

**UNIVERSIDADE NOVE DE JULHO – UNINOVE
PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO**

DÉCIO UMBERTO MATOSO RODOVALHO

**PROVA DIGITAL, ÔNUS DA PROVA E O PROTAGONISMO JUDICIAL NO
PROCESSO DO TRABALHO**

UNIVERSIDADE NOVE DE JULHO – UNINOVE PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO

São Paulo-SP, Brasil

2023

DÉCIO UMBERTO MATOSO RODOVALHO

**PROVA DIGITAL, ÔNUS DA PROVA E O PROTAGONISMO JUDICIAL NO
PROCESSO DO TRABALHO.**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade Nove de Julho de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração de regulação e empresa transnacional, sob orientação do Prof. Dr. Marcelo Freire Gonçalves.

São Paulo

2023

DÉCIO UMBERTO MATOSO RODOVALHO

**PROVA DIGITAL, ÔNUS DA PROVA E O PROTAGONISMO JUDICIAL NO
PROCESSO DO TRABALHO**

Dissertação apresentada ao
Programa Pós-Graduação Stricto
Sensu em Direito da Universidade
Nove de Julho como parte das
exigências para a obtenção do título
de Mestre em Direito.

São Paulo, 27 de novembro de 2023.

BANCA EXAMINADORA

**MARCELO FREIRE
GONCALVES:92843**

Assinado de forma digital por
MARCELO FREIRE
GONCALVES:92843
Dados: 2023.11.27 16:14:57 -03'00'

**Prof. Dr. Marcelo Freire Gonçalves
Orientador
UNINOVE**



Documento assinado digitalmente
SAMANTHA RIBEIRO MEYER PFLUG MARQUES
Data: 05/12/2023 12:21:26-0300
Verifique em <https://validar.it.gov.br>

**Profa. Dra. Samantha Ribeiro Meyer-Pflug Marques
Examinadora Interna
UNINOVE**

**GUILHERME
GUIMARAES
FELICIANO:
39268**

Assinado digitalmente por GUILHERME
GUIMARAES FELICIANO:39268
DN: C=BR, O=CP-Brasil, OU=AC VALID JUS,
OU=11587975000184, OU=TRIBUNAL REGIONAL
REGIONAL DO TRABALHO 15 REGIÃO - TRT15,
OU=Videoconferencia, OU=Cert-JUS Magistrado -
A3, OU=PODER JUDICIARIO, OU=MAGISTRADO,
CN=GUILHERME GUIMARAES FELICIANO:39268
-
Razão: Eu sou o autor deste documento
Localização:
Data: 2024-01-02 22:04:01
Foxit Reader Versão: 9.4.1

**Prof. Dr. Guilherme Guimarães Feliciano
Examinador Externo
USP**

Dedico este trabalho ao Deus único, revelado aos homens na pessoa de Jesus Cristo, meu redentor, a quem devo a minha vida.

Agradeço aos inestimáveis professores Jovelina Malheiros (alfabetização), Eloy (ensino fundamental) e ao dr. Nenthala Andery (*in memorian*) por despertarem em mim o gosto pelos estudos.

Agradeço ao professor Alexandre Freire pela orientação no início deste projeto de pesquisa e ao professor Marcelo Freire Gonçalves pela orientação na ultimação do mesmo.

Agradeço à minha amada esposa Camila pelo cuidado comigo e nossos adoráveis filhos e pela compreensão durante os estudos.

Agradeço aos meus preclaros amigos Saint Clair Lima e Silva (*in memorian*) e Aluizio Gonçalves (*in memorian*) pela convivência inesquecível.

Agradeço aos meus sobrinhos Mateus Siqueira Ruzene e Rafael Siqueira Ruzene, bacharelado em direito, pelo auxílio na formatação deste trabalho.

Agradeço ao meu pai e minha mãe querida, também bacharel em direito, que me inspirou sobremaneira a perseguir o título de pós graduação *stricto sensu*.

RESUMO

As transformações pelas quais o mundo experimenta em razão do desenvolvimento da tecnologia de informação e utilização massiva da internet e dos meios de coleta, trânsito e armazenamento de dados, repercutem no cotidiano forense e demandam o aperfeiçoamento da técnica probatória para persecução da justiça na perspectiva da tutela de direitos e do direito constitucional ao processo e à jurisdição tendentes à efetivação das garantias fundamentais.

Neste trabalho de pesquisa se pretende, partindo-se da teoria das provas, tanto clássica quanto contemporânea, e da base de regulação RGPD europeu e da LGPD e do ordenamento jurídico pátrio, especialmente a Constituição Federal e as balizas normativas que regem o Processo judicial e particularmente o contencioso trabalhista, estudar o impacto da prova digital no processo e sua utilidade para a instrução processual com vistas ao aprimoramento da jurisdição e diminuição do erro judiciário face a tutela da intimidade e da proteção do acesso aos dados pessoais sensíveis.

A ideia desenvolvida ao longo do trabalho foi de produzir uma revisão doutrinária sobre o tema. O estudo será fundamentado em ideias e pressupostos. A pesquisa foi de cunho qualitativo e objetivou avaliar a melhor opção judiciária para regulação da decisão sobre a prova, utilizando-se o método científico dedutivo. As referências não têm a pretensão de serem exaustivas a ponto de esgotar o tema, mas tão somente dar um arcabouço teórico mínimo para balizar as decisões judiciais frente às novas tecnologias, no sentido de investigar o protagonismo judicial na formação do conteúdo probatório processual face ao direito à privacidade e intimidade.

ABSTRACT

The transformations that the world is experiencing due to the development of information technology and massive use of the internet and the means of collecting, transiting and storing data, have repercussions on everyday forensics and demand the improvement of the evidentiary technique for the prosecution of justice from the perspective of the protection of rights and the constitutional right to process and jurisdiction aimed at implementing fundamental guarantees. This research work aims, based on the theory of evidence, both classical and contemporary, and the basis of European GRPD and LGPD regulation and the national legal system, especially the Federal Constitution and the normative guidelines that govern the Process judicial and particularly labor litigation, study the impact of digital evidence in the process and its usefulness for procedural instruction with a view to improving jurisdiction and reducing judicial error in the face of the protection of privacy and the protection of access to personal data sensitive.

The idea developed throughout the work was to produce a doctrinal review on the topic. The study will be based on ideas and assumptions. The research was qualitative in nature and aimed to evaluate the best judicial option for regulating the decision on evidence, using the deductive scientific method. The references do not intend to be exhaustive to the point of exhausting the topic, but only to provide a minimum theoretical framework to guide judicial decisions in the face of new technologies, in order to investigate the judicial role in the formation of procedural evidentiary content in the face of the right to privacy and intimacy.

Keywords: digital evidence and judicial decision. Data protection and digital evidence on lawsuit at labour court and right to privacy and intimacy.

LISTA DE SIGLAS

ABNT Associação Brasileira de Normas Técnicas
ADC Ação Direta de Constitucionalidade
ADI Ação Direta de Inconstitucionalidade
CBO Classificação Brasileira de Ocupações
CC Código Civil
CF Constituição Federal
CLT Consolidação das Leis do Trabalho
CP Código Penal
CPC Código de Processo Civil
EC Emenda Constitucional
EXIF exchangeable image file format
IMEI international mobile equipment identity
IP internet protocol
INSS Instituto Nacional do Seguro Social
LER Lesões por Esforços Repetitivos
LGPD Lei geral de proteção de dados
MP Medida Provisória
NR Normas Regulamentadoras
OIT Organização Internacional do Trabalho
OJ Orientação Jurisprudencial
ONU Organização das Nações Unidas
PPGD Programa de Pós-Graduação em Direito
RGPD Regulamento geral sobre a Proteção de Dados
STF Supremo Tribunal Federal
TST Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1- . VERDADE E PROVA	
1.1 Verdade por crença e verdade por correspondência.....	13
1.2. conceito de prova e sua natureza constitucional.....	14
1.3. Decisão sobre a prova: raciocínio probatório, ônus da prova e <i>standards</i> de prova.....	17
1.4 Fiabilidade epistêmica da prova.....	20
2. PROVA DIGITAL	
2.1 Prova digital: conceito e pressupostos de validade.....	23
2.2 - Prova digital e a acuidade probatória.....	25
2.3 Poderes instrutórios do Juiz no processo do trabalho e a utilidade da prova digital.....	27
2.4. Direito fundamental à proteção de dados e intimidade.....	28
24.1 Autodeterminação informativa.....	30
2.5 Informatização processual, publicidade processual e a proteção de dados da pessoa natural no poder judiciário.....	32
3. A EMPRESA TRANSNACIONAL E O FORNECIMENTO DE DADOS	
3.1 A proteção de dados na Europa e no Brasil: . O Regulamento Geral de Proteção de Dados – RGPD. Intimidade vs privacidade.....	40
3.2 O fornecimento de dados digitais e a empresa transnacional	50
3.3 Casos/Jurisprudência.....	51
CONCLUSÕES.....	54
REFERÊNCIAS	55
ANEXOS.....	59

INTRODUÇÃO

O avanço da circulação de informações no mundo atual evidencia que não é despropositada a alcunha de que vivemos hoje em uma “sociedade de informação”. Quando nos referirmos aqui à “Sociedade de Informação” como caracterizador do momento atual da experiência humana, fazemo-lo admitindo que podemos caracterizar o modo de desenvolvimento atual na informação, assumindo-a como núcleo de importantes transformações na esfera econômica, de poder e cultural. Assim, enquanto a Revolução Industrial definiu alicerces econômicos que buscavam eminentemente o aumento da produção por meio de maquinário alimentado por novas fontes de geração e distribuição de energia, hoje, mesmo que esse ideal não tenha sido abandonado, há centralidade na busca de procedimentos que permitam a evolução crescente das tecnologias de processamento, informação e comunicação, impulsionados pelo reconhecimento de que essas técnicas compõem o eixo da riqueza e do poder mundiais. Pode-se dizer que a terminologia sociedade de informação representa uma forma de economia e um tipo de sociedade pós-industrial onde o protagonismo e a distribuição de bens é substituída por uma sociedade de serviços centrada na obtenção, processamento e distribuição de informação. Isso não significa menosprezar a importância da informação em épocas passadas, nem o impacto de desenvolvimentos como a invenção do papel ou as melhorias nas técnicas de impressão e tipografia realizadas por Johannes Gutenberg, mas sim assumir que só agora há a proeminência dos meios para aproveitá-los integralmente, por meio da potencialidade incomparável de relacionar aquilo que era existente antes com o que a informática e o texto eletrônico forneceram para o armazenamento de dados e a consequente acumulação de conhecimento, ainda mais quando combinados com um estágio comunicacional que permite acesso instantâneo a qualquer ponto do planeta, evidentemente modificando nossa relação com o espaço e o tempo. Há, assim, duas grandes modificações na sociedade e na economia que são dignas de destaque. Por um lado, houve uma valorização da quantidade e do alcance da produção eminentemente intelectual, veiculada por meio de mídia.

Ademais, a interligação gerou um mercado de trabalho ininterrupto e cuja cooperação pode ocorrer sem limitações de proximidade física e simultaneidade. Do ponto de vista de amplitude e velocidade, podemos também traçar uma distinção significativa entre a Revolução Industrial e revolução causada pelas novas “tecnologias da informação”. Enquanto aquela ocorreu de maneira gradual e seletiva, primeiro afetando a vida na Grã-Bretanha, e daí se espalhando

para o mundo, em diferentes abrangências e épocas, se observamos a História do Estados Unidos, da Europa Ocidental, da América Latina, África e Ásia, pode-se notar que a mudança informacional atingiu fortemente todos os cantos do globo em apenas 40 anos. A disseminação rápida da informação dependeu do desenvolvimento acelerado da “informática”, entendida como ciência do tratamento automático da informação. As máquinas iniciais, de custo alto e grandes dimensões, foram gradualmente evoluindo para equipamentos que realizam milhões de vezes mais rapidamente as mesmas operações em pequenos circuitos eletrônicos com preço acessíveis a boa parte dos indivíduos. É possível mesmo dizer que estamos testemunhando uma 2ª revolução industrial, tendo em vista que o avanço científico nesse campo permitiu transformações econômicas, culturais, sociais e políticas de magnitude semelhante às que sucederam quando a força animal foi substituída pela máquina a vapor. Dada a velocidade com que as transformações ocorrem a sociedade vive experiências disruptivas em relação às formas de trabalho, comunicação, disseminação de informação e geração de vínculos obrigacionais, com reflexos na atividade jurisdicional e no processo judicial, consequentemente.

1. VERDADE E PROVA

A dilação probatória ocupa especial relevância no *Compliance* empresarial e contencioso privado, assim consideradas as demandas ajuizadas na esfera trabalhista, mormente pelo fato da *praxis* forense privilegiar a prova oral, sobremaneira.

Nesse contexto, a doutrina acerca da “lógica das provas” (*Malatesta*) e distribuição do encargo probatório carece de atualização e adaptação à sociedade da informação em que vivemos.

No cotidiano processual, a regra doutrinária estabelece o ônus de provar fatos extraordinários, na medida em que “o ordinário se presume e o extraordinário se prova” (*Malatesta*) necessita de releitura posto que a sociedade da informação e os meios digitais de obtenção desta permitem o conhecimento de um universo relevante de fatos que podemos enquadrar

como “ordinários” de forma a diminuir sobremaneira o espectro probatório testemunhal, sem prejuízo ao contencioso, à segurança jurídica e a administração da justiça.

Feita essa contextualização, no presente estudo, objetivamos a revisão da literatura e o estudo das regras de distribuição do *onus probandi* na sociedade da informação digital, com a finalidade de informar a instrução processual e administração de conflitos judiciais no âmbito da Justiça especializada do trabalho.

Sem a pretensão de ressuscitar romanismos, porém rendendo ao direito romano a devida importância, como pilar do pensamento jurídico ocidental, importa lembrar que a corrente empírica do direito ali inaugurada (Moreira Alves) se assenta no brocardo latino *da mihi factum, dabo tibo jus*, donde emerge, como corolário lógico, a importância crucial dos fatos para o processo judicial, desde os primórdios da jurisdição romana, que encontra eco na quase totalidade dos sistemas judiciais de heterocomposição de conflitos em vigência nos países ocidentais, pouco importando a influência ou adoção do sistema *civil law* ou *common law* (Porto).

