount of data that travels over the internet imposes on the legal professional the multidisciplinary study of media and technology and data science. This article aims to briefly discuss some techniques for capturing geolocation in open and closed sources to be used as evidence in court lawsuits. Research was carried out on scientific articles and materials from courses and

(*) Mestre em Computação pela UFSCar. Doutor em Administração pela FEA-USP. Professor Associado Sênior do Departamento de Computação na Faculdade de Ciências e no Mestrado Profissional e Doutorado do Programa de Mídia e Tecnologia da Faculdade de Arquitetura, Artes, Comunicação e Design da Unesp de Bauru.

(**) Juíza do Trabalho Titular da 1ª Vara do Trabalho de Bauru/SP. Doutoranda no Programa de Mídia e Tecnologia da Faculdade de Arquitetura, Artes, Comunicação e Design da UNESP — Campus de Bauru; Mestre em Direito Constitucional pelo Centro Universitário Bauru — ITE. Certificada em Compliance em Proteção de Dados pela LEC em parceria com a FGV-Projetos em outubro de 2021.

lectures, with an analysis of Brazilian legislation and some judicial decisions on the request of static data from logs, IPs and geolocation from application and connection providers, with the description of some capture tools of geolocation. The article demonstrates that the study of information and communication technology and data science is essential to ensure the effectiveness of human rights.

Key-words:

- Information and communication technology — Data science — Digital evidence — Geolocation — Media and technology.

Índice dos Temas:

- 1. Introdução
- 2. Mundo *on-life*
- 3. Fontes de dados e de informações abertas e fechadas
- 4. Legislação brasileira
- 5. Técnicas de prova de geolocalização
 - 5.1. *Google Takeout*
 - 5.2. Sistema IOS da Apple®
 - 5.3. Estação Rádio Base — ERB
 - 5.4. Fotos digitais
 - 5.5. *WhatsApp*®
 - 5.6. Outros aplicativos
- 6. Conclusão
- 7. Referências

1. Introdução

A evolução tecnológica provoca transformações nas formas das relações humanas, que são registradas, cada vez mais, no espaço cibernético. Com a globalização e o aumento do uso da rede mundial de computadores pela população, dados trafegam mundialmente pela internet, podendo revelar informações importantes. Os dados armazenados no espaço cibernético podem comprovar fatos ocorridos no mundo digital ou físico e as relações jurídicas dele decorrentes.

Essa transformação digital, com o uso cada vez mais frequente da internet, implicará na necessidade cada vez maior de obtenção das

provas nos meios digitais. Para isso, torna-se necessário conhecer as ferramentas tecnológicas disponíveis para a extração dos dados necessários que trafegam na rede mundial de computadores ou na internet das coisas e respectiva organização para transformá-los em informação para comprovação dos fatos relevantes para o mundo jurídico, demonstrando sua evidência. A imensa quantidade de dados que trafegam pela internet impõe ao profissional do direito o estudo multidisciplinar sobre mídia e tecnologia e ciência de dados.

Este artigo tem por finalidade discorrer brevemente sobre algumas técnicas de captura de geolocalização em fontes abertas e fechadas para serem utilizadas como meio de prova

em processos judiciais, inclusive na Justiça do Trabalho.

2. Mundo *on-life*

Além de realizarmos contratos digitais em sites e aplicativos de compras, alimentação, transporte, aluguel etc., compartilhamos muitos dados na internet, quer por meio de e-mails, quer por aplicativos de mensagens e de redes sociais. Deixamos rastros digitais por onde passamos e nem percebemos.

A pesquisa “TIC Domicílios 2020”, realizada pelo Cetic.br (Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação), revelou que 152 milhões de pessoas usam a internet no Brasil, que equivalem a 81% da população no país, entre 2020 e 2021⁽¹⁾. Os brasileiros passaram mais de 7 horas diárias conectados na internet no primeiro trimestre de 2021, sendo 2h30 delas nas mídias sociais, conforme relatório do *Digital Global Overview Report*.⁽²⁾

O uso da internet no Brasil se intensificou nos últimos anos, nas consultas em sites, mídias sociais, armazenamento em nuvem, serviços de mensagens, acesso a músicas, filmes e *e-books* e com o auxílio da internet das coisas, com vários utilitários conectados à internet, a exemplo das assistentes virtuais, TVs, relógios, carros etc.

A interação constante entre o mundo físico (*off-line*) e o virtual (*on-line*) ganhou até uma denominação: “*on-life*”:

Em particular, a fim de compreender linguisticamente a interdependência das interações *on-line* e *off-line*, um novo termo poderia ser usado para descrever uma carreira: *on-life*. O termo deixa claro que nossas vidas muitas vezes não estão

nem *on-line*, nem *off-line*, mas que um novo tipo de mundo — o mundo *on-life* — está começando a se formar.⁽³⁾

Considerando-se os avanços tecnológicos, o Judiciário está utilizando cada vez mais as provas digitais, assunto que demanda maior especialização no tema, tanto no aspecto processual quanto no aspecto técnico científico de como produzir tais provas, a exemplo de investigação em fontes abertas da internet, como a extração de metadados constantes de fotos postadas nas redes sociais e de provas que demandam ordem judicial, a exemplo da requisição às operadoras de celular da geolocalização do usuário, tratando-se de um meio riquíssimo de prova de fatos ocorridos tanto no meio digital como no presencial.

Patricia Peck Pinheiro faz o seguinte destaque:

Do ponto de vista da evolução do Direito Digital no Judiciário brasileiro, temos visto que a questão da prova eletrônica passou a permear a grande maioria dos casos, sendo crucial para demonstrar e fundamentar direitos e obrigações entre as partes envolvidas. Os temas mais recorrentes envolvem de posturas e comportamentos em mídias sociais ao vazamento de informações confidenciais de empresas.⁽⁴⁾

Segundo Rennan Thamy e Mauricio Tamer:

A prova digital é o meio de demonstrar a ocorrência de um fato ocorrido em meio digital, ou que tem no meio digital um instrumento de demonstração de determinado fato de seu conteúdo.⁽⁵⁾

(1) TILT. Brasil chega a 152 mi de usuários de internet; idosos estão mais conectados. *Tilt UOL*. 18 ago. 2021.

(2) *Digital Global Overview Report*. Disponível em: <<https://www.linka.com.br/analytics/relatorio-global-do-digital-2021>>. Acesso em: 3 dez. 2021.

(3) HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. *Teoria geral do direito digital: transformação digital: desafios para o direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 28.

(4) PINHEIRO, Patrícia Peck. *Direito digital*. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 69.

(5) THAMAY, Rennan e TAMER, Mauricio. *Provas no direito digital: conceito da prova digital, procedimentos e provas digitais em espécie*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 33.

Essa transformação digital, com o uso cada vez mais frequente da internet e de dispositivos móveis, implicará na necessidade cada vez maior de obtenção das provas nos meios digitais, a exemplo de e-mails, mensagens em aplicativos de mensageria, postagem de imagem, vídeos e textos em mídias sociais, como *Facebook*, *Instagram*, *Youtube*, *Twitter*, e geolocalização dos dispositivos móveis, dentre outras provas.

3. Fontes de dados e de informações abertas e fechadas

STAIR, Ralph. M. *et al.* explicam que “os dados consistem em fatos brutos, como números de funcionários e números de vendas. Para que os dados sejam transformados em informações úteis, eles devem primeiro ser organizados de maneira significativa”⁽⁶⁾.

O número de horas trabalhadas pelos empregados e suas faltas também são dados brutos. Uma vez organizados, deles extraímos informação que pode ser útil para tomada de decisões.⁽⁷⁾ Assim, ao se verificar que determinados trabalhadores extrapolam a jornada de 44 horas semanais, extrai-se a informação de que estão realizando horas extras. Diante dessa informação, a direção da empresa deve decidir se adotará um regime de compensação de horas ou de pagamento de horas extras, nos termos da legislação pátria.

Na internet encontramos tanto dados já organizados (informação), como dados aleatórios, os quais, com a devida organização, transformam-se em informação.

As fontes de dados e de informação podem ser classificadas em fontes abertas, de livre acesso aos usuários da internet e fontes fechadas, cujo acesso depende de autorização prévia, a exemplo de *login* e senha ou ordem judicial.

(6) STAIR, Ralph. M. *et al.* *Princípios de sistemas de informação*. Tradução: Edson Furmankiewicz; revisão técnica: Flávio Soares Correa da Silva. 4. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2021. p. 173.

(7) ARAÚJO NETO, Antônio Palmeira de. *Princípios de sistemas de informação*. São Paulo: Editora Sol, 2022. p. 21.

Guilherme Caselli assim conceitua as fontes abertas:

Compreendemos, então, que fonte aberta é todo o meio de busca de informações que estejam livremente dispostas, ou seja, que não estejam em bases protegidas, que demandem senhas para seu acesso, intervenção judicial ou manobra técnica. Por exemplo, seria a informação disposta em um site, acessível a qualquer internauta que busque por aquele conteúdo.

(...)

Entendemos que fonte aberta é todo dado, informação ou conhecimento livremente disponibilizado por seu titular ou de quem lhe faça as vezes, atribuindo-lhes, assim o caráter de publicidade voluntariamente, e que são capazes de produzir conhecimento ou prova em procedimento administrativo ou judicial.⁽⁸⁾

Segundo Michael Bazzel, fontes abertas (*Open Source Intelligence* — OSINT em inglês) são conceituadas da seguinte forma:

Open Source Intelligence, muitas vezes referido como OSINT, pode significar muitas coisas para muitas pessoas. Oficialmente, é definida como qualquer inteligência produzida a partir de informações publicamente disponíveis que são coletadas, exploradas e divulgadas em tempo hábil para um público apropriado com a finalidade de atender a um requisito específico de inteligência. Para a CIA, pode significar informações obtidas pela imprensa estrangeira. Para um advogado, pode significar dados obtidos de documentos oficiais do governo que estão disponíveis ao público. Para a maioria das pessoas, é um conteúdo

(8) CASELLI, Guilherme. *Manual de investigação digital*. São Paulo: JusPodivm, 2022. p. 34 e 39.

disponível publicamente obtido da internet. (tradução livre)⁽⁹⁾

Fontes fechadas, a contrário senso, são aquelas cujo acesso depende previamente de autorização, a exemplo de *login* e senha ou ordem judicial. Como exemplo de fontes fechadas que requerem *login* e senha para acesso temos os dados de contas bancárias, e-mail, cadastros particulares, prontuários médicos, perfis das mídias sociais que não estejam no modo público, ou seja, requerem autorização prévia de acesso de seu titular. Alguns exemplos de fontes fechadas que dependem de determinação judicial para serem acessadas são as declarações de imposto de renda e outras informações cadastrais de pessoas físicas e jurídicas requisitadas pelo Poder Judiciário à Receita Federal, com o afastamento do sigilo fiscal, bem como a requisição de informações e dados cadastrais pelo Poder Judiciário aos provedores de aplicação e de conexão, nos termos do art. 22 do Marco Civil da Internet, tema que será abordado em tópico próprio.

Guilherme Caselli diferencia as bases de dados classificadas como de fontes fechadas das fontes abertas “por, em tese, armazenarem dados e informações classificadas como sensíveis ou pessoais”⁽¹⁰⁾.

Cabe, em princípio, aos advogados, a busca de dados em fontes abertas, “livremente disponibilizados por seu titular, ou de quem lhe faça as vezes, atribuindo-lhes, assim o caráter

de publicidade voluntariamente e que são capazes de produzir conhecimento ou prova em procedimento administrativo ou judicial”⁽¹¹⁾. Os advogados também podem requerer ao juízo a requisição de informações perante fontes fechadas, caso seja imprescindível para apreciação da lide, nos termos da lei.

Em caso de controvérsia havida entre as provas produzidas, o magistrado também poderá determinar a realização de outras diligências, nos termos do art. 765 da CLT, dentre elas, a requisição de dados de geolocalização e outras provas digitais aos provedores de conexão e de aplicação.

Lembrando as lições do Promotor de Justiça Fabrício Patury, que ministrou vários cursos pela Escola Nacional da Magistratura do Trabalho e Escolas Judiciais dos Tribunais Regionais do Trabalho a Juizes do Trabalho de todo o Brasil sobre Provas Digitais, a pesquisa de dados em fontes abertas pode nos trazer informações para análise do perfil da pessoa investigada (preferências, amigos, lugares, comentários etc.), a verificação de vínculos com outras pessoas e até dados de geolocalização, diante da publicização de dados feita pelo próprio titular na internet.

Neste artigo vamos analisar algumas técnicas de captura de geolocalização de pessoas para produção de prova judicial, tanto em fontes abertas quanto fechadas.

4. Legislação brasileira

A Lei Geral de Proteção de Dados (Lei n. 13.709/2018) criou regras para proteger o tratamento dos dados pessoais de pessoas físicas e para evitar seu vazamento, o que não impede o tratamento dos dados pessoais, desde que observadas suas bases e princípios nela especificados.

A investigação judicial de dados pessoais deve observar os princípios da finalidade e necessidade. A pesquisa de dados em fontes

(9) BAZZEL, Michael. Open Source Intelligence Techniques. Resources for searching and analyzing online information. 8th edition. By Michael Bazzel: Nevada, October, 2021, p. 5. Open Source Intelligence, often referred to as OSINT, can mean many things to many people. Officially, it is defined as any intelligence produced from publicly available information that is collected, exploited, na disseminated in a timely manner to an appropriate audience for the purpose of addressing a specific intelligence requirement. For the CIA, it may mean information obtained from foreign News broadcasts. For an attorney, it may mean data obtained from official government documents which are available to the public. For most people, it is publicly available content obtained from the internet.

(10) CASELLI, Guilherme. *Manual de investigação digital*. São Paulo: JusPodivm, 2022. p. 30.

(11) *Ibidem*, p. 40.

abertas e fechadas está amparada no art. 5º, LV, da Constituição Federal, no art. 369 do Código de Processo Civil, na Lei n. 12.965/2014 e no art. 22 do Marco Civil da Internet, além dos arts. 7, VI e 11, “d”, da Lei Geral de Proteção de Dados, para instruir processo judicial:

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

(...) VI – para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral, esse último nos termos da Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem);

Art. 11. O tratamento de dados pessoais sensíveis somente poderá ocorrer nas seguintes hipóteses:

(...)

d) exercício regular de direitos, inclusive em contrato e em processo judicial, administrativo e arbitral, este último nos termos da Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem);

A Constituição Federal assegura como direito fundamental, em seu art. 5º, o acesso à ordem jurídica justa, ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa, em seus incisos XXXV, LIV e LV, respectivamente.

O art. 369 do Código de Processo Civil, que admite “todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz”.

A Lei n. 12.965/2014 – Marco Civil da Internet –, estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil.

Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

I – inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

II – inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei;

III – inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial;

(...)

Da Proteção aos Registros, aos Dados Pessoais e às Comunicações Privadas

Art. 10. A guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet de que trata esta Lei, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas.

§ 1º O provedor responsável pela guarda somente será obrigado a disponibilizar os registros mencionados no *caput*, de forma autônoma ou associados a dados pessoais ou a outras informações que possam contribuir para a identificação do usuário ou do terminal, mediante ordem judicial, na forma do disposto na Seção IV deste Capítulo, respeitado o disposto no art. 7º.

§ 2º O conteúdo das comunicações privadas somente poderá ser disponibilizado mediante ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, respeitado o disposto nos incisos II e III do art. 7º.

§ 3º O disposto no *caput* não impede o acesso aos dados cadastrais que informem qualificação pessoal, filiação e endereço, na forma da lei, pelas autoridades administrativas que detenham competência legal para a sua requisição.

§ 4º As medidas e os procedimentos de segurança e de sigilo devem ser informados pelo responsável pela provisão de serviços de forma clara e atender a padrões definidos em regulamento, respeitado seu direito de confidencialidade quanto a segredos empresariais.

Importante distinguir a interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou seja, de dados em tempo real (somente autorizada judicialmente para apuração de crimes apenados com reclusão, nos termos do art. 10 da Lei n. 9.296/1996), da quebra de sigilo de dados estáticos, ou seja, já armazenados, o que equivale à determinação de exibição de documentos, sob pena de busca e apreensão, além de outras sanções, nos termos dos arts. 402 e 403 do Código de Processo Civil.⁽¹²⁾

(12) Art. 402. Se o terceiro negar a obrigação de exibir ou a posse do documento ou da coisa, o juiz designará audiência especial, tomando-lhe o depoimento, bem como o das partes e, se necessário, o de testemunhas, e em seguida proferirá decisão.

Este foi o entendimento da 3ª Seção do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, ao negar três recursos em Mandados de Segurança (RMS n. 60.698, RMS n. 61.302 e RMS n. 62.143) interpostos pela “Google contra decisões do Judiciário fluminense que determinaram entrega ao Ministério Público estadual de informações específicas que possam ajudar nas investigações do assassinato da vereadora Marielle Franco e de seu motorista, Anderson Gomes”, conforme Danilo Vital:

O Ministro Schietti ainda fez uma diferenciação entre as ordens judiciais, que tratam de quebra de sigilo de dados informáticos estáticos relativos a arquivos digitais de registro, daquela que ocorre com as interceptações das comunicações, as quais dão acesso ao fluxo da comunicação de dados travada com seu destinatário. Apenas na segunda incide a Lei n. 9.296/1997, a Lei das Interceptações Telefônicas.⁽¹³⁾

Segundo Patricia Peck Pinheiro, estamos na era da testemunha máquina. Da mesma forma que as testemunhas que, devidamente intimadas, não comparecem para depor, estão sujeitas à condução coercitiva (art. 403, § 5º, do CPC)⁽¹⁴⁾ e as pessoas que não entregam

Art. 403. Se o terceiro, sem justo motivo, se recusar a efetuar a exibição, o juiz ordenar-lhe-á que proceda ao respectivo depósito em cartório ou em outro lugar designado, no prazo de 5 (cinco) dias, impondo ao requerente que o ressarcir pelas despesas que tiver.

Parágrafo único. Se o terceiro descumprir a ordem, o juiz expedirá mandado de apreensão, requisitando, se necessário, força policial, sem prejuízo da responsabilidade por crime de desobediência, pagamento de multa e outras medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar a efetivação da decisão.

(13) VITAL, Danilo. Juiz pode pedir ao Google dados estáticos por localização e palavra-chave, diz STJ. *CONJUR — Consultor Jurídico*.

(14) Art. 455, § 5º, do CPC. “A testemunha que, intimada na forma do § 1º ou do § 4º, deixar de comparecer sem motivo justificado será conduzida e responderá pelas despesas do adiamento”.

documentos estão sujeitas à expedição contra si de mandado de busca e apreensão, as pessoas físicas e jurídicas têm o dever de apresentar os dados requisitados pelo Poder Judiciário. Ressalta-se, ainda, o dever das partes de cooperação processual, nos termos do art. 6º do Código de Processo Civil.⁽¹⁵⁾

O não cumprimento da legislação brasileira, inclusive a trabalhista, configura ato ilícito, a exemplo da falta de registro na Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS), o não recolhimento de encargos trabalhistas e previdenciários e até mesmo o não pagamento de horas extras.

Havendo fundados indícios de ato ilícito, a parte interessada poderá “com o propósito de formar conjunto probatório em processo judicial cível ou penal, em caráter incidental ou autônomo, requerer ao juiz que ordene ao responsável pela guarda o fornecimento de registros de conexão ou de registros de acesso a aplicações de internet”, nos termos do art. 22 do Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014).

O requerimento deverá conter, sob pena de inadmissibilidade: “I – fundados indícios da ocorrência do ilícito; II – justificativa motivada da utilidade dos registros solicitados para fins de investigação ou instrução probatória; e III – período ao qual se referem os registros” (parágrafo único do art. 22 do Marco Civil da Internet).

A requisição judicial de dados de geolocalização para fins de prova de cumprimento de horas extras na Justiça do Trabalho favorece a segurança da prestação jurisdicional, não havendo que se falar em violação ao direito à privacidade do trabalhador e à Lei Geral de Proteção de Dados. Este foi o entendimento do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região ao negar Mandado de Segurança impetrado pela trabalhadora que se opunha à realização

(15) Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

dessa prova, conforme noticiado pelo *site* Migalhas:

A maioria do colegiado, contudo, seguiu o voto do desembargador-relator Gracio Petrone, que já havia negado a liminar requerida pela autora, mantendo a decisão de 1º grau. O magistrado ponderou que a legislação não estabelece hierarquia entre os tipos de prova e afirmou que o pedido de prova digital reforça a busca efetiva da verdade real, favorecendo a rápida duração do processo.

‘Se o novo meio probatório, digital, fornece dados mais consistentes e confiáveis do que a prova testemunhal, não há porque sua produção ser relegada a um segundo momento processual, devendo, de outro modo, preceder à prova oral’, argumentou o relator, afirmando que vê o pedido como ‘exercício de direito’ das partes.

‘A pesquisa apenas aponta a localização do dispositivo telefônico, não incluindo conversas ou imagens de qualquer uma das partes ou de terceiros’, destacou.

Ainda segundo Petrone, a medida não representa ofensa à garantia Constitucional de inviolabilidade das comunicações ou à Lei Geral de Proteção de Dados pessoais (Lei n. 13.709/2018), favorecendo a segurança da prestação jurisdicional.⁽¹⁶⁾

5. Técnicas de prova de geolocalização

Muitas pessoas não têm seus direitos reconhecidos num processo judicial por não produzirem a prova dos fatos geradores de seus direitos. Isso acontece ora por falta de testemunhas, ora por falta de um documento essencial para referida prova. A prova da geolocalização de pessoas pode ser muito útil nos processos judiciais, facilitando a dificuldade de obtenção de provas testemunhais, ou até mesmo

servindo para dirimir eventuais controvérsias havidas na prova oral.

A vantagem da prova digital é que ela é auditável, devendo ser assegurada sua autenticidade e integridade, observando-se a cadeia de custódia:

A cadeia de custódia nos processos judiciais é utilizada para manter a história cronológica das evidências digitais, sendo de fundamental importância no trabalho do perito judicial para a apuração dos fatos. A evidência digital pode ser um arquivo com ou sem uma extensão, alguns arquivos, uma partição em um disco rígido, o disco rígido inteiro, um dispositivo de memória *flash* USB, discos CD/DVD/Blue Ray, links de internet, conexões *peer to peer*, e qualquer outra mídia removível. Os computadores costumam ser usados para fornecer evidências digitais em um caso porque contêm muitas informações. Também podem conter informações sobre dispositivos como cartões de memória USB, telefones celulares, câmeras digitais e discos rígidos portáteis.⁽¹⁷⁾

Mais da metade da população brasileira possui celular, representando 109 milhões de usuários, segundo pesquisa feita pela consultoria Newzoo Global Mobile Market Report, o que facilita a prova da geolocalização.⁽¹⁸⁾

Vários provedores de aplicação, como iFood®, Amazon®, Uber®, Waze® e aplicativos de bancos, registram a localização de seus usuários. As operadoras de celulares também dispõem dos dados de geolocalização de seus usuários, captados por suas antenas, sendo que

(17) Proceedings of the Tenth International Conference on Forensic Computer Science and Cyber Law – ICoFCS 2018 São Paulo, Brazil, 2018, 105 pp. – ISBN 978-85-65069-15. PETRONI e GONÇALVES, 2018. *Smart contracts baseados em blockchain na cadeia de custódia digital: uma proposta de arquitetura*.

(18) SOUZA, Karina. Brasil é um dos cinco países com maior número de celulares, mostra ranking. *Revista exame*. 15 ago. 2021.

(16) MIGALHAS. TRT-12 autoriza uso de geolocalização do celular como meio de prova. *Migalhas*. 27 mar. 2022.

essas provas digitais podem dirimir muitas controvérsias com exatidão, o que a prova oral nem sempre oferece.

Imagine um pedido de reconhecimento de vínculo empregatício de março a agosto de 2021, em cuja ação trabalhista o trabalhador alega que trabalhava todos os dias, de segunda a sexta-feira em determinado estabelecimento, das 8h às 14h. A empresa nega esse fato, alegando que a prestação de serviços ocorria eventualmente, de uma a duas vezes por semana. Considerando-se a controvérsia dos depoimentos contraditórios, cabe ao juiz, nos termos do art. 765 da CLT, determinar as diligências necessárias aos esclarecimentos dos fatos controvertidos.

Para dirimir provas frágeis ou contraditórias, o juiz poderá determinar que o próprio trabalhador que utilize celular com sistema operacional Android® apresente seu histórico de localização gravado na conta da plataforma Google® ou expedir ofício à operadora de celular, requisitando o mapa Estação Rádio Base (ERB) no período em que o vínculo empregatício é postulado e exclusivamente quanto à jornada informada na petição inicial, para que não se alegue invasão de privacidade quanto aos horários fora do mencionado horário de trabalho.

