



JUSTIFICATIVA DE VOTO VENCIDO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por **EVANDRO DE CASTRO SANTOS** em face de ato do Juízo da Vara do Trabalho de Estância Velha/RS, nos autos da ação trabalhista n. 0021835-91.2019.5.04.0341, em que deferida a realização de prova digital e determinado que a parte autora informasse seu número de telefone celular e IMEI do aparelho utilizado, no prazo de cinco dias, para que fossem oficiadas as operadoras de telefonia, sob pena de confissão ficta quanto à matéria de fato no tópico.

No caso, o impetrante alegou na inicial do processo matriz que trabalhou para o Banco Santander de **06/10/1986 a 22/04/2019, de segunda à sexta-feira**, entre 7h45m e 19h, com intervalo para intrajornada de 30 a 40 minutos, em média. Afirmou que *"Ainda, para a realização de cursos por imposição da reclamada, gastava em média mais 01h ou 02h por semana em sua residência após o expediente, em evidente tele-trabalho"*.

O Banco, em contestação, arguiu que, **durante todo o período imprescrito, o impetrante exerceu a função de gerente geral de agência**, desempenhando funções inerentes ao cargo de gestão, sem sujeição a horário de trabalho e a controle de horas trabalhadas, **não fazendo jus, portanto, ao pagamento de horas extraordinárias. Sucessivamente, caso não comprovado o cargo de gestão, impugnou a jornada apontada na inicial.**

Houve designação de audiência de instrução (fls. 1064/1065), posteriormente cancelada, em face da necessidade de readequação da pauta (fl. 1067).

Posteriormente, o d. Juízo coator determinou que as partes, no prazo de 20 dias, informassem *"as provas que ainda pretendem produzir, devendo delimitá-las e especificá-las, assim como informar o número de testemunhas a serem ouvidas no caso de prova oral. Havendo possibilidade de conciliação, inclua-se o feito em pauta específica para tanto. Caso contrário, e mediante requerimento de prova oral,*



designe-se audiência de instrução. Demais requerimentos venham conclusos para análise." (fl. 1069).

O impetrante requereu a produção de prova oral, com a designação de audiência de instrução (fls. 1071/1072).

Em petição datada de 19/05/2023, o Banco postulou, inicialmente, a produção de prova oral (depoimento do autor e oitiva de três testemunhas) e, ainda, **a realização de prova digital**. Veja-se (fls.1073/1075):

"(...) Desta forma, o Reclamado requer seja deferida a produção de prova da geolocalização da Reclamante nos horários em que indica que estava trabalhando em horas extras, mediante os seguintes parâmetros:

1. Período imprescrito, com exclusão de dias não úteis, férias e licenças;
2. Quanto aos horários, com acréscimo de 1 hora antes e depois do suposto início da jornada, para apuração da geolocalização no deslocamento;
3. Acesso aos Portais Judiciais, para extração de dados de geolocalização ou mediante envio de ofício aos responsáveis pela gestão e armazenamento de dados, em formato interoperável, trazendo o arquivo semântico (mês a mês), zipado e no formato XML, XLS ou JSON, conforme indicado:

a. Operadora de telefonia, para que sejam apresentados os registros de ERB (Estação Rádio Base) com a geolocalização das chamadas e mensagens SMS, referentes à conta vinculada ao celular obreiro e CPF, conforme ficha de registro anexa, requerendo que a parte Reclamante informe eventuais outros números / operadoras utilizados no período imprescrito do contrato de trabalho.

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

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

d. Facebook Serviços Online do Brasil LTDA, CNPJ 13.347.016/0001-17, Rua Leopoldo Couto de Magalhães Júnior, 700, 5º Andar - Itaim Bibi, São Paulo-SP, CEP 04542-000; requerendo que a autora informe seu perfil.

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

e. Dados da Reclamante, requer que a parte autora confirme o endereço residencial completo no período imprescrito, os dados de telefonia fornecidos acima, se há outro aparelho durante o período imprescrito, e, ainda se faz necessário informar a fabricação do aparelho (IOS ou Androide).

10. Dados complementares da Reclamante, requer ainda que a parte autora informe em ata de audiência ou nos autos, o endereço de e-mail, e login/nome de usuário utilizados nos aplicativos das empresas que serão oficiadas.

Gize-se que quanto ao ofício ao Google deve-se intimar a reclamante para informar sua conta Google, a fim de que forneça a geolocalização da parte autora por todo o período de labor da reclamante ou concordar em extrair os dados de geolocalização via takeout trazendo o arquivo semântico (mês a mês), zipado e no formato j.son.



Quanto ao ofício á operadora de telefonia móvel esta operadora irá apresentar aos autos os registros da ERB (Estação Rádio Base) pela Operadora, referentes à conta de celular da parte Autora registrada no número de celular.