Ainda que não se restrinja exclusivamente aos fatos, posto o objeto do esforço probatório dos litigantes abranger o contexto e a hipótese inicial onde se fulcra a postulação (*Vitor de Paula Ramos*), a análise da prova se dá no contexto da verdade, de sorte que há nítida imbricação entre a prova e a realidade fática onde se funda o litígio. É o que leciona Malatesta, nos seguintes termos:

Sendo a prova o meio objectivo pelo qual o espírito humano se apodera da verdade, a eficácia da prova será tanto maior, quanto mais clara, ampla e firmemente ela fizer surgir no nosso espírito a crença de estarmos de posse da verdade. Para se conhecer, portanto, a eficácia da prova, é necessário conhecer como a verdade se refletiu no espírito humano, isto é, é necessário conhecer qual o estado ideológico, relativamente à coisa a verificar, que ela criou no nosso espírito com a sua acção. Consequentemente, para estudar bem a natureza da prova, necessário começar por conhecer os efeitos que ela pode produzir na consciência, e para êste conhecimento é necessário saber antes de mais nada os estados em que pode encontrar-se o espírito, relativamente ao conhecimento da realidade. Conhecendo, portanto, qual dêstes estados de conhecimento se induziu na consciência pela acção da prova, obter-se há a determina-

ção do valor intrínseco desta. O estudo dos vários estados de espírito, relativamente ao conhecimento da realidade, é o objecto desta primeira parte do livro. Relativamente ao conhecimento de um determinado facto, o espírito humano pode achar-se em estado de ignorância, de dúvida ou de certeza.

A prova no processo judicial decorre historicamente da influência do método científico de validação de assertivas para que sejam consideradas “verdadeiras”. No âmbito das ciências naturais tem-se que a “verdade” científica deve ser demonstrada pelo método empírico de validação e sujeito à replicação e revisão por pares (*Lakatos*).

Com o desenvolvimento da ciência e sua relevância para a sociedade humana, a ideia de “*verdade baseada em evidência*” se espalhou para o pensamento jurídico e demandou a necessidade da “*prova*” dos fatos articulados pelos litigantes no processo judicial como ferramenta indispensável para a obtenção da verdade sobre a qual haverá a subsunção normativa ou a regulação do direito pela lógica de precedentes judiciais (*Didier Jr.*).

Desde os primórdios o testemunho se presta a solução de conflitos de interesses, principal elemento caracterizador da lide assim definida pelo conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida (*Liebman*), sendo o processo um conjunto de atos tendentes à composição da lide (*Moacyr Amaral dos Santos*) e que se desenvolve em contraditório (*Fazzalari*).

1.1 - verdade por crença e verdade por correspondência

Os dados informados pelo registro testemunhal estão umbilicalmente ligados à solução das lides e, conseqüentemente, ao processo judicial como compreendido pela ciência jurídica aplicada ao direito adjetivo. O processo demanda conhecimento dos fatos que se provam com a obtenção de registros da informação (os dados) indispensáveis à atividade judicante e à prestação jurisdicional, mesmo porque a jurisdição se concretiza por meio de inferências do órgão jurisdicional na análise das hipóteses apresentadas pelos litigantes e da demonstração dos fatos mediante a prova.

A doutrina clássica explora a correspondência entre verdade e prova partindo da inteligência como faculdade indispensável para a percepção da verdade, considerando que em termos intelectivos chega-se à verdade pela intuição ou pela reflexão (*Malatesta*), pontuando o festejado jurista que a certeza, como opinião de se ter a verdade, pode derivar da percepção imediata (intuição) ou pela demonstração mediante raciocínio (reflexão), de sorte que a verdade particular revela-se à luz de uma verdade geral, referindo-se à verdade como a *conformidade da noção ideológica com a realidade*.

A epistemologia dedicou muitos escritos a entender o fenômeno da *veriphobia* (*M. Taruffo*) que assolou a cultura do direito, compreendida como o ceticismo ou repúdio da verdade como critério viável para estudo de fenômenos epistêmicos (*Goldman*): *veritas odium parit*. Aqui partimos da premissa de que tais idéias devem ser combatidas considerando que a verdade existe e não depende de sujeitos (vitor de Paula Ramos), sendo, portanto, passível de objetivação.

Feitas essas considerações, tem-se que a verdade pode ser estabelecida por crença ou por correspondência com a realidade, sendo esta última a vertente adotada para justificar e fundamentar a teoria da decisão sobre a prova, que se desenvolve em dois eixos epistêmicos: um relacionado aos fatos propriamente ditos (de natureza fenomênica e apofântica) e outro vinculado à argumentação das partes, (de natureza apodítica) (*Ferrer Beltran* e *Cassio Benevenuto de Castro*, apropriando-se dos critérios da lógica aristotélica). Também é de se ressaltar que a

realidade fática reclama a demonstração verdadeira, já que a prova não cria a verdade real, servindo, outrossim, para corroborá-la.

1.2 – Conceito de prova e sua natureza constitucional

Estatui o art. 332 do Código de Processo Civil Brasileiro que todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, são hábeis a provar a verdade dos fatos. Assim, releva identificar a origem e conceito da prova, bem como sua finalidade, destinatário, objeto.

A prova em sentido jurídico é a demonstração da verdade formal dos fatos discutidos, mediante procedimentos determinados (*Carnellutti*). Provar, então, é evidenciar a exatidão e autenticidade (fidelidade) dos fatos que estão sob debate. Essa à verdade acessível ao processo (*M. Taruffo*) que se busca comprovar resulta na *conformidade da noção ideológica com a realidade* (*Malatesta*). Considerando o caráter legal (permitido no ordenamento) e moral (não proibido), para a validade da prova produzida (*Malatesta*).

No presente trabalho, além do conceito de verdade por correspondência, para evitar digressões filosóficas inauguradas pela física quântica com o *princípio da incerteza de Heisenberg*, assumiremos a possibilidade de objetivação (já mencionada anteriormente) e a verdade como a única realidade possível e observável no macrocosmo e que deve ser íntegra e observável, portanto passível de registro por qualquer meio. Emerge, então, a questão probatória como o meio racional de obtenção da verdade acerca da realidade fática relevante ao processo judicial e indispensável à jurisdição, portanto.

Naturalmente, o primeiro registro conhecido é aquele decorrente das impressões mnemônicas dos que observam a realidade (as testemunhas) cuja importância e cuidado na replicação fidedigna do observado se encontra materializada na lei mosaica (o nono dos dez mandamentos : *não proferirás falso testemunho*), datada de mais de 3000 anos. Também legislou Moisés que: *Uma só testemunha contra alguém não se levantará por qualquer iniquidade, ou por qualquer pecado, seja qual for o pecado que cometeu; pela boca de duas testemunhas, ou pela boca de três testemunhas, se estabelecerá o fato.* ([*Deuteronômio 19:15*](#))

Interessante que o registro testemunhal pressupõe um rígido regramento moral para validação e utilização no cotidiano das relações humanas, sendo esse substrato moral o instrumento de certificação do registro da informação, em primeira análise.

Desde os primórdios o testemunho se presta a solução de conflitos de interesses, principal elemento caracterizador da lide nos termos da doutrina processual, já que esta se define pelo conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida (*Liebman*), sendo o processo um conjunto de atos tendentes à composição da lide (*Moacyr Amaral dos Santos*).

Destarte, os dados informados pelo registro testemunhal estão umbilicalmente ligados à solução das lides e, conseqüentemente, ao processo judicial como compreendido pela ciência jurídica aplicada ao direito adjetivo.

Em síntese, o processo demanda conhecimento dos fatos que se provam com a obtenção de registros da informação (os dados) indispensáveis à atividade judicante e à prestação jurisdicional.

Independentemente do registro testemunhal natural ou do registro digital, a prova é um fenômeno cultural e, como tal, inserido no regramento Constitucional Pátrio.

Sobre o meio ambiente cultural, destaca-se o conceito de bem ambiental estruturado juridicamente na Constituição Federal, compreendido como *interesse jurídico essencial à sadia qualidade de vida e de uso comum do povo* (*FIORILLO*), assentando-se que a Carta Magna proclama o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como essencial à sadia qualidade de vida, donde se extrai o dever de preservação e defesa do bem ambiental, como decidiu a Suprema Corte no julgamento da ADI 4.066/DF.

Tratando-se de bem jurídico de origem constitucional estruturado na sadia qualidade de vida, sua regulação de tutela jurídica reclamam a satisfação dos fundamentos democráticos de nossa Constituição Federal, notadamente a dignidade da pessoa humana.

Sob esse alicerce jurídico constitucional surge a questão relacionada à prova como fenômeno cultural e sua natureza jurídica constitucional.

Como já referido, o registro da informação, seja por meio digital ou testemunhal, é, primordialmente, um fenômeno cultural, pelo que a regulação constitucional do meio ambiente cultural é importante ferramenta jurídica aplicável à compreensão da matéria. Ademais, a natureza constitucional da prova é inconcussa, mesmo porque indissociável do *due process of law*, e do contraditório, garantias fundamentais estruturantes do processo judicial insculpidas no artigo 5o. da Carta Magna de 1988.

Ainda no contexto constitucional e na sociedade da informação (WERTHEIN), e reforçando o fenômeno cultural ligado à prova, a corte interamericana de direitos humanos, no julgamento do caso *Sales Pimenta vs Brasil*, em 30/06/2022, assentou que todas as pessoas vítimas de violação aos direitos humanos tem o direito de conhecer a verdade e que tal direito impõe ao Estado que realize os atos tendentes ao esclarecimento dos atos lesivos e responsabilidade correspondente (anexo 1).

Nesse trilhar, a utilidade probatória para a obtenção da verdade se relaciona indissociavelmente da esfera da proteção dos direitos humanos, cuja tutela à dignidade alicerça o nosso ordenamento Constitucional, que tem a verdade como elemento necessário da decisão justa e um verdadeiro fim do próprio Estado Constitucional (*Canotilho*).

Sobre o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana, como solidamente tratado por Daniel Sarmento, tem-se os seguintes atributos que lhe são correlatos: o valor intrínseco da pessoa; a autonomia; o reconhecimento perante o poder público e privado; o mínimo existencial.

Eduardo Cambi, ao tratar da dimensão ontológica da dignidade humana, expressa no imperativo categórico de Kant, refere-se à esfera de proteção da pessoa humana enquanto fim em si mesmo, e não como meio para a concretização de interesses alheios. Assim, ao direito constitucional à prova, intrínseco ao devido processo legal, ombreia-se o direito fundamental à verdade como decorrência da expressão ontológica da dignidade humana. Nesse sentido pode-se concluir e afirmar que o direito fundamental ao processo justo principia e enfeixa o direito fundamental à prova (art. 5º., LV e LVI da CF) (*Cássio Benevenuto de Castro*).

Em reverberação como nosso pensamento acerca da jurisdição constitucional e natureza cultural da prova, analisa o jurisconsulto em referência a dimensão processual da dignidade humana, da seguinte forma: *dimensão processual da dignidade humana deve determinar e direcionar não apenas as decisões judiciais, como também todos os atos praticados no exercício das funções jurisdicionais. Não se quer, por certo, atribuir, exclusivamente, ao Judiciário, a missão de proporcionar o desenvolvimento social, mas também não é possível ignorar a sua responsabilidade.*

Nesses termos, inexoravelmente o direito à verdade e ao processo justo colidirá com outras garantias constitucionais, notadamente proteção da intimidade, a atrair o critério de ponderação pela razoabilidade / proporcionalidade como defende Alexy em sua teoria própria no sentido de que quanto maior é o grau da não satisfação de um princípio, maior deve ser a importância da satisfação do outro, fortemente criticado por Jürgen Habermas mas adotado pela nossa Suprema Corte constitucional.

1.3 Decisão sobre a prova: raciocínio probatório, ônus da prova e *standards* de prova.

Partindo da existência da verdade correspondente à realidade fática objetiva, o Direito por sua natureza de ciência do “dever ser” (Miguel Reale) tem como característica ordenar condutas e ser *merit-based*, portanto não faz “apostas” em fatos nem lhe interessam “acertos por casualidade” (Ferrer Beltran). Necessário, então, que as decisões sejam tendencialmente corretas em relação aos fatos e, ao mesmo tempo, corroboradas, o que demanda necessariamente uma abordagem racional à prova.

Nesse aspecto, assim como a doutrina clássica mencionada no início sobre verdade e prova, uma teoria correspondentista da verdade caracteriza-se pelo raciocínio indutivo e pelo entendimento de que a verificação de eventos pretéritos pode e deve ser feita pela análise (racional) das evidências probatórias relevantes (Vitor de Paula Ramos). Não por outra razão deve-se refutar a possibilidade de soluções de conflitos baseada em critérios irracionais ou aleatórios, como leitura de folhas de chá ou lançamento de dados, inábeis a qualquer forma de corroboração.

O processo justo reclama a decisão correta sobre os fatos e a necessidade de um procedimento organizado para a busca da verdade orientado tendencialmente à completude do material probatório. Daí a importância da compreensão do ônus da prova e dos *standards* para o raciocínio probatório e tomada de decisão sobre a prova.

Nesse contexto, questiona-se : qual papel deve exercer o magistrado na formação do acervo probatório processual ,ou seja: o Direito reclama qual protagonismo judicial na condução da fase instrutória? , que pretendemos responder ao longo dos próximos capítulos.

Já assentamos anteriormente as diretrizes da decisão sobre a prova, relevando agora compreender a função do ônus e dos *standards* de prova para o processo.

Quanto ao primeiro, a teorização sobre o *onus probandi* reconhece nesse instituto dois aspectos: uma função objetiva que resulta em “ regra de julgamento” e uma função subjetiva que resulta em regra de instrução”. O aspecto objetivo não estaria correlacionado à atividade processual das partes, porquanto o julgamento ocorre após encerrada a fase instrutória e a contribuição probatória dos litigantes para já se findou. O aspecto objetivo do ônus da prova parte da premissa de que “ o Juiz não pode usar como fundamento de sua decisão a existência de fatos que não lhe foi demonstrada”, daí estabelecer-se em regra de julgamento para solução do litígio pela falência probatória daquele que tem o encargo de demonstrar os fatos da causa, posto as alegações os litigantes constituírem o *thema probandum* e na hipótese de remanescer “ não clara” a hipótese fática alegada pelo litigante, utilizar-se-ia a “ regra de julgamento” para estabelecer quem ganha e quem perde a demanda. Indubitavelmente a práxis forense converge para a importância desse aspecto do ônus probatório, dada a prevalência das decisões judiciais alicerçadas preponderantemente no argumento de que a parte “ não se desincumbiu “ a contento de seu encargo probatório como estabelecido pelas regras de distribuição do ônus insculpidas nos artigos 373 do CPC e 818 da CLT, , aqui apenas lembradas *en passant* para registrar que ao autor incumbe a prova dos fatos constitutivos do direito vindicado e ao réu a prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.

Digno de nota, também a evolução do conceito da distribuição do encargo a partir da concepção romana *onus probandi incumbit ei qui dicit* para a atual e necessária avaliação da

aptidão da parte para a produção da prova, o que já nos remete à análise do segundo aspecto do ônus da prova, dito subjetivo.