O serviço de geolocalização permite a localização de um aparelho celular. Isso é feito através do GPS (Global Positioning System), com a identificação da latitude e longitude do local em que o dispositivo se encontra, com base nas conexões de rede ou conexão via satélite. A definição da geolocalização também é feita pela captação de sinais de radiofrequência pela triangularização das antenas de celulares. “Já o sistema por *wi-fi* consegue definir a localização de um aparelho por meio do seu acesso às redes sem fio”⁽¹⁹⁾.

(19) PULSUS. Como localizar um celular corporativo — vantagens da geolocalização para dispositivos móveis da empresa. PULSUS MDM. s/d.

Allan Rangel Cordeiro explica que “a principal tecnologia utilizada atualmente no sistema celular brasileiro é o GSM (Global System for MobileCommunication)”⁽²⁰⁾.

Passaremos a analisar algumas das ferramentas de captação de geolocalização.

5.1. Google Takeout

Toda conta no aplicativo Google® possui um painel visual (*dashboard*) que apresenta, de maneira centralizada, um conjunto de informações do usuário, a exemplo de todas as atividades na web, histórico de localização e histórico de Youtube®. Segundo Silva (2021, p. 15), um *dashboard* é uma disposição visual com as informações mais importantes e necessárias para se atingir um ou mais objetivos, consolidando e organizando dados num único local para que possa ser monitorado de forma eficiente e concentrada. Desta forma, a ferramenta Google Dashboard® é um aplicativo que permite registrar a geolocalização do usuário. Assim, se o autor de uma ação quer demonstrar que uma pessoa estava em determinado local num determinado dia, ele pode extrair o histórico de localização do Google Takeout e inseri-los no Google Earth — ferramentas disponíveis aos usuários dos produtos da plataforma Google® — para visualizá-los no mapa.

Aqueles que possuem celular com sistema operacional Android® (que exige uma conta Gmail — serviço gratuito de troca de mensagens para web criado pela Google® — para cadastro) podem extrair seu histórico de localização. Para isso, o próprio usuário deve se conectar (realizar o *login*) à sua conta Google®. Ao realizar o *login* em sua conta, no ícone *gerenciar sua conta*, o aplicativo mostrará um painel (*dashboard*) reunindo os dados mais relevantes do usuário, do qual constam as “Informações Pessoais” (nome, data de nascimento, e-mail, telefone etc.). Em “Dados e Privacidade” há o

(20) CORDEIRO, Allan Rangel. *Localização geográfica através de aparelho celular*. Universidade Federal do Paraná. s/d, p. 1.

controle de privacidade. Se as configurações do histórico estiverem ativadas, será possível visualizar todas as atividades feitas na web, em aplicativos e a linha do tempo com o histórico de localização. Na linha do tempo é possível visualizar a geolocalização do usuário ao longo dos anos em que esteve ativado. Basta escolher os dias e horários que pretende pesquisar para verificar a geolocalização, ou seja, onde o usuário estava, com precisão.

Caso o usuário tenha desabilitado tal visualização, não será possível ele mesmo obter esses dados, caso que dependerá de ordem judicial, considerando-se que o aplicativo *Google*® possui esses arquivos, pelo dever de guarda estabelecido no Marco Civil da Internet.

Olga Vishnevsky Fortes compartilha o tutorial para que o próprio usuário extraia as informações de geolocalização de sua conta *Google*®, bem especificado em despacho judicial pelo Juiz do Trabalho Marcelo Caon Pereira, do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região:

Em razão da divergência entre a prova documental e a prova testemunhal e do fato de o reclamante ter afirmado que sempre carregava consigo o seu telefone celular, determino que ele faça a junta-da aos autos, até ..., do seu histórico de localização gravado na conta *Google*, de acordo com o passo a passo abaixo:

- 1) Acessar <<https://myaccount.google.com/intro/dashboard>>;
- 2) Fazer *login* na conta *Google*, inserindo *e-mail* e senha;
- 3) Clicar em ‘Fazer *download* dos seus dados’;
- 4) Selecionar os dados a serem incluídos, clicando primeiro em ‘Desmarcar tudo’;
- 5) Rolar a página até ‘Histórico de localização’ e marcar essa opção;
- 6) Clicar em ‘Vários formatos’;
- 7) Clicar sobre a opção ‘JSON’ e selecionar a opção ‘KML’;
- 8) Clicar em ‘Ok’;
- 9) Rolar a página até o final e clicar em ‘Próxima etapa’;
- 10) No campo ‘Escolha do tipo de arquivo, a frequência e o

destino’ eleger os seguintes parâmetros: 10.2) Na ‘Frequência’, eleger ‘Exportar uma vez’; 10.3) No ‘Tipo e tamanho de arquivo’, eleger ‘.zip’ e ‘2GB’; 11) Clicar em ‘Criar exportação’; 12) Aguardar alguns minutos e abrir a caixa postal do e-mail vinculado à conta *Google*; 13) Abrir o *e-mail* “Seus dados do *Google* estão prontos para *download*”; 14) Clicar em ‘Fazer o *download* dos seus arquivos’; 15) Localizar o arquivo ‘*takeout*.zip*’ no computador pessoal; 16) Enviar o arquivo para o *e-mail* da Vara no prazo deferido.⁽²¹⁾

O *download* do material do *Google Takeout* pode ser feito em vários formatos, sendo que o formato KML armazena a modelagem geográfica, ou seja, permite a visualização dos dados em mapa.

5.2. Sistema IOS da Apple®

A geolocalização capturada pelo sistema operacional IOS da *Apple*® também pode ser acessada pelo usuário se a respectiva opção estiver habilitada. Para verificar se essa habilitação está ativada, deve-se clicar em “Configurações”, “Privacidade” e “Serviços de Localização”, onde deverá constar “sim”; em seguida avançar para baixo da tela e clicar em “Serviços do Sistema”; depois avançar até a opção “Locais importantes” e autorizar o acesso.

Para exportar os dados da conta *Apple*® para um endereço de *e-mail*, é preciso acessar por computador o site <<https://privacy.apple.com/>> e iniciar uma sessão, com *Apple id* e senha. Após o início da sessão, é necessário clicar em “Privacidade”; depois em “Gerencie seus dados” e reiniciar a sessão. Após estes procedimentos, deve-se escolher as opções “*Downloads*”; “*Mapas*”; “tamanho 1GB” e

(21) FORTES, Olga Vishnevsky. Novos meios de busca da verdade: a geolocalização. *Provas digitais no processo do trabalho: realidade e futuro*. Coordenação: Ana Paula Silva Campos Miskulin, Danielle Bertachini, Platon Teixeira de Azevedo Neto. Campinas, SP: Lacier Editora, 2022. p. 241.

“Continuar”. Ao final do processo, o sistema exibirá a mensagem:

Agradecemos pelo pedido. Estamos preparando seus dados.

Quando seus dados estiverem prontos, avisaremos você em @.....com.br.

Lembre-se de que esse processo poderá levar até sete dias. Para garantir a segurança de seus dados, usamos esse tempo para confirmar que a solicitação foi feita por você.

Você pode visualizar e conferir o status da sua solicitação neste site a qualquer momento acessando <privacy.apple.com/account> (Abre em uma nova janela).

5.3. Estação Rádio Base — ERB

A geolocalização também pode ser capturada pelas antenas das operadoras de celular. Os aparelhos celulares comunicam-se com as antenas ERB — Estação Rádio Base (Figura 1) por meio de interface de radiofrequência, sendo possível visualizar o nível de sinal de nosso aparelho celular de acordo com a proximidade de uma ERB.

Figura 1. Estação Rádio Base



Imagem de Falco por Pixabay.

Allan Rangel Cordeiro explica a definição do Azimute, referente à área para a qual as antenas estão direcionadas:

A BTS é a torre propriamente dita (ERB — Estação Rádio Base), é nela em que

estão as antenas, normalmente direcionais, voltadas para um azimute (ângulo em que a antena estará posicionada na torre em relação ao norte geográfico) de acordo com a região que se deseja irradiar preferencialmente o sinal.⁽²²⁾

Pelo site <<http://www.telecicare.com.br/telebrasil/erbs/>>, ao selecionar a unidade da Federação e o município é possível verificar quantas antenas de celulares (de cada operadora) existem em um município. As antenas ERB podem alcançar até um raio de 1 a 2 km, sendo possível precisar uma região em que o usuário está dentro do ângulo de alcance de uma antena ERB (ângulo chamado de Azimute). A triangularização das ERBs possibilita maior precisão da área em que o usuário se encontra, mas não permite a exata localização do usuário:

Cada distância obtida possui uma margem de erro inerente, mas através de um procedimento de triangulação destas medidas é possível obter a área mais provável da localização geográfica do aparelho celular. De acordo com a prática de campo verifica-se uma média de precisão deste método em torno de 243-248m para locais urbanos e de 755-785m em áreas rurais.⁽²³⁾

Primeiro, é preciso descobrir qual a operadora do celular que se quer obter a geolocalização, o que é possível obter por meio do site <<https://www.qualoperadora.net/>> e depois requisita-se à referida operadora os mapas ERB (Estação Rádio Base), que indicam o raio aproximado que aquele celular estava nos dias e horários pesquisados.

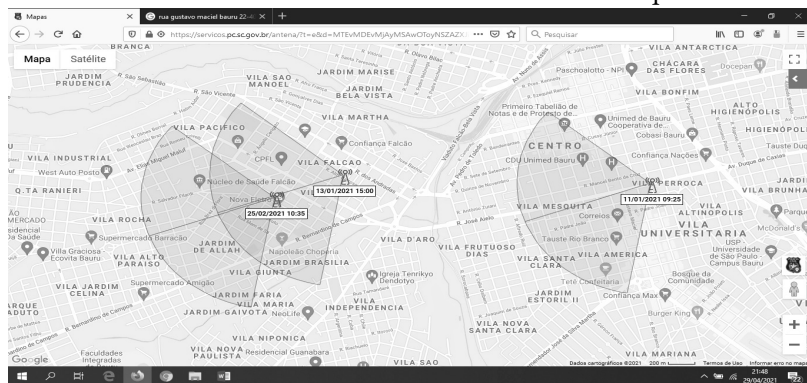
Com o recebimento da planilha da operadora e após a inserção dos respectivos dados em ferramenta de leitura apropriada, podemos visualizar as áreas de geolocalização do celular nas datas pesquisadas.

(22) CORDEIRO, Allan Rangel. *Localização geográfica através de aparelho celular*. Universidade Federal do Paraná, s/d, p. 4.

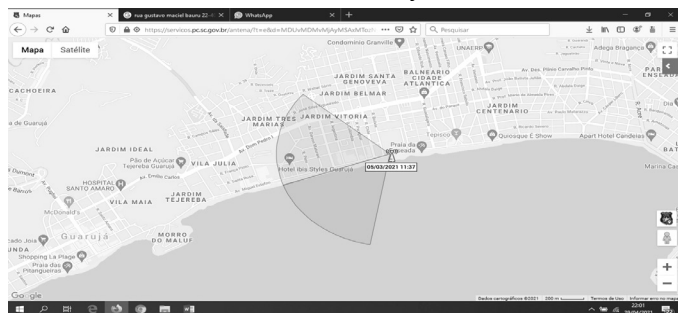
(23) *Ibidem*, p. 7.

Ilustra-se a seguir o resultado de uma pesquisa com dados fictícios de suposto trabalhador que requereu, em síntese, o reconhecimento do vínculo empregatício no período de 04.01.2021 a 27.04.2021 como atendente, com a condenação da reclamada ao pagamento das verbas rescisórias, alegando que trabalhava internamente, de segunda a sexta-feira, das 8h às 17 horas. A prova oral restou contraditória, tendo sido determinado pelo Juízo a expedição de ofício à operadora, requisitando-se os dados de geolocalização. Observa-se à direita do mapa o ponto da antenna referente ao estabelecimento empresarial demandado na reclamação trabalhista, situado na cidade de Bauru – SP e à esquerda a antenna da área da residência do trabalhador, constando algumas datas e horários pesquisados.

Bauru – SP



Dia 5.3.2021 às 11h37: Guarujá



No exemplo apresentado, as provas digitais produzidas, conforme geolocalização do celular do reclamante em diversos dias que ele alegava estar trabalhando, comprovaram

que o autor estava fora do estabelecimento da reclamada durante a maior parte da jornada e período mencionados na inicial, resultando na improcedência da ação, com a condenação do reclamante como litigante de má-fé.

O caso em exame demonstra a importância das provas digitais para dirimir controvérsias havidas nos autos.

Os processos ns.0010436-29.2021.5.15.0005, 0010436-29.2021.5.15.0005, 0010864-45.2020.5.15.0005 e 0010864-45.2020.5.15.0005 foram todos julgados com base em prova de geolocalização.

5.4. Fotos digitais

Outra forma de provar a geolocalização de uma pessoa é por meio dos metadados das fotos digitais. Metadados são dados que contêm outros dados⁽²⁴⁾. Existem várias ferramentas que extraem os metadados de uma foto

digital, a exemplo da data e horário em que foi tirada, modelo do dispositivo que tirou a fotografia e até mesmo a geolocalização, quando o GPS do dispositivo estava ligado. Nesse sentido, as lições de Barreto, Wendt e Caselli:

O exif metadata é a informação adicional do arquivo da fotografia que pode ter dados sobre data e hora, tamanho, características da câmera ou do smartphone, dados de luminosidade e outras informações úteis. Em alguns casos, quando o GPS (Global Positioning System) do equipamento está ligado, é possível

obter a real posição em que a fotografia

(24) CAMPOS, L. F. de B. *Metadados digitais: revisão bibliográfica da evolução e tendências por meio de categorias funcionais*. 2007, p. 19.

foi tirada. Cada metadado traz consigo dados individualizadores da imagem produzida.⁽²⁵⁾

É preciso um leitor de metadados para visualizar os metadados de uma fotografia digital, os quais podem dirimir fatos controvertidos num processo judicial. Barreto, Wendt e Caselli elencam alguns sites ou complementos de navegadores que possibilitam acesso ou análise desses dados, a exemplo de: <<http://fotoforensics.com/>>, <<http://www.exif-viewer.com/>> e <<http://www.pic2map.com/>>.⁽²⁶⁾

5.5. WhatsApp®

Por meio dos registros de *logs* do WhatsApp também é possível precisar a geolocalização do usuário do dispositivo móvel no momento da mensagem, uma vez que conectado à conexão *wi-fi* ou particular (a exemplo de 3G), conforme política de dados do aplicativo e explanação de Guilherme Caselli.⁽²⁷⁾

Com relação aos dados fornecidos pelo WhatsApp® às autoridades, Guilherme Caselli descreve que:

Com base em uma classificação técnico-jurídica, pode-se dizer que a empresa WhatsApp fornece para autoridades de investigação elementos formais, compostos por dados qualificativos e *logs* de conexão. Quanto a elementos materiais, assim entendidos o conteúdo produzido pelos usuários, como mensagens e mídias, a empresa declara em seus termos de serviço que não possui acesso ao conteúdo das mensagens produzidas pelos usuários e, portanto, tampouco permite a terceiros tal acesso.⁽²⁸⁾

(25) BARRETO, Alessandro Gonçalves; WENDT, Emerson; CASELLI, Guilherme. *Investigação digital em fontes abertas*. 2. ed. [s. l.]: Editora Brasport, 2017. p. 147.

(26) *Ibidem*, p. 85.

(27) CASELLI, Guilherme. I Congresso sobre LGPD, provas digitais e uso de ferramentas eletrônicas para solução de conflitos. 10 jun. 2022a. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=YfyVpWXZk4>>.

(28) CASELLI, Guilherme. *Manual de investigação digital*. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022, p. 424.

Para apurar a ocorrência de fatos ilícitos, o Poder Judiciário poderá oficiar ao provedor de aplicação, como no caso do WhatsApp®, requisitando os dados de qualificação e *logs* de conexão do usuário, com os IPs e a geolocalização.

5.6. Outros aplicativos

Não havendo possibilidade de realização da prova digital com pesquisas em fontes abertas, a prova poderá ser requisitada por ordem judicial. Caso não seja possível a obtenção de geolocalização por meio da requisição dos mapas ERBs às operadoras de celular, é possível oficiar a outros provedores de aplicação a exemplo de aplicativos de transporte (Uber®, 99° etc.), de entrega de refeições (iFood®, Uber Eats. etc.), de bancos (BB®, CEF®, Itaú® etc.), Waze®, Instagram®, Facebook®, YouTube® dentre outros, para requisitar dados de *logs*, com o objetivo de identificar a localização do usuário em determinadas datas e horários.

6. Conclusão

Muitos pedidos formulados em ações judiciais são indeferidos por falta de provas. Nessa sociedade da informação, várias ações humanas são registradas na rede mundial de computadores e armazenadas pelos provedores de aplicação ou de conexão, nos termos do Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014), possibilitando a efetiva comprovação desses fatos e o reconhecimento dos direitos correspondentes.

A comprovação de fatos ocorridos e/ou registrados nos meios digitais necessita da aplicação da inteligência de dados, cujo conhecimento deve ser disseminado a todos os profissionais do direito para a efetivação dos direitos humanos.

A pesquisa da ciência de dados em fontes abertas pode ser feita por qualquer usuário da internet, a exemplo da solicitação de seus dados ao Google® ou à Apple®, sendo interessante também a análise de fontes restritas, ou seja,

aquelas cujo acesso demandam uma ordem judicial, a exemplo da requisição de mapas de Estação Rádio Base às operadoras de telefonia móvel para obtenção de dados de geolocalização de uma das partes envolvida no processo.

Nesse mundo “on-life”, as provas digitais podem sanar uma série de controvérsias, comprovando muitos fatos que dispensam a oitiva de testemunhas, tratando-se de um avanço na busca da verdade real, contribuindo com a celeridade processual e na segurança da prestação jurisdicional.

A ciência de dados é essencial na proteção dos direitos humanos. Por meio dela é possível comprovar a ocorrência de fatos e relações jurídicas originárias ou não na rede mundial de computadores e os direitos deles decorrentes. O estudo da ciência de dados aplicada ao direito contribuirá com a construção de um novo modelo probatório no mundo jurídico, em cumprimento aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável⁽²⁹⁾ e da Agenda 2030⁽³⁰⁾, que representa o grande comprometimento do Judiciário com a proteção dos Direitos Humanos, especialmente a prevenção e a solução de conflitos.

7. Referências

ARAÚJO NETO, Antônio Palmeira de. *Princípios de sistemas de informação*. São Paulo: Editora Sol, 2022. 200 p., il. Nota: este volume está publicado nos *Cadernos de Estudos e Pesquisas da UNIP*, Série Didática, ISSN 1517-9230.

BARRETO, Alessandro Gonçalves; WENDT, Emerson; CASELLI, Guilherme. *Investigação digital em fontes abertas*. 2. ed. [s. l.]: Editora Brasport, 2017, [s. d.]. ISBN 9788574528199. Disponível em: <<https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=t>

(29) ONU. Sobre o nosso trabalho para alcançar os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável no Brasil, Nações Unidas no Brasil, 2022. Disponível em: <<https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>>. Acesso em: 17 jun. 2022.

(30) ONU. Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, Nações Unidas no Brasil, 15 set. 2015. Disponível em: <<https://brasil.un.org/pt-br/91863-agenda-2030-para-o-desenvolvimento-sustentavel>>. Acesso em: 17 jun. 2022.

rue&db=catalog&cat08913a&AN=peb.9788574528199&lang=pt-br&site=eds-live>. Acesso em: 28 nov. 2021.

BAZZEL, Michael. *Open Source Intelligence Techniques*. Resources for searching and analyzing online information. 8th edition. By Michael Bazzel: Nevada, October, 2021.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 out. 2020.

_____. *Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 11 out. 2020.

_____. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 18 jun. 2022.

_____. *Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm>.

CAMPOS, L. F. de B. (2007). Metadados digitais: revisão bibliográfica da evolução e tendências por meio de categorias funcionais. Encontros Bibli: *Revista eletrônica de Biblioteconomia e Ciência da informação*, 12(23), 16-46. <<https://doi.org/10.5007/1518-2924.2007v12n23p16>>.

CAPANEMA, Walter Aranha. Curso de provas digitais. *Smart 3*. Disponível em: <<https://smart3.eadplataforma.com/curso/aula-ao-vivo/slide37>>. Acesso em: 5 out. 2020.

CASELLI, Guilherme. I Congresso sobre LGPD, provas digitais e uso de ferramentas eletrônicas para solução de conflitos. 10 jun. 2022a. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=YfyrVpWXZk4>>. Acesso em: 11 jun. 2022.

_____. *Manual de investigação digital*. São Paulo: JusPodivm, 2022.

CORDEIRO, Allan Rangel. *Localização geográfica através de aparelho celular*. Universidade Federal do Paraná. s/d. Disponível em: <<https://www.eletrica.ufpr.br/ufpr2/tccs/>>. Acesso em: 11 jun. 2021.

Digital Global Overview Report. Disponível em: <<https://www.linka.com.br/analytics/relatorio-global-do-digital-2021>>. Acesso em: 3 dez. 2021.

FORTES, Olga Vishnevky. Novos meios de busca da verdade: a geolocalização. *Provas digitais no processo do trabalho*: realidade e futuro. Coordenação: Ana Paula Silva Campos Miskulin, Danielle Bertachini, Platon Teixeira de Azevedo Neto. Campinas, SP: Lacier Editora, 2022.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. *Teoria geral do direito digital*: transformação digital: desafios para o direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

MIGALHAS. TRT-12 autoriza uso de geolocalização do celular como meio de prova. *Migalhas*. 27 mar. 2022. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/quentes/362117/trt-12-autoriza-uso-de-geolocalizacao-do-celular-como-meio-de-prova>>. Acesso em: 12 jun. 2022.

ONU. Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, Nações Unidas no Brasil, 15 set. 2015. Disponível em: <<https://brasil.un.org/pt-br/91863-agenda-2030-para-o-desenvolvimento-sustentavel>>. Acesso em: 17 jun. 2022.

_____. Sobre o nosso trabalho para alcançar os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável no Brasil, Nações Unidas no Brasil, 2022. Disponível em: <<https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>>. Acesso em: 17 jun. 2022.

PATURY, Fabrício Rabelo. Slides do curso da Escola Nacional de Magistratura do Tribunal Superior do Trabalho sobre Produção e Análise de Provas Digitais, ministrado em maio de 2021.

PINHEIRO, Patrícia Peck. *Direito digital*. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

Proceedings of the Tenth International Conference on Forensic Computer Science and Cyber Law – ICoFCS 2018 São Paulo, Brazil, 2018, 105 p. – ISBN 978-85-65069-15.

PETRONI e GONÇALVES, 2018. *Smart contracts baseados em blockchain na cadeia de custódia digital*: uma proposta de arquitetura. Disponível em:

<<http://icofcs.org/2018/ICoFCS-2018-003.pdf>>. Acesso em: 31 maio 2022.

PULSUS. Como localizar um celular corporativo – vantagens da geolocalização para dispositivos móveis da empresa. PULSUS MDM. s/d. Disponível em: <<https://pulsus.mobi/blog/como-localizar-um-celular-corporativo-vantagens-da-geolocalizacao/>>. Acesso em: 11 jun. 2022.

SOUZA, Karina. Brasil é um dos cinco países com maior número de celulares, mostra ranking. *Revista exame*. 15 ago. 2021. Disponível em: <<https://exame.com/pop/brasil-e-um-dos-cinco-paises-com-maior-numero-de-celulares-mostra-ranking/>>. Acesso em: 12 jun. 2022.

STAIR, Ralph. M.; REYNOLDS, George W.; BRYANT Joey; FRYDENBERG, Mark; GREENBERG, Hollis e SCHELL, George. *Princípios de sistemas de informação*. Tradução: Edson Furmankiewicz; revisão técnica: Flávio Soares Correa da Silva. 4. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2021. Disponível em: <<https://intgrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786555584165/pageid/1>>.

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

TILT. Brasil chega a 152 mi de usuários de internet; idosos estão mais conectados. *Tilt UOL*. 18 ago. 2021. Disponível em: <<https://www.uol.com.br/tilt/noticias/redacao/2021/08/18/tic-domicilios-2020-idosos-usaram-mais-internet-uso-de-smart-tv-cresceu.htm>>. Acesso em: 10 jun. 2022.