Com relação ao ofício à Apple, Facebook e Twitter, a fim de garantir a efetividade da determinação judicial, a reclamante deve informar nos autos, o endereço de e-mail, e login/nome de usuário utilizados nos aplicativos, vez que a reclamada não possui acesso à referida informação.

Ainda visando auxiliar a efetividade, informa a peticionante a possibilidade de utilização do portal "RECORDS" pelo judiciário. Trata-se de portal do Facebook, de caráter law enforcement, utilizado pelo poder judiciário para solicitação de informações do aplicativo de forma online e mais célere.

Caso assim não entenda, o que não se espera e se caracterizará como cerceamento de defesa.(...)"

Em 20/05/2022, peticionou, novamente, requerendo a produção de prova oral (fl. 1076). Em 21/06/2022, o d. juízo designou audiência para 28/02/2023, às 16 horas.

O impetrante, por sua vez, apresentou petição onde **não concordou com a prova requerida**. Sustentou a **violação aos direitos à intimidade e à privacidade** (fls. 1080/1089).

O Banco reiterou o deferimento das provas (fl. 1090).

O Exmo. Juiz da Vara do Trabalho de Estância Velha, em despacho datado de 23/02/2023, **chamou o feito à ordem e retirou o processo da pauta** (fl. 1091).

Ato contínuo, em 15/04/2023, deferiu o pleito do Banco nos seguintes termos - ato coator (fl. 1094):

Vistos etc.,

Defiro o pedido de prova digital formulado pela ré.

À parte autora para que informe seu número de telefone celular e IMEI do aparelho utilizado, no prazo de 5 dias, para que sejam oficiadas as operadoras de telefonia, pena de confissão ficta quanto à matéria de fato no tópico.

Intime-se.

Quanto ao Mandado de Segurança, o eg. TRT, por maioria, **concedeu parcialmente a segurança para determinar que a autoridade coatora se abstenha de exigir os dados de geolocalização do impetrante à operadora de celular, sem que isso gere sanções processuais ao impetrante nos autos da ação subjacente.**



Fundamentou no sentido de que divulgação dos dados de geolocalização **ferre direito personalíssimo do impetrante, bem como a sua garantia fundamental à proteção da intimidade**. Salientou que a Constituição estabelece que *"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."* Consignou que *"seria invertido o dever de documentação da relação de trabalho - que cabe ao empregador -, fazendo incidir na pessoa trabalhadora uma das mais graves restrições a direitos fundamentais no contexto de um Estado democrático de Direito. Ou seja, quando houver direito a horas extraordinárias por violação aos limites constitucionais de jornada de trabalho, quem ajuizar demanda trabalhista requerendo o pagamento dessas horas, apesar de vítima de violação de direito social, passa a ser tratada como criminosa no processo trabalhista, com possibilidade de devassa de seus dados de comunicação"*.

O litisconsorte passivo interpôs recurso ordinário sustentando que *"É ilegal o indeferimento da produção de PROVAS DIGITAIS que venha esclarecer sobre fato essencial para o deslinde da controvérsia. Não pode o Juízo obstar a instrução processual, cerceando o direito da parte de produzir prova essencial ao deslinde da lide e que não se encontra nos autos, sob pena de configurar cerceamento ao direito de prova (art. 332 do CPC) e ofensa ao devido processo legal e ampla defesa (incisos LIV e LV do art. 5º da CF)."*

O impetrante recorreu pugnando pela concessão integral da segurança para que seja o juízo impedido de determinar novas diligências objetivando obtenção de mais dados de geolocalização (p. 1.679).

A utilização de prova digital **para fins de geolocalização** envolve, de um lado, **o direito à privacidade (art. 5º, X, da CF)** e, de outro, **o direito à realização de prova**, consagrada nos princípios da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LV, da CF), e deve ser resolvida através da **aplicação do preceito da proporcionalidade em sentido amplo**.

A análise da proporcionalidade desdobra-se, por sua vez, na averiguação da **adequação** (dos meios **para** a finalidade pretendida), **da necessidade** (no sentido de que o indivíduo tem direito ao menor prejuízo possível) e da **proporcionalidade em sentido estrito** (se o meio utilizado é adequado ao fim que se almeja, se existe harmonização entre eles). Conforme ÁVILA (2012, p. 180):

"Um meio é adequado **se promove o fim**. Um meio é necessário se, dentre aqueles meios igualmente adequados para promover o fim, **for o menos restritivo relativamente aos direitos**. E um meio é proporcional, em



sentido estrito, **se as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca**".

No caso, como se verifica do relato fático, a prova da geolocalização foi deferida como **primeira prova processual** (inclusive com determinação de cancelamento da audiência de instrução) e, nesse contexto, a medida adotada **não** se mostra **necessária**, na medida em que **existem outros meios de produção probatória que se prestam à finalidade pretendida e que se mostram menos invasivos ao indivíduo**.