Esse aspecto subjetivo traduz-se como “regra de instrução” dirigida às partes como forma de estimular o carreamento das provas ao processo, enriquecendo o acervo probatório para lhe dar completeza, auxiliando o exercício da jurisdição. Em outras palavras, a regra de instrução orientada às partes visa o enriquecimento do material probatório para a elucidação da verdade correspondente aos fatos da causa para a ulatimação do processo justo.

Sobre o processo justo, a doutrina de Michele Taruffo já salientou não ser possível eleger um único critério para avaliar a qualidade da decisão judicial, desenhando ao menos três critérios, a saber: (i) a correta escolha da interpretação da regra jurídica; (ii) a apuração adequada dos fatos relevantes do caso e (iii) emprego de um procedimento válido e justo para se chegar à decisão.

O primeiro desses critérios está fora do escopo do presente trabalho e nenhum deles, sozinho, é suficiente para a adequação da decisão como leciona Taruffo. Então, resta-nos a análise dos dois últimos critérios referidos no parágrafo anterior e aqui a verdade emerge como *standard* de correção, pois sendo o direito *merit-based* (Goldman) é necessário que as normas jurídicas sejam aplicadas a fatos que realmente ocorreram, sob pena de evidente equívoco – algo até mesmo instintivo para um leigo em Direito e que se encontra na esfera do senso comum.

1.4 - Fiabilidade epistêmica da prova

O processo judicial tem na determinação dos fatos um pressuposto necessário para a imposição das consequências jurídicas previstas em lei. Grande parte do desenvolvimento processual está centrado na atividade probatória, sendo preocupante que a abordagem da disciplina da prova se mostre distante dos métodos e técnicas tidos como mais adequados de investigação. O resultado desse distanciamento resulta em decisões intuitivas e sem critérios, na qual os fatos são determinados segundo a contingência do senso comum, além de sujeitar o jurisdicionado ao alvedrio judicial. Daí a atualidade da denúncia de William Twining, no sentido de que “*os fatos precisam ser levados a sério*”. e como destacou Jeremy Bentham, “*a arte do processo não é, na realidade, nada além da arte da administração da prova*”.

São numerosos os estudos e pesquisas empíricos multidisciplinares que sistematicamente apontam a inaptidão dos métodos e técnicas processuais usualmente adotados para nortear a produção das referidas provas, demonstrando seu potencial de conduzir a resultados insatisfatórios. Ora, no que tange à determinação dos fatos, respostas estritamente jurídicas não bastam. Vejamos o procedimento do reconhecimento de pessoas, para ficar num exemplo. De acordo com o Superior Tribunal de Justiça, as condições formais de realização do ato constantes no artigo 226 do CPP são prescindíveis, sendo recorrentemente considerados válidos reconhecimentos mesmo quando apenas uma pessoa é mostrada à vítima/testemunha. Porém, estudos desenvolvidos pela psicologia cognitiva revelam que a técnica do *show up* (mostrar apenas um suspeito) deve ser de pronto descartada, pois provoca sugestionamento à memória daquele que precisa reconhecer alguém, o que, por sua vez, eleva o risco de que um inocente seja equivocadamente apontado como culpado. No âmbito do contencioso privado (civil e trabalhista), permeia o risco de condenações fulcradas em provas testemunhais inidôneas, fragilizadas pela ausência de compromisso moral do depoente, ou ainda impregnada de subjetivismos, como sói acontecer no *hearsay testimony* ou testemunho do “ouvi dizer” que resultam em verdadeira injustiça epistêmica como sustenta Helena Morgado.

Todavia este panorama vem gradualmente se modificando. O crescente interesse de processualistas em discussões oriundas da psicologia cognitiva – tais como as relativas às falsas memórias e seus desdobramentos – deve-se a esta mais que oportuna alteração de curso. É por isso que, aproveitando os termos de Bentham, defende-se que a arte da administração da prova

no contexto jurídico deve ser desenvolvida a partir de um diálogo com outras ciências. O direito não pode se enclausurar num método “estritamente jurídico” de determinação dos fatos. Nossos tribunais não podem continuar a dar de ombros às conquistas de outras áreas de conhecimento, como se, sob a escusa de um livre convencimento, houvesse licença para determinar fatos de modo absolutamente ultrapassado e inaceitável, ergo, irracional. À semelhança do que ocorre nas investigações fáticas de outras áreas, há limites impostos pela própria racionalidade humana. O tomador de decisão deve ser capaz de justificar seus achados fáticos com base em critérios lógicos. O livre convencimento, neste sentido, não pode funcionar como autorização a “certezas íntimas” em favor das quais o juiz não consegue oferecer justificação. A determinação dos fatos no contexto jurídico não pode desprezar a exigência de boas razões enquanto premissas suportam as conclusões fáticas defendidas pelos juízes – mormente quando essas conclusões impliquem a restrição de um direito tão fundamental como o direito ao devido processo constitucional: leia-se, o processo justo e norteado pelo direito fundamental à verdade, como defendemos anteriormente.

Em vista disso, apontamos a necessidade de que o tratamento jurídico probatório passe por uma “filtragem epistêmica”. “Filtragem”, pois é preciso separar, não deixar passar, extrajurídica dos fatos – nos limites admitidos pelo processo. Para isso, é crucial que os procedimentos empregados nessa empreitada sejam considerados adequados sob o ponto de vista epistêmico, sem, é claro, descuidar do inafastável respeito às garantias processuais. Assim, a prova do reconhecimento deve nos aproximar efetivamente dos culpados; a prova testemunhal deve permitir uma adequada reconstrução dos eventos; as provas periciais devem conter informações confiáveis sobre questões que transbordam os conhecimentos técnico-jurídicos dos juízes. O diálogo do direito com outras áreas de conhecimento permite identificar os erros cometidos na forma pela qual as provas são produzidas, valoradas e utilizadas para fundamentar decisões sobre fatos. Viabiliza, ainda, o desenvolvimento de soluções que aproximam as provas da promessa de que determinem fatos de maneira confiável e suficiente. Só assim será possível, em qualquer caso, respeitar a presunção constitucional de inocência, assim como já referido direito à verdade e atender à expectativa de que as condenações judiciais devam se fundar em provas robustas o suficiente para superar toda e qualquer dúvida razoável.

A sociedade da informação (WERTHEIN) acarretou o surgimento de uma nova ciência, nominada *Dadologia* por Miskulin e colaboradores. Nesse sentido o acesso aos dados digitais

possibilita a acuidade necessária para o Juízo de suficiência e completude do acervo probatório tradicional (prova oral e documental) de sorte a corroborar as hipóteses dos litigantes e permitir as inferências corretas quando do provimento jurisdicional.

Por tal razão, faz-se necessário e indispensável o diálogo do Direito com a ciência de tratamento dos dados digitais, donde emergirá a prova digital, que passaremos a abordar em diante.

2. PROVA DIGITAL

2.1. Prova digital: conceito e pressupostos de validade

Com o surgimento da 4ª Revolução Industrial, também conhecida como Revolução 4.0, as provas digitais tornaram-se uma possibilidade real, permitindo-nos vaticinar que essa nova realidade contemporânea será o futuro do processo envolvendo o contencioso privado (cível e trabalhista).

A Justiça do Trabalho protagonizou a vanguarda em relação a efetividade das decisões judiciais, pois enquanto num passado não tão distante a Justiça comum expedia ofícios às instituições financeiras para a satisfação da sua execução cível, a Justiça laboral especializada já utilizava o sistema de comunicação eletrônica para o cumprimento das suas decisões na busca de ativos financeiros do devedor.

Destacamos, por oportuno, que em 19 de maio de 2021 o Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região instituiu a primeira repartição empenhada na produção de provas digitais na seara trabalhista.

Vale consignar, ainda, que o Tribunal Superior do Trabalho (TST) assinou o Ato Conjunto TST.CSJT.CGJT nº 31, de 4 de agosto de 2021 estabelecendo as instruções para a expedição de ordens judiciais destinadas à Microsoft Corporation, por parte dos magistrados trabalhistas, abrangendo a solicitação de dados armazenados.

Quanto a fidedignidade e validade da prova digital, o registro de dados permite a solicitação do código *hash*, onde se torna possível avaliar o grau de segurança e certeza dos dados, sobretudo em relação à confiança: (origem "de onde provém a prova digital?" e autoria: "Quem é o autor do fato que se pretende provar por meio da prova digital"), integridade (Completo: "a prova digital deve contar toda a história e não apenas uma perspectiva particular"; Imutabilidade: "A prova digital deve estar apta a demonstrar que nenhuma modificação, exclusão, acréscimo ou outras alterações ocorreram ou poderiam ter ocorrido desde a sua coleta"; Temporalidade : *"A prova digital deve demonstrar, de forma idônea, a sua marcação temporal, contendo a data e horário de quando o fato ocorreu ou ao menos do seu registro, utilizando-se uma fonte de tempo confiável e rastreável"*; Credibilidade: *"A prova digital deve ser compreensível e crível às partes e julgadores"*) e cadeia de custódia (auditabilidade): *o processo de*

produção da prova digital deve ser documentado na íntegra e estar disponível à avaliação das partes e, se for o caso, de um terceiro independente; transmissão: o processo de produção da prova digital deve ser passível de repetição e reprodução pelas partes ou por um terceiro independente utilizando os mesmos procedimentos, métodos e instrumentos; confiabilidade: os procedimentos, métodos instrumentos e utilizados no processo de produção das provas digitais devem se mostrar justificáveis e aguardar o ponto de não haver dúvidas sobre a confiança e integridade da prova produzida; publicidade: a prova digital deve ser pública, salvo se os dados a que ela se referir, pela natureza privada ou íntima, imponham o sigilo).

As premissas do código *hash* materializam os *standards* probatórios, portanto, notadamente aquele preconizado pelo estatuto de Roma no que se refere a exigência de conteúdo probatório além da dúvida razoável para o surgimento da sanção penal, de aplicação ao processo do trabalho pela subsidiariedade do direito comum (artigo 769 da CLT) e pela verdade real que rege o rito processual dessa justiça especializada. Registra-se que a tecnologia *blockchain* permite o compartilhamento transparente de informações em rede de dados e também se presta a análise da auditabilidade da prova digital.

Importante ponderar que a LGPD estatui e regula no plano infraconstitucional o direito fundamental à proteção de dados, corolário da proteção constitucional dos direitos da personalidade e do meio ambiente cultural e laboral (FIORILLO), como discutimos, a atrair a ponderação pela proporcionalidade na eventual colisão entre o direito à proteção dos dados e o direito à verdade no processo. Aqui o próprio regramento legal já indica a impossibilidade de negar-se o fornecimento dos dados quando solicitados mediante ordem judicial.

Todavia, é necessária a avaliação da licitude da prova à luz da jurisprudência do STJ no que concerne à informação obtida sem o consentimento da parte envolvida, que macula todo o processo consoante a teoria dos frutos da árvore envenenada adotada pela Corte Superior de Justiça.

2.2 A prova digital e a acuidade probatória

No Processo do Trabalho, dentre os princípios jurídicos informadores da prova, temos o princípio da oralidade, assim como a busca pela verdade real, de modo que a prova testemunhal, tanto pela tradição, quanto para a simplificação do procedimento, é a via preponderantemente utilizada, como alhures mencionamos.

Contudo, o que se observa é que tais meios de provas tradicionalmente utilizados no processo trabalhista não são os mais eficazes para o conhecimento da verdade real.

Entrementes, se a prova testemunhal pode ser vulnerável em virtude de distorções da memória dos seres humanos e dos interesses em litígio, de igual relevância a prova documental (geralmente confeccionada por uma das partes) pode também acarretar um direcionamento errôneo do processo.

No tema, conforme nos ensina o professor e juiz do Trabalho Mauro Schiavi: *"diante da importância da prova para o processo, Carnelutti chegou a afirmar que as provas são o coração do processo, pois é por meio delas que se definirá o destino da relação jurídico-processual. Provas são os instrumentos admitidos pelo Direito como idôneos, a demonstrar um fato ou um acontecimento, ou, excepcionalmente, o direito que interessa à parte no processo, destinados à formação da convicção do órgão julgador da demanda"*.

No plano legal, o Código de Processo Civil dispõe, em seu artigo 369, que *"as partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz"*.

Dito isso, impende frisar que a prova digital vai além das redes sociais mais conhecidas, tais como Facebook, Instagram, Twitter, LinkedIn e WhatsApp. Em realidade, a prova digital é aquela onde o registro da informação é feito pelo meio digital, como nos casos de imagens, vídeos, sites de internet, registros de ligações telefônicas, entre outros.

Destarte, vale dizer que a prova digital pode se manifestar no meio digital, originalmente, como no caso das redes sociais, assim como materialmente mediante uso de ferramentas (mídias) para o efetivo registro.

Com o surgimento da audiência telepresencial, a lisura da prova testemunhal passou a ser questionada, e não obstante tenha surgido polêmica no meio jurídico a respeito da utilização e validade da prova digital, fato é que este meio processual vem ganhando cada vez mais destaque.

De mais a mais, o uso de tecnologias aptas a materializar os elementos da prova virtual podem ser mais eficazes do que as provas tradicionais para a obtenção da informação relevante ao deslinde dos fatos da causa.

Entretanto, é extremamente importante ressaltar que, inobstante esse tipo de prova seja considerado válido, tais ferramentas são comandadas por pessoas, o que pode acarretar eventual manipulação.

Nesse desiderato, é indispensável a utilização de instrumentos que garantem a autenticidade e a integridade da prova produzida, podendo, inclusive, ser refutada por perícia técnica.

Como exemplo, o Tribunal Regional do Trabalho da 19ª Região reverteu uma justa imputada aplicada a um determinado empregado por entender que, além de a prova produzida ter sido insuficiente, a empresa ainda detinha recursos tecnológicos para a comprovação da sua tese, todavia, não fez uso de tais instrumentos.

Em seu voto, a desembargadora relatora destacou: "*Vivemos na época da 4ª Revolução Industrial, a da tecnologia, e 'o comando da Justiça do Trabalho espera que as provas digitais sejam usadas na solução de ações sobre justa causa, horas extras, equiparação salarial e assédio moral e sexual, entre outros temas'* (Folha de São Paulo, edição de 25.4.2020, 'Justiça Trabalhista rastreia celular e redes sociais contra falsos depoimentos em ações—TST vê mais segurança na busca da 'verdade dos fatos' com provas digitais; advogados alertam para limites da tecnologia'), não restam, no presente caso, dúvidas sobre a licitude das gravações das suas conversas telefônicas profissionais que poderiam ter sido juntadas pela empresa aos autos, mas não foram".