VITAL, Danilo. Juiz pode pedir ao Google dados estáticos por localização e palavra-chave, diz STJ. *CONJUR — Consultor Jurídico*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-ago-26/juiz-pedir-dados-estaticos-localizacao-periodo-tempo>>. Acesso em: 12 jun. 2022.

Sentenças

Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região

6ª Turma – 11ª Câmara

Processo n.: 0011710-15.2019.5.15.0032

Recurso Ordinário

Recorrente: Rogerio Adriano Venancio Martins

Recorrido: Uber do Brasil Tecnologia Ltda.

Origem: 2ª Vara do Trabalho de Campinas

Juiz(a) Sentenciante: Andre Luiz Menezes Azevedo Sette

Relator: João Batista Martins César

- **Ementa:** TRABALHO POR MEIO DE PLATAFORMAS DIGITAIS (*crowd economy, gig economy, freelance economy — economia sob demanda*). VÍNCULO DE EMPREGO. POSSIBILIDADE. ACORDO ELEBRADO NO DIA ANTERIOR À SESSÃO DE JULGAMENTO. NÃO HOMOLOGAÇÃO. JURIMETRIA. 1. As partes juntaram petição de acordo, em 19.04.21 (um dia antes desta sessão), às 18h15, requerendo a retirada do processo de pauta de julgamento para a homologação do ajuste. O pedido foi apresentado menos de 24 horas antes do horário da presente sessão, embora o prazo para o despacho seja de cinco dias (art. 226, I, CPC c/c art. 769, CLT). 2. Não há direito líquido e certo quanto à homologação do acordo no âmbito judicial, o qual deve ser apreciado pelo magistrado, nos termos da Súmula n. 418 do C. TST. 3. De breve análise superficial e estritamente processual, sem adentrar ao mérito da questão, verifica-se que o valor do acordo (R\$ 35.000,00) não é razoável, considerando o valor de remuneração apontada (R\$ 3.000,00), o tempo do contrato de trabalho (aproximadamente um ano) e os direitos incidentes à hipótese. 4. Ademais, consta do acordo a isenção tributária plena, embora haja obrigação de recolhimento (*caput* e inciso V do art. 11 da Lei n. 8.213/1991; *caput* e inciso V do art. 9º do Decreto n. 3.048/1999; *caput* e inciso IV do art. 4º e art. 9º da IN RFB n. 971/2009, com redação dada pela IN RFB n. 1.453/2014). Logo, a pretensão das partes, tal como proposta, implica ofensa ao art. 104, II, do CC. 5. A estratégia da reclamada de celebrar acordo às vésperas da sessão de julgamento confere-lhe vantagem desproporcional porque assentada em contundente fraude trabalhista extremamente lucrativa, que envolve uma multidão de trabalhadores e é propositadamente camuflada pela aparente uniformidade jurisprudencial, que disfarça a existência de dissidência de entendimento quanto à matéria, aparentando que a jurisprudência se unifica no sentido de admitir, *a priori*, que os fatos se configuram de modo uniforme em todos os processos

(jurimetria). **6.** Entretanto, o art. 7º do CPC assegura às partes “*paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório*”. O contraditório deve, portanto, garantir a possibilidade de influenciar o julgador no momento da decisão. Nesse contexto, verifica-se a incompatibilidade entre a observância do princípio da cooperação e o abuso do direito processual caracterizado pela adoção dessa estratégia de manipulação da jurisprudência. **7.** Reitere-se que não se está a desestimular ou desmerecer os meios consensuais de resolução dos conflitos, cuja adoção é estimulada pelo CPC. Trata-se de mecanismo capaz de produzir pacificação social de forma célere e eficaz, cuja adoção é incentivada pelo Poder Judiciário, que tem investido na mediação e na conciliação. Na hipótese, entretanto, é indispensável impedir o abuso de direito e a violação do princípio da paridade de armas (art. 7º do CC). **8.** Mencione-se que no primeiro grau a reclamada não apresentou nenhuma proposta conciliatória, e, às vésperas da sessão de julgamento, faz acordo em valor de R\$ 35.000,00. **9.** Mencione-se que o art. 142 do CPC preceitua que: “Convencendo-se, pelas circunstâncias, de que autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim vedado por lei, o juiz proferirá decisão que impeça os objetivos das partes (...)”. No mesmo sentido o art. 80 do mesmo código, ao considerar como litigante de má-fé aquele que usar do processo para conseguir objetivo ilegal. **10.** Nesse contexto, indefer-se o pedido de retirada do processo de pauta e deixa-se de homologar o acordo apresentado pelos requerentes, por não preenchidos os requisitos formais do art. 104 do CC (objeto lícito, possível e determinado ou determinável) e verificado o abuso de direito e a violação do princípio da paridade de armas (art. 7º do CC) e com base no art. 142 do CPC. **TRABALHO POR MEIO DE PLATAFORMAS DIGITAIS (*crowd economy, gig economy, freelance economy — economia sob demanda*)). VÍNCULO DE EMPREGO.** **1.** O reclamante afirmou, na inicial, que foi admitido pela reclamada, como motorista, com salário mensal médio de R\$ 3.000,00. Relatou que mantiveram dois contratos de trabalho: o primeiro de 10.08.2017 a 17.07.2018 e o segundo de 26.07.2019 a 24.09.2019. Sustentou a presença dos requisitos previstos no art. 3º da CLT e postulou o reconhecimento da relação de emprego. **2.** A reclamada alegou que a relação jurídica com os “motoristas parceiros” não é de emprego. **3.** Ao admitir a prestação de serviços, a empresa atraiu o ônus de demonstrar fato impeditivo ao direito (art. 818, I, da CLT), encargo do qual não se desincumbiu a contento. **4.** O contrato oferecido pela plataforma ao passageiro evidencia que a natureza da atividade é de transporte. É cediço que o seu lucro não advém do aluguel pela utilização da plataforma, mas dos serviços de transporte de passageiros e cargas leves. **5.** Para desenvolver o negócio que a transformou em uma das maiores empresas do mundo, a **UBER** precisa manter à sua disposição um grande quantitativo de trabalhadores (*crowd*) aptos a executar a viagem contratada imediatamente após a formalização do contrato de transporte entre o passageiro e a empresa. Portanto, necessita que os motoristas estejam vinculados à atividade econômica que desenvolve, disponibilizando-lhe seu tempo e sob a sua direção, pois não há outro modo de apresentar-se ao mercado com presteza e agilidade no atendimento dos serviços de transporte que oferece nas 24 horas do dia, incluídos domingos e feriados. **6.** Nesse contexto, diante do princípio da primazia da realidade, reconhece-se que a atividade preponderante da ré é

o transporte de passageiros, independentemente do que conste formalmente do seu instrumento societário e dos contratos que induzem a ideia de que o motorista, objetivando aproximação com os clientes, celebrou contrato de aluguel da plataforma. **7. A respeito dos requisitos da relação de emprego, oportuno esclarecer alguns aspectos:** a) a não eventualidade diz respeito à continuidade, de modo intermitente ou contínuo, do labor prestado pelo trabalhador em favor da empresa; b) a CLT equipara os efeitos jurídicos da subordinação exercida por meios telemáticos e informatizados àquela empreendida por meios pessoais e diretos (parágrafo único do art. 6º); c) a liberdade quanto ao cumprimento da jornada de trabalho não é óbice ao reconhecimento do vínculo de emprego; d) a exclusividade não é requisito caracterizador da relação empregatícia. **8.** O preposto da reclamada admitiu a existência de restrição à autonomia do trabalhador com relação à forma de recebimento e ao veículo a ser utilizado ao afirmar que *“em pagamentos em dinheiro, o motorista pode conceder descontos, mas não nos realizados via cartão de crédito; (...) o motorista tem a obrigação de indicar qual o veículo que será utilizado na plataforma; a exigência da UBER é que os veículos sejam posteriores ao ano de 2009”*. **9.** A primeira testemunha da reclamada confirmou a grande ingerência da empresa nas atividades desenvolvidas pelos motoristas (**subordinação**), bem como a adoção de sistema de avaliação dos trabalhadores (**poder disciplinar/subordinação**) e os estímulos como o pagamento de bônus e prêmios, inclusive para aumentar o período de disponibilidade do trabalhador à empresa. **10.** A segunda testemunha da reclamada confirmou que os trabalhadores não têm autonomia sobre os valores cobrados (**subordinação**); recebem bônus e/ou premiações e podem ser advertidos e até dispensados (**poder diretivo/subordinação**) se não se adequarem à política da empresa e insistirem em condutas que possam gerar prejuízos à plataforma (alteridade). **11.** Da análise da prova dos autos, percebe-se que **a subordinação se revela de várias formas:** a) cobranças sofridas pelos motoristas, de modo a realizar o maior número possível de viagens; b) distribuição dos trabalhadores, pelo aplicativo, nas diversas áreas da cidade, de modo a atenderem regularmente maior número de clientes; c) os motoristas conhecem o destino da viagem apenas no seu início, nunca antes, o que esvazia a sua autonomia com relação à organização da atividade, já que o poder sobre a distribuição das viagens pertence à plataforma; d) a UBER fiscaliza a atuação dos condutores, por meio dos próprios usuários, que recebem mensagem para avaliação; e) a ré recebe reclamações dos clientes e aplica penalidades aos motoristas, exercendo poder disciplinar por meio de advertências, suspensões e desligamento da plataforma; f) as movimentações do trabalhador são monitoradas em tempo real, por meio de sistema operacional via satélite; g) o trabalhador não tem qualquer ingerência no preço final que é cobrado do cliente. **12.** Frise-se, o motorista de aplicativos de transporte não possui qualquer influência na negociação do preço e na cobrança do serviço ao cliente. A definição do valor da corrida, inclusive com relação à fixação dos chamados preços dinâmicos (conforme horário e demanda do serviço), é feita exclusivamente pela empresa. O valor é cobrado, na maior parte, por meio de cartões previamente cadastrados no aplicativo. A gestão da negociação do preço do serviço, portanto, pertence ao detentor do aplicativo e não ao motorista. **13.** Estando **presentes todos os requisitos do art. 3º da CLT, com base na análise da prova oral e documental, sobretudo diante a verificação da existência de meios telemáticos e automatizados de**

comando, controle e supervisão (parágrafo único do art. 6º da CLT), deve ser reconhecida a relação de emprego. TRABALHO EM PLATAFORMAS. GIG ECONOMY. 1. O Brasil deve cumprir as normas internacionais do trabalho, que têm por objetivo orientar os esforços das nações para estabelecer patamares mínimos de direitos trabalhistas, com vistas à promoção da dignidade humana — o que é particularmente relevante no contexto da evolução tecnológica que desencadeou o fenômeno global de transformação das formas de trabalho, que devem ser analisadas à luz da valorização da pessoa humana e da sua dignidade, saúde e segurança. 2. Essa tendência de modificação no modelo tradicional do trabalho lastreado nas relações de emprego, com o crescimento da chamada Economia de Aplicativos, incrementada pela ascensão da inteligência artificial e robótica, merece olhar atento da sociedade, como alerta a OIT nos documentos intitulados *Strengthening social protection for the future of work* e *Trabalho para um futuro mais brilhante*. 3. O desafio, alerta a OIT, reside no fato de que as políticas sociais foram pensadas para os trabalhadores que se enquadram nas relações de emprego padrão (**emprego**). O trabalho por aplicativo, muitas vezes, é mal remunerado, inclusive abaixo do salário-mínimo, e não existem mecanismos oficiais para lidar com o tratamento injusto. A organização recomendou o desenvolvimento de um sistema de governança que defina e exija que as plataformas respeitem certos direitos e proteções mínimos. 4. A faceta moderna da organização do trabalho é o controle por programação ou comandos (ou por algoritmo). A partir da programação, da estipulação de regras e comandos preordenados e mutáveis (pelo programador), ao trabalhador é incumbida a capacidade de reagir em tempo real aos sinais que lhe são emitidos para realizar os objetivos assinalados pelo programa. Os trabalhadores, nesse novo modelo, devem estar mobilizados e disponíveis à realização dos objetivos que lhe são consignados. Existe uma suposta e conveniente autonomia do motorista, subordinada à telemática e ao controlador do aplicativo. Trata-se da direção por objetivos. 5. O algoritmo, que pode ser modificado a qualquer momento, pela reprogramação (**inputs**), garante que os resultados finais esperados (**outputs**) sejam alcançados sem a necessidade de dar ordens diretas aos trabalhadores, que, na prática, não agem livremente, mas exprimem reações esperadas. Aqueles que seguem a programação recebem premiações, na forma de bonificações e prêmios, enquanto aqueles que não se adaptarem aos comandos e objetivos são punidos ou desligados. 6. Ressalte-se que a empresa instrumentaliza o serviço durante todo o dia por meio de estímulo às jornadas extensas, com prêmios. O algoritmo procura melhorar a remuneração desses trabalhadores nos horários em que há maior necessidade dos usuários da plataforma. 7. **Passa-se da ficção do trabalhador-mercadoria para a ficção do trabalhador-livre.** JURISPRUDÊNCIA COMPARADA. 1. O trabalho em plataformas é uma questão global, que vem sendo enfrentada pelos tribunais de diversos países, em decisão proferida pela Corte de Justiça da União Europeia foi decidido que o serviço de intermediação (**Uber**) deve ser considerado como parte integral de um serviço geral, cujo principal componente é o serviço de transporte e, em razão disso, não deve ser classificado como “serviço de sociedade de informação” [...] mas como “serviço no campo do transporte”. 2. Mais recentemente, a Suprema Corte do Reino Unido reconheceu que os motoristas da **Uber** são *workers* e não trabalhadores autônomos, aplicando a teoria do *Purposive Approach*, desenvolvida por Guy Davidov, no sentido de que a interpretação

da lei deve ser realizada a partir dos seus objetivos e o resultado interpretativo deve ser aquele que traz melhores resultados de acordo com essas finalidades. O Tribunal Inglês reconheceu que há subordinação dos motoristas do aplicativo à empresa **Uber**. **3.** No caso da decisão da Suprema Corte do Reino Unido, deve ser esclarecido que o enquadramento dos trabalhadores na categoria de *workers*, e não de *employees*, observou, os limites do pedido; já que a subordinação foi amplamente reconhecida e que, ao analisar o grau de controle exercido pela **UBER**, a Corte ressaltou que a liberdade para definir sua própria jornada de trabalho não afasta o vínculo, citando os trabalhadores intermitentes como exemplo, e frisando a necessidade de centrar a análise nas condições de trabalho vivenciadas durante a jornada, qualquer que seja ela. **4.** Acrescente-se que, em março de 2020, a **Corte de Cassação da França** reconheceu a existência de relação de emprego, passando pelo conceito de sujeição às ordens organizacionais, nos exatos termos do art. 6º, parágrafo único, da CLT e frisa que a possibilidade de escolher o momento para se conectar não afasta o vínculo, pois, uma vez conectado, o motorista tem limitadas recusas, encontrando-se, portanto, à disposição da estrutura **UBER**.

O RECONHECIMENTO DO VÍNCULO DE EMPREGO COMO SUPOSTO INVIABILIZADOR DO NEGÓCIO (DO AVANÇO DA “MODERNIDADE E DA TECNOLOGIA”).

1. O Procurador Regional do Trabalho Dr. Cássio Casagrande, no artigo “Com motoristas empregados, o **Uber** acaba? Os saltos tecnológicos do capitalismo e a regulação da economia digital”, de 1º.03.2021, afirma que: “Tudo isso apenas está se repetindo agora na “quarta” revolução industrial. O trabalho com a intermediação de aplicativos gerou uma massa de trabalhadores precários, destituídos de qualquer proteção. Cedo ou tarde, pelo legislativo ou pelo judiciário, a regulação virá. Se o **Uber** não conseguir manter certos direitos sociais para seus motoristas, a empresa pode, sim, desaparecer. E isso não é ruim, pelo contrário. Será substituída por outras mais eficientes. O mais provável é que ela puramente se adapte (já o está fazendo em estados como Nova Iorque e Califórnia, onde é obrigada por lei a pagar salário-mínimo e limitar a jornada de motoristas). Mas as corridas e entregas vão ficar mais caras para os consumidores se direitos forem reconhecidos aos motoristas? Provavelmente sim, porque hoje elas estão artificialmente baratas, pois o “modelo de negócios” destas empresas inclui superexplorar trabalhadores e sonegar contribuições fiscais e previdenciárias (e na verdade somos nós contribuintes que estamos subsidiando a empresa). O aumento no preço dos bens de consumo e serviço em razão da criação de direitos sociais é inevitável, e é um progresso. Do contrário, vamos defender que nossas roupas sejam feitas por crianças trabalhando em regime de servidão ou que se restabeleça o transporte urbano por tração humana. Creio que não queremos voltar aos tempos do ‘*King Cotton*’ no Sul dos EUA, nem ao Brasil Império do palanquim e da liteira”. O artigo do Dr. Cássio Casagrande mostra que a tecnologia sempre será bem-vinda, porém não pode ser utilizada como forma de subtrair os direitos dos trabalhadores. O baixo custo do serviço prestado por meio da plataforma não pode ser suportado pelos motoristas, pois quem desenvolve a atividade econômica tem a obrigação de respeitar os direitos fundamentais dos trabalhadores, sob pena de prática de concorrência desleal com os serviços até então estabelecidos, provocando uma erosão social com o aniquilamento dos direitos fundamentais dos trabalhadores.

2. Diante do exposto, dou provimento ao recurso ordinário do trabalhador para reconhecer o vínculo de emprego.

Relatório

Inconformado com a r. sentença (Id 7ad3685), interpôs recurso ordinário o reclamante (Id 26645f7), pretendendo a reforma do julgado em relação aos seguintes temas: vínculo de emprego, verbas rescisórias, jornada de trabalho, dano moral, correção monetária e honorários advocatícios.

Contrarrazões (Id ba39f76).

Manifestação do Ministério Público do Trabalho, por meio do parecer de lavra da Procuradora Regional do Trabalho Ana Lúcia Ribas Saccani Casarotto; do Coordenador Nacional da CONAFRET, Procurador do Trabalho Tadeu Henrique Lopes da Cunha e da Vice-Coordenadora nacional da CONAFRET, Procuradora do Trabalho Carolina de Prá Camporez Buarque (Id 0c9fbe4).

É o relatório.

Fundamentação

VOTO

PRIMEIRA QUESTÃO DE ORDEM

A reclamação trabalhista foi ajuizada em 29.11.2019 e diz respeito a dois períodos de prestação de serviços: de 10.08.2017 a 17.07.2018 e de 26.07.2019 a 24.09.2019.

As normas de direito material do trabalho não retroagem para regular as relações de trabalho anteriores à sua vigência, nos termos do art. 5º, XXXVI da CF/88 e art. 6º da LINDB.

Com relação às normas de direito processual, as ações ajuizadas antes da vigência da Lei n. 13.467/2017, serão processadas segundo as normas incidentes no ato inaugural do feito, qual seja, a data do ajuizamento, respeitando o direito da parte autora de avaliar os riscos e/ou comprometimentos patrimoniais de sua demanda, segundo a lei processual em vigor naquele momento (Princípio *tempus regit actum*). A regra se aplica, inclusive, às normas de concessão da justiça gratuita (custas, despesas processuais e honorários periciais)

e sucumbência, até mesmo a recíproca. As demais normas processuais, que não resultem em ônus adicional para os litigantes, serão, em princípio, aplicadas imediatamente a partir da vigência da nova Lei. Os prazos iniciados após a vigência da nova Lei, serão contados em dias úteis (art. 775 da CLT, com redação dada pela Lei n. 13.467/2017).

SEGUNDA QUESTÃO DE ORDEM

As partes juntaram petição de acordo, em 19.04.21 (um dia antes desta sessão), às 18h15, requerendo a retirada do processo de pauta de julgamento para a homologação do ajuste (Id 6af29f9). O pedido foi apresentado menos de 24 horas antes do horário da presente sessão, embora o prazo para o despacho seja de cinco dias (art. 226, I, CPC c/c art. 769, CLT).

A matéria está afeta à competência monocrática do desembargador Relator, a quem compete “*dirigir e ordenar o processo no tribunal, inclusive em relação à produção de prova, bem como, quando for o caso, homologar autocomposição entre as partes*” (art. 932, inciso I, do CPC). O Regimento Interno deste E. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, por sua vez, estabelece que cabe ao relator “*dirigir e ordenar o processo no tribunal, inclusive em relação à produção de prova, bem como, quando for o caso, homologar desistência de recursos, de ações e autocomposição das partes*” (art. 113, inciso I).

Ressalte-se que a transação pressupõe incerteza do direito, para que possam ser feitas concessões mútuas. Washington de Barros Monteiro frisa que “*transação pressupõe necessariamente incerteza ou contestação entre os interessados acerca de determinada relação jurídica (res dubia)*” (Curso de direito civil. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1983. v. 4, p. 309). Silvio Rodrigues leciona que é indispensável a existência de dúvida sobre certa relação jurídica (*res dubia*), para que se possa falar em transação: “*Se tal dúvida inexiste, pelo menos no espírito das partes transigentes, a transação*

perde seu objetivo e o acordo entre os adversários pode se comparar a uma doação ou à remissão de dívidas, mas não ao negócio em exame” (Direito civil. Parte geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 1980, v. 2, p. 262) No mais, aplica-se, de forma supletiva, o que estabelece o art. 723, parágrafo único, do CPC: “O juiz não é obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que considerar mais conveniente ou oportuna”.

Acrescente-se que não há direito líquido e certo quanto à homologação do acordo no âmbito judicial, o qual deve ser apreciado pelo magistrado, nos termos da Súmula n. 418 do C. TST.

Neste contexto, passa-se a fundamentar a rejeição do pedido de retirada do processo da pauta e, acolhendo a sugestão apresentada pela i. terceira votante, Juíza Laura Bittencourt Ferreira Rodrigues, perfilhada pelo i. segundo votante, Desembargador Luís Henrique Rafael, a não homologação do acordo.

De breve análise superficial e estritamente processual, sem adentrar ao mérito da questão, verifico que valor do acordo (R\$ 35.000,00) não é razoável, considerando o valor de remuneração apontado (R\$ 3.000,00), o tempo do contrato de trabalho (aproximadamente um ano) e os direitos incidentes à hipótese.

Ademais, consta do acordo a isenção tributária plena, embora haja obrigação de recolhimento (*caput* e inciso V do art. 11 da Lei n. 8.213/1991; *caput* e inciso V do art. 9º do Decreto n. 3.048/1999; *caput* e inciso IV do art. 4º e art. 9º da IN RFB n. 971/2009, com redação dada pela IN RFB n. 1.453/2014). Logo, a pretensão das partes, tal como proposta, implica ofensa ao art. 104, II, do CC.

Por fim, há cláusula que dá quitação, “*à extinta relação jurídica com relação à parte reclamada*”, fulminando “*qualquer pretensão vinculada à relação havida*”. Esta C.Câmara não tem acolhido a quitação plena do contrato de trabalho, pois, ainda que o trabalhador

esteja assistido por advogado capacitado, a transação não pode abranger direitos indisponíveis, sendo insuficiente a concordância do trabalhador. Denota-se que não foram preenchidos os requisitos formais do art. 104 do CC quanto ao objeto lícito, possível e determinado ou determinável, na medida que o trabalhador deu quitação sobre objeto que não lhe é possível.

Ademais, em homenagem aos princípios da celeridade e economia processual e porque coaduno inteiramente com as razões lançadas pelo i. Desembargador Antônio Gomes de Vasconcelos, do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, no voto condutor do processo 0010258-59.2020.5.03.0002 (v.u., em 09.12.2020), transcrevo-as e passo a adotá-las como se minhas fossem:

“Quanto ao mérito do pedido, este Relator tem a ponderar que a reclamada tem dado sinais de uso estratégico do processo com o objetivo de fazer transparecer uma visão distorcida do estado da arte da jurisprudência acerca da questão relativa à existência ou não de vínculo empregatício entre os motoristas e as empresas que se utilizam de plataformas virtuais na conexão entre clientes de serviços de transporte de pessoas e motoristas, como é o caso da recorrente.

Isto ocorre na medida em que em número considerável de demandas a reclamada tem se disposto a celebrar acordo apenas nos casos em que se visualizam razões suficientes para se supor que o órgão julgador decidirá em sentido contrário ao seu interesse.

Tal postura deixa transparecer uma possível estratégia de se evitar a formação de jurisprudência no sentido do reconhecimento de vínculo empregatício, interferindo, desta maneira, que os Tribunais cumpram sua missão de unificar a

jurisprudência por intermédio dos instrumentos processuais destinados a esse fim.