Soma-se a isso o fato de que o Banco arguiu em contestação que o impetrante, durante todo o período imprescrito, **exerceu a função de gerente geral (não fazendo jus às horas extraordinárias)**, situação que merece ser dirimida por meio de outras **provas usuais previstas na CLT, antes do uso da prova excepcional**.

Ou seja, as vantagens que o ato promove - eventual busca da verdade processual quanto ao horário de labor - **não superam as desvantagens que provoca**, qual seja, a **violação do direito à privacidade**.

Mas não é só.

A questão da utilização desse meio de prova, se entendido como possível, deve **se dar em caráter subsidiário ou excepcional**, na medida em que se trata, reforça-se, **de prova que viola o direito à intimidade**.

A banalização, ou seja, a autorização desta prova de forma corriqueira, ou como **primeira prova, como ocorreu nos autos**, viola o direito à intimidade, na medida em que **confere à ampla defesa e ao contraditório o patamar de direito absoluto**, sem qualquer uso da proporcionalidade e de forma a **aniquilar o direito à intimidade**.

Nesse contexto, é importante destacar **o perigo do retrocesso social**, na medida em que, como se sabe, os direitos humanos surgem historicamente **para proteger o indivíduo das arbitrariedades do Estado**. A utilização de meios de prova **invasivos** de forma corriqueira ou cotidiana auxilia na solução do conflito judicial, **mas esvazia o direito do indivíduo à sua privacidade**.

É importante referir que em consulta a julgados do STJ, a exemplo do AgRg no RMS 72137/SP (publicado em 27/2/2024 - Relator: Ministro Ribeiro Dantas), verificou-se que a medida **tem sido deferida de forma excepcional**, em casos em que se apuram **crimes dolosos e complexos**, onde **não se viabilizou outros meios menos gravosos** para alcançarem os legítimos fins investigativos.



Tratando-se de processo criminal, calcado, portanto, no princípio da *intervenção* mínima ou da *ultima ratio*, estão presentes outros valores justificadores da medida que não se encontram presentes no processo do trabalho.

Provas excepcionais devem ser usadas com cautela. Nesse sentido, destaca-se que o STF **reconheceu**, no Tema 1148, a repercussão geral da matéria "*Limites para decretação judicial da quebra de sigilo de dados telemáticos, no âmbito de procedimentos penais, em relação a pessoas indeterminadas*".

Por outro lado, verifica-se que a decisão que deferiu a prova digital **não está fundamentada**. Como se vê, o Juízo Coator defere o pleito sem qualquer **justificativa, muito menos, exauriente**. A ausência de justificativa fragiliza o instituto e o coloca na vala comum.

Ainda, não se pode olvidar que a geolocalização do aparelho celular constituiria apenas em indício do paradeiro do obreiro, **sendo incabível presumir, de forma absoluta, a sua real localização**.

Ademais, a **CLT prevê instrumento específico para o controle de ponto - cartões pontos -**, sob pena de **presunção** da jornada alegada, sendo **dever** da reclamada manter tais registros, nos termos do artigo 74, § 2º, da CLT, não cabendo que se fale em produção de prova excepcionalíssima, **ante a existência de forma específica de controle prevista em lei**.

A utilização da prova de geolocalização como primeira, **com status superior aos cartões pontos esvaziaria a previsão celetista contida no artigo 74, §2º**.

Não bastasse isso, tal pleito **é contraditório** com a própria tese defensiva, na medida em que o Banco impetrado, na sua contestação (fls. 362/421), informa que o impetrante não estava submetido a controle de horário. Tal narrativa, mais uma vez, **demonstra o descabimento do ato atacado**.

Feitas essas considerações, entendo que a geolocalização só será admitida em processo trabalhista enquanto informação acerca da permanência do trabalhador no local de trabalho e em caráter subsidiário, quando não houver outro meio probante acerca de tal informação, sendo vedada toda e qualquer informação sobre localizações anteriores e posteriores às do tempo de permanência no local de trabalho.

No caso, não foram adotados outros meios de prova, **o que retira o caráter subsidiário da prova e a torna abusiva**. Ainda, havendo alegação de que o impetrante exercia cargo de gerência e que não tinha direito a horas extraordinária, **a realização da prova nesse momento também se torna abusiva, pois não se presta a finalidade pretendida**.



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Superior do Trabalho

Por fim, quanto ao **recurso ordinário do impetrante**, em que alega que "*autoridade coatora fica impedida de determinar novas diligências objetivando obtenção de mais dados de geolocalização do impetrante*", não há como acolher o pleito, na medida em que a elaboração de provas digitais não são proibidas no Processo Trabalho, devendo ser deferidas como medidas excepcionais e não há como deferir o requerido de forma preventiva.

Essas, portanto, as razões pelas quais votei no sentido de: I) negar provimento ao **recurso ordinário do Banco Santander** e manter a segurança concedida; e II) negar provimento ao **recurso ordinário do impetrante**.

É como voto.

Brasília, 14 de maio de 2024.

ALOYSIO CORRÊA DA VEIGA

Ministro