Como se denota do caso referenciado, não restam dúvidas de que as provas digitais farão parte do futuro do Processo do Trabalho, criando uma possível mudança paradigmática na forma de produção das provas pelas partes ligantes

2.3 Poderes instrutórios do Juiz no processo do trabalho e a utilidade da prova digital

Na estrutura de poder, a jurisdição é a indelegável atividade estatal de dizer o direito (*juris dictum*), tendo a magistratura o relevante e indispensável papel de servir de instrumento efetivo à manutenção da ordem e da paz, possibilitando a existência do próprio Estado Democrático como instituição política do homem em sociedade. Dessarte, a ideia de Estado Democrático está diretamente relacionada à atribuição de poder e independência ao juiz, cuja função, mesmo em civilizações menos ou não-democráticas, era sinônimo de ordem, de respeito e, fundamentalmente, de justiça, na sua acepção mais elevada.

Hodiernamente, a figura do juiz não está, como na origem, ligada à ideia de justiça como ação do divino, mas sim como agente de poder político que pode se ativar na construção do direito, em prol da sociedade, dada a evolução da concepção tripartite estabelecida por Montesquieu para o Constitucionalismo moderno inaugurado pelo *judicial review* no *leading case* *Madison vs Marbury* (Barroso).

É antigo, entretanto, o questionamento, principalmente pelos juspositivistas, sobre a legitimidade da atuação jurisdicional fundada em tais alicerces. Amparam-se em argumentos que podem ser resumidos no brocardo “o juiz é escravo da lei”. Como consequência desse entendimento, a decisão judicial baseada na concretude da normatividade constitucional seria ilegítima porque, hipoteticamente, vulneraria a harmonia entre os poderes, intrometendo-se o magistrado nas funções do legislador.

A doutrina moderna, porém, vem questionando antigos conceitos ao defender, explicitamente e com sólidos argumentos, ponto de vista divergente no sentido de que o juiz é um agente político (BARROSO), devendo ser entendido não como “servo da lei”, mas como criador do direito a partir da lei e, por isso mesmo, admite-se a proatividade como mecanismo

efetivo no processo de evolução social e política da sociedade que o legitimou ao exercício do poder judicante. Nesse tema, destaca e provoca Lênio Streck se a aplicação da “letra da Lei” seria uma atitude positivista, lançando luzes sobre a questão pela abordagem hermenêutica para concluir, em síntese, que a preservação de princípios constitucionais estruturantes do sistema, notadamente a segurança jurídica e a tripartição dos poderes, não admite solipsismos na atividade interpretativa do magistrado. Aqui, pretendemos abordar especificamente o papel do Juiz na formação do acervo probatório e na condução da instrução processual e para tanto partimos dos poderes instrutórios preconizados tanto no diploma processual civil (artigo 370) quanto na CLT(artigo 765) de redação similar e que conferem ao magistrado ampla liberdade na condução do processo e lhe atribui o poder de determinar qualquer prova necessária ao esclarecimento dos fatos da causa. Nesse sentido, em convergência como nosso pensamento, vaticina Vítor de Paula Ramos que o Juiz deve ser visto, por excelência, como “o sujeito a quem compete a função epistêmica fundamental, ou seja a apuração da verdade dos fatos” registrando que o magistrado deve estar dotado de poderes instrutórios para determinar de ofício a produção de provas, assim como servir de mediador da atividade das partes e dos terceiros, possuindo ferramentas para determinar, inclusive coercitivamente, o aporte de provas ao processo. Trata-se, portanto, a dotação de poderes instrutórios ao Juiz de poder/dever, uma vez que a determinação das provas pertence à dimensão epistêmica do procedimento e não ao princípio dispositivo em sentido próprio. Assim, os poderes instrutórios do Juiz reclamam o protagonismo judicial na formação do acervo probatório com a finalidade de obtenção da verdade para a ulitimação do processo justo e tutela dos direitos.

2.4. Direito fundamental à proteção de dados e intimidade.

As novas tecnologias permitem, além daqueles documentos que comumente já eram juntados aos autos, que possam ser carreadas outros tipos de provas, impregnadas de dados sensíveis, como, por exemplo, mensagens de áudio, vídeo e texto que foram trocadas em um ambiente restrito, fotografias com EXIF's que exibem detalhes da localização, endereços residenciais, endereços de IP, IMEIs etc. Ao lado desta nova realidade, desde agosto de 2020 passou a vigorar a LGPD (Lei 13.709/2018), que estabelece os cuidados que entes públicos e privados devem ter com relação a dados pessoais. Para contrastar, há a regra constitucional relativa à publicidade processual. Será que tudo o que é apurado pelo Poder Judiciário e colacionado aos

autos tem mesmo de ir para a rede mundial de computadores? O objetivo desse questionamento é o de demonstrar a necessidade de ponderação de valores, com o objetivo de equacionar o dilema que envolve o princípio da publicidade processual, o princípio da autodeterminação informativa e o direito de se obter a verdade substancial por meio das provas digitais.

Acerca da publicidade processual, nos termos do art. 93, IX, da Constituição Federal, *“todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (...)”*.

Como se vê, na esfera processual, a publicidade é a regra e o segredo é a exceção. Entretanto, o princípio da publicidade processual não é absoluto, pois o próprio art. 5º, LX, da Constituição Federal de 1988 estabelece que a lei poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem, daí ser possível sopesar o princípio da publicidade processual com o da autodeterminação informativa. Senão vejamos: *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(...). Art. 251 LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;*

Os atos processuais são públicos, todavia tramitam em segredo de justiça os processos: *(...) III - em que constem dados protegidos pelo direito constitucional à intimidade.* Assim, mister se faz analisar cada caso concreto para saber se, naquela situação específica, estamos ou não diante de dados pessoais passíveis de proteção e sopesar acerca da necessidade ou não de levar referidos dados ao conhecimento do público em geral.

Neste momento o magistrado deve se perguntar: qual a utilidade de se fornecer estes dados de pessoa natural para o público? O não fornecimento deste dado pessoal prejudica a transparência que o Poder Judiciário deve imprimir em seus atos? O fornecimento destes dados pessoais presta-se apenas à satisfação da curiosidade humana? Tais perguntas são as primeiras balizas para que se perceba até que ponto a privacidade dos dados pessoais pode ser desnecessariamente exposta pela Justiça.

2.4.1 – AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA

Conceitualmente, a autodeterminação informativa se constitui na possibilidade do titular exercer controle sobre seus dados pessoais, garantindo, em determinadas circunstâncias, decidir se a informação pode ser objeto de tratamento por outrem, bem como acessar bancos de dados para exigir correção ou retirada de dados informativos.

O direito a autodeterminação informativa se baseia em três fundamentos: (i) o indivíduo possui poder de decisão sobre o uso de seus dados pessoais; (ii) o direito não abrange um cunho de proteção pré-determinado, não se restringindo a um âmbito fixo de proteção; e (iii) todos os dados pessoais são passíveis de proteção.

Diante disso, a pessoalidade do dado é decisiva para a análise protetiva.

Assim como ocorre com outros direitos, o direito a autodeterminação informativa não é absoluto e pode, em confronto com o interesse público ou outros valores constitucionais, sofrer restrições pelo legislador e intérprete. Um exemplo disso foi destacado pela decisão proferida pela Suprema Corte alemã em julgamento de 1983, bem como pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do pedido cautelar proferido na ADI 6.387. Na ocasião, a Corte analisou a constitucionalidade da MP 954/2020, que previu o compartilhamento de dados de usuários de telecomunicações com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) para a produção de estatística oficial durante a pandemia da covid-19. Ao pleno exercício do direito à autodeterminação informativa, apresentam-se os institutos do direito de ação e do direito de petição, aquele mediante instrumentalização definida pela legislação processual, tais como o Habeas Data, o Mandado de Segurança, as ações Ordinárias e Cautelares, e este mediante requerimentos e recursos administrativos que, protocolizados perante os órgãos e autoridades competentes, no âmbito de suas atribuições de coleta e gestão de dados pessoais permitem, gratuitamente, a expressão do direito de acesso e de retificação, de apagamento, de oposição, de limitação do tratamento e de portabilidade para a tomada das medidas cabíveis, em prazo razoável.

O direito à autodeterminação informativa também se refere às obrigações de *facere* e *non facere* a serem observadas pelos organismos de captação e de tratamento de dados pessoais para a prevenção de lesões.

Registro, por oportuno, que o conteúdo (no sentido de proteção normativo) de um direito fundamental à proteção de dados pessoais, embora articulado com o princípio da dignidade da pessoa humana e de outros direitos, notadamente os direitos da personalidade, o direito à

privacidade e do assim chamado direito à autodeterminação informativa, não se confunde com o objeto da proteção de tais direitos. É por tal razão, aliás, que a própria opção terminológica pela proteção de dados pessoais assume relevância que vai além da mera novidade representada pela terminologia em si, porquanto reivindica nova concepção, visto que parte do pressuposto de que os dados, para efeitos de sua proteção jurídico-constitucional, devem ser compreendidos em sentido amplo, no sentido da inexistência de dados pessoais irrelevantes em face do processamento eletrônico na sociedade de informação, notadamente pelo fato de que, sendo os dados projeções da personalidade, o seu tratamento, seja qual for, potencialmente pode violar direitos fundamentais.

De todo modo, o espectro de proteção de um direito fundamental à proteção de dados pessoais envolve sempre um contraste com o de outros direitos, como já salientamos anteriormente ao referir ao direito à verdade, destacando-se, nesse contexto, o direito à privacidade e o direito à autodeterminação informativa, os quais, por seu turno, embora também autônomos entre si, apresentam pontos de aderência importantes. Pela sua relevância para o desenvolvimento do direito à proteção de dados pessoais, retoma-se, o caso da Alemanha, porquanto é lá que se costuma situar o reconhecimento, pela primeira vez, do assim chamado direito à autodeterminação informativa. Npor conta do texto constitucional, mas por conta de paradigmática decisão do Tribunal Constitucional Federal, de 15.12.1983, sobre a constitucionalidade de aspectos da lei do censo aprovado pelo Parlamento Federal, cuja realização foi suspensa liminarmente pela Corte em 13.04.1983, muito embora a existência de decisões anteriores envolvendo, ao fim e ao cabo, a proteção de dados pessoais. Na mencionada decisão, o Tribunal Constitucional Federal alemão, contudo, não reconheceu diretamente um direito fundamental à proteção de dados pessoais, mas sim deduziu, numa leitura conjugada do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, um direito fundamental implícito à autodeterminação informativa, que consiste, em suma e de acordo com o Tribunal, na prerrogativa de cada indivíduo decidir em princípio e substancialmente sobre a divulgação e utilização de seus dados pessoais.

O próprio Tribunal Constitucional, contudo, na mesma decisão, alertou para o fato de que o direito à autodeterminação informativa não assegura a cada cidadão um controle absoluto sobre os seus dados, visto que, dada a inserção e responsabilidade comunitária e social do ser humano, este deve tolerar eventuais limitações.

2.5 Informatização processual, publicidade processual e a proteção de dados da pessoa natural no poder judiciário

A Lei 11.419/2006, dispõe sobre a informatização do processo judicial e estabelece que os documentos digitalizados juntados em processos eletrônicos estarão disponíveis para acesso, por meio da rede externa, apenas para visibilidade das respectivas partes processuais, pelos advogados, independentemente de procuração nos autos, pelos membros do Ministério Público e pelos magistrados, sem prejuízo da possibilidade de visualização nas secretarias dos órgãos julgadores, à exceção daqueles que tramitarem em segredo de justiça, respeitadas suas regras, o que denota que – desde o início da informatização processual – já havia a preocupação do poder público em expor os dados pessoais dos litigantes apenas naquilo que fosse absolutamente necessário.

Convém registrar que a Lei 13.793/2019 alterou a norma supra citada para expressamente permitir o acesso de qualquer advogado aos autos do processo eletrônico (mesmo que não represente qualquer dos sujeitos processuais), ressalvados os protegidos pelo segredo de justiça, que só podem ser consultados por advogado com procuração nos autos. Antes da vigência dessa norma, apenas os advogados com procuração nos autos podiam acessá-los livremente. Já a Lei 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação), por seu turno, subordina o Poder Judiciário às suas regras (art. 1º) e fixa, no artigo 25, que “*é dever do Estado controlar o acesso e a divulgação de informações sigilosas produzidas por seus órgãos e entidades, assegurando a sua proteção*”. Logo, o Poder Judiciário, como um dos poderes do Estado, deve zelar para que não sejam vazadas ao público externo informações pessoais desnecessárias.

O Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014), por sua vez, arrola a proteção da privacidade e dos dados pessoais como dois de seus princípios basilares. Nesta senda, o art. 22 da LGPD estabelece regras para que a parte interessada possa, 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. Como se vê, a possibilidade de expedição de ofício para as operadoras a fim de instruir o feito com provas digitais não é exclusividade do âmbito penal, podendo ser utilizada também no juízo cível (que inclui a seara trabalhista).

O diploma legal em apreço traça limites para a prerrogativa supra e determina, sob pena de inadmissibilidade, que o requerimento da parte seja cumulativamente fundado em indícios da ocorrência do ilícito, que haja justificativa motivada da utilidade dos registros solicitados para fins de investigação ou instrução probatória e que contenha o período ao qual se referem os registros. Segundo o art. 23 da referida norma, fornecidos os dados, caberá ao juiz tomar as providências necessárias à garantia do sigilo das informações recebidas e à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem do usuário, podendo determinar segredo de justiça, inclusive quanto aos pedidos de guarda de registro.

Diante dos termos explícitos da norma em cotejo, não vemos, pois, como o Poder Judiciário possa se furtar à responsabilidade de cuidar dos dados pessoais das pessoas naturais no que se refere às informações fornecidas pelas operadoras relativamente a dados e metadados colhidos na rede mundial de computadores e trazidos aos autos para formação do conjunto probatório. A nosso ver, tais documentos devem se revestir do sigilo documental e a proteção da intimidade e sigilo das informações pessoais não é óbice para o uso da prova digital com a finalidade de obtenção da verdade real. Cite-se, ainda, que o parágrafo 1º, do art. 4º, da Resolução 121/2010 do CNJ também aborda este tema e estabelece que – em se tratando de processos trabalhistas – as consultas públicas dos sistemas de tramitação e acompanhamento processual dos Tribunais e Conselhos, disponíveis na rede mundial de computadores, devem permitir a localização e identificação dos dados básicos de processo judicial, observados os seguintes critérios: número atual ou anteriores, inclusive em outro juízo ou instâncias; nomes dos advogados; registro junto à Ordem dos Advogados do Brasil.