A estratégia compromete de modo preceptório o cumprimento da função do Poder Judiciário de realizar a justiça, impedindo o fluxo natural da jurisprudência e a configuração da pluralidade de entendimentos para que, enfim, as instâncias competentes possam consumir o posicionamento definitivo sobre a matéria.

Assim, parece bastante plausível que, ao se disporem a fazer acordo em casos tais, busca se evitar decisões que reconheçam a existência de vínculo de emprego entre as partes. Se configurada a estratégia, ela concorre para que a comunidade jurídica e os trabalhadores desse setor de atividade tenham a impressão de que a jurisprudência é, por princípio e em quaisquer circunstâncias, uníssona em uma direção, ainda que não se tenha quaisquer precedentes de uniformização de jurisprudência sobre a matéria, o que, de resto, não deverá acontecer porquanto as controvérsias em casos como o que aqui se discute situam-se no campo dos fatos.

Generalização desta apenas aparente concepção unitária da jurisprudência acaba por desestimular trabalhadores que tenham fortes razões para levar seu caso à apreciação do Poder Judiciário, deixando de fazê-lo por absorver a existência de higidez da jurisprudência — dissimulada pela estratégia adotada pela reclamada — no sentido da inexistência de vínculo empregatício nesse tipo de relação de trabalho medida por algoritmos. A estratégia de conciliar apenas em segundo grau, às vésperas das sessões de julgamento, a depender do órgão colegiado que julgará o feito, põe luzes a um contexto mais abrangente.

As políticas de administração da justiça nacional têm enfatizado intensamente ações institucionais e interinstitucionais no sentido de conferir tratamento adequado dos conflitos, no que se inclui o fomento aos meios consensuais, judiciais e não judiciais, de resolução dos conflitos. Uma profunda transformação paradigmática se verifica na administração da justiça, atualmente.

Incumbe aos Tribunais interagir com as demais instituições do sistema de justiça, com as universidades, com instituições, sindicatos e atores da sociedade, com vistas à construção de programas de prevenção, solução consensual dos conflitos. Capítulo especial, diz respeito aos litígios massivos/repetitivos como o que se afigura nestes autos.

Visa-se primordialmente realizar a justiça e melhorar a qualidade da administração da justiça, e, secundária e estrategicamente, tornar o poder judiciário, mais célere e mais eficiente na garantia da efetividade da ordem jurídica, mediante a redução das elevadas taxas de congestionamento, especialmente em situações em que tal fato é desnecessário e resulta de eventual estratégia de qualquer das partes.

Nesse sentido, cabe lembrar a Resolução n. 174/2016 (CSJT) que institui no âmbito da Justiça do Trabalho a política de tratamento adequado dos conflitos por intermédio dos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Resolução de Disputas e dos Centros Judiciários de Métodos Consensuais de Solução de Disputas. Na mesma perspectiva, visualiza-se a Meta 09 da Estratégia do Poder Judiciário Nacional que integraliza a Agenda 2030 (ONU) ao Poder Judiciário por meio de medidas de prevenção de litígios e desjudicialização que, no âmbito deste Tribunal, institucionaliza-se através do

Programa de Administração de Justiça Consensual, pelo qual se instauram procedimentos de diálogo para diagnóstico e concertação interinstitucional com empresas cuja atividade constitui-se como foco de demandas massivas com objetivo de alcançar solução sistêmica e consensual para tais casos.

A estratégia adotada pela reclamada implica também em agravamento das taxas de congestionamento e dispêndio inócuo da força de trabalho dos magistrados e servidores, à medida que a movimentação de toda essa estrutura para que os processos sejam incluídos em pauta torna-se sem qualquer efeito no momento em que às vésperas do julgamento, sistematicamente, são protocoladas petições com pedido de retirada do processo de pauta para a celebração de acordo, tornando inócuo o trabalho de análise, processamento e tramitação dos autos, nesta instância, quando a possibilidade de conciliar poderia ser analisada em instância apropriada, evitando-se o desvio de força de trabalho de outras demandas que requerem, de fato, a concretização da prestação jurisdicional.

Além do mais, em lugar de optar por submeter a situação geradora de um grande número de demandas repetitivas a tratamento adequado pelas vias consensuais preventivas, a reclamada tem optado por instrumentalizar e fazer uso estratégico do processo e do próprio Poder Judiciário com o fim de legitimar por via oblíqua as práticas e conduta adotadas no capítulo “relações de trabalho” de suas atividades empresariais.

(...)

A estratégia da reclamada, portanto, confere-lhe vantagem desproporcional porque assentada em contundente

fraude trabalhista, reforçada pela aparente uniformidade da jurisprudência dissimulada a existência de dissidência jurisprudencial quanto à matéria que, de modo ainda mais danoso, aparenta que a jurisprudência se unifica também no sentido de admitir, a priori, que os fatos também se configuram exatamente de modo uniforme em todos os processos.

Nota-se, portanto, que a “política” adotada pela reclamada, além de **obstaculizar a realização da justiça ao equiparar renúncia e transação**, compromete a eficiência, racionalidade e a economicidade dos atos processuais, que são princípios constitucionais basilares que regem a Administração Pública.

(...)

Pesquisa jurimétrica realizada pelo *Parquet*, com resultados levantados parcialmente e, por enquanto, por amostragem, no universo de 279 processos em trâmite contra a reclamada, houve oferta de proposta e celebração de acordo exatamente nas turmas em que já houve o reconhecimento de vínculo de emprego entre as partes.”

A estratégia da reclamada confere-lhe vantagem desproporcional porque assentada em contundente **fraude trabalhista extremamente lucrativa, que envolve uma multidão de trabalhadores e é propositadamente camuflada pela aparente uniformidade jurisprudencial**, que disfarça a existência de dissidência de entendimento quanto à matéria, aparentando que a jurisprudência se unifica no sentido de admitir, a priori, que os fatos se configuram de modo uniforme em todos os processos.

Entretanto, o art. 7º do CPC assegura às partes “*paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao*

juiz zelar pelo efetivo contraditório”. O contraditório deve, portanto, garantir a possibilidade de influenciar o julgador no momento da decisão. Nesse contexto, verifica-se a incompatibilidade entre a observância do princípio da cooperação e o abuso do direito processual caracterizado pela adoção dessa estratégia de manipulação da jurisprudência.

Reitere-se que não se está a desestimular ou desmerecer os meios consensuais de resolução dos conflitos, cuja adoção é estimulada pelo CPC. Trata-se de mecanismo capaz de produzir pacificação social de forma célere e eficaz, cuja adoção é incentivada pelo Poder Judiciário, que tem investido na mediação e na conciliação. Na hipótese, entretanto, é indispensável impedir o abuso de direito e a violação do princípio da paridade de armas (art. 7º do CC).

Mencione-se que no primeiro grau, conforme ata de audiência Id c08a0a9, a reclamada não apresentou nenhuma proposta conciliatória, e, às vésperas da sessão de julgamento, faz acordo em valor de R\$ 35.000,00.

Ademais, o art. 142 do CPC preceitua que: “Convencendo-se, pelas circunstâncias, de que autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim vedado por lei, o juiz proferirá decisão que impeça os objetivos das partes (...)”. No mesmo sentido o art. 80 do mesmo código, ao considerar como litigante de má-fé aquele que usar do processo para conseguir objetivo ilegal.

Nesse contexto, indefere-se o pedido de retirada do processo de pauta e deixa-se de homologar o acordo apresentado pelos requerentes, por não preenchidos os requisitos formais do art. 104 do CC (objeto lícito, possível e determinado ou determinável) e verificado o abuso de direito e a violação do princípio da paridade de armas (art. 7º do CC) e com base no art. 142 do CPC.

Nesse contexto, indefere-se o pedido de retirada do processo de pauta e deixa-se de

homologar o acordo apresentado pelos requerentes, por não preenchidos os requisitos formais do art. 104 do CC (objeto lícito, possível e determinado ou determinável) e verificado o abuso de direito e a violação do princípio da paridade de armas (art. 7º do CC).

ADMISSIBILIDADE

A reclamada argui, em contrarrazões, a inadmissibilidade do recurso ordinário, aduzindo que as razões recursais não enfrentaram os fundamentos da sentença, atentando contra o princípio da dialeticidade.

Sem razão.

Da leitura da peça recursal em cotejo com a sentença recorrida, constata-se que houve satisfatória exposição dos fundamentos que ensejariam a reforma.

Preenchidos os pressupostos de admissibilidade, conhece-se do recurso ordinário.

PRELIMINAR

INCOMPETÊNCIA MATERIAL

A reclamada reitera a arguição de incompetência material da Justiça do Trabalho, alegando que a relação existente entre a **UBER** e os motoristas possui natureza jurídica eminentemente comercial, de natureza civil.

Sem razão.

O autor postulou o reconhecimento do vínculo de emprego com base na prestação de serviços em benefício da reclamada, o que evidencia a competência jurisdicional prevista no art. 114, I, da Constituição da República.

Rejeita-se.

MÉRITO

TRABALHO POR MEIO DE PLATAFORMAS DIGITAIS (*crowd economy, gig economy, freelance economy — economia sob demanda*)

Diante das reiteradas afirmações da recorrente no sentido de que “a *jurisprudência* é

firme no sentido de afastar o vínculo de emprego entre os motoristas parceiros e a Uber”, impõe-se uma breve digressão a respeito da estratégia que vem sendo adotada por plataformas digitais de transporte em processos que envolvam pedido de reconhecimento de vínculo de emprego dos prestadores de serviços.

Trata-se de mecanismo de manipulação da jurisprudência pátria empreendida por meio de conciliações levadas a efeito apenas em processos cujas decisões potencialmente formadoras de precedentes tendem a lhes ser desfavoráveis.

O Ministério Público do Trabalho elucida a questão no parecer de lavra da Procuradora Regional do Trabalho Ana Lúcia Ribas Saccani Casarotto; do Coordenador Nacional da CONAFRET, Procurador do Trabalho Tadeu Henrique Lopes da Cunha e da Vice-Coordenadora nacional da CONAFRET, Procuradora do Trabalho Carolina de Prá Camporez Buarque, *in verbis*:

“Um dos pontos trazidos pela defesa trata da “jurimetria”, ou seja, a jurisprudência pátria que lhe seria favorável. Com efeito, a **UBER** menciona, em sua defesa, decisões judiciais de não reconhecimento do vínculo de emprego. Mais adiante, ela menciona o número de decisões que lhes seriam favoráveis.

(...)

O Posicionamento Jurisprudencial mencionado pela empresa não é fruto do acaso, ou da ausência de compreensão da Justiça do Trabalho sobre a metodologia de trabalho em questão. O número de decisões favoráveis à empresa tende a ser maior do que o número de decisões desfavoráveis, porque ela adota evidente estratégia de “jurimetria”, formalizando acordos judiciais que impedem o revolvimento da matéria pelas instâncias recursais trabalhistas, obstando a formação de posicionamento jurisprudencial que lhe seria contrário.

A jurimetria, ao se dedicar à aplicação de métodos estatísticos ao Direito, se utilizando de avaliações a respeito da tendência das decisões judiciais, inclusive quanto ao perfil dos Magistrados julgadores dos casos concretos, ensina que a empresa proponha acordos para os reclamantes, mas sem o reconhecimento do vínculo de emprego, que dificilmente não serão formalizados, sob a ótica individual do trabalhador.

Assim, as decisões favoráveis estratégicas à empresa formam jurisprudência. E as potencialmente desfavoráveis, em alguma das fases de tramitação processual, são substituídas por acordos homologados judicialmente e sem o reconhecimento do vínculo de emprego.

(...)

Aliás, esta estratégia de jurimetria é adotada pela empresa **UBER** em outras localidades, destacando-se reportagem sobre a sua adoção na Austrália. É possível acessar a reportagem respectiva por meio do *link*: <<https://www.smh.com.au/politics/federal/staring-down-the-barrel-of-a-landmark-judgment-on-itsworkers-status-uber-folds-20201217-p56oij.html>> (Acesso em: 03 fev. 2021, às 23:21).

Esses aspectos apontam para a adoção da estratégia processual de “jurimetria”, sendo que o MPT, no âmbito do projeto plataformas digitais, está envidando esforços para promover atuação com repercussão coletiva que busque obter tutela inibitória que transborde de seus objetivos e revele abuso de direito para manipulação de posicionamento jurisprudencial no tema.” (Id 0c9fbe4)

Sobre o tema, o excelente artigo da Desembargadora Adriana Goulart de Sena Orsini, do TRT da 3ª Região, escrito em coautoria com a servidora Ana Carolina Reis Paes Leme: “Litigância Manipulativa

da Jurisprudência e Plataformas Digitais de Transporte: Levantando o Véu do Procedimento Conciliatório Estratégico” (<https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/182317/2021_rev_trt09_eletr_v0010_n0095.pdf?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em: 05 abr. 2021).

As plataformas digitais de transporte propõem acordos para evitar a formação de jurisprudência favorável ao reconhecimento do vínculo em processos que são distribuídos a determinados órgãos jurisdicionais. A verificação é feita por meio de meios estatísticos preditivos que analisam tendências por unidade jurisdicional ou pelo magistrado Relator em 2º grau.

Tirando a legalidade ou ilegalidade da estratégia, bem como a ética da conduta, e ainda a questão da boa-fé objetiva e subjetiva, o que se está a questionar é a sua utilização com a finalidade ora descortinada e a grave consequência que se verifica.

Analisando o tema, Sílvio Rodrigues explica que *“O abuso de direito ocorre quando o agente, atuando dentro das prerrogativas que o ordenamento jurídico lhe concede, deixa de considerar a finalidade social do direito subjetivo e, ao utilizá-lo desconsideradamente, causa dano a outrem.”*

No caso, atuando dentro das prerrogativas do ordenamento jurídico com relação à utilização da jurimetria e a formalização de acordos judiciais, as empresas dirigem a jurisprudência em um único sentido, que não corresponde, necessariamente, ao que a ciência do direito vem construindo a respeito do tema, **provocando acesso desigual à justiça e vício na construção da jurisprudência como espaço democrático de formação dos direitos**, para então reproduzir, nos processos, o argumento de que *“a jurisprudência é firme no sentido de afastar o vínculo de emprego entre os motoristas parceiros e a Uber”*, como neste processo.

A finalidade da adoção dessa estratégia de conciliação seletiva não é firmar acordos, como forma de solução consensual dos conflitos, mas impedir a formação de jurisprudência reconhecidora de direitos trabalhistas aos motoristas, manipulando e obstruindo a pluralidade de entendimentos jurisdicionais sobre o tema, em abuso de direito e violação ao princípio da paridade de armas (art. 7º do CPC).

Elucidados os motivos que levaram à construção de jurisprudência majoritariamente favorável à tese das plataformas digitais de transporte, passa-se à análise do vínculo empregatício em si.

VÍNCULO DE EMPREGO

O reclamante afirmou, na inicial, que foi admitido pela reclamada, como motorista, com salário mensal médio de R\$ 3.000,00. Relatou que mantiveram dois contratos de trabalho: o primeiro de 10.08.2017 a 17.07.2018 e o segundo de 26.07.2019 a 24.09.2019. Sustentou a presença dos requisitos previstos no art. 3º da CLT e postulou o reconhecimento da relação de emprego.

Em contestação, a reclamada alegou, em síntese, que a jurisprudência dos tribunais brasileiros, além de “conhecer a praxis” da plataforma digital **UBER**, entende que a relação jurídica estabelecida entre a empresa e os “motoristas parceiros” não é de emprego, ante a ausência dos requisitos legais. Afirmou que a **UBER** é empresa de tecnologia utilizada pelos “motoristas parceiros” para a localização e captação de usuários que objetivam deslocamento e sustentou que não explora a atividade empresarial de transportes. Alegou que a relação jurídica estabelecida com o autor é meramente comercial, decorrente da prestação de serviços de intermediação digital pela empresa ao motorista independente, como demonstram os “Termos e Condições Gerais dos Serviços de Intermediação Digital”, que registram a contratação da **UBER** Brasil pelo reclamante.

O Juízo de origem rejeitou os pedidos formulados na inicial, contra o que se insurge o autor.

Tem razão.

Ao admitir a prestação de serviços, a empresa atraiu o ônus de demonstrar fato impeditivo ao direito (art. 818, I, da CLT), encargo do qual não se desincumbiu a contento.

Incontrovertida a prestação de serviços por pessoa física, resta averiguar a não eventualidade, a onerosidade, a subordinação e a pessoalidade.

A fim de analisar os requisitos da relação de emprego, é indispensável estabelecer qual é a verdadeira vocação econômica da UBER.

A **UBER** se apresenta como empresa de tecnologia e alega que se limita à disponibilização da plataforma digital de sua propriedade, aos motoristas, mediante pagamento de taxa, para que encontrem passageiros. Afirma que explora a chamada economia de compartilhamento, especificamente da espécie *on-demand economy* (economia sob demanda), “na qual, através de uma plataforma conectada à internet (aparelho celular), apresenta um grande número de consumidores (demanda) cadastrados na plataforma digital, a prestadores de serviço independente (oferta), que também se encontram cadastrados na mesma plataforma” (contrarrazões – Id ba39f76). Argumenta que poderia, a qualquer momento, oferecer outro serviço (que não o transporte) a estes mesmos consumidores e instantaneamente deixara de necessitar do batalhão de motoristas a ela ligados.

Entretanto, o contrato oferecido pela plataforma ao passageiro evidencia que a natureza da atividade é de transporte (remeto-me à transcrição do parecer do MPT, abaixo).

É cediço, ademais, que seu lucro não advém do aluguel pela utilização da plataforma, mas dos serviços de transporte de passageiros e car-gas leves. O aplicativo passou a ocupar espaço que era dos táxis e cooptou parte do público do transporte público, diante da insuficiência

e falta de conforto deste e os valores das tarifas cobrados por aquele, em contraponto a um serviço que é oferecido com preço atrativo com o aviltamento dos direitos fundamentais dos trabalhadores.

Esclareça-se que, para desenvolver o negócio que a transformou em uma das maiores empresas do mundo, a **UBER precisa manter à sua disposição um grande quantitativo de trabalhadores (crowd) aptos a executar a viagem contratada imediatamente após a formalização do contrato de transporte entre o passageiro e a empresa**. A **UBER** necessita que os motoristas estejam vinculados à atividade econômica que desenvolve, disponibilizando-lhe seu tempo e sob a sua direção, pois não há outro modo de apresentar-se ao mercado com presteza e agilidade no atendimento dos serviços de transporte que oferece, senão pela enorme disponibilidade que os trabalhadores dedicam à plataforma (inclusive, sob pena de desvinculação, caso ultrapasse o limite de tempo estabelecido pela plataforma sem se conectar — como será detalhado adiante. Este é o capital da UBER, que, evidentemente, não deixará de prestar serviços de transportes para se dedicar a oferecer qualquer outro serviço ou produto aos consumidores, como afirma.

Nesse contexto, diante do princípio da primazia da realidade, reconhece-se que a atividade preponderante da ré é o transporte de passageiros^[2], independentemente do que conste formalmente do seu instrumento societário^[3] e dos contratos que induzem a ideia de que o motorista, objetivando aproximação com os clientes, celebrou contrato de aluguel da plataforma.

A respeito dos requisitos da relação de emprego, oportuno esclarecer alguns aspectos: 1) a não-eventualidade diz respeito à continuidade, de modo intermitente ou contínuo, do labor prestado pelo trabalhador em favor da empresa; 2) a CLT equipara os efeitos jurídicos da subordinação exercida por meios telemáticos e informatizados àquela empreendida

por meios pessoais e diretos (parágrafo único do art. 6º); 3) a liberdade quanto ao cumprimento da jornada de trabalho não é óbice ao reconhecimento do vínculo de emprego; 4) a exclusividade não é requisito caracterizador da relação empregatícia.

Passa-se à análise da prova dos autos, reiterando que a prova documental pode ser ilidida por outros meios de prova.

O preposto da reclamada admitiu a existência de restrição à autonomia do trabalhador com relação à forma de recebimento e ao veículo a ser utilizado ao afirmar que *“em pagamentos em dinheiro, o motorista pode conceder descontos, mas não nos realizados via cartão de crédito; (...) o motorista tem a obrigação de indicar qual o veículo que será utilizado na plataforma; a exigência da UBER é que os veículos sejam posteriores ao ano de 2009”*.

As partes concordaram com a utilização de prova emprestada (ata de audiência do processo 1001492-33.2016.5.02.0013, da 13ª Vara do Trabalho de São Paulo).

A testemunha do autor confirmou a necessidade de apresentação de documentos à **UBER**, inclusive com relação aos antecedentes criminais (**pessoalidade**); a submissão do motorista a entrevista admissional, à época; o pagamento de bônus; a possibilidade de punições, inclusive o desligamento da plataforma (**poder disciplinar**); a ausência de autonomia para a fixação dos preços, concessão de descontos e com relação à forma de pagamento (**subordinação**), bem como a implementação de sistema de avaliação dos trabalhadores (**subordinação**):

“1) o depoente foi motorista da reclamada de novembro de 2015 a abril de 2016; 2) o depoente apresentou os documentos exigidos (CNH e certificado do veículo) e participou de um curso com entrevista na sede da empresa na Rua Pamplona, esquina com a Av. Paulista; 3) no local foi feita uma seleção por uma empresa

contratada pela reclamada e também entrevista com psicólogos; foram dadas orientações sobre os trajés e o tratamento a ser dispensado aos passageiros; era vedado aceitar gorjeta e entregar cartões pessoais ao passageiro, aduzindo que isso ocorria sob pena de ser excluído; 4) também teve de entregar atestados de antecedentes criminais, inclusive da polícia federal; 5) os bônus eram pagos pela reclamada em razão de indicação de novos motoristas, e também em caso de permanecer online por um determinado número de horas; 6) os cancelamentos de viagens eram monitorados e, a partir de determinado número, podiam ser suspensos e até desligados; 7) aduz espontaneamente que foi advertido por conversar muito com os passageiros, embora essa reclamação não tenha sido feita pelos passageiros, o que o leva a pensar que a empresa pode captar voz no interior do carro; 8) também a não aceitação de viagens implica a cobrança pela reclamada e eventuais punições, como explicado no item 6; 9) esclarece que o conhecimento do destino ocorre apenas após o início da viagem; o início é formalizado após a entrada do passageiro no veículo, por meio do próprio aplicativo; o início é feito acionando-se um botão do aplicativo; 10) não era permitido ao motorista conceder descontos no valor da viagem, tampouco aumentar o referido valor, esclarecendo que isso também foi informado no curso inicial; 11) caso o passageiro informe o destino antes de o depoente dar início à viagem, até teria a liberdade de cancelá-la, sabendo-se das punições já informadas acima; 12) caso fique offline por muito tempo, era informado por e-mail que acima de 30 dias seria excluído; era oferecido ainda realizar pelo menos uma viagem para manter a conta ativa; 13) pelo que entendeu, existe o cadastro do veículo e o cadastro

do motorista, podendo o mesmo veículo ser dirigido por mais de um motorista cadastrado; o depoente chegou a alugar veículo de outro motorista cadastrado; 14) na situação do aluguel de veículos, o pagamento pela reclamada tanto pode ser direto ao motorista condutor, como também ao proprietário do veículo, aduzindo que a opção é da reclamada; as duas modalidades ocorreram com o depoente; cada motorista mantém sua pontuação independente, a qual seria oriunda da reclamada, não sabendo o depoente se os dados são diretamente retirados de avaliações feitas pelos passageiros; sustenta que o mecanismo é utilizado para pressionar os motoristas na questão do fornecimento de água e outras.” (Id a468b9d – p. 6)

A primeira testemunha da reclamada, por sua vez, confirmou a grande ingerência da empresa nas atividades desenvolvidas pelos motoristas (**subordinação**), bem como a adoção de sistema de avaliação dos trabalhadores (**poder disciplinar/subordinação**) e a existência de estímulos como o pagamento de bônus e prêmios, inclusive para aumentar o período de disponibilidade do trabalhador à empresa, ao afirmar que:

“(…) 4) é possível cancelar viagens, embora isso seja contra a política de alta aceitação do aplicativo; (...) a política da reclamada é de baixo cancelamento, para evitar de frustrar o cliente, aduzindo que o motorista é livre para ficar offline; 6) esclarece que o destino da viagem só é conhecido pelo motorista quando o passageiro entra no carro; (...) 9) a reclamada paga bônus em dinheiro em algumas campanhas; já houve campanha de “ótimo motorista”, que premiava motoristas bem avaliados pelos passageiros, conforme o sistema do aplicativo (que prevê a avaliação recíproca de passageiros e motoristas);

houve também campanhas de incentivo prevendo valor adicional em caso de o motorista permanecer online durante as horas de pico em determinado período (o valor seria complementado pela reclamada, caso o motorista não atingisse determinado faturamento);”

O depoimento da segunda testemunha da reclamada, por fim, confirmou que os trabalhadores não têm autonomia sobre os valores cobrados (**subordinação**); recebem bônus e/ou premiações e podem ser advertidos e até dispensados (**poder diretivo / subordinação**) se não se adequarem à política da empresa e insistirem em condutas que possam gerar prejuízos à plataforma (alteridade):

“(…) o preço da viagem é fixado conforme variáveis relativas à distância e à estimativa de tempo, e conforme constantes de valores definidos pela reclamada; esses valores são definidos com critérios que atendam às circunstâncias de trânsito, e à projeção de satisfação de motoristas e passageiros com o preço final; esclarece que essa definição é feita em um determinado momento, não sendo alterada a cada viagem; (...) 7) não é possível alterar o critério da tarifa dinâmica, havendo porém a possibilidade de ela ser desligada em determinada região; 8) por exemplo, o depoente acredita que tenha ocorrido a suspensão da tarifa dinâmica na Alemanha, por ocasião de um ataque terrorista; no Brasil, o depoente não viu isso ocorrer, desde sua admissão na reclamada; (...) 20) a reclamada opta pelo desligamento de motoristas em casos graves de condutas inadequadas, comportamentos de assédio, reclamação de qualidade e segurança da direção e também alta taxa de cancelamentos, tudo o que pode implicar prejuízos ao funcionamento da plataforma; (...) 21) as decisões sobre desligamentos não são individuais; o sistema é alimentado com

parâmetros considerados críticos, cujo alcance pode implicar no desligamento, ainda que haja também e-mails de notificação prévia; 22) eventualmente ocorrem incentivos em caso de alta demanda em determinadas regiões, pelos quais a reclamada oferece pagamento adicional de R\$ 2,00 por viagem, que em verdade representam um desconto de R\$ 2,00 no valor que contratualmente a reclamada teria a receber do motorista pela viagem;”

Óbvio que o trabalhador até pode dar ao cliente um desconto no percentual que lhe cabe no valor total “corrida”, porém, jamais poderá aplicar um desconto no valor total da corrida, ou seja, o percentual que cabe à **Uber** nunca será alterado pela vontade do trabalhador, denotando que ele não tem qualquer poder de negociação no valor final do serviço que será cobrado do usuário do transporte.