Note-se que no processo do trabalho não se identifica o feito na rede mundial de computadores pelo nome das partes nem tampouco por seu CPF, com o intuito de evitar discriminações em razão do exercício regular do direito de ação, devendo – pois – a Justiça do Trabalho cuidar para que referida Resolução seja rigorosamente cumprida. A Resolução 215/2015 do CNJ, que dispõe sobre a divulgação de dados processuais eletrônicos na Internet, em seu art. 32, limita o acesso público a informações pessoais relativas à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem detidas pelo Poder Judiciário e determina que tais dados serão de acesso restrito a agentes públicos legalmente autorizados e às pessoas a que se referirem, independentemente de classificação de sigilo, pelo prazo máximo de 100 (cem) anos a contar da data de sua produção.

Em seguida estabelece, no art. 33, que o tratamento das informações pessoais deve ser realizado de forma transparente e com respeito à Doutrina e aplicabilidade no âmbito laboral.

No contexto, vale trazer à colação a Resolução 332/2020 do CNJ que, em seu art. 8º, esclarece que “transparência” para fins do mencionado diploma consiste na divulgação responsável, considerando a sensibilidade própria dos dados judiciais. Pode-se, pois, ter este preceito como regra de atuação na seara de divulgação de dados pessoais: o Poder Judiciário não pode divulgar os dados pessoais de pessoas naturais de maneira displicente, tem que fazê-lo de forma responsável.

[Ainda, tem-se a Recomendação CNJ 73/2020 (adoção de medidas preparatórias e iniciais para a adequação às disposições contidas na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais), que, em suas considerações preambulares, refere ser necessária não só a proteção dos dados pessoais de seus servidores, terceirizados, estagiários e magistrados, mas também a proteção da privacidade e dos dados pessoais de jurisdicionados e outros sujeitos identificados ou identificáveis nos atos processuais.

Pelas razões expostas, constata-se que mesmo antes da Lei 13.709/2018 os órgãos do Poder Judiciário já demonstravam o cuidado com os dados que seriam expostos ao público em geral relativamente aos jurisdicionados e cidadãos envolvidos nos processos judiciais. Portanto, mesmo que referida norma permita o tratamento de dados pelos juízes, desembargadores, servidores etc., esse tratamento não pode expor mais do que o necessário à concretização da publicidade dos atos processuais.

Há dados pessoais que devam ser protegidos no processo do trabalho?

Nos processos trabalhistas há inúmeros dados pessoais e dados pessoais sensíveis que – quanto expostos – tornam a pessoa vulnerável a fraudadores, estelionatários, empresas que colocam o nome do reclamante em listas sujas, pessoas interessadas na compra de créditos por valores irrisórios etc. Sem falar em dados médicos atrelados a laudos, conversas íntimas em aplicativos de mensagens e outras situações que nem sempre convém estar disponível na rede mundial de computadores. À guisa de exemplo, há caso concreto de empresas que “garimpam” informações sobre precatórios a serem liberados e, de posse de dados fornecidos nos próprios portais do Poder Judiciário, com nome e CPF dos credores, conseguem localizá-los e convencê-

los de que o dinheiro demorará muito a ser liberado (o que não é verdade, porque nesta altura já há previsão da data da liberação de valores) para, assim, levá-los a ceder o crédito por 20% ou 30% do valor original, causando-lhes prejuízos irreparáveis. Por isso, é preciso buscar meios de proteger os dados pessoais das pessoas naturais mesmo no âmbito do Poder Judiciário. Insisto que, dependendo do caso concreto, advogados e magistrados, sempre que necessário, devem fazer uso do mecanismo de sigilo de peças processuais.

O segredo de justiça é o sigilo integral dos autos para a proteção do interesse público, do interesse social ou da intimidade da pessoa, e impõe a vedação da divulgação da existência do próprio processo. Já no sigilo, afasta-se a publicidade externa apenas para um ou alguns atos do processo. Por exemplo, quando se apresenta a declaração de imposto de renda nos autos, apenas o arquivo que contém esses dados fica anexado como sigiloso (VALENTE CARDOSO, 2020). Assim, deve haver a preocupação em não tornar visíveis documentos que tragam dados sensíveis do trabalhador. No TRT-2, exemplificativamente, as gravações das audiências ficam em sigilo porque trazem dados sensíveis das partes e das testemunhas. Os interessados, se quiserem, podem participar (ao vivo) das audiências que são públicas e possuem um link de acesso no portal, mas as gravações ficam restritas às partes, advogados em geral, servidores que manuseiam o processo e magistrados vinculados à Unidade Judicial. A saber:

PORTARIA GP/CR Nº 04/2020 – Art. 2º O acesso para juntada de arquivos de áudio e vídeo ao Acervo Eletrônico PJe, bem como para a posterior visualização dos arquivos, será permitido apenas ao(s) advogado(s), procurador(es) e partes envolvidas no processo, mediante a utilização de identidade digital da pessoa física, em meio eletrônico (e-CPF) e a indicação do processo eletrônico ao qual o arquivo deve ser associado.

Destarte, protegem-se trabalhadores e testemunhas da curiosidade e maldades alheias. No que diz a LGPD (inciso III, do art. 7º, da Lei 13.709/2018), o tratamento de dados pessoais poderá ser realizado pela administração pública, para o uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos, daí porque o Poder Judiciário pode utilizar dados pessoais (ainda que sensíveis) no seu dia a dia, a fim de executar sua tarefa precípua de dar a cada um o que é seu com celeridade e justiça. Neste ponto, ao ingressar com ações judiciais, ou defender-se nelas, o cidadão concede seu consentimento para o tratamento

de tais dados. Portanto, o Poder Judiciário pode tratar de dados pessoais de pessoas naturais. Isto é fato incontestável.

Porém, não pode se olvidar do cuidado em não expor estes dados de maneira a prejudicar jurisdicionados, testemunhas e todas as pessoas naturais que de alguma forma estão com seus dados alocados nos autos. Tudo isso é esclarecido pelo art. 21, da Lei 13.709/2018, que estabelece que os dados pessoais referentes ao exercício regular de direitos pelo titular não podem ser utilizados em seu prejuízo. Em outras palavras: a exposição de reclamantes e testemunhas a listas sujas faz com que o jurisdicionado tenha medo de exercer o seu direito de ação ou de defesa. A autorização dada pelo art. 7º, inciso III, da LGPD para que o Poder Judiciário trate dos dados de pessoas naturais não lhe dá carta branca para divulgar estes dados de maneira irresponsável. Como vimos anteriormente, várias são as normas que impõem limites às divulgações de dados pessoais de pessoas naturais, mas o art. 21 da própria Lei 13.709/2018 traça de maneira indubitável os contornos da atuação do magistrado.

Como é na Europa? Historicamente, o RGPD começou a ser desenhado na Europa no início do século 20. Logo após a Primeira Guerra Mundial, houve um censo religioso na Alemanha, com finalidade legítima de saber a religião da população idosa local e, assim, possibilitar que o Estado fizesse funerais dignos e de acordo com a crença dos falecidos que não tinham familiares vivos no país. Esta finalidade absolutamente legítima, entretanto, foi desvirtuada pelo Governo de Adolf Hitler, que se utilizou de tais dados e da tecnologia de Hollerith (futura IBM) para obter mais rapidamente informações sobre quem eram e onde estavam os judeus na Alemanha, subjugando-os. (SABBATINI, 2001). Finda a Segunda Grande Guerra, estas feridas fizeram com que o povo europeu cuidasse para que seus dados não ficassem expostos (nem mesmo para o Estado ou pelo Estado). Na década de 1970 - várias normas de proteção de dados pessoais de primeira geração, como a lei de dados da Suécia (1973), o estatuto de proteção de dados do Land alemão de Rheinland-Pfalz (1974) e a lei federal de proteção de dados da Alemanha (1977). Nos EUA, foi editado, em 1970, o Fair Credit Reporting Act e, em 1974, o Privacy Act. Em 1976.

Portugal foi o primeiro país a estabelecer em sua Constituição o direito fundamental à autodeterminação informativa (art. 35). Em 1981 foi promulgada a Convenção nº 108, do Conselho da Europa que, mais tarde, serviu de base para a Diretiva 95/46/CE, de 1995. Finalmente, em 2018, entrou em vigor o RGPD, que traz o regramento da proteção de dados pessoais para os cidadãos europeus nos dias atuais. No item 20 de seus “considerandos”, o RGPD refere

que muito embora seus artigos sejam aplicáveis às atividades dos tribunais e autoridades judiciais, a competência das autoridades de controle não abrange o tratamento de dados pessoais efetuados pelos tribunais no exercício de sua função jurisdicional, a fim de assegurar a independência do Poder Judiciário no exercício de suas funções. A partir desta assertiva, começou a se formar no Brasil um entendimento de que a Lei 13.709/2018, a exemplo da lei europeia, não poderia atingir o Poder Judiciário em sua função judicante. Ocorre que o texto do RGPD não exclui o Poder Judiciário de zelar pelos dados pessoais das pessoas físicas dos jurisdicionados, diz apenas que a supervisão desta tutela deverá, se possível, ser confiada a órgãos específicos do sistema judiciário de cada Estado-Membro e arremata afirmando que estes órgãos específicos devem ser capazes de assegurar o cumprimento das regras do RGPD e sensibilizar os membros do sistema judicial para as suas obrigações ao abrigo do regulamento, assim como regular e tratar reclamações em relação a tais operações de processamento de dados.

Repita-se, o regulamento europeu não autoriza ao Poder Judiciário tratar os dados pessoais de maneira irresponsável, ao contrário, deixa clara a obrigação de as autoridades judiciais respeitarem o princípio da privacidade e as regras do RGPD. O que o regulamento faz é apontar a preferência de se confiar a órgãos do próprio sistema judiciário de cada país a supervisão e aplicação das penalidades pelas infrações ao RGPD que possam ocorrer no exercício da atividade judicante.

Ao encontro do nosso entendimento, em 23 de março de 2019 foi publicada na França a Lei 2019-222, que no art. 33 reforça a ideia de que os debates judiciais são públicos, mas os dados pessoais podem ser anonimizados para garantir o direito à privacidade dos cidadãos envolvidos nos processos. O próprio Tribunal de Justiça da União Europeia estabeleceu regras para a proteção de dados pessoais no âmbito das publicações relativas a processos judiciais em tramitação naquele órgão, fazendo-o nos seguintes termos: Em conformidade com as obrigações que lhe incumbem, o Tribunal de Justiça tem a preocupação, no exercício das suas funções jurisdicionais, de conciliar o princípio da publicidade da justiça e da informação dos cidadãos com a proteção de dados pessoais das pessoas singulares mencionadas nos processos ajuizados. Quando uma parte considerar necessário que alguns dos seus dados pessoais não sejam divulgados no âmbito das publicações relacionadas com um processo ingressado no Tribunal de Justiça, pode dirigir-se a este último para, se for caso, disso requerer que lhe seja concedido o anonimato no âmbito desse processo.

Na Europa, o que são públicos são os debates, não os dados das pessoas naturais. A Lei 13.709/2018 não fez qualquer observação quanto a isentar o Poder Judiciário do respeito às regras de proteção de dados pessoais das pessoas naturais, daí porque, até que advenha legislação em contrário, há que se cumprir o disposto no art. 21 da referida norma, a saber: os dados pessoais referentes ao exercício regular de direitos pelo titular não podem ser utilizados em seu prejuízo.

No Brasil, apontamos a possibilidade de pseudoanonimização (ou pseudonimização) dos dados pessoais e, assim, a preservação da publicidade processual e do direito à autodeterminação informativa simultaneamente. Para tanto, mister se faz a “sensibilização” dos membros dos diversos órgãos do Poder Judiciário (conforme sugere o considerando n. 20 do RGPD), o incentivo a boas práticas na proteção de dados dos jurisdicionados e cidadãos que tenham seus dados tratados em atividades judicantes e treinamento a todos os servidores, magistrados, estagiários e terceiros que lidam com este tipo de dados. Segundo Machado e Doneda, “o procedimento de “pseudonimização consiste em substituir um atributo (tipicamente um atributo único) em um registro por outro; seria um processo de mascaramento ou disfarce (*ditinsguising*) de identidade, que afeta principalmente identificadores diretos”. (MACHADO, 2020). O art. 4º do Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD) diz que “pseudo anonimização” é o tratamento de dados pessoais de forma que deixem de poder ser atribuídos a um titular de dados específico sem recorrer a informações suplementares, desde que essas informações suplementares sejam mantidas separadamente e sujeitas a medidas técnicas e organizativas para assegurar que os dados pessoais não possam ser atribuídos a uma pessoa singular identificada ou identificável. Seria facilmente possível, por exemplo, qualificar as testemunhas em apartado, atribuir-lhes iniciais aleatórias ou números, deixar esta qualificação em sigilo e escrever na ata, sentença ou acórdão apenas as iniciais aleatórias ou a numeração atribuída.

Outro exemplo de boa prática, nos acordos judiciais, é não colocar os dados bancários e o CPF do credor no termo que vai para publicação, estes dados não interessam ao público. Práticas simples, não onerosas, que respeitam o princípio da publicidade e o da autodeterminação informativa simultaneamente. Os atos processuais continuariam sendo públicos, apenas os dados pessoais estariam protegidos. Gestos simples que trariam maior segurança a todos. Res-

salte-se, ainda, que se deve a todo custo evitar o chamado efeito “mosaico”, ou seja, a pseudo-anonimização ou pseudonimização não pode levar, por meio de simples ilações, à identificação do titular de dados.

Provas digitais deixam rastros e metadados. O Poder Judiciário tem o dever de se preocupar e evitar de expor estes dados que podem ser raspados por site legítimos de análise jurisprudencial. Ao determinar uma exportação de mensagens do WhatsApp ou ao trazer aos autos EXIF's de fotografias digitais devemos, a meu ver, colocar tais documentos em sigilo e na hora de elaborar a ata ou a sentença pseudoanonimizar os dados pessoais dos jurisdicionados. Por exemplo, atuando como magistrado, mesmo antes do advento da LGPD, não registrava os dados bancários nos termos de audiências referentes aos acordos firmados, porque entendo que seria uma exposição desnecessária da vida íntima dos litigantes que ficariam vulneráveis a *hackers*. Assim, ao utilizarmos das novas tecnologias com o objetivo de facilitar a obtenção da verdade substancial, não podemos nos esquecer do direito à autodeterminação informativa dos cidadãos.

Em conclusão, a Constituição estabelece a publicidade dos atos processuais e não a publicidade dos dados pessoais, motivo pelo qual os tribunais devem tratar referidos dados com extremo cuidado. Os Tribunais têm o direito de tratar de dados pessoais no exercício de sua função institucional (art. 7º, III, da LGPD), mas não podem tratá-los de maneira displicente. Devem cuidar para não os expor, especialmente quando envolver dados sensíveis, em outras palavras, “(...) *cada Tribunal deverá ter o cuidado de não expor informações desnecessárias e que possam comprometer/constranger a pessoa, mesmo que o processo não siga em segredo de justiça*” (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery).. Inúmeros são os dados pessoais, na seara trabalhista, que devem ser preservados da publicidade. Por exemplo, o número da conta corrente onde será depositado o valor do acordo do trabalhador, o laudo médico com suas doenças e condições físicas, lista de recebimento de precatórios etc.

A LGPD veio imprimir uma nova mentalidade quanto a tratamento de dados pessoais. Os dados pertencem aos titulares que têm o direito a autodeterminação informativa. A Lei 13.709/2018 não isentou explicitamente o Poder Judiciário de respeitá-la em sua inteireza, ainda que no exercício de suas atividades judicantes. Convém lembrar que o RGPD tampouco isentou

o Poder Judiciário local de observar a privacidade dos dados pessoais de pessoas naturais, apenas estabeleceu que – quando possível – a fiscalização do cumprimento do regulamento em seara judicante seria feita pelo sistema do próprio judiciário. A França e o Tribunal Europeu viram na anonimização uma forma de solucionar este dilema, com reforço de que na Europa os debates são públicos e os dados são privados.

No Brasil também devemos buscar mecanismos para conciliar o princípio da publicidade processual com o da autodeterminação informativa que, de todo modo, não são contraditórios. Enquanto não vier em nosso país regulamentação formal quanto à atuação do Poder Judiciário no âmbito da proteção de dados, convém usarmos de boas práticas, sensibilização e muito treinamento a fim de evitar exposições desnecessárias das pessoas naturais. Dentre as boas práticas, está a pseudoanonimização do nome das partes e das testemunhas no documento que vai para a Internet (termo de audiência, sentença, acórdão, por exemplo). O termo vai para a rede mundial de computadores com nomes fictícios e os nomes reais estão certificados nos autos do processo e lacrados com o sigilo processual. Assim, por exemplo, a qualificação das testemunhas poderia vir em documento em apartado que ficaria em sigilo.

3. A EMPRESA TRANSNACIONAL E O FORNECIMENTO DE DADOS

3.1. A proteção de dados na Europa e no Brasil: . O Regulamento Geral de Proteção de Dados – RGPD. Intimidade vs privacidade.

O Regulamento Geral de Proteção de Dados – RGPD/UE 2016/679 entrou em vigor em 25/5/2018, após dois anos de promulgação, em 4/5/2016, objetivando regular um direito (à proteção de dados) e garantir a liberdade (a livre circulação dos dados), à semelhança do que já ocorria com a Diretiva Comunitária nº 46/95. Assim, a proteção do direito fundamental prevalece sobre o interesse econômico dos responsáveis e encarregados do processamento de dados, como foi reconhecido pelo Tribunal de Justiça, na sentença proferida em 13/05/2014⁸¹, segundo o Google Espanhol e Agência Espanhola de Proteção de Dados. O RGPD e o direito fundamental à proteção de dados (art. 8º da Carta Europeia de Direitos Humanos) aplica-se àqueles que têm um arquivo automatizado contendo dados pessoais. No tocante ao aspecto territorial, o RGPD é aplicável no âmbito da União Europeia e de outros países, ainda que não

comunitários, desde que, a partir de relação jurídica ou comercial, afetem os dados de cidadãos ou empresa estabelecida na UE. Assim, o princípio da segurança jurídica tem sua incidência para além do território europeu, considerando que os dados circulam livremente, independentemente das fronteiras de um país.

Outro aspecto importante é a compreensão do consentimento do interessado (art. 4.11 do RGPD), como sendo toda manifestação de vontade livre, específica, informada e inequívoca pela qual o interessado aceita, seja mediante uma declaração ou uma clara ação afirmativa, o tratamento de dados pessoais que lhe são relacionados, sendo especificadas duas formas de expressar o consentimento: mediante declaração ou mediante uma clara ação afirmativa. Desse modo não subsiste o denominado consentimento tácito (o silêncio, as alternativas já marcadas ou a inação).

Logo, o silêncio ou a inação não podem considerar-se como uma declaração de consentimento, pois este tem que ser um ato afirmativo claro e para finalidades específicas. O Princípio da Finalidade já se fazia presente desde o Convênio 108/1981 e foi incorporado pela DC nº 46/1995, mantendo-se no atual RGPD, no sentido de que os dados coletados para uma finalidade específica não podem ser utilizados para outra.

Comentando o então projeto do atual RGPD, Sanchez Bravo já propugnava que toda a informação dirigida ao público, em virtude do princípio da transparência, deve ser de fácil acessibilidade e compreensão, utilizando-se de uma linguagem simples e clara. O Regulamento foi idealizado para a publicidade na Internet e outras situações tecnológicas complexas. Por isso, faz-se necessário que o interessado possa saber e compreender se seus dados estão sendo recolhidos por quem e para que (finalidade). Especial atenção deve-se conferir aos menores, que são os efetivamente cuidados em sua vida privada.

O RGPD traz novidades, algumas aplicáveis especificamente ao que aqui se estuda: princípio de *accountability* ou responsabilidade pró-ativa-transparência, que na hipótese de dano ou prejuízo material ou imaterial prevê o que o valor indenizatório pode chegar a € 20.000.000 de euros, ou, tratando-se de empresas, até 4% da receita global, o que for mais elevado.

O RGPD pretende fazer mais simples a proteção dos dados, reduzindo os encargos administrativos às empresas, ao mesmo tempo em que implementa a *accountability* (REI-GADA). Assim, o RGPD supõe uma simplificação normativa e a supressão ou flexibilização de algumas exigências das leis nacionais que os mercados consideravam burocráticas. Por outro lado, introduz novas garantias para a proteção das pessoas físicas no tocante ao tratamento de seus dados pessoais, que provêm em grande medida da cultura jurídica anglo-saxã e do âmbito da autorregulação. É estabelecido um novo princípio, o da “responsabilidade proativa” – artigo 5.2, e no artigo 24 trata da responsabilidade do encarregado do tratamento de dados, para que seja capaz de demonstrar que o tratamento está em conformidade com o RGPD.

Deste modo, o Regulamento transforma as obrigações do responsável que estavam na Diretiva em um princípio de responsabilidade, introduzindo a *accountability*. Como consequência da proatividade, diferentemente da passividade do tempo da Diretiva, ao responsável é devido declarar e notificar os tratamentos de dados, colocar legendas informativas, responder perante os cidadãos sobre os direitos de acesso, retificação, cancelamento e oposição, e implementar medidas de segurança descritas na norma. O RGPD determina que o responsável avalie os riscos prováveis (alto, médio ou baixo), adotando as medidas no caso concreto, avaliando os riscos e analisando as medidas preventivas que podem ser adotadas, quando necessárias, e se afasta da antiga figura do responsável definida na Diretiva 95/46 e na antiga LOPD (Lei Orgânica de Proteção de Dados Pessoais – Lei nº 15/1999, que sucedeu a Lei nº 5/1992), desenhando um modelo mais moderno do responsável, mais atual, inspirado no modelo anglo-saxônico de responsável *accountability* e de *compliance*, que não se limita a cumprir a determinação legal, mas se adiante a prevenir possíveis descumprimentos.

No Brasil, o Marco Civil da internet, completado pela LGPD, inaugurou o microsistema de regulação do tratamento de dados prevê o consentimento na coleta dos dados (artigo 7º, IX) e o agir de maneira transparente (artigo 9º, II), tal qual acontece na normativa européia. O Provedor somente é responsabilizado se não cumprir a ordem judicial de retirada dos dados (artigo 19), burocratizando a celeridade da via administrativa que acontecia, até então. A Autoridade de Proteção de Dados Pessoais foi criada como integrante da Presidência da República, porém de forma transitória, podendo ser submetida ao regime autárquico especial, conforme artigo 55-A, §1º, da Lei nº 13.853/2019.

Um dos direitos novos trazidos no RGPD mas que não encontra sucedâneo no direito brasileiro é o direito à desconexão digital do trabalhador (artigo 88), reconhecendo a necessidade de descanso nos períodos que extrapolam a jornada de trabalho. Com a covid-19 e o trabalho remoto, tal direito ganhou singular relevância.

Deste modo, o RGPD se moderniza para ir além da codificação estruturada a partir de preceitos para o descumprimento e pretende se atualizar na perspectiva de prospecção da legislação, estimulando as boas práticas e não apenas reprimindo.

Na seara trabalhista, é importante ressaltar que para a nossa LGPD os dados do trabalhador caracterizam dados sensíveis, inclusive pela vinculação com informações sindicais e, por vezes, de saúde,(artigo 5º, II, da LGPD). A legislação trabalhista coíbe práticas discriminatórias, vedando-se na fase pré-contratual a exigência de testes, exames. A adoção de recrutamento fundamentado na distinção de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, idade, dentre outros, é expressa mente proibida pela Lei 9.029/199586.

Entretanto, certas profissões admitem, expressamente, a exigência de dados sobre antecedentes criminais, como as Leis 7.102/198387 e 10.826/200388, ou exames toxicológicos, nos termos do artigo 168, 6º, da CLT, ressaltando a sensibilidade no trato dos dados do candidato ao emprego. Com razão afirma Godinho Delgado que mesmo na fase pré-contratual é possível eventual obrigação indenizatória quando experimentados prejuízos ao candidato à vaga de emprego. Tanto nas fases contratual como na pós-contratual, dados relativos à saúde do trabalhador (como exames, doenças e acidentes de trabalho, especialmente previstos no Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional constantes na NR 791) deverão ser resguardados pelo empregador. Isso significa que devem ser protegidos de maneira mais contundente, pois vão além do dado pessoal. Os dados sensíveis têm especial proteção, pois se vazarem poderão causar situações de discriminação, comprometendo o princípio constitucional da igualdade (artigo 5º, “caput”, da CF).

Portanto, a empresa empregadora deve formular projeto de adequação à LGPD, para estar em conformidade com a proteção de dados do trabalhador, na seara jurídica, dos recursos

humanos e do setor de tecnologia de informação.

A implementação da lei requer o esforço multidisciplinar. Os investimentos em prevenção da empresa visam comprovar as suas boas práticas e são considerados, em juízo e administrativamente, caso haja algum revés. Percebe-se, porém, que a LGPD é tímida se comparada ao RGPD, mas representa um passo importante em direção à formação da cultura da proteção dos dados pessoais, destacando-se que no Brasil a Lei nº 9.029, de 13 de abril de 1995, proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências

Intimidade vs privacidade

No Brasil, os direitos à intimidade e à privacidade estão referidos no artigo 5º, X, da Constituição Federal - CF92, reconhecendo-se a distinção proveniente da doutrina e jurisprudência alemãs na teoria das esferas ou dos círculos concêntricos (CUNHA). As esferas da vida privada comportam o grau de interferência que o indivíduo suporta com relação a terceiros. Para tal, leva-se em consideração o grau de reserva do menor para o maior. Assim, no círculo exterior está a privacidade; no intermediário, a intimidade; e, no interior desta, o sigilo. Deste modo, a proteção legal torna-se mais intensa à medida que se adentra no interior da última esfera.

O preceito constitucional consagra a regra do fornecimento da informação pública, ressaltando o sigilo imprescindível à segurança da sociedade e do Estado – art. 5º, XXXIII, da CF94. Na regulamentação ao dispositivo da Constituição, a Lei de Acesso à Informação Pública, em seu art. 3º, I, estabelece que para assegurar o direito de acesso à informação pública será observada a publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção. Desenvolveu-se, então, a noção de autodeterminação informativa (PÉREZ LUÑO, MURILLO) comentada alhures, que equivale à liberdade informática com um valor indiscutível na sociedade da informação

(DA VARA RODRIGUEZ). Sua função consiste em garantir aos cidadãos direitos de informação, acesso e controle dos dados que lhes concernem.

O livre desenvolvimento da personalidade estaria dividido em duas liberdades. De um lado, a liberdade para decidir realizar ou não determinados atos e a faculdade para comportar-se ou atuar de acordo com essa decisão. De outro, temos a autodeterminação informativa referente à liberdade do indivíduo para determinar se deseja tornar públicas informações a seu respeito, bem como a quem cedê-las e em que ocasião.

Nesse tópico, é paradigmática a sentença do Tribunal Constitucional Federal Alemão com relação à Lei do Censo, em 1983. Com a expansão das novas tecnologias em rede, em 2008, o Tribunal Constitucional Federal Alemão atualizou a autodeterminação informativa, a partir do novo direito fundamental à garantia de confidencialidade e integridade dos sistemas técnico-informacionais, acentuando a aludida migração das relações sociais e condução da vida do indivíduo para o ambiente técnico-informacional. A decisão ficou restrita à atuação do poder público, mas é reconhecido o impacto que pode causar no setor privado, igualmente.

A discussão teórica, a respeito de ser a autodeterminação informativa um novo direito ou mero desdobramento do direito à intimidade evoluiu para a positivação do reconhecimento da proteção dos dados pessoais, de forma autônoma. Isto significa a proteção de todos os dados de caráter pessoal que digam respeito ao cidadão. Esses dados devem ser objeto de um tratamento legal, com finalidade específica e com consentimento da pessoa interessada.

Logo, a proteção dos dados pessoais é compreendida como um direito autônomo em relação à intimidade ou privacidade, nos países europeus, veja-se o Tratado de Lisboa, artigo 16-B100, que ratificou a Carta de Nice, contemplando o direito fundamental à proteção dos dados pessoais (artigo 8º), em caráter autônomo à intimidade (artigo 7º). O diploma explicitador dos direitos fundamentais da União Europeia demonstra estar sintonizado com as questões oriundas do ciberespaço.

No âmbito nacional, o STF por meio da ADI nº 6387102 consagrou o direito à proteção. A questão discutida nesse julgamento, que se tornou paradigmático, relaciona-se à Lei do

Censo, que fazia demasiadas perguntas e que poderia atentar diretamente contra os direitos fundamentais de liberdade de opinião, inviolabilidade de domicílio e liberdade de expressão. O objetivo do Tribunal era aprofundar as bases constitucionais da proteção de dados relativas à pessoa. Antes da aprovação da PEC 17/2019, Sarlet já sustentava o direito fundamental à proteção de dados pessoais. A importância no reconhecimento de um novo direito fundamental correspondente confere um atual sentido à proteção da pessoa humana e da dignidade, da autonomia e das esferas que lhe são inerentes. Como consequência, a proteção jurídica alcança *status* normativo superior, a inclusão como cláusula pétrea, artigo 60, § 1º a 4º, da CF e as consequências da eficácia, art.5, §1º e §§2ª e 3º da CF.