No processo 1001906-63.2016.5.02.0067, da 67ª VT de São Paulo/SP, cuja ata de audiência foi apresentada pela própria reclamada, a testemunha de defesa confirmou que, no passado, os motoristas eram entrevistados (**pessoalidade**); que havia necessidade de apresentação de documentação à empresa (**pessoalidade**); que há imposição de adesão ao regulamento da **UBER**, como condição para a prestação de serviços (**poder diretivo / subordinação**); que existe a possibilidade de descadastramento por ato unilateral da ré, se o motorista infringir alguma regra imposta pela plataforma, sem a possibilidade de recadastramento (**poder punitivo / subordinação**).

“1) que trabalha na **Uber**, registrado, como gerente de comunicação; (...); 6) que a **UBER** apenas solicita documentos pessoais, carteira de motorista com observação de que exerce atividade remunerada; 7) que com o cadastramento do motorista, o mesmo recebe as informações sobre funcionamento da plataforma por e-mail, pelo site e pelo

próprio aplicativo; 8) que o motorista precisa concordar com essas regras; (...) 17) que para segurança da plataforma, se o motorista ficar inativo por longo período, não sabendo especificar quanto, há o descadastramento, mas o mesmo pode ser recadastrado imediatamente quando solicitado; (...) 22) que quem avalia a viagem são os próprios usuários e os motoristas avaliam os usuários; 23) que se a avaliação for ruim, os dois lados podem ser descadastrados; (...) 35) que se o motorista recusar corridas em dinheiro, de maneira recorrente, pode ser descadastrado; 36) que acredita que em tal caso não poderá se cadastrar novamente; 37) que não ocorre exclusão através de uma única avaliação negativa; 38) que o **UBER** tem acesso às viagens realizadas, com sua duração, para que seja realizado o pagamento ao parceiro; (...)” (Id.6787476 – p. 2)

Da análise da prova oral em confronto com os documentos constantes nos autos (Termos e Condições ID. 409Badd), denota-se que, na relação entre os motoristas e a **UBER**, **a subordinação subjetiva se revela de várias formas**: 1) cobranças sofridas pelos motoristas, de modo a realizar o maior número possível de viagens; 2) distribuição dos trabalhadores, pelo aplicativo, nas diversas áreas da cidade, de modo a atenderem regularmente maior número de clientes; 3) os motoristas conhecem o destino da viagem apenas no seu início, nunca antes, o que esvazia a sua autonomia com relação à organização da atividade, já que o poder sobre a distribuição das viagens pertence à plataforma; 4) a **UBER** fiscaliza a atuação dos condutores, por meio dos próprios usuários, que recebem mensagem para avaliação; 5) a ré recebe reclamações dos clientes e aplica penalidades aos motoristas, exercendo poder disciplinar por meio de advertências, suspensões e desligamento da plataforma;

6) as movimentações do trabalhador são monitoradas em tempo real, por meio de sistema operacional via satélite^[1]; 7) o trabalhador não tem qualquer ingerência no preço final que é cobrado do cliente.

O serviço de motorista é executado sob demanda, a partir de aplicativo gerenciado pela plataforma, que adota controle por programação ou algoritmo, objetivando manter o seu padrão de qualidade e lucratividade. A UBER exerce o controle de diversas informações dos serviços prestados pelo motorista por meio de monitoramento eletrônico. Acrescente-se que, dentre diversas outras **formas de direção do trabalho**, recentemente passou a ser implementado o controle do tempo máximo de jornada. A ré incorporou à plataforma digital um limitador de tempo de uso pelos motoristas, determinando que, após 12 horas de uso em um dia, o aplicativo será automaticamente desconectado por 6 (seis) horas^[1-A].

Com relação à **onerosidade**, é cediço que remuneração do empregado pode ser paga por terceiros (v.g. direito de arena, gueltas e gorjetas). Na hipótese, a UBER concentra em seu poder a maior parte dos valores pagos pelos usuários (cartão de crédito / débito), realizando o repasse, posteriormente, ao motorista, como se infere da leitura da cláusula 4ª do contrato modelo entre plataforma e motorista (ID 409badd – p. 11). Da análise da referida cláusula em confronto com os demais elementos de convicção, notadamente a forma como o usuário (passageiro) efetua o pagamento (através da empresa) e a forma do posterior repasse ao trabalhador, **denota-se que a atividade é efetivamente onerosa**, pois há o repasse de valor unilateralmente estipulado pela reclamada, em face do qual o motorista não tem qualquer ingerência.

Acrescente-se que o contrato firmado entre as partes (Termos e Condições ID. 409Badd) evidencia que o motorista é obrigado a **cumprir regras previamente estipuladas** pela UBER, tais como: 1) manter avaliação média

que exceda a média mínima aceitável pela plataforma para o Território, sob pena de desativação do serviço (item 2.6.2); 2) evitar o cancelamento de solicitações de viagens enquanto estiver conectado ao aplicativo (item 2.6.2); 3) aceitar, como forma de pagamento, o cartão de crédito via aplicativo; além do cálculo preestabelecido pela reclamada para o valor do serviço, com proibição de majoração dos valores e restrição aos descontos.

Do mesmo documento, verifica-se a **pessoalidade** na execução dos serviços, pois o dispositivo da UBER é de uso exclusivo do motorista, e de nenhuma outra pessoa, física ou jurídica (itens 1.15, 2.7.1 e 2.7.2). Note-se que a pessoalidade se dá entre a empresa e o motorista e não entre o condutor e o passageiro.

Em atenção às razões recursais, acrescente-se que a possibilidade de que os serviços sejam prestados por pessoas físicas que ofereçam serviços de transportes de passageiros ponto a ponto (P2P) ou por empresas de transporte independentes que possuam um único veículo ou frota, não exclui e tampouco afasta o requisito pessoalidade, no caso, **pois não há prova de que o autor tenha se valido da força de trabalho alheia para a execução de suas atividades**.

O mesmo raciocínio se aplica à possibilidade de trabalho eventual. Efetivamente, não existe imposição de número mínimo de horas de trabalho por dia ou por semana, mas o fato de a plataforma admitir essa forma de labor não obriga o motorista ao trabalho eventual. A eventualidade deve ser aferida no caso concreto, caso a caso, a depender da habitualidade com que o motorista preste serviços à empresa. O trabalhador pode prestar o serviço conforme a sua conveniência, **inclusive com habitualidade**.

No caso dos autos, admitida a prestação de serviços, o ônus da prova da eventualidade era da reclamada (art. 818, I, da CLT), encargo do qual não se desincumbiu. Pelo contrário. A prova documental (relatório de viagens de Id

71ee8e3) e a prova oral emprestada **confirmaram a habitualidade do labor**.

Quanto ao **risco do empreendimento**, que embora não seja apontado no art. 3º da CLT como pressuposto para a constituição da relação de emprego, é considerado pela ciência do direito como um dos seus aspectos essenciais, oportuno ressaltar que a exigência de que o motorista tenha carro e arque com as suas despesas constitui, na verdade, indevido repasse dos custos do empreendimento, o que já era comum, mesmo antes do transporte por aplicativos. Ademais, reclamações a respeito de problemas ou danos sofridos pelo usuário são encaminhadas diretamente à UBER, que providenciará eventuais reembolsos, e não ao motorista. **A plataforma assume, dessa forma, os riscos da atividade, configurando um contrato de transporte e não de mera tecnologia (aplicativo).**

Ainda **sobre os riscos do empreendimento**, cite-se a lição da Procuradora do Ministério Público do Trabalho Lorena Vasconcelos Porto a respeito da roupagem que apresenta nesse novo regime da organização do trabalho, no sentido de que a verdadeira assunção do risco, que caracteriza a prestação laborativa autônoma, passa a estar na negociação da atividade, pelo trabalhador, diretamente no mercado. No labor subordinado, “o empresário integra tal prestação com os demais fatores produtivos, para o exercício da atividade econômica, cabendo a ele negociar o produto e/ou serviço final no mercado: aí se encontra o verdadeiro risco”^[3-A].

Frise-se, o motorista de aplicativos de transporte não possui qualquer influência na negociação do preço e na cobrança do serviço ao cliente. A definição do valor da corrida, inclusive com relação à fixação dos chamados preços dinâmicos (conforme horário e demanda do serviço), é feita exclusivamente pela empresa. O valor é cobrado, na maior parte, por meio de cartões previamente cadastrados no aplicativo. A gestão da negociação do preço do serviço, portanto, pertence ao detentor

do aplicativo e não ao motorista. É **evidente, nesse contexto, que o risco do negócio está nas mãos da empresa e não no motorista**^[3-B].

Em atenção às razões recursais, acrescenta-se que as disposições do art. 4º, inciso X, da Lei n. 12.587/2012, com redação dada pela Lei n. 13.640/2018, **não afastam vínculo de emprego, apenas consideram este modo de transporte de pessoas ou de cargas como integrante da Política Nacional de Mobilidade Urbana.**

Reconhecida a presença de todos os requisitos do art. 3º da CLT, com base na análise da prova oral e documental, sobretudo diante a verificação da existência de meios telemáticos e automatizados de comando, controle e supervisão (parágrafo único do art. 6º da CLT), passa-se a análise mais ampla, do modelo de negócios.

EMPRESAS DE TRANSPORTE

PLATAFORMAS DIGITAIS

RELAÇÃO DE EMPREGO

A Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho, reunida em Filadélfia, em 1944, ao declarar os fins e objetivos da OIT, bem como dos princípios que deveriam inspirar a política de seus Membros, estabeleceu o princípio fundamental de que “o trabalho não é uma mercadoria”.

A desmercantilização do trabalho humano efetiva-se pela afirmação do trabalho digno, concretizado pela afirmação dos direitos fundamentais trabalhistas, enunciados no item I da Declaração de Filadélfia, anexa à Constituição da OIT, *in verbis*:

- “a) o trabalho não é uma mercadoria;
- b) a liberdade de expressão e de associação é uma condição indispensável a um progresso ininterrupto;
- c) a penúria, seja onde for, constitui um perigo para a prosperidade geral;
- d) a luta contra a carência, em qualquer nação, deve ser conduzida com infatigável

energia, e por um esforço internacional contínuo e conjugado, no qual os representantes dos empregadores e dos empregados discutam, em igualdade, com os dos Governos, e tomem com eles decisões de caráter democrático, visando o bem comum.”

Como bem pontuou o Ministério Público do Trabalho, a República Federativa do Brasil, como membro da OIT e signatária da respectiva Constituição, está obrigada a cumprir as normas internacionais do trabalho dela constantes, que têm por objetivo orientar os esforços das nações para estabelecer patamares mínimos de direitos trabalhistas, com vistas à promoção da dignidade humana — o que é particularmente relevante no contexto da evolução tecnológica que desencadeou o fenômeno global de transformação das formas de trabalho, que devem ser analisadas à luz da valorização da pessoa humana e da sua dignidade, saúde e segurança.

Essa tendência de modificação no modelo tradicional do trabalho lastreado nas relações de emprego, com o crescimento da chamada Economia de Aplicativos, incrementada pela ascensão da inteligência artificial e robótica, merece olhar atento da sociedade, como alerta a OIT nos documentos intitulados *Strengthening social protection for the future of work*^[21-G] e *Trabalho para um futuro mais brilhante*^[21-H].

O desafio, alerta a OIT, reside no fato de que as políticas sociais foram pensadas para os trabalhadores que se enquadram nas relações de emprego padrão (emprego). O trabalho é, muitas vezes, mal remunerado, inclusive abaixo do salário-mínimo, e não existem mecanismos oficiais para lidar com o tratamento injusto. A organização recomendou o desenvolvimento de um sistema de governança que defina e exija que as plataformas respeitem certos direitos e proteções mínimos.

Quanto o modelo de negócios da **UBER**, porque coaduno inteiramente com as razões lançadas pelo Ministério Público do Trabalho

(Id 0c9fbe4), transcrevo-as e passo a adotá-las como se minhas fossem:

“(…) O empreendimento da reclamada, por sua vez, é de transporte de pessoas, e não se trata de mera interligação entre os clientes e os motoristas cadastrados no aplicativo, pois o contrato oferecido pela plataforma ao trabalhador evidencia essa natureza da atividade realizada pela UBER DO BRASIL TECNOLOGIA LTDA com muita clareza, pois firma-se contrato de transporte, inequivocamente.

Não há dúvidas de que o cliente, passageiro, ao utilizar o aplicativo deseja celebrar um contrato de transporte. Ele não sabe quem será o motorista, e isto pouco importa, pois ele credita sua confiança de consumidor na empresa de transportes que lhe fornece o serviço: a **UBER**. Por este motivo, já se poderia dizer que o contrato é feito entre ele e a **UBER**.

Ainda, a proposta de contrato de transporte apresentada ao cliente passageiro é integralmente formulada pela **UBER**, que, inclusive, estipula qual será o tempo do deslocamento, o percurso, o tempo estimado e o valor da tarifa. Ou seja, a **UBER** unilateralmente apresenta todos os elementos da proposta de contrato para aceite. Quando o cliente aceita a proposta, o contrato consumerista está formado, apenas entre cliente passageiro e empresa de transportes, em um primeiro momento.

O contrato de transporte firmado entre cliente passageiro e o transportador **UBER**, será executado pela empresa via prestação de serviço de algum dos motoristas cadastrados em sua plataforma digital. O contrato de transporte é, portanto, firmado entre o proponente (**UBER**) e o oblato, que é o cliente. O motorista é alguém que executa a atividade de transporte em proveito econômico

da **UBER** que, no caso, conforme elementos mais adiante destacados, é sua empregadora.

É indubitável, assim dizer, que a **UBER** exerce atividade de transporte de passageiros. A tecnologia por ela utilizada é somente um mecanismo para a prestação de seus serviços, destacando-se que essa mesma tecnologia também é utilizada por outras empresas de transporte de passageiros que contratam seus empregados regularmente. Se assim não o fosse, seria o mesmo que dizer que uma fábrica de automóveis ou uma indústria alimentícia são empresas de tecnologia, pois utilizam tecnologia (avançadíssima, por sinal) para a realização de seus negócios. Ou que um banco em que oferece serviços bancários aos clientes correntistas por meio de aplicativos (ou seja, todos) não realizariam atividades bancárias, por serem empresas de tecnologia.

Outro ponto que assenta a natureza jurídica de atividade de transporte é o fato de que as avaliações feitas pelos clientes levam em consideração o serviço de transporte executado pelo motorista, mas são direcionadas à **UBER**. É ela quem controla tais avaliações sobre a execução do serviço de transporte. É ela quem detém e armazena tais avaliações. É ela quem se utiliza de tais avaliações para aferir a qualidade dos serviços (de transporte) prestados. É ela quem se utiliza desta aferição para atribuir novas demandas de trabalho, oferecendo mais e melhores corridas aos motoristas mais bem avaliados. É ela quem se utiliza desta aferição para descredenciar motoristas, em genuíno exercício do poder diretivo do empregador que desenvolve atividades de transporte. Se fosse a **UBER** mera intermediária do contato entre passageiro e motorista, e não uma

transportadora, de que valeriam tais avaliações? Qual a serventia delas, já que, no caso, o transportador seria efetivamente o motorista? Avaliar a qualidade do transporte é fundamental para que a **UBER** possa ter noção sobre como está sendo desenvolvida a sua atividade econômica, que é serviço de transporte, a fim de continuar sua execução com o devido êxito no mercado.

Veja-se que, se o contrato de transporte fosse hipoteticamente celebrado entre o motorista e o passageiro cliente de forma direta, caberia, por parte do motorista, a emissão de nota fiscal e recolhimento do tributo respectivo, no entanto, verifica-se apenas, da realidade dos fatos e dos autos, que as notas fiscais são emitidas pelo prestador do serviço de transporte, a **UBER** (indicando como serviço — a intermediação de negócios), e como o tomador de serviços, o motorista.

Aliás, se a empresa **UBER** realizasse tão-somente a intermediação, o que não se cogita aqui, mas *ad argumentandum tantum*, isto significaria que ela atuaria como uma agência de colocação, promovendo interligação entre ofertas e procuras de trabalho, sendo que seria, no caso, vedada a cobrança de qualquer valor pela **UBER** em relação ao trabalhador, tal como preconizado pelo art. 18 da Lei n. 6.019/74, além do art. 7 da Convenção n. 181 da OIT, que, conquanto não ratificada ainda pelo Brasil, seria aplicada por força do art. 8º da CLT, o que se sabe não ocorrer de fato, porque elevadas taxas são cobradas do trabalhador.

Os elementos constatados nos autos, bem como na dinâmica habitualmente verificada na prestação de serviços da plataforma, envolvem verificação da presença de todos os requisitos da relação de emprego:

Pessoalidade: é incontroverso que há uma pessoa humana trabalhadora executando o transporte que a plataforma oferece aos seus clientes. Esse trabalhador realizou um cadastro na reclamada, forneceu seus dados pessoais e bancários, foi selecionado, é continuamente submetido a um sistema de avaliação, que é individualizado sobre a sua pessoa, e que é utilizado pela reclamada para controlar a qualidade dos serviços prestados.

Em outras palavras, o motorista deve necessariamente ter um vínculo direto e identificado com a **UBER** para poder operar a partir do aplicativo, caracterizando a pessoalidade demonstrada pela criação de uma ID única para cada motorista. Nesse sentido, a substituição de um trabalhador por outro, de forma indistinta, é vedada. O cadastro do motorista no aplicativo é feito *intuitu personae*, até mesmo com foto e identificação. Esta proibição de se fazer substituir também pode ser confirmada por uma simples consulta ao sítio eletrônico da **Uber**:

“Políticas de Desativação [...]

Compartilhar seu cadastro

** Deixar outra pessoa utilizar seu cadastro de motorista parceiro da **Uber**”*

Portanto, é clara a relação individual de cada motorista com a plataforma da **UBER**, sem a qual não haveria a viabilidade do exercício do trabalho.

Onerosidade: é incontroverso o recebimento pelo trabalhador de remuneração pelos serviços prestados, mediante de repasse de valor unilateralmente estipulado pela reclamada, em face do qual o motorista não tem ingerência.

(...)

Não eventualidade: é incontroverso que o labor do motorista está inserido

na dinâmica intrínseca da atividade econômica da reclamada, eis que não há traço de transitoriedade na prestação de serviços, pois pela teoria do evento, também, o trabalho não é executado para certa obra ou serviço, ou decorrente de algum acontecimento fortuito ou casual; o fato de receber por serviço não o torna eventual, já que o salário por produção é modalidade existente para empregados, sendo que, a situação em tela, assemelha-se à do comissionista (remuneração variável de acordo com as comissões recebidas).

A execução naturalmente intermitente das corridas não afasta o requisito da não-eventualidade, pois a delimitação prévia e/ou fixa de jornada não é requisito da relação de emprego, nos termos dos artigos 2º e 3º da CLT.

É o que se depreende também do art. 62 da CLT, que elenca taxativamente os empregados que não se submetem ao controle de jornada. Ou seja, o controle de jornada é meramente acessório ao contrato de emprego.

Além disso, se até trabalhadores com certa parcela de autonomia são empregados, como os ocupantes de cargo de confiança, com certeza o são os motoristas de uma empresa prestadora de serviço de transporte.

(...)

Subordinação: É incontroverso que a reclamada controla as chamadas dos clientes e indica os motoristas para cumprir o contrato de transporte, sob as condições que ela unilateralmente estipula. A reclamada exige que o motorista se mantenha conectado na plataforma digital, sob pena de perder o trabalho (ser descadastrado). A discricionariedade para definir se o motorista é mantido ou não na plataforma digital é do gestor do

negócio (poder diretivo). A reclamada avalia e faz um controle de qualidade dos serviços do motorista por meio de avaliações individuais dos trabalhadores, inclusive, este controle de qualidade serve como parâmetro para o descredenciamento da plataforma digital. O trabalho é realizado com frequência e intensidade pelo motorista, com o devido controle da prestação do serviço pela reclamada por meio do seu sistema informatizado. A reclamada define unilateralmente TODOS os parâmetros da prestação de serviços a dinâmica da atividade econômica, dentre eles, a definição do preço da corrida, a seleção de determinado motorista para determinada corrida, o tempo estimado para execução do percurso, o padrão de atendimento, de postura e de comportamento do trabalhador e, inclusive, o padrão do veículo.

O fato de o motorista poder escolher o horário em que trabalha ou de aceitar corridas (assumindo os riscos da punição), ou, ainda, de ter a ferramenta de trabalho (o veículo), não tem o condão de tornar a prestação de serviço autônoma, especialmente quando sequer há liberdade de escolher clientela, destino, tempo de execução ou valor da corrida. Ademais, a escolha do horário de trabalho é algo que está cada vez mais flexibilizado, sobretudo após a previsão do teletrabalho na CLT, não havendo, necessariamente, rigidez de horários praticados nos moldes tradicionalmente concebidos, especialmente em contexto em que a necessidade de trabalho, para garantia de renda mínima de subsistência, é reconhecidamente de jornada integral e de vinculação permanente à plataforma.

Importante observar que o cliente é da UBER e não do motorista, sendo vedado qualquer contato direto, conforme regras

da empresa em sua página. O motorista e o passageiro são dois estranhos que só se conhecem após a solicitação da corrida; o passageiro não tem como selecionar o motorista e o preço, e o motorista só sabe quanto ganha por viagem, como regra, nos dias de pagamento. Logo, o motorista não trabalha por conta própria, mas por conta alheia, já que sequer pode estipular o preço cobrado, traço característico da relação empregatícia.

(...)

Além disso, a **UBER** controla a forma de dirigir, a velocidade, onde estacionar, conforme informação retirada da RT 0010950-11.2017.5.03.0181, que peço vênha para trazer abaixo:

(...)