A inexistência de autoridades administrativas para proteção dos dados, tal qual existem na Europa, leva à sobrecarga dos tribunais, propiciando uma judicialização excessiva (PERLINGEIRO). Exposições virtuais e consequências reais diante da exposição constante das pessoas nas redes sociais, o risco de vazamento de informações e imagens fica potencializado. Outrora os riscos existiam, mas eram diminuídos, se comparados aos dias de hoje. Nos dizeres de Pérez Luño tem-se uma metamorfose no direito à intimidade que se expressa duplamente: do original direito a estar só individualmente à perspectiva de estar no âmbito social e coletivo; e desde o direito à personalidade ao deslocamento que aponta para órbita patrimonial. O primeiro significado da intimidade (direito a estar só) se situa na esfera de foro interno, de solidão, de ensimesmamento e autoconfinamento pessoal. Consequentemente, este conceito corre o risco de ser inexplicável e carecer de qualquer relevância jurídica; ou se, ao contrário, toma-se como ponto de referência suas implicações e projeções intersubjetivas no âmbito do “foro externo”, corre-se o risco de deformar a intimidade, de coisificá-la, de diluí-la em um conjunto de tópicos sociais, e vendê-la em seu antônimo, isto é, na sua alteração; ou seja, em que deixe de ser ela mesma para ser traída, levada e tiranizada pelo outro.

A dimensão interna e ensimesmada da intimidade para realizar-se plenamente precisa extroverter-se; a convivência é indispensável na vida humana, seres sociais que somos. A vida necessita apoiar-se em outras vidas(GARCÍA MORENTE). Há a necessidade de superação de minha subjetividade imediata pelo confronto com uma subjetividade exterior (observa-se aqui a proposição hegeliana do movimento dialético de afirmação, negação e negação da negação). O reconhecimento de minha liberdade e de meu querer inclui, necessariamente, a subjetividade exterior, pois tem como pressuposto o reconhecimento delas (minha liberdade e querer) por

instâncias mediadoras, como a família, as corporações e Estado (WEBER).

Assim, para que se possa exercer a vontade livre e autônoma, é necessário que se admita e reconheça uma mútua restrição de direitos e deveres, o que deverá ser realizado através das instâncias mediadoras (sermos membros de). Noutras palavras, conforme leciona Weber, “[...] *o Estado, dentro da eticidade, é condição de possibilidade da realização da vontade livre, isto é, autônoma*”. É exatamente por intermédio dessa mediação em que se encontra a concretização do conceito de liberdade, que é a segunda natureza proposta por Hegel, que é a eticidade (ou mediação social da vontade). Essa abertura da convivência se exercita por formas de comunicação e de linguagem que se integram e socializam no mais íntimo de nosso ser, assim o ser mais íntimo de cada homem já está informado, modelado por uma determinada sociedade. Isto porque a própria noção de intimidade ou de privacidade é uma categoria cultural, social e histórica (ORTEGA Y GASSET). Destarte, o núcleo significativo da intimidade se deslocou, inclusive foi ao seu oposto, desde o âmbito solitário do individualismo egoísta à esfera dos usos sociais em que se manifesta e se exterioriza em termos de alteração. A decantação da cultura europeia da intimidade e privacidade, que pretende traduzir a noção anglo-saxã de privacidade, assim como a categoria dos denominados dados pessoais e perfis de personalidade, que se projetam sobre um conjunto mais amplo e global das relações intersubjetivas, refletem esta tendência paradoxal em direção a uma socialização da intimidade (CABEZUELO ARENAS).

Desafia análise o deslocamento da esfera do direito de personalidade ao âmbito patrimonial, considerando que muitas pessoas recebem quantias patrimoniais expressivas para expor sua intimidade, negociando esta exposição, principalmente em programas televisivos e mídias sociais.

A intimidade, que foi concebida inicialmente como integrante dos direitos de personalidade e um dos mais destacados exemplos, atualmente encontra-se condicionada aos acontecimentos sociais. Com isso, vulnera-se aos modismos e, inclusive, às exigências de mercado, tendendo a coisificar-se. Por isso, na sociedade da informação e de consumo, a intimidade se converteu, em muitas ocasiões, em mercadoria cujo valor se calcula em termos da lei da oferta e da procura. Nesses casos, a intimidade de cada um vale o que os demais, em especial os meios de comunicação, estão dispostos a pagar para publicizá-la (PÉREZ LUÑO). Deste modo, o direito à intimidade somente se mantém como direito da personalidade dotado dos atributos de

inviolabilidade, irrenunciabilidade e inalienabilidade para os menores, enquanto para os maiores pode ser objeto de transações consentidas, de renúncias e cessões, em troca das correspondentes prestações econômicas. Constata-se, então, que para os adultos perdeu sua dimensão de direito da personalidade para integrar-se no sistema de direitos patrimoniais. Assim, a metamorfose do direito à privacidade, segundo Pérez Luño, trouxe mudanças importantes. Deslocou-se do âmbito interno - direito a estar só - a uma perspectiva social e coletiva e da condição de integrante de direito da personalidade passou a direito patrimonial, porque integra a ótica negocial para muitas pessoas, na condição desfrutada pela maioria, subsistindo apenas para os menores.

A reinvenção da privacidade é como Stefano Rodotà denomina o fenômeno atual, enquanto a construção da identidade efetua-se em condições de dependência crescente do exterior. Nesta perspectiva, assume um novo significado a liberdade de expressão como elemento essencial da pessoa e de sua inserção na sociedade. Isto modifica a relação entre esfera pública e privada e a própria noção de privacidade, a partir da constitucionalização da pessoa humana.

Como consequência desta transformação, o critério de segurança pública se converte em exclusivo critério de referência. Isto significa que as pessoas estão cada vez mais transparentes e os organismos públicos mais afastados do controle jurídico e político, ocasionando uma nova distribuição de poderes políticos e sociais. O denominado tsunami digital pode ser considerado, desde outros pontos de vista, começando pela identidade.

Nesta perspectiva, o direito de acesso aos dados representa uma poderosa ferramenta, em termos de proteção jurídica, que permite manter o controle sobre as próprias informações, seja qual for o sujeito que as gestiona, o local em que se encontrem e as modalidades de sua utilização, já que confere poder para cancelamento nos seguintes casos: dados falsos, ilegitimamente recolhidos, conservados muito além do tempo previsto, inexatos ou para completação. O “conhece-te a ti mesmo” já não é uma operação voltada ao interior, mas devido a esta nova perspectiva vai-se ao exterior e à suposta necessidade de conhecer quem somos na dimensão eletrônica, onde se desenvolvem questões importantes nas nossas vidas.

Considerando hoje a dinâmica que caracteriza a obtenção dos dados e os sujeitos que a utilizam, cada vez é menos verossímil uma identidade como sou o que digo que sou, pois que

haveria que substituí-la por tu és o que Google diz que és (RODOTÀ).

A construção da identidade fica entregue por completo aos algoritmos. Considerado que a construção da identidade é interior e exterior, o sistema deve então: a) fazer explícito o fluxo de dados para permitir o controle da pessoa interessada; b) respeitar o princípio da minimização dos dados, tratando somente aqueles necessários em um contexto determinado; c) impor limites às conexões entre bancos de dados.

A nova abstração produz um esvaziamento do humano, de modo que é problemático afirmar que nos encontramos frente a uma nova antropologia. Manuel Castells - um dos maiores sociólogos da atualidade no estudo das redes sociais e Internet - adverte para o perigo da exposição exacerbada nas redes, aos programas de vigilância governamentais. Chega a afirmar de forma contundente que a privacidade na rede mundial de computadores acabou, no denominado mundo virtual. Apesar do gasto de bilhões de dólares em segurança eletrônica, tornou-se evidente que, numa rede, a segurança só é boa quando a segurança do elo mais fraco está protegida. Penetrando-se na rede, em qualquer ponto, pode-se percorrer seus nós com relativa facilidade. Isto envolve a (in)capacidade que tem um Estado de agir sobre um comportamento, que tem lugar em outra jurisdição – isso será limitado pelas velhas formas de poder baseadas na territorialidade. Castells adverte a respeito do Panóptico Eletrônico¹²⁰. Há uma ameaça fundamental à liberdade sob o novo ambiente de policiamento global: a estruturação do comportamento cotidiano pelas normas dominantes da sociedade.

A liberdade de expressão era a essência do direito à comunicação irrestrita na época em que a maior parte das atividades diárias não era relacionada à esfera pública. Mas em nosso tempo, uma proporção significativa da vida cotidiana, inclusive o trabalho, o lazer, a interação pessoal, tem lugar na internet. A maior parte da atividade econômica, social e política é de fato um híbrido de interação on-line e material em muitos casos imbricadas. Assim, viver num panóptico eletrônico equivale a ter metade de nossas vidas permanentemente expostas a monitoramento.

O Brasil experimenta um incremento legislativo a partir da aprovação do direito fundamental à proteção dos dados pessoais. Tal visa imprimir maior vigor à LGPD. Na seara trabalhista é muito importante que sejam respeitados os direitos do trabalhador, pois os dados

laborais, identitários, sindicais e, por vezes, dados de saúde, também são considerados sensíveis. Caso vazem, poderão causar situações de discriminação. Por isso, é importante que as empresas promovam a sua adequação à LGPD. A prevenção é positiva e necessária, pois assinala o compromisso com as boas práticas, o que é levado em conta tanto no âmbito administrativo e/ ou judiciário, caso exista algum revés. O RGPD na Europa é fruto de uma legislação evoluída nas últimas cinco décadas, contemplando mecanismos de transparência, no consentimento informado para coleta de dados, agência de proteção de dados, responsabilidade do encarregado da proteção de dados, agindo preventivamente e proativamente, diante da possibilidade de violação destes e, na seara laboral, o direito à desconexão digital do trabalhador. Da tríade de autores estudados, tem-se sucintamente que: Pérez Luño propugna a Metamorfose da Privacidade, Rodotà, a Reinvenção da Privacidade, e Manuel Castells atualiza o simbolismo do Panótico, e diz que se vive sob a vigilância de um Panótico eletrônico, afirmando que a privacidade deixará de existir nas relações virtuais.

Para concluir este tópico, a formação de uma cultura de proteção de dados pessoais é importante e representa ganhos ao cidadão/trabalhador, à empresa e ao Estado, diante da potencial utilização das novas tecnologias no cenário de informatização do processo e de utilização das provas digitais.

3.2 – O FORNECIMENTO DE DADOS DIGITAIS E A EMPRESA TRANSNACIONAL

A coleta e tratamento de dados pelas empresas que prestam serviços no Brasil devem necessariamente se submeter ao ordenamento jurídico brasileiro, independentemente de serem estrangeiras com filiais no país ou de realizarem armazenamento em nuvem.

Esse foi o entendimento firmado pela 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça com base no [artigo 11 da Lei 12.965/2014](#) (Marco Civil da Internet). Tal artigo determina a aplicação da legislação brasileira a operações de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de dados por provedores de aplicações de internet, bastando que um desses atos ocorra em território nacional.

Consoante a base de regulação normativa da internet no âmbito Nacional, as empresas transnacionais não podem se escusar do fornecimento de dados judicialmente determinados,

como já ponderado anteriormente, argumentando que o armazenamento dos mesmos se encontra no exterior.

A LGPD trouxe novo ingrediente para o debate. O art. 18, IV da Lei nº 13.709/18 prevê o seguinte:

O titular dos dados pessoais tem direito a obter do controlador, em relação aos dados do titular por ele tratados, a qualquer momento e mediante requisição: [...] IV – anonimização, bloqueio ou eliminação de dados desnecessários, excessivos ou tratados em desconformidade com o disposto nesta Lei

Observa-se, portanto, que a utilização da prova digital tem grande afetação na regulação da empresa transnacional, quer pela disciplina normativa aplicável ao fornecimento de dados, quer pela tutela constitucional da proteção à intimidade, do meio ambiente digital e do processo justo, já discutido nos capítulos anteriores.

3.3 ESTUDO DE CASO/ JURISPRUDÊNCIA

Transcrevemos estudos de caso analisados na jurisprudência para ilustrar a importância e relevância do tema e sintetizar o que já foi objeto de digressão até o momento:

"DADOS DE GEOLOCALIZAÇÃO. MEDIDA EXCEPCIONAL. AUSÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA

A obtenção dos dados de geolocalização, especialmente em relação às operadoras de telefonia, é permitida no processo do trabalho.

No entanto, sua utilização pode implicar colisão de direitos fundamentais (direito à prova por parte do empregador versus direito à intimidade e privacidade do empregado e de terceiros), devendo ser resolvida pelas regras da utilidade, proporcionalidade e razoabilidade à luz do caso concreto. É o que se depreende da aplicação subsidiária do disposto no art. 22, II, da Lei nº 12.965/2014 (uso da Internet no Brasil). Em outras palavras, se for possível utilizar outro meio para a produção da prova, não será necessária a obtenção dos dados de geolocalização.

Segundo a reclamada, o gestor deverá envidar esforços para que os serviços sejam prestados dentro da jornada de trabalho, compreendida entre o login que dá acesso aos recursos de informática e o logout. Portanto, do prisma exclusivo da reclamada, toda a jornada estará compreendida nesse período, sendo que somente ela poderia oferecê-los ao Juízo para provar as suas alegações. Como não juntou o relatório desses dados, que só ela possui, não pode querer expor os dados sensíveis da reclamante.

Cerceamento de defesa não configurado" (TRT 15ª Região, 5ª Câmara, proc. 0010411-62.2019.5.15.0077, julg. 23/08/2022, Rel. Des. Samuel Hugo Lima)

“ NULIDADE DO JULGADO - CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA E PRODUÇÃO DE PROVA

Em relação ao alegado cerceamento do direito de defesa e produção de prova, no sentido da produção de prova digital de geolocalização do trabalhador falecido, o requerimento restou indeferido por parte do MM. Juízo de origem na audiência de ID cd7a2ea, sob os seguintes fundamentos (ID n. cd7a2ea - fls. 1356):

"Requer a parte reclamante a produção de prova digital, notadamente "a produção de prova da geolocalização do reclamante nos horários e dias indicados na exordial, com intuito de demonstrar que nesses horários e dias o obreiro encontrava-se trabalhando na condução dos ônibus conforme narrado na vestibular, ou estava nas dependências da Primeira Reclamada, (...)". Petição id c5cfb56.

Sabe-se que as provas digitais configuram "novidade" na seara trabalhista, sendo tradicionalmente requeridas em processos de natureza penal, pelo Ministério Público. Registre-se que, nos termos do art. 5º, XII, da CF/88, "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".