A empresa estabelece unilateralmente todas as condições de prestação de serviços: clientela, preço, destino, tempo de execução, padrão de atendimento, avaliação de resultado, segurança, área priorizada de atendimento. E se apresenta ao mercado consumidor com o seguinte slogan: “No Padrão **UBER** de Segurança, você pode confiar”. Não há espaço de autonomia alguma para o trabalhador, que se engaja na atividade econômica com atendimento de todos os requisitos do vínculo de emprego.” (sem grifos no original)

Nesse ponto, necessário tecer algumas considerações, com base no exposto pela Coordenadoria Nacional de Combate às Fraudes nas Relações de Trabalho — CONAFRET — do Ministério Público do Trabalho^[1-B]:

A faceta moderna da organização do trabalho é o controle por programação ou comandos (ou por algoritmo). A partir da programação, da estipulação de regras e comandos preordenados e mutáveis (pelo programador), ao trabalhador é incumbida a capacidade de reagir em tempo real aos sinais que lhe são emitidos

para realizar os objetivos assinalados pelo programa. Os trabalhadores, nesse novo modelo, devem estar mobilizados e disponíveis à realização dos objetivos que lhe são consignados. Existe uma suposta e conveniente autonomia do motorista, subordinada à telemática e ao controlador do aplicativo. Trata-se da direção por objetivos.

O algoritmo, que pode ser modificado a qualquer momento, pela reprogramação (*inputs*), garante que os resultados finais esperados (*outputs*) sejam alcançados sem a necessidade de dar ordens diretas aos trabalhadores, que, na prática, não agem livremente, mas **exprimem reações esperadas.** Aqueles que seguem a programação recebem premiações, na forma de bonificações e prêmios, enquanto aqueles que não se adaptarem aos comandos e objetivos são punidos ou desligados.

Ressalte-se que a empresa instrumentaliza o serviço durante todo o dia por meio de estímulo às jornadas extensas, com prêmios. O algoritmo procura melhorar a remuneração desses trabalhadores nos horários em que há maior necessidade dos usuários da plataforma.

Passa-se da ficção do trabalhador-mercadoria para a ficção do trabalhador-livre.

Sobre o fenômeno ora analisado, citem-se o excelente documentário “GIG: a uberização do trabalho” e o premiado filme “Você não estava aqui”, de Ken Loach (mesmo diretor de “Eu, Daniel Blake”).

JURISPRUDÊNCIA COMPARADA

O trabalho em plataformas é uma questão global, que vem sendo enfrentada pelos tribunais de diversos países. Mais uma vez, em homenagem aos princípios da celeridade e economia processual, peço vênua para transcrever a fundamentação do parecer do MPT, com a qual coaduno integralmente:

“Seguindo na exposição sobre a expansão global dessa forma de atividade e seus efeitos jurídicos, especialmente na área trabalhista e laboral, merecem ser

trazidas à baila as decisões proferidas em outras nações, em prol da defesa da dignidade da pessoa humana e do trabalho valorizado socialmente para o fim de se alcançar uma sociedade justa e igualitária.

Vários casos concretos foram apreciados minuciosamente pelos Poderes Judiciários dos Países em que as plataformas digitais desenvolvem a mesma metodologia de organização do trabalho humano a favor da sua atividade econômica, onde muitos trabalhadores estão apresentando demandas com o objetivo de obter o reconhecimento do vínculo empregatício com as plataformas digitais e a aplicação da legislação trabalhista.

No Estado da Califórnia, EUA, a Suprema Corte estadual concedeu liminar no mês de agosto de 2020 e determinou que os motoristas da **Uber** e da Lyft fossem classificados como empregados. Recente alteração legislativa passou a adotar o “teste ABC” para classificar os trabalhadores como autônomos. Desta forma, há necessidade de: (a) o trabalhador não estar sob direção ou controle do contratante, tanto do ponto de vista formal como material; (b) o trabalhador não desempenhar atividade inserida no negócio principal da empresa contratante; (c) o trabalhador realizar, de forma habitual e independente, atividades para as quais é contratado. Caso não se observe esses três requisitos simultaneamente, é considerado empregado. No caso concreto, entendeu-se que os motoristas da **Uber** e Lyft não poderiam ser considerados autônomos, pois, dentre outras razões, desempenhavam atividade relacionada ao negócio principal das empresas^[4]. Em outubro, a Suprema Corte manteve a liminar^[5].

No Uruguai, um juiz do trabalho de Montevideo reconheceu a existência

da relação de emprego entre motorista e a **Uber** em novembro de 2019^[6]. A sentença foi mantida pelo Tribunal de Apelações do Trabalho, que levou em consideração trinta e oito elementos que apontavam para a caracterização da relação de trabalho e usou como base para análise a Recomendação n. 190 da OIT^[7].

Na França, em março de 2020, a Corte de Cassação identificou a existência da subordinação do motorista perante a **Uber** e apontou que a condição de autônomo é fictícia. Segundo a decisão, o motorista não cria sua própria clientela, não fixa livremente suas tarifas e não determina as condições para a prestação do serviço de transporte. O destino das corridas não é de conhecimento do motorista, o que significa que ele não é livre para escolher a viagem que lhe convém, e se o motorista recusar três ou mais viagens, a **Uber** pode desconectá-lo temporariamente da aplicação. A **Uber** fixa uma taxa de cancelamento, que se não for seguida pode fazer o motorista perder o acesso à sua conta, bem como se for relatado “comportamento perturbador”. Ainda, o motorista participa de um serviço de transporte organizado no qual **Uber** define unilateralmente os termos e condições^[8].

Na Suíça, em maio de 2019, um Tribunal Trabalhista em Lausanne entendeu que a relação entre motorista e a **Uber** é de emprego, determinando que a empresa deve aplicar a legislação trabalhista^[9]. Em um outro caso, em setembro de 2020, um Tribunal no cantão de Vaud manteve decisão que reconheceu a existência de vínculo empregatício entre motorista e **Uber**^[10]. Em relação a esse caso, a **Uber** aceitou a decisão do Tribunal de Vaud e não inter pôs recurso^[11].

No Reino Unido, em outubro de 2016, o Tribunal Trabalhista julgou o caso *Aslam e outros vs. Uber* e classificou os motoristas como “trabalhadores” (*workers*)^[12]. A decisão foi mantida pelo Tribunal de Apelações Trabalhista e pela Corte de Apelações^[13].

Há casos de empresas proprietárias de plataformas digitais que adotam modelo de organização semelhante à **Uber** e que também foram reconhecidas como empregadoras em outros países.

Na Espanha, em setembro de 2020, o Tribunal Supremo declarou a existência de relação de emprego entre entregador e a plataforma Glovo, considerada empregadora^[14].

Na Itália, em novembro de 2020, um juiz do Tribunal em Palermo julgou uma demanda em que identificou o vínculo de subordinação entre entregador e a Glovo, determinando a aplicação da legislação trabalhista no caso concreto^[15].

No Chile, em outubro de 2020, um juiz do Tribunal de Concepción reconheceu o vínculo empregatício entre um entregador e a plataforma de entregas *Pedidos Ya*^[16].

Na Alemanha, em dezembro de 2020, Corte Superior identificou a existência de relação de emprego entre trabalhador e uma plataforma de microtarefas, levando em consideração a subordinação algorítmica e ludificação do trabalho^[17].

Em que pese a **UBER** se definir como uma empresa de tecnologia, todas as evidências apontam em sentido contrário. Os julgados em outros países já enfrentaram o tema. O juiz norte-americano que tratou do caso *O'Connor v. UBER* destacou que:

A **UBER** não vende simplesmente *software*; vende corridas. A **UBER** não é mais “empresa de tecnologia” do que a Yellow Cab é “empresa de tecnologia”

porque usa rádios para enviar táxis, John Deere é “empresa de tecnologia” porque usa computadores e robôs para manufaturar cortadores de grama ou Domino Sugar é “empresa de tecnologia” porque usa técnicas modernas de irrigação para fazer crescer cana-de-açúcar. De fato, poucas empresas não são empresas de tecnologia se o foco é somente em como criam ou distribuem seus produtos. Se, contudo, o foco é na substância do que a empresa realmente faz (como vender corridas de táxi, cortar grama ou açúcar), é claro que a UBER é uma empresa de transporte, embora tecnologicamente sofisticada.^[18]

No mesmo sentido, o magistrado inglês que julgou o caso *Aslam e Farrar v. UBER* afirmou que

em nossa opinião, é irreal negar que a UBER está nos negócios como um fornecedor de serviços de transporte. [...] Além disso, o caso dos réus aqui é, acreditamos, incompatível com o fato consensual de que a UBER comercializa uma “gama de produtos”. Alguém pode perguntar: de quem é essa gama de produtos se não da Uber? Os “produtos” falam por si mesmos: eles são uma variedade de serviços de corridas. O Sr. Aslam não oferece essa gama. Nem o Sr. Farrar ou qualquer outro motorista individualmente. O *marketing* evidentemente não é feito para o benefício de qualquer motorista individualmente. Igualmente evidente, é feito para promover o nome da UBER e para vender os seus serviços de transporte.^[19]

Acrescenta que a propaganda da UBER mostra que a análise da sentença naquele caso está correta. A plataforma anuncia que é “o motorista particular de todos [...] a missão da UBER é ir para toda a principal cidade do mundo e implementar um sistema de transporte eficiente, conveniente e elegante”.

E arremata o Magistrado: “a noção de que a UBER em Londres é um mosaico de 30.000 pequenos negócios relacionados por uma ‘plataforma’ comum é, para nós, francamente ridícula. Em cada caso, o ‘negócio’ consiste em um homem com um carro buscando ganhar a vida dirigindo” (...).

Na Holanda, em ação coletiva ajuizada pela FNV (Federação Nacional de Sindicatos Holandeses), a Corte de Amsterdam negou que os entregadores da plataforma Deliveroo fossem trabalhadores autônomos, decidindo que seriam aplicados a eles a negociação coletiva dos trabalhadores em transporte de mercadorias. Foi afirmado que o contrato é padronizado, elaborado completa e unilateralmente pela plataforma, e inegociável. Percebeu a corte a existência de uma relação de autoridade entre a empresa e os entregadores e que os sistemas digitais da empresa que ligam os entregadores aos pedidos de entrega de refeições têm um papel central nesse fato, o que resulta, na prática, que a liberdade dos entregadores é consideravelmente menor do que o contrato afirma.^[20]

Por fim, corroborando os pontos de vista expostos na decisão britânica, a Corte de Justiça da União Europeia decidiu, em relação à Uber, que o serviço de intermediação deve ser considerado como parte integral de um serviço geral, cujo principal componente é o serviço de transporte e, em razão disso, não deve ser classificado como “serviço de sociedade de informação” [...] mas como “serviço no campo do transporte”^[21].

Mais recentemente, a Suprema Corte do Reino Unido reconheceu que os motoristas da Uber são *workers* e não trabalhadores autônomos, aplicando a teoria do *Purposive Approach*, desenvolvida por Guy Davidov, no sentido de que a interpretação da lei deve ser realizada a partir dos seus objetivos e o resultado interpretativo deve ser aquele que traz melhores resultados de acordo com essas finalidades.

É importante frisar que o direito britânico classifica os trabalhadores em três grandes categorias, conforme a natureza do vínculo contratual^[21-A]: *employees*, *workers* e *self-employed*. Os primeiros mantêm um contrato de trabalho tradicional (*contract of employment*); os segundos trabalham para um empregador mediante *contract of employment* ou outro tipo de contrato pelo qual se obrigam a prestar trabalho ou serviços (*independent contractor*), sendo economicamente dependentes daqueles a quem prestam serviço; os últimos são trabalhadores independentes, que mantêm o seu próprio negócio e prestam serviços a outras empresas.

A diferença essencial se dá entre os *self-employed* (trabalhadores autônomos), que prestam serviços sem qualquer subordinação ou dependência (trabalhando por conta própria), e os *workers* e *employees*, cujo grau de subordinação e dependência é essencialmente o mesmo.

Para compreender a diferença entre os últimos, oportuno citar os trabalhadores temporários. Muitos são considerados *workers* e não são *employees*. O sistema de proteção social e de direitos dos *employees* é mais completo do que o dos *workers*^[21-B].

Como será melhor detalhado na tradução livre de alguns trechos da sentença proferida pela Suprema Corte do Reino Unido, **a pedra de toque da subordinação e da dependência dos trabalhadores (*workers*), que se encontram em posição semelhante à dos empregados (*employees*), no ponto, é o controle exercido pelo empregador sobre suas condições de trabalho e remuneração.**

A fim de viabilizar a análise de direito comparado e evitar a disputa de narrativa com relação ao efeito comparativo com a situação dos motoristas do UBER no Brasil, passa-se a ressaltar os pormenores cuidadosamente enumerados pela Suprema Corte do Reino Unido que se aplicam ao caso em tela, com a transcrição dos trechos mais relevantes da

decisão^[21-C], em tradução livre. Frise-se que o termo *workers* foi traduzido para trabalhadores e *employees* para empregados:

“34. Os direitos reivindicados pelos requerentes no presente processo são: direitos ao abrigo da Lei Nacional do Salário Mínimo de 1998 e regulamentos associados a serem pagos, pelo menos, salário mínimo nacional por trabalho realizado; direitos sob os regulamentos de tempo de trabalho 1998, que inclui o direito de receber férias anuais remuneradas; e no caso de dois requerentes, um dos quais é o Sr. Aslam, um direito ao abrigo da Lei dos Direitos do Trabalho 1996 para não sofrer tratamento prejudicial por ter feito uma divulgação anônima (“denúncia”).

35. Todos estes direitos são conferidos pela legislação sobre “trabalhadores”. (...)

38. O efeito dessas definições, como observou a Baronesa Hale de Richmond em *Bates van Winkelhof v Clyde & Co LLP* [2014] UKSC 32; [2014] 1 WLR 2047, parágrafos 25 e 31, é que o direito do trabalho distingue entre três tipos de pessoas: os empregados com contrato de trabalho; aquelas pessoas autônomas que estão no negócio por conta própria e realizam trabalhos para seus clientes; e uma classe intermediária de trabalhadores autônomos, que fornecem seus serviços como parte de uma profissão ou empreendimento comercial realizado por alguém. Alguns direitos, como o de não ser demitido injustamente, estão limitados aos empregados com contrato de trabalho; mas outros direitos, incluindo aqueles reivindicados nestes processos, aplicam-se a todos os “trabalhadores”(...)

Embora não haja uma definição única do termo “trabalhador”, que aparece em uma série de contextos diferentes nos Tratados e na legislação da UE, tem havido um certo grau de convergência na

abordagem adotada. Em *Allonby v Ac-crington and Rossendale College* (Processo C-256/01) [2004] ICR 1328; [2004] Col. I-873 o Tribunal Europeu de Justiça considerou, no parágrafo 67, que, na disposição do Tratado que garante aos trabalhadores e trabalhadoras salário igual para trabalho igual (à época, art. 141 do Tratado CE):

“... deve ser considerado trabalhador aquele que, por um determinado período de tempo, realiza serviços para e sob a direção de outra pessoa, em troca do qual recebe remuneração... (...)

A eficácia da proteção seria seriamente prejudicada se o empregador pudesse, em razão da forma como a relação foi caracterizada no contrato escrito, determinar se a outra parte deve ou não ser classificada como trabalhador. Normas como a Lei Nacional do Salário Mínimo foram promulgadas para proteger aqueles que o Parlamento considera que precisam de proteção e não apenas para aqueles que forem designados por seu empregador como tais.

77. Este ponto pode ser ilustrado pelo caso em apreço. As cláusulas do contrato (Termo de Parceria) foram redigidas pelos advogados da **Uber** e apresentadas aos motoristas, que as tiveram que aceitar para usar, ou continuar a usar, o aplicativo **Uber**. É inverosímil que muitos motoristas leiam esses termos ou, mesmo que o fizessem, compreendam o significado jurídico pretendido. Em qualquer caso, não há possibilidade de negociar quaisquer termos diferentes. Nessas circunstâncias, admitir que as relações entre Uber, motoristas e passageiros se dão como descrevem os termos do Contrato de Serviços, notadamente com relação à categorização da relação existente entre as partes, seria conceder

à Uber o poder de determinar se a legislação destinada a proteger os trabalhadores se aplicará a seus motoristas (...)

Conforme observado anteriormente, as vulnerabilidades dos trabalhadores que criam a necessidade de proteção legal são a subordinação e a dependência de outra pessoa em relação ao trabalho realizado.

Como também discutido, a pedra de toque de tal subordinação e dependência é (como tem há muito reconhecido no direito do trabalho) o grau de controle exercido pelo empregador sobre o trabalho ou serviços executados pelo indivíduo em questão.

Quanto maior a extensão de tal controle, mais forte será o indício para classificar o indivíduo como um “trabalhador” que é empregado sob um “contrato de trabalho”.

88. Esta abordagem também é consistente com a jurisprudência do TJUE que, como observado no parágrafo 72 acima, considera a existência de relação hierárquica a característica essencial de um contrato entre um empregador e o trabalhador. Em julgamento recente, a Grande Câmara do TJEU enfatizou que, ao determinarse tal relação existe, é necessário levar em consideração a situação objetiva do indivíduo em causa e todas as circunstâncias do seu trabalho. A redação dos documentos contratuais, embora relevantes, não são conclusivos. (...)

93. Em todos estes aspectos, as conclusões do tribunal do trabalho que justificaram a sua conclusão de que, embora livres para escolher quando e onde trabalharam, nos momentos em que trabalham, eles são motoristas contratados pela **Uber** (e, especificamente, **Uber** Londres). Vale a pena enfatizar cinco aspectos das conclusões do tribunal:

94. Em primeiro lugar e de grande importância, a remuneração paga aos motoristas pelo trabalho é determinada pela **Uber** e os motoristas não têm voz sobre isso (a não ser escolhendo quando e quanto trabalhar). (...)

A liberdade de cobrar menos de um passageiro do que a tarifa definida pelo **Uber** não traz nenhum benefício aos motoristas, visto que qualquer desconto oferecido sairia inteiramente do bolso do motorista e a prestação do serviço é organizado de forma a evitar que um motorista estabeleça um relacionamento com um passageiro que possa gerar relação futura com o motorista, pessoalmente (veja o quinto ponto, discutido abaixo). O **Uber** também fixa o valor de sua própria “taxa de serviço”, que deduz das tarifas pagas aos motoristas. O controle da **Uber** sobre a remuneração estende-se ao direito de decidir, a seu exclusivo critério, se fará total ou parcial reembolso da tarifa a um passageiro, em resposta a uma reclamação sobre o serviço prestado pelo motorista (ver parágrafo 20 acima).

95. Em segundo lugar, as condições contratuais em que os motoristas executam seus serviços são ditadas pela **Uber**. Os motoristas não são apenas obrigados a aceitar o formulário padrão de acordo escrito, mas os termos em que transportam passageiros também são impostos pela **Uber** e os motoristas não têm voz sobre eles.

96. Em terceiro lugar, embora os motoristas tenham a liberdade de escolher quando e onde (dentro área coberta por sua licença PHV) trabalharão, uma vez conectado ao Aplicativo **Uber**, a escolha do motorista sobre aceitar ou não solicitações de viagens é restrita pela **Uber**. (...)

Onde uma corrida é oferecida a um motorista através do **Uber** app, o **Uber**

exerce controle sobre a aceitação da solicitação pelo motorista de duas maneiras. Uma é controlando as informações fornecidas ao motorista. O motorista, quando informado de um pedido, é avisado a respeito da classificação média do passageiro (de viagens anteriores) o que permite evitar passageiros de baixa classificação, que podem ser problemáticos. Entretanto, o motorista não é informado do destino até que o passageiro seja recolhido e, portanto, não tem oportunidade de recusar uma reserva com base no fato de não desejar viajar para aquele local específico destino.

97. A segunda forma de controle é exercida monitorando a taxa do motorista de aceitação (e cancelamento) de solicitações de viagem. Conforme descrito no parágrafo 18 acima, um motorista cuja porcentagem de aceitação cai abaixo de um nível estabelecido pela **Uber** Londres (ou cuja taxa de cancelamento excede um nível definido) recebe uma série crescente de mensagens de aviso que, se o desempenho não melhorar, será desconectado automaticamente do aplicativo **Uber** e tem o login interrompido por dez minutos. Essa medida foi descrita pela **Uber** em documento interno citado pelo tribunal do trabalho como uma “pena”, sem dúvida porque tem um efeito econômico semelhante na redução do pagamento de um funcionário, impedindo o motorista de receber valores durante o período em que ele está desconectado do aplicativo. A **Uber** justifica a prática com base no argumento de que recusas ou cancelamentos de pedidos de viagem causam atrasos aos passageiros em encontrar um motorista e levam à insatisfação do cliente. Não duvido disso. A questão, porém, não é se o sistema de controle operado pela **Uber** está de acordo com seus interesses

comerciais, mas se coloca os motoristas em posição de subordinação à Uber. É claro que sim.

98. Quarto: a **Uber** exerce um grau significativo de controle sobre a forma como os motoristas prestam seus serviços. O fato de fornecerem seus próprios carros significa que têm mais controle do que a maioria dos funcionários sobre o equipamento físico usado para realizar seu trabalho. No entanto, a **Uber** examina os tipos de carro que podem ser usados. Além disso, a tecnologia, que é parte integrante do serviço, é de propriedade integral e controlada pela **Uber**, utilizada como meio controle sobre os motoristas. Desse modo, quando uma viagem é aceita, o aplicativo **Uber** direciona o motorista para o local de coleta e de lá para o destino do passageiro. Embora, como mencionado, não seja obrigatório para o motorista seguir o trajeto indicado pelo app **Uber**, clientes podem reclamar se uma rota diferente for escolhida e o motorista arcar com o risco financeiro de qualquer desvio da rota indicada pelo aplicativo que o passageiro não tenha aprovado (ver parágrafo 8 acima).

99. Já mencionei o controle exercido pelo monitoramento das taxas de aceitação e cancelamento de viagens; a exclusão temporária de acesso ao aplicativo **Uber** se não conseguir manter as taxas de aceitação e não cancelamento exigidas. Um outro método potente de controle é o uso do sistema de classificação, em que os passageiros são solicitados a avaliar o motorista após cada viagem. A falha na manutenção da classificação média imposta resulta em avisos e, finalmente, na rescisão do contrato do motorista com a **Uber** (ver parágrafos 13 e 18 acima). É claro que é comum que as plataformas digitais convidem clientes a avaliar produtos ou serviços. Normalmente, no

entanto, essas classificações são disponibilizadas apenas como informações que podem ajudar os clientes na escolha de qual produto ou serviço para comprar. Sob tal sistema, o incentivo para o fornecedor do produto ou serviço ganhar altas classificações é simplesmente o incentivo comercial comum para satisfazer clientes na esperança de atrair negócios futuros. A maneira como o **Uber** faz o uso de classificações de clientes é materialmente diferente. As classificações não são divulgadas para os passageiros, que devem informar a escolha do motorista: os passageiros não têm a opção de motorista com, por exemplo, um preço mais alto cobrado pelos serviços de um motorista que é mais bem avaliado. Em vez disso, as classificações são usadas pelo **Uber** puramente como uma ferramenta interna para gestão de desempenho e como base para a tomada de decisões de rescisão, em que o *feedback* do cliente mostra que os motoristas não estão atendendo aos níveis de desempenho definidos por **Uber**. Esta é uma forma clássica de subordinação que é característica das relações de emprego.

100. Um quinto fator significativo é que a **Uber** restringe a comunicação entre passageiros e motoristas para o mínimo necessário para realizar a viagem particular e toma medidas ativas para evitar que os motoristas estabeleçam qualquer relacionamento com um passageiro capaz de se estender além de uma viagem individual. Como mencionado, ao reservar uma viagem, o passageiro não tem a opção de escolher entre os diferentes motoristas e a solicitação é simplesmente direcionada para o motorista mais próximo disponível. Assim que um pedido for aceito, a comunicação entre o motorista e o passageiro é restrita a informações relacionadas à viagem e é

canalizada através do app **Uber** de forma a evitar a evitara apreensão dos detalhes de contato um do outro. Da mesma forma, a cobrança de tarifas, o pagamento de motoristas e o tratamento de reclamações são gerenciados pelo **Uber** de uma forma projetada para evitar qualquer interação direta entre o passageiro e o motorista. Um exemplo gritante disso é a geração de um documento eletrônico que, embora denominado como uma “fatura” do motorista para o passageiro, nunca é enviada para o passageiro e, embora disponível para o motorista, registra apenas o primeiro nome do passageiro e não quaisquer outros detalhes (ver parágrafo 10 acima). Além disso, os motoristas são especificamente proibidos pela Uber de trocar detalhes de contato com um passageiro ou contato com um passageiro após o término da viagem além de devolver bens perdidos (ver parágrafo 12 acima).

101. Considerando esses fatores em conjunto, pode-se perceber que o serviço de transporte realizado por motoristas e oferecido aos passageiros por meio do aplicativo Uber é rigorosamente definido e controlado pela Uber. Além disso, é projetado e organizado para fornecer um serviço padronizado aos passageiros em que os motoristas são percebidos como substancialmente intercambiáveis e a partir do qual a **Uber**, em vez de motoristas individuais, obtém o benefício da fidelidade e boa vontade do cliente. Do ponto de vista dos motoristas, os mesmos fatores — em particular, a incapacidade de oferecer um serviço diferenciado ou de definir seus próprios preços e o controle do Uber sobre todos os aspectos de sua interação com passageiros — revelam que têm pouca ou nenhuma capacidade de melhorar sua posição econômica por meio

de habilidade profissional ou empreendedora. Na prática, a única maneira de aumentar seus ganhos é trabalhar mais horas enquanto constantemente atendem às medidas de desempenho da Uber.”^[21-C2] (sem grifos no original)

Ressalte-se que o enquadramento dos trabalhadores na categoria de *workers*, e não de *employees*, observou, na decisão da Suprema Corte do Reino Unido, os limites do pedido; que a subordinação foi amplamente reconhecida e que, ao analisar o grau de controle exercido pela **UBER**, a Corte ressaltou que a liberdade para definir sua própria jornada de trabalho não afasta o vínculo, citando os trabalhadores intermitentes e safristas, como exemplo, e frisando a necessidade de centrar a análise nas condições de trabalho vivenciadas durante a jornada, qualquer que seja ela^[21-D].

A decisão atinge mais de 70 mil motoristas, que terão direito a salário-mínimo, férias remuneradas e plano de pensões para o qual a empresa contribuirá.

Trata-se do reconhecimento da precarização do trabalho desses motoristas e sua menor proteção na esfera trabalhista e é provável que outros países europeus sigam tendência parecida. Ressalte-se que, logo em seguida, o **governo espanhol apresentou uma lei** que torna os entregadores de aplicativos empregados formais das plataformas, além de garantir que tenham acesso ao funcionamento do algoritmo^[21-F].

Acrescente-se que, em março de 2020, **a Corte de Cassação da França** reconheceu a existência de relação de emprego na hipótese^[21-E], ressaltando que: 1) o fato de o trabalhador poder estar desconectado não altera a conclusão, pois, se conectando, possui limites para as recusas, caso típico de sujeição às demandas do empregador, permanecendo, assim, à disposição da **UBER**; 2) a relação de emprego independe da vontade das partes ou do nome dado ao pacto havido entre elas, mas

das condições de fato em que foi exercida; 3) a clientela não é própria do trabalhador, que não pode fixar livremente as tarifas e condições de trabalho; 4) o itinerário é imposto sem possibilidade de escolha e descontos tarifários são aplicados se o motorista não o seguir. Por fim **a nota da Corte de Cassação da França faz referência ao fato de que naquele país, diferentemente de outros países europeus, onde há um tipo de contrato intermediário entre o de emprego e o independente (como no Reino Unido, com os *workers* e na Itália, com os *collaborazione coordinata e continuativa* e *collaborazione a progetto*), há apenas dois tipos de contrato, como no Brasil: o independente e o de emprego.** A decisão francesa também passa pelo conceito de sujeição às ordens organizacionais, nos exatos termos do art. 6º, parágrafo único, da CLT e frisa que a possibilidade de escolher o momento para se conectar não afasta o vínculo, pois, uma vez conectado, o motorista tem limitadas recusas, encontrando-se, portanto, à disposição da estrutura UBER.

Percebe-se que o trabalho por meio de plataformas provoca intensas discussões jurídicas e que as Cortes internacionais vêm reconhecendo a natureza do trabalho subordinado e a consequente precarização das condições de trabalho e a subtração dos direitos fundamentais da classe trabalhadora que foram conquistados por meio de muitas lutas, o que representa um grande retrocesso social.

O RECONHECIMENTO DO VÍNCULO DE EMPREGO COMO SUPOSTO INVIABILIZADOR DO NEGÓCIO

Oportuno citar as considerações do Procurador do Ministério Público do Trabalho Cássio Casagrande a respeito da afirmação de que, com motoristas empregados, as plataformas digitais de transporte quebrariam, causando mais desemprego:

“Tudo isso apenas está se repetindo agora na “quarta” revolução industrial.

O trabalho com a intermediação de aplicativos gerou uma massa de trabalhadores precários, destituídos de qualquer proteção. Cedo ou tarde, pelo legislativo ou pelo judiciário, a regulação virá. Se o **Uber** não conseguir manter certos direitos sociais para seus motoristas, a empresa pode, sim, desaparecer. E isso não é ruim, pelo contrário. Será substituída por outras mais eficientes. O mais provável é que ela puramente se adapte (já o está fazendo em estados como Nova Iorque e Califórnia, onde é obrigada por lei a pagar salário-mínimo e limitar a jornada de motoristas).

Mas as corridas e entregas vão ficar mais caras para os consumidores se direitos forem reconhecidos aos motoristas? Provavelmente sim, porque hoje elas estão artificialmente baratas, pois o “modelo de negócios” destas empresas inclui superexplorar trabalhadores e sonegar contribuições fiscais e previdenciárias (e na verdade somos nós contribuintes que estamos subsidiando a empresa). O aumento no preço dos bens de consumo e serviço em razão da criação de direitos sociais é inevitável, e é um progresso.

Do contrário, vamos defender que nossas roupas sejam feitas por crianças trabalhando em regime de servidão ou que se restabeleça o transporte urbano por tração humana. Creio que não queremos voltar aos tempos do “*King Cotton*” no Sul dos EUA, nem ao Brasil Império do palanquim e da liteira.”^[22-A]

O artigo do Dr. Cássio Casagrande mostra que a tecnologia sempre será bem-vinda, porém não pode ser utilizada como forma de subtrair os direitos dos trabalhadores^{[23][24]}. O baixo custo do serviço prestado por meio da plataforma não pode ser suportado pelos motoristas, pois quem desenvolve a atividade econômica tem a obrigação de respeitar os direitos fundamentais dos trabalhadores, sob

pena de prática de concorrência desleal com os serviços até então estabelecidos, provocando uma erosão social.

Remeto-me, por fim, às considerações introdutórias a respeito da manipulação da jurisprudência por meio de estratégia processual baseada na estatística aplicada ao direito (jurimetria) para acrescentar que, a depender do posicionamento jurisprudencial, corre-se o risco de tornar definitiva a expansão deste modelo organizacional de gestão do trabalho precarizante para outros setores da economia, com o aniquilamento dos direitos trabalhistas pela não responsabilização das empresas que se valem desta metodologia de gestão da mão de obra (gig economy).

CONCLUSÃO

A análise da prova oral e documental evidenciou a presença de todos os requisitos do art. 3º da CLT, sobretudo diante a verificação da existência de meios telemáticos e automatizados de comando, controle e supervisão (parágrafo único do art. 6º da CLT).

Nesse contexto, impõe-se o reconhecimento do vínculo de emprego entre o autor e a **UBER**, considerando a organização gerencial imprimida pela

empresa na relação de prestação de serviços, que foi confirmada pelo conjunto probatório dos autos.

No mesmo sentido, decidiu recentemente esta E. Câmara, em processos análogos (vínculo de trabalhador com plataforma digital de entregas), de relatoria do i. Desembargador Antonio Francisco Montanagna (n. 0011011-72.2019.5.15.0113; sessão de julgamento de 06.02.2020, composição: Juizes Marcus Menezes Barberino Mendes e Olga Regiane Pilegis) e de relatoria do i. Desembargador Eder Sivers (n.0010900-48.2019.5.15.0094; sessão de julgamento de 25 de fevereiro de 2021, composição: Des. João Batista Martins César e Des. Antonio Francisco Montanagna).

Citem-se também decisões de outros Tribunais Regionais do Trabalho no mesmo sentido: TRT da 3ª Região, p. 0010258-59.2020.5.03.0002, decisão de relatoria do i. Des. Antônio Gomes de Vasconcelos; TRT da 2ª Região, p. 1000123-89.2017.5.02.0038, decisão de relatoria da i. Des. Beatriz de Lima Pereira.

Logo, acolhe-se o pedido para reconhecer o vínculo empregatício no período e com a remuneração apontados na inicial (de 10.8.2017 a 17.7.2018 e de 26.7.2019 a 24.9.2019, com salário mensal de R\$ 3.000,00), porque não invalidados pelos elementos de convicção trazidos aos autos.

Como o exame dos demais pedidos não se enquadra nas hipóteses previstas no art. 1.013, § 3º, do CPC, determina-se o retorno dos autos à origem para a análise das questões remanescentes, sob pena de supressão de instância.

Prejudicada a análise das demais matérias do recurso.

PREQUESTIONAMENTO

Ante a fundamentação supra, tem-se por prequestionados todos os dispositivos legais e matérias pertinentes, restando observadas as diretrizes traçadas pela jurisprudência do STF e do TST.

Ressalto que não se exige o pronunciamento do Julgador sobre todos os argumentos expendidos pelos litigantes, mormente quando esses, por exclusão, são contrários à posição adotada, bastando os fundamentos que formaram convicção, conforme já decidido pelo STF (RE n.184.347).

Ficam as partes, assim, desde já advertidas de que a oposição de embargos meramente protelatórios poderá implicar condenação em multa, nos termos do art. 1.026, § 2º, do CPC, de aplicação subsidiária nesta Especializada.

Nuances já destacadas pelo Juiz do Trabalho Valdir Rinaldi Silva, com base na prova oral e na documentação do processo 0010813-32.2020.5.15.0135.

DISPOSITIVO

Diante do exposto, decide-se **CONHECER e PROVER** o recurso ordinário interposto pelo reclamante para reconhecer o vínculo de emprego no interregno de 10.8.2017 a 17.7.2018 e de 26.7.2019 a 24.9.2019. Determina-se o retorno dos autos à origem para a apreciação dos demais pedidos, sob pena de supressão de instância, restando prejudicada, por ora, a análise dos demais tópicos recursais.

Indefere-se o pedido de retirada do processo de pauta e deixa-se de homologar o acordo apresentado pelos requerentes.

Em sessão telepresencial realizada em 20.04.2021, conforme previsto nas Portarias Conjuntas GP – VPA – VPJ – CR n. 004/2020, n. 005/2020 e seguintes deste

Notas de fim:

[1-A] <[uber.com pt-br=newsroom=uber-lanca-ferramenta-que-limita-o-tempo-online-do-motorista-dirigindo-usando-o-aplicativo-para-promover-seguranca-via-ria=""](#)>. Acesso em: 19 abr. 2021.

[1-B] . Acesso em: 19 abr. 2021.

[2] ABRAMI DES BRASIL, Natalia Marques. Relações de trabalho em plataformas digitais: desafios ao modelo tradicional do direito do trabalho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 71, *apud* Juiz do trabalho Valdir Rinaldi Silva na sentença do processo 0010813-32.2020.5.15.0135.

[3] OITAVEN, Juliana Carreiro Corbal outros. Empresas de transporte, plataformas digitais e a relação de emprego: um estudo do trabalho subordinado sob aplicativos juliana Carreiro Corbal Oitaven, Rodrigo de Lacerda Carelli, Cássio Luis Casagrande. Brasília : Ministério Público do Trabalho, 2018 (p. 52), *apud* Juiz do trabalho Valdir Rinaldi Silva na sentença do processo 0010813-32.2020.5.15.0135.

[3-A] PORTO, Lorena Vasconcelos. A relação de emprego e a subordinação a matriz clássica e as tendências expansionistas. *Revista LTr*, São Paulo, ano 72, n. 07, p. 825)

[3-B] GAIA, Fausto Siqueira. *Uberização do trabalho*: aspecto da subordinação jurídica disruptiva. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 394

[4] PAUL, Kari. **Uber** and Lyft must classify drivers as employees, judge rules, in blow to gig economy. *The Guardian*, Londres, 10 ago. 2020. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/technology/2020/aug/10/uber-lyft-ruling-california-judge>>. Acesso em: 13 dez. 2020.

[5] BOND, Shannon. **Uber** and Lyft must make drivers employees, California *Court rules*. NPR, Washington, 22 out. 2020. Disponível em: <<https://www.npr.org/2020/10/>

E. TRT, ACORDAM os Magistrados da 11ª Câmara (Sexta Turma) do Tribunal Regional do Trabalho da Décima Quinta Região em julgar o processo nos termos do voto proposto pelo Exmo. Sr. Relator.

Votação Unânime.

Composição: Exmos. Srs. Desembargadores LUÍS HENRIQUE RAFAEL (Presidente e Relator), JOÃO BATISTA MARTINS CESAR e Exma. Sra. Juíza LAURA BITTENCOURT FERREIRA RODRIGUES.

Ministério Público do Trabalho: Exmo.(a) Sr.(a) Procurador(a) Ciente. Sessão realizada em 20 de abril de 2021.

JOÃO BATISTA MARTINS CÉSAR
Relator

22/926916925/**uber**-and-lyft-must-make-drivers-employees-california-appeals- court-rules>. Acesso em: 13 dez. 2020. Em novembro de 2020, foi aprovada em plebiscito a Proposition 22, que afasta a aplicação da nova legislação trabalhista na Califórnia dos trabalhadores via plataformas digitais.

[6] MESA, Piá. Fallo inédito em Uruguay: Justicia considera trabajador dependiente a chofer de **Uber**. *El País*, Montevideo. Disponível em: <<https://negocios.elpais.com.uy/noticias/fallo-inedito-uruguay-justicia-considera-trabajador-dependiente-chofer-uber.html>>. Acesso em: 13 dez. 2020.

[7] CARLIM, Federico Rosenbaum. Fin del partido. Uruguay: los choferes de **Uber** son trabajadores dependientes (TAT de 1º turno, sentencia n. 111/2020, 03.06.2020). Disponível em: <<http://www.lacausalaboral.net.ar/doctrina-5-rosenbaum-carli.html>>. Acesso em: 13 dez. 2020.

[8] COUR DE CASSATION. Arrêt n. 374 du 4 mars 2020 (19-13.316) – Cour de cassation – Chambre sociale — ECLI:FR:CCAS:2020:SO00374. Disponível em: <https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambre_sociale_576/374_4_44522.html>. Acesso em: 13 dez. 2020.

[9] SWISS INFO. UberPop driver wins “landmark” unfair dismissal case. Disponível em: <https://www.swissinfo.ch/eng/court-ruling_uberpop-driver-wins-landmark-unfair-dismissal-case/44941794>. Acesso em: 13 dez. 2020.

[10] SWISS INFO. Swiss court confirms **Uber** status as “employer”. Disponível em: <<https://www.swissinfo.ch/eng/swiss-court-confirms-uber-status-as-employer/46036976>>. Acesso em: 13 dez. 2020.

[11] SWISS INFO. **Uber** accepts Swiss court decision on employee. Disponível em: <<https://www.swissinfo.ch/eng/uber-accepts-swiss-court-decision-on-employee/46208314>>. Acesso em: 13 dez. 2020.

[12] JUDICIARY. Mr Y Aslam, Mr J Farrar and Others -V -**Uber**. Oct. 2016. Disponível em: <<https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2016/10/aslam-and-farrar-v-uber-employment-judgment-20161028-2.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2018. No Reino Unido, há a figura do trabalhador (worker), que é caracterizado pela prestação de trabalho de forma pessoal, em que há contraprestação pecuniária, limitação para subcontratar a atividade e obrigação de prestar e de dar trabalho no período contratual. Os trabalhadores têm alguns direitos também reconhecidos aos empregados, como salário mínimo, limitação de jornada, proteção contra discriminação, dentre outros. Contudo, não têm proteção contra dispensa arbitrária e indenização pelo rompimento do contrato.

[13] BUTLER, Sarah. **Uber** loses appeal over driver employment rights. *The Guardian*, Londres, 20 dez. 2018. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/technology/2018/dec/19/uber-loses-appeal-over-driver-employment-rights>>. Acesso em: 13 dez. 2020.

[14] PODER JUDICIAL ESPAÑA. El Tribunal Supremo declara la existencia de la relación laboral entre Glovo y un repartidor. Disponível em: <<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Noticias-Judiciales/El-TribunalSupremo-declara-la-existencia-de-la-relacion-laboral-entre-Glovo-y-un-repartidor>>. Acesso em: 13 dez. 2020.

[15] ROTUNNO, Roberto. "Glovo assumo il fattorino come dependente". A Palermo la prima sentenza che impone a una app di riconoscere la subordinazione dei rider. Il Fatto Quotidiano, Roma, 23 nov. 2020. Disponível em: <<https://www.ilfattoquotidiano.it/2020/11/23/glovo-assumo-il-fattorino-come-dipendente-a-palermo-la-prima-sentenza-che-impone-a-una-app-di-riconoscere-la-subordinazione-dei-rider/6013230/>>. Acesso em: 13 dez. 2020.

[16] SÁNCHEZ, Dayana. Juzgado del Trabajo de Concepción reconoce vínculo laboral entre Pedidos Ya y repartidor, y abre flerte debate. La Tercera, Santiago, 6 out. 2020. Disponível em: <<https://www.latercera.com/pulso/noticia/juzgado-del-trabajo-de-concepcion-reconoce-vinculo-laboral-entre-pedidos-ya-y-repartidor-y-abre-fuerte-debate/WHWA5UWSTNHE7FWZHNBLBWY5A/>>. Acesso em: 13 dez. 2020.

[17] BUNDESARBEITSGERICHT. Pressemitteilung Nr. 43/20. Abetnereigenschaft von "Crowdworkern". Disponível em: <<https://juris.bundesarbeitsgericht.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bag&Art=pm&n=24710>>. Acesso em: 13 dez. 2020.

[18] UNITED STATES DISTRICT COURT, N. D. CALIFORNIA. Douglas O'Connor, et al., Plaintiffs v. **Uber** Technologies, Inc., et al., Defendants. Mar. 2015. Disponível em: <<https://h2o.law.harvard.edu/collages/42126/export>>. Acesso em: 30 set. 2017, tradução nossa de: "**Uber** is no more a "technology company" than Yellow Cab is a "technology company" because it uses CB radios to dispatch taxi cabs, John Deere is a "technology company" because it uses computers and robots to manufacture lawn mowers, or Domino Sugar is a

"technology company" because it uses modern irrigation techniques to grow its sugar cane. Indeed, very few (if any) firms are not technology companies if one focuses solely on how they create or distribute their products. If, however, the focus is on the substance of what the firm actually does (e.g., sells cab rides, lawn mowers, or sugar), it is clear that **Uber** is most certainly a transportation company, albeit a technologically sophisticated one".

[19] JUDICIARY. Mr. Y. Aslam, Mr. J. Farrar and Others - V - **Uber**. Oct. 2016. Disponível em: <<https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2016/10/aslam-and-farrar-v-uber-employment-judgment-20161028-2.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2018, p. 27, tradução nossa de: "it is, in our opinion, unreal to deny that **Uber** is in business as a supplier of transportation services. [...] Moreover, the Respondents' case here is, we think, incompatible with the agreed fact that **Uber** markets a 'product range'. One might ask: Whose product range is it if not **Uber's**? The 'product' speaks for themselves: they are a variety of driving services. Mr Aslam does not offer such a range. Nor does Mr Farrar, or any other solo driver. The marketing self-evidently is not done for the benefit of any individual driver. Equally self-evidently, it is done to promote **Uber's** name and 'sell' its transportation services".

[20] <<https://trab21.blog/2021/02/16/tribunal-holandes-determina-que-entregadores-sao-empregados-da-plataforma-deliveroo/>>. Acesso em: 17 fev. 2021.

[21] COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION. Case C-434/15. Dec. 2017. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d0f130dcb236077b2ccb4eac82eea27b3c4d851c.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4Pbh0Ke0?text=&docid=198047&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=firs t&part=1&cid=634146>>. Acesso em: 20 set. 2018, tradução nossa de: "That intermediation service must thus be regarded as forming an integral part of an overall service whose main component is a transport service and, accordingly, must be classified not as 'an information society service' [...] but as 'a service in the field of transport'".

[21-A] Conforme Employment Rights Act 1996, seção [s.] 230(1) e (3) 2MJGPF Machado. Universidade de Vigo, 2011. 2011. O contrato de trabalho a termo no direito português e no direito da União Europeia>. Acesso em: 19 abr. 21.

[21-B]. Acesso em: 19 abr. 21.

[21-C] <<https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2021/03/16/uber-vai-conceder-beneficios-de-funcionarios-a-70-mil-motoristas-no-reino-unido.ghtml>>. Acesso em: 07 abr. 2021; <https://www.bloomberg.com/news/articles/2021-03-16/uber-to-reclassify-70-000-u-k-drivers-as-workers-after-ruling?cmpid=socialflow-twitter-business&utm_medium=social&utm_source=twitter&utm_content=business&utm_campaign=socialflow-organic>. Acesso em: 07 abr. 2021.

[21-C2] <<https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2019-0029.html>>[21-D] Acesso em: 19 abr. 21.

[21-E], Acesso em: 19.04.21[21-F]. Acesso em: 19 abr. 21.

[21-G] G20 Employment Working Group. 2017. Hamburg, Germany. "Strengthening social protection for the future of work". Acesso em: 19 abr. 21.

[22] <<https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2021/03/16/uber-vai-conceder-beneficios-de-funcionarios-a-70-mil-motoristas-no-reino-unido.ghtml>>. Acesso em: 07 abr. 2021; <https://www.bloomberg.com/news/articles/2021-03-16/uber-to-reclassify-70-000-u-k-drivers-as-workers-after-ruling?cmpid=socialflow-twitter-business&utm_medium=social&utm_source=twitter&utm_content=business&utm_campaign=socialflow-organic>. Acesso em: 07 abr. 2021.

[22-A] Artigo "Com motoristas empregados, o **Uber** acaba?", <[jota.info/OPINIAO-E-ANALISE/COLUNAS/O-MUNDO-FORA-DOS-AU-ATOS/COM-MOTORISTAS-](https://jota.info/OPINIAO-E-ANALISE/COLUNAS/O-MUNDO-FORA-DOS-AU-ATOS/COM-MOTORISTAS-EMPREGADOS-O-UBER-ACABA-01032021)

[EMPREGADOS-O-UBER-ACABA-01032021](https://jota.info/OPINIAO-E-ANALISE/COLUNAS/O-MUNDO-FORA-DOS-AU-ATOS/COM-MOTORISTAS-EMPREGADOS-O-UBER-ACABA-01032021)>. Acesso em: 07 abr. 2021.

[23] **Uber** reclassificará 70.000 motoristas do Reino Unido como trabalhadores após decisão. Cf. <<https://www.bloomberg.com/news/articles/2021-03-16/uber-to-reclassify-70-000-u-k-drivers-as-workers-after-ruling>>. Acesso em: 8 abr. 2021.

[24] Uma das maiores plataformas de transporte assinou acordo coletivo reconhecendo os riders como subordinados. O acordo foi assinado pelos maiores sindicatos italianos: CGIL, CISL e UIL. Cf. <https://www.google.it/amp/s/www.ansa.it/amp/sito/notizie/economia/2021/03/29/accordo-per-rider-just-eat-diventano-dipendenti_991af3b8-dfc9-4357-98f7-cf88d00a7198.html>.

Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região

Recurso Ordinário Trabalhista: ROT 0011734-22.2017.5.15.0094

PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO

Data da Autuação: 21.11.2019

Valor da causa: R\$ 38.000,00

Partes:

Recorrente: General Electric do Brasil Ltda. – CNPJ: 33.482.241/0001-73

Advogado: Leonardo Augusto Padilha Bertanha – OAB: SP0178037

Recorrente: Robert Bosch Ltda. – CNPJ: 45.990.181/0001-89

Advogado: Fabio Garuti Marques – OAB: SP0155435

Advogado: Luiz Vicente de Carvalho – OAB: SP0039325

Recorrido: Edison Aparecido de Souza – CPF: 257.422.988-62

Advogado: Edgard Rodrigues Travassos – OAB: SP0138151

Recorrido: Mabe Brasil Eletrodomesticos S/A em Recuperacao Judicial
– CNPJ: 60.736.279/0001-06

Advogado: Andre Luiz Paes de Almeida – OAB: SP0169564

Identificação:

Poder Judiciário Justiça do Trabalho

Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região – 11ª Câmara

Juiz Sentenciante: Carolina Sfera Croffi Heinemann

Relator: Marcus Menezes Barberino Mendes

Relatório

Inconformadas com a r. sentença (id da-d58dd), recorrem as reclamadas (id 806e5e0 e f609f92). Alegam as reclamadas serem partes ilegítimas para integrarem o pólo passivo da ação. NO mérito, afirmam não integrar grupo econômico com a 1ª Reclamada.

Contrarrrazões apresentadas pelos litigantes.

Dispensada a manifestação do Ministério Público do Trabalho, nos termos dos arts. 110 e 111 do Regimento Interno.

É o relatório.

Ementa: “Segurança jurídica e econômica são direitos fundamentais dos brasileiros. Subordinação estrutural-reticular, grupo econômico e cometimento são formas

jurídicas atreladas a função social da propriedade e à dignidade do trabalho, analogicamente comparadas ao instituto do “*joint employment*” do direito do trabalho americano. As formas jurídicas de imputação de responsabilidade guardam direta relação com direito fundamental à segurança jurídica e econômica, como bens universais ou ao menos universalizantes. O uso das grandes marcas (*branding*) construídas na história do capitalismo constitui estratégia econômica, que interfere na gestão das empresas e é pressuposto para a alocação dos recursos financeiros e creditícios, organização dos equipamentos industriais e dos instrumentos de logística e comercialização, estabelecendo nexo de causalidade com o trabalho humano executado para os empreendimentos organizados em sistema de *outsourcing*, e atraindo a incidência de regras de responsabilidade contidas no art. 932, inciso III, do Código Civil.”

VOTO

ADMISSIBILIDADE

Preenchidos os pressupostos de admissibilidade, conhece-se dos recursos.

DOS RECURSOS DAS RECLAMADAS

QUESTÃO PRELIMINAR PROCESSUAL

Pelos mesmos fundamentos que resistem ao mérito da condenação, as recorrentes sustentam não serem partes legítimas para integrar o pólo passivo da ação, já que não foram empregadores dos empregados da 1ª Reclamada ou do reclamante, especificamente.

A legitimidade para resistir a uma pretensão advém da causa de pedir embutida nas petições iniciais que destina aos integrantes do pólo passivo de qualquer ação. Somente quem tem nexo de causalidade com os fatos imputados e que potencialmente poderá repercutir em seu patrimônio jurídico, pode resistir às pretensões de modo legítimo.

Somente as Recorrentes tem legitimidade e interesse processual para resistir a pretensão do autor que lhes imputa responsabilidade solidária quanto às dívidas trabalhistas da 1ª Reclamada, preenchendo os requisitos do art. 17 do Código de Processo Civil.

A pertinência objetivo do pedido do autor é assunto reservado ao mérito da demanda processual.

Portanto as Recorrentes tem interesse e legitimidade para integrar o pólo passivo da ação.

Mantenho a sentença neste aspecto.

DA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA 2ª RECLAMADA — GENERAL ELETRIC E DA 3ª RECLAMADA ROBERT BOSCH — PONTOS COMUNS

Embora tenham apresentados recursos autônomos, as recorrentes tem pontos em comum nos seus recursos, pois alegam de modo substancial que não integram grupo econômico com a 1ª Reclamada nem sob subordinação, nem sobre coordenação. E de fato, há de se reconhecer que até esta quadra da história as reclamadas recorrentes — dois dos maiores colossos industriais do capitalismo americano e alemão, não produziram nenhuma fusão ou incorporação que se permita reconhecer como integrantes da mesma universalidade de direito.

Todavia, as próprias defesas e peças recursais das reclamadas reconhecem ter participado de sociedade com a 1ª Reclamada, ainda que através de empresa subsidiária, ou de contratos de riscos de licenciamento de marca, com vistas a produção e comercialização de eletrodomésticos da chamada “linha branca” em todo o território nacional.

Assim, embora faça longa digressão sobre as publicações constantes da enciclopédia eletrônica Wikipedia, a negativa de que a marca “Bosch” utilizou-se das plantas industriais da 1ª reclamada para ganhar escala no mercado de bens e serviços brasileiros soa a *VENIRE*

Com efeito, a recorrente admite ter criado uma subsidiária e esta subsidiária se associou à 1ª Reclamada para produzir, comercializar e distribuir os bens duráveis produzidos nas plantas industriais da 1ª Recorrida.

Ora, pouco importa qual seja a configuração jurídica desta sociedade e sua composição societária, o fato indubitável é que ela foi criada para expansão da atividade econômica do conglomerado da 3ª Reclamada, através do reconhecimento e difusão dos produtos da 1ª Reclamada pela marca da 3ª Reclamada.

Igual resultado se obtém do contrato de licenciamento da marca da 2ª Reclamada. A empresa mexicana, conhecida no jargão da nova organização industrial como “maquiadora”, ou montadora de produtos duráveis, a partir dos padrões tecnológicos e industriais da 3ª Reclamada, concebe o processo industrial e monta os bens duráveis, que ao depois alcançam o mercado de consumo.

Mas o produto industrial é um conjunto de patentes envoltos nas marcas das recorrentes. São essas marcas que atraem o capital financeiro e todo os serviços de logística e comércio. Igualmente, são estas marcas que viabilizam as cadeias produtivas a jusante e a montante.

Numa frase, são estas marcas que legitimam a concessão de crédito à 1ª Reclamada em sua curta inserção maquiadora no Brasil e que lhe permitiu acesso e confiança do consumidor.

SUBORDINAÇÃO ESTRUTURAL RETICULAR

A sentença invoca “*an passant*” o conceito de subordinação estrutural-reticular¹, construído academicamente para servir de modelo analítico das relações de trabalho na busca de dar concretude ao princípio da segurança, que se espalha na Constituição da República, notadamente na perspectiva das relações de

trabalho, elemento sócio-político que está na base da promoção dos direitos fundamentais e das políticas sociais, o conceito busca lançar luzes sobre a imputação da responsabilidade no contexto das novas formas de produção.

Não se cuida no caso dos autos do exercício da subordinação como descrita no art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho, mas do uso dos instrumentos contemporâneos de controle para a interferência e organização da estrutura produtiva, instrumentos capazes de entrelaçar e coordenar as atividades das múltiplas empresas envolvidas.

Numa palavra, permite a imputação de responsabilidade a quem cria o risco da atividade nas cadeias produtivas em que atua, sem prejuízo de permitir, em certas circunstâncias, a configuração do emprego.

RESPONSABILIDADE DAS RECORRENTES

Na hipótese dos autos resta incontroverso que o empregador do reclamante era o 1º Reclamado, empresa industrial de origem mexicana, e que se encontra em processo falimentar. Já as recorrentes utilizaram o fundo econômico da 1ª Reclamada para expansão das suas atividades e do seu *market share*. E isto implica relação de causalidade com a prestação de trabalho, que é indissociável do processo de criação de valor, quer dos bens materiais, quer dos imateriais.

Resta evidente que as formas jurídicas utilizadas pelas Reclamadas são distintas, já que a Recorrente BOSCH optou por criar uma pessoa jurídica, distinta — uma subsidiária que se associou com a 1ª Reclamada, numa sociedade empresária distinta a quem se concedeu a licença para uso da marca comercial de amplo conhecimento e que busca se revestir de valores simbólicos como solidez, inovação tecnológica e compromisso com sustentabilidade, conforme se pode atestar no sítio <<https://www.bosch.com.br/>>, que invoco como meio de prova a partir do princípio da conexão que norteia o processo judicial eletrônico.

São esses valores simbólicos e a direta intervenção no processo produtivo através das marcas e patentes que permite reconhecer que, no caso da 3ª Reclamada, o que há é evidentes demonstrações da interferência dela na estratégia de produção e de mercado da 1ª Reclamada configurando-se a formação de uma universidade de direito, sob coordenação da 3ª Reclamada e que a coloca como responsável solidária nos termos do art. 2º, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho para fins de segurança jurídica e econômica dos direitos sociais monetizados através dos contratos de emprego.

No que pertine a Recorrente General Eletric, a distinção fática advém exatamente de não participar diretamente da sociedade empresária que originou a 1ª Reclamada, pois adotou outra estratégia jurídica de expansão das suas atividades, licenciando sua poderosa e global marca para a 1ª Reclamada. Novamente, não é possível produzir geladeiras “General Eletric” sem a estrutura industrial e, inequivocamente, sem o trabalho do reclamante e o coletivo. Afirmo a reclamada que não é integrante do mesmo grupo econômico da 1ª Reclamada. Em verdade e em sua homenagem há de se reconhecer que integravam grupos econômicos diversos, mas nem por isso deixaram de praticar uma das associações empresárias mais comuns nas atividades industriais e mercantis de estratégia global, a celebração de uma das modalidades dos chamados encontros de aventura ou, para anglófonos, “*joint venture capital*”, ou simplesmente contrato de risco, na tradição do direito empresarial brasileiro.

Mas, novamente, como detetora da marca difusora de símbolos imateriais, a 2ª Reclamada exercia poder de imputação à 1ª Reclamada, em figura jurídica que se amolda ao conceito jurídico de comitente. É que seu contrato social não deixa dúvidas de que a 2ª reclamada é uma empresa industrial e para a produção e distribuição dos seus produtos finais ou ela assume

a construção de estruturas físicas, organiza o processo de trabalho e contrata empregados, ou delega tais atividades indispensáveis a seus objetivos sociais instrumentais a terceiros a quem imputa fidência no manejo e organização dos fatores de produção.

Este cometimento de atividades e fidência encontra previsão legal no Código Civil brasileiro que, fiel a sua vocação de uso social e ético dos instrumentos jurídicos, imputa ao comitente consequências jurídicas às suas escolhas. Nos termos do art. 932, inciso III, do Código Civil, também implica responsabilidade solidária quanto aos direitos sociais do Reclamante, solapados pelo seu comissionário industrial.

A atividade patrocinada pela 2ª Reclamada tem inclusive equivalente no direito comparado, notadamente no seu país de origem, pois o direito do trabalho americano utiliza-se de conceito jurisprudencial apto a captar o fenômeno e imputar responsabilidade às companhias quando praticam o “*joint employment*”, forma de interposição de mão de obra através de inovações de gestão em três dimensões distintas: 1) compartilhamento de empregados e do seu trabalho por empresas distintas; 2) a atuação de uma empresa faz-se em favor da atividade ou do interesse de outra; 3) a despeito de não associadas, as empresas partilham o controle e a coordenação de empregado específico.

Para melhor síntese e compreensão da teoria do *joint employment*, remeto os litigantes e demais atores processuais ao artigo publicado pelo hoje advogado e professor José Eduardo de Resende Chaves Junior, mundialmente conhecido como Pepe, no jornal *Valor Econômico* em 03 de janeiro de 2018 e consultado novamente pelo relator em 15.07.2020, utilizando o link <<https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2018/01/03/terceirizacao-e-o-joint-employment.ghtml>> ou as ferramentas oferecidas na página.

Mantenho intacta a sentença, com tais acréscimos de fundamentação, distinguindo faticamente a posição jurídicas dos litiscon-sortes.

CAPÍTULO EXCLUSIVO DO RECURSO DA 3ª RECLAMADA

DA CORREÇÃO MONETÁRIA FIXADA NA ORIGEM.

A recorrente pleiteia a reforma da sentença para inviabilizar a utilização do IPCA-E como índice de correção monetária.

A matéria comporta exame por se tratar de matéria de ordem pública, diretamente relacionada com a segurança jurídica e a integridade da jurisdição, já que correção monetária é hipótese de pedido tácito e mesmo de julgamento *ultra petita* legalmente admitido.

Vejamos o exame da própria postulação.

Entende a RECORRENTE que a matéria é de competência estritamente legal e que não cabe ao Poder Judiciário refutar a aplicação do art. 39 da Lei n. 8.177/1991, ao qual a própria clt reformada passou a se referir.

O argumento tem algo de tautológico, pois implicaria afastar do Judiciário sua função mais saliente no concerto da separação e interdependência dos poderes.

Com efeito, ao julgar as ADIs ns. 4.425 e 4.357, o STF rejeitou as disposições da Emenda Constitucional n. 62, inclusive o mecanismo de correção dos valores dos precatórios devidos pelas pessoas jurídicas de direito público interno. Em suas razões de decidir o Plenário do STF invocou a violação do direito de propriedade a fixação de índices de correção monetária que não reflita a variação dos preços relativos em uma economia de mercado.

Diante de tal circunstância, impõe-se reconhecer a incidência do princípio da equidade e a inconstitucionalidade por arrastamento e parcial do *caput* do art. 39 da Lei n. 8.177/1991, quanto a instituição de fator de correção monetária dos débitos trabalhistas judicialmente

reconhecidos, aplicando-se o índice acima citado.

A menção do art. 879, § 7º, da Consolidação das Leis do Trabalho ao art. 39 da Lei n. 8.177/1991 é destituída de eficácia jurídica, já que a lei não pode ser inconstitucional para o STF e constitucional para a *lineiconinsfirtauccionsatlidtuacdieonal*, ainda que se cuide de lei nova, já que a TR foi fulminada por nas citadas ADI, que fixaram a incidência do IPCA-E.

Adicionalmente, no julgamento dos embargos de declaração das Fazendas Públicas Estaduais, no âmbito das mencionadas ADIs, o STF optou por não fixar a modulação anteriormente proposta, fixando o *dies a quo* da incidência do IPCA-E como sendo 30.06.2009.

Portanto, a taxa referencial não pode ser mecanismo idôneo de correção monetária *tout court*, o que não impede que a legislação vindoura crie fator de correção monetária adequado às relações de trabalho.

Ante o julgamento da ADC n. 58, determino a aplicação do IPCA-E desde a lesão ao autor até o ajuizamento da ação, bem como a incidência da SELIC desde o ajuizamento da ação até o efetivo pagamento.

Como não há remuneração adicional fixada em contrato em caso de perdas e danos causados no curso do contrato, e sendo certo que a SELIC estimada pelo Banco Central do Brasil constitui instrumento de política monetária e que atualmente está fixada em 2% ao ano, enquanto a inflação acumulada no ano de 2020 alcançou 4,23%, há de reconhecer a perda patrimonial advinda da conduta da reclamada e da insuficiência dos mecanismos de recomposição patrimonial contidos na ADC n. 58.

Em face de tal circunstância e para desestimar a violação reiterada dos direitos sociais e assegurar a recomposição patrimonial do detentor do direito justo e certificado pelo Poder Judiciário, invoco o parágrafo único do art. 404 do Código Civil Brasileiro e fixo juros compensatórios de 0,75% ao mês, desde a data

das respectivas lesões até a data do efetivo pagamento.

TODAVIA, ante a tese majoritária e prevalente nesta 11ª Câmara acerca da extensão e da modulação imposta pelo julgamento da ADPF n. 58, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, ressalvo minha convicção acerca da impossibilidade de imposição de juros moratórios, para determinar, em relação à correção monetária, a incidência do IPCA-E na fase pré-judicial e, a partir da citação, a incidência da taxa SELIC (art. 406 do Código Civil) e juros de 1% do ajuizamento da ação até a citação, conforme entendimento da Câmara.

Ressalte-se que com o julgamento da questão pela Excelsa Corte em 18.12.2020, aplica-se a modulação reconhecida no exame das ADCs ns. 58 e 59 e das ADIs ns. 5.867 e 6.021, que conferiu interpretação conforme à Constituição ao art. 879, § 7º, e ao art. 899, § 4º, da CLT, na redação dada pela Lei n. 13.467, de 2017, para deferir a incidência do IPCA-E na fase pré-judicial e, a partir da citação, a incidência da taxa SELIC (art. 406 do Código Civil).

PREQUESTIONAMENTO

Tem-se por prequestionadas todas as matérias (OJ n. 118 da SDI-1 C. TST), ficando desde já advertidas as partes quanto à oposição de medidas meramente protelatórias, que poderão implicar condenação à multa prevista no art. 1.026, § 2º do NCPC. <<https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/73990>>.

Em geral, a teoria da *Joint Employment* é concebida em três situações: quando existe um acordo entre empresas para compartilhar os serviços do empregado (*Slover v. Wathen*, 140 F.2d 258 – C.A. 4; *Mitchell v. Bowman*, 131 F. Supp.); quando uma empresa atua direta ou indiretamente no interesse de outra ou outras empresas em relação ao trabalhador (*Greenberg versus Arsenal Building Corp., et al.*, 144 F.2d 292 – C.A. 2). Ocorre também quando as

empresas não estão completamente desassociadas em relação ao emprego de um empregado em particular e podem ser consideradas como compartilhando o controle do empregado, direta ou indiretamente (*Dolan v. Day & Zimmerman, Inc., et al.*, 65 F. Supp. 923 – D. Mass. 1946). (Cfr. US Code of Federal Regulation, 29 – Labor: § 791.2 Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/cfr/text/29/791.2>>).

Recurso da parte

Item de recurso

Por todo o exposto, decide-se **CONHECER** dos recursos ordinários interpostos por LIMITADA, E NEGAGRENERAL ELECTRIC DO BRASIL LTDA. E ROBERT BOSCH.

PROVIMENTO, mantendo inalterada a r. sentença, nos termos da fundamentação supra.

Em sessão telepresencial realizada em 09.02.2021, conforme previsto nas Portarias Conjuntas GP – VPA – VPJ – CR n. 004/2020 e n. 005/2020 deste E. TRT, A C O R D A M os Magistrados da 11ª Câmara (Sexta Turma) do Tribunal Regional do Trabalho da Décima Quinta Região em julgar o processo nos termos do voto proposto pelo Exmo. Sr. relator.

Votação Unânime.

Composição: Exmo. Sr. Juiz MARCUS MENEZES BARBERINO MENDES (Relator) e os Exmos. Srs. Desembargadores ANTONIO FRANCISCO MONTANAGNA (Presidente Regimental) e LUIZ FELIPE PAIM DA LUZ BRUNO LOBO.

Sessão realizada em 09 de fevereiro de 2021.

Ministério Público do Trabalho: Exmo.(a) Sr.(a) Procurador(a) Ciente.

Compareceu para sustentar oralmente pelos recorrentes, Dra. Luisa Ribeiro de Campos e Dr. Fábio Garuti Marques.

Marcus Menezes Barberino Mendes

Juiz relator

Índice Geral

Doutrina

Proteção de Dados Sensíveis na Contratação do Empregado.

1. Introdução. 2. Poder nas relações de trabalho e da sociedade informacional. 3. Autodeterminação informativa, dados pessoais sensíveis e dados pessoais nas relações de trabalho. 4. Da proteção de dados sensíveis na contratação do empregado no Supremo Tribunal Federal e no Tribunal Constitucional de Portugal. 5. Considerações finais. 6. Referências..... 17

A Relativização da Proteção do Trabalhador Ante a Imunidade de Jurisdição de Organismos Internacionais no Brasil: Um Estudo de Caso.

1. Introdução. 2. O Recurso Extraordinário n. 1.034.840 DF. 2.1. Apresentação do caso. 2.2. Imunidade de jurisdição em tratado firmado pelo Brasil. 2.3. A proteção ao trabalhador e a solução dada pelo STF: incompatibilidade. 3. Conclusão. 4. Referências 34

Perícia de Geolocalização: A Prova Produzida pela Tecnologia.

1. Introdução. 2. A prova no processo judicial. 3. Dados do aplicativo do equipamento eletrônico: *smartphone*. 4. Perícia de geolocalização. 5. Aspectos da privacidade do trabalhador na coleta de dados do aplicativo do equipamento eletrônico. 6. Considerações finais. 7. Referências..... 43

Provas Digitais e sua Repercussão no Direito Processual do Trabalho.

1. Introdução. 2. A sociedade da informação do século XXI. 3. Das provas digitais. 4. Hipóteses de produção das provas digitais no âmbito do processo do trabalho. 5. Considerações finais. 6. Referências..... 56

O Direito ao Esquecimento Aplicado ao Direito do Trabalho como Garantia Constitucional.

1. Introdução. 2. Direito ao esquecimento e sua inserção

no mundo jurídico brasileiro. 3. A fase pré-contratual e o armazenamento de dados: uma abordagem sobre a lei geral de proteção de dados pessoais. 4. Do vazamento de dados do empregado e o direito ao esquecimento. 5. Considerações finais. 6. Referências..... 69

O Uso da Estatística nos Escritórios de Advocacia e a Importância da Jurimetria Pré-Processual Trabalhista.

1. Introdução. 2. A importância da predição na advocacia. 3. Aplicabilidade da jurimetria. 4. Os dados relevantes para a jurimetria. 5. A utilidade da jurimetria na advocacia. 6. Considerações finais. 7. Referências..... 82

A Prova Digital: Um Breve Estudo sobre seu Conceito, Natureza Jurídica, Requisitos e Regras de Ônus da Prova Correlatas.

1. Introdução. 2. Prova digital: do que se trata? 3. A natureza jurídica das provas digitais. 4. Requisitos de validade da prova digital. 5. O ônus da prova a respeito da prova digital. 6. Conclusão. 7. Referências..... 92

Provas Digitais no Processo do Trabalho: Obtenção e Utilização pelo Magistado.

1. Introdução. 2. Conceito de prova digital. 3. Obtenção de provas por meios digitais e utilização no processo do trabalho. 3.1. Lei n. 12.965/2014 (Marco Civil da Internet). 3.2. Lei n. 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados). 4. Iniciativa probatória do Juiz do Trabalho. 5. Meios de obtenção da prova digital. 5.1. Fontes abertas. 5.2 Fontes restritas. 6. Vantagens da utilização de provas digitais. 7. Autenticidade da prova técnica. 7.1. Audiência de instrução. 7.2. Celeridade processual. 8. Conclusão. 9. Referências..... 112

O Acesso à Justiça e o Processo Constitucional Democrático em Uma Sociedade Digital.

1. Introdução. 2. O processo constitucional democrático e as demais

ondas renovatórias. A qualificação da ideia de acesso à justiça. 3. As provas e as provas eletrônicas/digitais. 4. Conclusões. 5. Referências..... 123

A Inteligência Artificial no Processo do Trabalho: Uma Análise da Aplicabilidade do PL n. 21/2020. 1. Introdução. 2. O contexto tecnológico. 3. Conhecendo a inteligência artificial. 4. O Projeto de Lei n. 21/2020. 5. Aplicabilidade no processo do trabalho. 6. Considerações finais. 7. Referências..... 134

Os Motoristas, a Uber e o TST — O Capitalismo da Empresa Vazia e o Papel do Algoritmo na Organização do Trabalho. 1. Introdução. 2. Argumentos invocados nas decisões do TST para enquadrar os motoristas como trabalhadores autônomos. 3. Contrapontos: Há autonomia no trabalho dos motoristas por aplicativo? 3.1. O custeio da prestação dos serviços: fenômeno da empresa vazia e trabalho por conta alheia. 3.2. Jornada e precificação como elementos determinados pelo controle por programação: o papel do algoritmo. 4. Considerações finais. 5. Referências..... 146

Como Compatibilizar o Acesso à Informação para a Produção de Provas Digitais e o Respeito aos Direitos Fundamentais e Personalíssimos? 1. Introdução. 2. Os limites do acesso à informação e a proteção dos Direitos à intimidade e privacidade no uso das provas digitais. 3. Conclusão 4. Referências..... 160

Responsabilidade Civil na LGPD. 1. Introdução. 2. Breves considerações sobre a LGPD (Lei Geral de Proteção de Dados). 3. Responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados. 4. Excludentes da responsabilidade do agente de tratamento de dados. 5. Inversão do ônus da prova. 6. Considerações finais. 7. Referências..... 168

Processo, Provas Digitais, Latour e o “Efeito Translação”. 1. Introdução. 2. Latour e translação. 2.1. Ajustando comportamentos. 2.2. As incertezas do construtor de fatos. 2.3. Mudando de rumo: da desistência ao ajustamento. 3. Provas digitais: um mundo dos autos para o século 21. 3.1. Conceito redutivo para este artigo. 3.2. Certeza de uso e o “efeito translação” amplo e geral. 4. Considerações finais. 5. Referências..... 175

O Uso do Documento Eletrônico como Prova, o Tratamento de Banco de Dados na Jurimetria, a Inclusão no Mundo Digital e o Respeito às Garantias Constitucionais e Processuais e à Dignidade da Pessoa Humana. 1. Introdução. 2. O uso do documento eletrônico como prova. 3. A prova por documento eletrônico e as garantias constitucionais e processuais⁶ 4. O valor probante do documento eletrônico e a perícia. 5. O tratamento de banco de dados na Jurimetria e as garantias constitucionais e processuais. 6. Inclusão no mundo digital. 7. Considerações finais. 8. Referências..... 184

Técnicas de Captura de Geolocalização para Produção de Prova Judicial. 1. Introdução. 2. Mundo *on-life*. 3. Fontes de dados e de informações abertas e fechadas. 4. Legislação brasileira. 5. Técnicas de prova de geolocalização. 5.1. *Google Takeout*. 5.2. Sistema IOS da Apple*. 5.3. Estação Rádio Base — ERB. 5.4. Fotos digitais. 5.5. *WhatsApp*®. 5.6. Outros aplicativos. 6. Conclusão. 7. Referências 202

Jurisprudência

Sentenças

Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região 219

Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região 254