No caso, a própria parte autora, interessada, requer a quebra do sigilo do trabalhador falecido.

O deferimento de tal meio de prova, como mais um meio de busca da verdade real, necessariamente envolve a mitigação pelo magistrado, no caso concreto, do princípio da privacidade/intimidade do trabalhador, entendendo que seu uso não deve ser autorizado de forma indiscriminada ou sem uma plausível justificativa.

Sem contar no que envolve enorme demanda às responsáveis pela manutenção de tais dados.

Nesse particular, cabe ressaltar a recente notícia veiculada no site do STF, datada de 12/07/21, de que o Ministro Ricardo Lewandowski, nos autos do Mandado de Segurança (MS) 38061, em liminar, manteve a quebra de sigilo telefônico do investigado, mas ressalvou os dados de geolocalização, lembrando "que a questão da quebra de sigilo de dados referentes à geolocalização, por meio de tecnologias como GPS, Bluetooth, sinal Wi-Fi e torres de celular para determinar o histórico de localizações geográficas específicas de um usuário de telefone celular é objeto do RE 1301250, que teve repercussão geral reconhecida, mas ainda não foi julgado", motivo pelo qual, em sua avaliação, seria "prematura" qualquer decisão nesse sentido.

Sem contar que, no caso em análise, o reclamante, quando ajuizou a ação, poderia obter tal prova, porque era detentor da informação, sem auxílio do Poder Judiciário.

Diante do exposto, indefiro, por ora, o requerimento da parte reclamante. Protestos."

A parte autora argui que, ao indeferir a produção da prova digital, o MM. Juízo "a quo" incorreu em cerceamento de defesa.

Pois bem.

Primeiramente, cumpre destacar que a parte autora consignou seus protestos quanto ao indeferimento da referida prova na própria audiência, renovando-o na primeira oportunidade em que teve para se manifestar nos autos (razões finais).

Ainda, a situação dos autos guarda particularidade.

Com efeito, durante o curso do processo, antes da audiência de instrução, em 29.7.2021, o autor, que pleiteava o reconhecimento do vínculo empregatício, veio a falecer, dificultando à parte autora a produção de provas, em especial, a prova oral, da qual a parte ré se beneficiou com a oitiva de três testemunhas, cabendo à essa Especializada garantir o direito de utilização de outros meios de prova.

Portanto, diante da peculiaridade do caso e da dificuldade de produção de prova pela parte

autora, evidente o prejuízo causado, eis que não reconhecido o vínculo empregatício. Nesse contexto, entendo por violado o disposto no art. 5º, LV, da CF, que assegura a todos os litigantes o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Assim, acolho a preliminar de cerceamento de defesa para declarar a nulidade da sentença, determinando o retorno dos autos à Vara de origem, para a produção de prova digital, notadamente, a produção de prova da geolocalização do reclamante nos horários e dias indicados na exordial, e prosseguindo-se posteriormente, como entender de direito.” (TRT 15ª Região, 5ª Câmara, proc. 0010553-36.2021.5.15.012908/2022, Rel. Des Rosemeire Uehara Tanaka)

CONCLUSÕES

Como destacamos de forma estruturada, a prova digital, fruto da contemporânea sociedade da informação, permite a amplitude do acervo probatório processual, incrementando-lhe completude e acuidade, com o objetivo de obtenção da almejada verdade correspondente à realidade fática onde se funda o litígio, fazendo-se necessário e indispensável o diálogo do Direito com a ciência de tratamento dos dados digitais.

Para tal desiderato, a dotação de poderes instrutórios ao Juiz de revela-se poder/dever, uma vez que a determinação das provas pertence à dimensão epistêmica do procedimento e não ao princípio dispositivo em sentido próprio. Os poderes instrutórios do Juiz reclamam o protagonismo judicial na formação do acervo probatório com a finalidade de obtenção da verdade substancial para a ulatimação do processo justo e tutela dos direitos, dentro dos limites constitucionais do respeito ao direito fundamental à proteção de dados e intimidade da pessoa natural, assim como o devido processo legal, cumprindo ao órgão jurisdicional o Juízo de ponderação nas hipóteses de antinomia entre as referidas garantias e a tutela da verdade como direito fundamental, norteado pelo processo justo e pela verdade compreendida como *standard* de correção do provimento jurisdicional na composição das lides.

Objetivamos, com este singelo e não exauriente trabalho, contribuir para o estudo do tema na tentativa de subsidiar a relevante atividade jurisdicional, vaticinando que o protagonismo judicial no processo do trabalho face a admissibilidade da prova digital vai além da obtenção da verdade real e demanda a sensibilidade do magistrado na ponderação entre tal direito fundamental e os igualmente fundamentais direitos à autodeterminação informativa e à proteção de dados, intimidade e privacidade dos sujeitos do processo.

REFERÊNCIAS

- ARENHART, Sérgio Cruz. A verdade e a prova no processo civil. Academia Brasileira de Direito Processual Civil–ABDPC, v. 27, 2005.
- ALEXY, Robert. Colisão de direito fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito democrático. Revista de direito Administrativo, v. 217, p. 67-79, 1999
- ALVES, Bruno Franco; GUIMARÃES, Marina Oliveira. Justificação racional das decisões jurídicas em Robert Alexy e a crítica de Jürgen Habermas. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, n. 10, p. 15-30, 2011.
- BARROSO, Luís Roberto. O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro São Paulo, ed. Saraiva, 9ª edição, 2020.
- BARROSO, Luís Roberto. Jurisdição constitucional: a tênue fronteira entre o direito e a política. Migalhas Jurídicas, 2014.
- BELTRAN, Jordi Ferrer. Valoração racional da prova/; (tradução Vitor de Paula Ramos) - 2a. ed. - São Paulo : Editora JusPodivm, 2022.
- BENTHAM, Jeremym . Tratado de las pruebas judiciales. Tradução Diego Bravo y Destouet. Londrina: Thoth, 2020 (ano da edição traduzida: 1847).

- CABEZUELO ARENAS, A.L. Derecho a la intimidad, con Prólogo de L. H. CLAVERÍA GOSÁL_BEZ, Tirant to Blanch, Valencia, 1998
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e teoria da Constituição. 7. Editora Coimbra: Almedina, 2003.
- CAMBI, Eduardo; PADILHA, Elisângela. Reflexões sobre as dimensões da dignidade da pessoa humana. RFD-Revista da Faculdade de Direito da UERJ, n. 30, p. 338-352, 2016.
- CARDOSO, Oscar Valente. "Proteção de Dados Pessoais e Princípio da Publicidade." *Revista da ESDM* 7.13 (2021): 78-94.
- CASTELLS, Manuel. A Galáxia da Internet: reflexões sobre a Internet, os negócios e a sociedade. Rio de Janeiro: Zahar, 2003, p. 145 e 152
- CASTRO, Cassio Benevenutti de, standards de prova na perspectiva da tutela dos direitos / Cassio Benevenutti de Castro – Londrina, PR. Thoth, 2021.
- CUNHA, Tiago Barros; SIMÃO FILHO, Adalberto. A teoria dos círculos concêntricos e a preservação da privacidade humana no registro civil das pessoas naturais. In: Anais do Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania. 2017.
- DA_VARA RODRIGUEZ, Miguel Ángel. Manual de Derecho Informático. Madrid: Aranzadi, 1993, p. 65
- DIDIER JR, Fredy. Sistema Brasileiro de Precedentes Judiciais Obrigatórios e os Deveres Institucionais dos Tribunais: Uniformidade, Estabilidade, Integridade e Coerência da Jurisprudência. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro nº 64, abr./jun. 2017
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de Direito Ambiental. 21ª. Edição – São Paulo: Saraiva Educação, 2021.
- FAZZALARI, Elio. Instituições de Direito Processual. Trad. 8ª ed. Elaine Nassif. 1ª ed. Campinas/SP: Bookseller Editora e Distribuidora, 2006.
- FELICIANO, Guilherme Guimarães. Proteção de dados pessoais e os impactos nas relações de trabalho - São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2023.
- GIGLIO, Wagner D. Direito Processual do Trabalho. 10ª. Edição- São Paulo: Saraiva, 1997.
- GODINHO DELGADO, Maurício. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2017.p. 9.1145-1146. 91 NR 7, com redação dada pela Portaria MTb 1031, de 06/12/2018. Disponível

em: https://www.gov.br/trabalho-e-previdencia/pt-br/composicao/orgaos-especificos/secretaria-de-trabalho/inspecao/se_guranca-e-saude-no-trabalho/normas-regulamentadoras/nr-07.pdf.

Acesso em: 22 out. 202.

GARCÍA MORENTE, Ensayo sobre la vida privada (1935); se cita por la nueva Ed. De la Facultad de Filosofía de la Universidad Complutense, Madrid, 1992, p. 36, “apud” PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Los derechos humanos en la sociedad tecnológica. Madrid: Universitas, 2012, p.116.

- GOLDMAN, Alvin I. Knowledge in a social World. Oxford: Oxford University press. 1999.

- JUNIOR, NERY. Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade Nery. Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em vigor, 5ª edição, São Paulo: Editora RT, 2001.

- LAKATOS, Eva Maria/ MARCONI Marisa de Andrade, fundamentos de metodologia científica – 8ª. Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2017.

- LIEBMAN, Enrico Tulio. Manual de direito processual civil – vol.1. 3.ed.- São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

- LIMBERGER, Têmis. O Direito à Intimidade na Era da Informática: A necessidade de proteção dos dados pessoais. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

- MACHADO, Felipe Nery Rodrigues. Banco de Dados Projeto e Implementação. São Paulo: Saraiva Educação SA, 2020

- MALATESTA, A Lógica das provas em matéria criminal. 2ª. Edição – Lisboa: Livraria classica editora, 1927.

- MISKULIN, Ana Paula Silva Campos et al. Provas digitais no processo do trabalho: realidade e futuro. São Paulo: Editora Lacier, 2022.

- MURILLO, Pablo Lucas. El derecho a la autodeterminación informativa. Madrid: Tecnos, 1990, p. 157-8 (Temas Clave de la Constitución Española) e Informática y protección de datos personales. Cuadernos e Debates, Madrid nº 43, 1993, p. 47-87

- SANTOS MOACYR AMARAL DOS, primeiras linhas de direito processual civil. 14ª. Edição. Editora Saraiva, 1989-1991.

- MORGADO, Helena. Testemunhos de ouvi dizer e injustiça epistêmica. Debates Contemporâneos da Justiça Penal - Estudos em Homenagem ao Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Eb sobredireito, 2023.
- ORTEGA Y GASSET, J. El hombre y la gente, en Obras Completas, Alianza Editorial & Revista de Occidente, vol.7, Madrid, 1983.
- PERLINGEIRO, Ricardo. A codificação do direito à informação na América Latina. Revista de Direito Administrativo & Constitucional A&C. Ano 14, n. 56 – abr./jun. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p.224.
- PORTO, Sérgio Gilberto. Sobre a common law, civil law e o precedente judicial. Estudos de Direito Processual Civil em homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: RT, 2005.
- RAMOS , Vitor de Paula, ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar. 3ª. Edição revista e atualizada. Editora Juspodium.
- REALE, Miguel/. Teoria do Direito e do Estado. ; 5ª edição. Editora Saraiva Jur 2017.
- .
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Los derechos humanos en la sociedad tecnológica. Madrid: Universitas, 2012, p. 106 - 120.
- RODOTÀ, Stefano. El derecho a tener derechos. Madrid: Trotta, 2014, p. 293, 300.
- SABBATINI, Marcelo et al. Qualidade da informação nas publicações científicas eletrônicas na Internet: desafios e propostas. 200.
- SARLET, Ingo. Fundamentos constitucionais: o direito fundamental à proteção de dados. In: MENDES, Iur [et al.] (org.). Tratado de proteção de dados pessoais. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- STRECK, Luiz Lenio. Aplicar “A letra da Lei” É Uma Atitude Positivista? Revista NEJ - Eletrônica, Vol. 15 - n. 1 - p. 158-173 / jan-abr 2010, Disponível em: www.univali.br/periodicos
- TWINING, William. Taking Facts Seriously. In: _____. *Retinking Evidence: exploratory essays*. 2ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 14 e ss.

- WEBER. Thadeu. Ética e Filosofia do direito: autonomia e dignidade da pessoa humana. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013. p.88, 96.

- WERTHEIN, Jorge. A sociedade da informação e seus desafios. Ciência da informação, v. 29, p. 71-77, 2000.

- ZEZZA, M. (2021). A legitimação democrática da ponderação judicial: análise do debate entre R. Alexy, J. Habermas e L. Ferrajoli. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), 13(1), 51-65.
- <https://www.anamatra.org.br/imprensa/anamatra-na-midia/30955-juiz-rastreia-celular-e-rede-social-contr-falso-depoimento-em-acao-trabalhista>.

- Processo 0000200-26.2020.5.19.0010. relatora Anne Helena Fischer Inojosa. 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 19ª Região. Acórdão publicado em 28.06.2021.

ANEXOS

ANEXO 1..... decisão corte inter-americana de direitos humanos no caso Sales Pimenta vs Brasil :

b.3 Derecho a la verdad

114. Esta Corte ha expresado que “toda persona, incluyendo los familiares de las víctimas de

graves violaciones a derechos humanos, tiene el derecho a conocer la verdad [sobre las mismas]”,

lo que implica que “deben ser informados de todo lo sucedido con relación a dichas violaciones”¹⁹⁰.

El derecho a la verdad se relaciona, de modo general, con el derecho a que el Estado realice las

acciones tendientes a lograr “el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades

correspondientes”¹⁹¹. La satisfacción de este derecho es de interés no solo de los familiares de las

víctimas, sino también de la sociedad en su conjunto, que con ello ve facilitada la prevención de este

tipo de violaciones en el futuro¹⁹².

115. También han quedado establecidas en la jurisprudencia de este Tribunal la autonomía y

naturaleza amplia del derecho a la verdad, que no está literalmente reconocido en la Convención

Americana, pero que se vincula con diversas disposiciones del tratado. En relación con ello, de

acuerdo con las circunstancias del caso, la vulneración del derecho puede relacionarse con distintos

derechos receptados expresamente en la Convención¹⁹³, como es el caso de los derechos a las

garantías judiciales y a la protección judicial, reconocidos por los artículos 8 y 25 del tratado¹⁹⁴, o el

derecho de acceso a información, tutelado por su artículo 13¹⁹⁵.

116. En el presente caso, la muerte violenta del señor Sales Pimenta se enmarcó en un contexto

de un exacerbado nivel de homicidios contra trabajadores rurales y defensores de sus derechos,

acompañado de una situación generalizada de impunidad respecto de este tipo de delitos y precedido

de numerosas amenazas dirigidas contra la presunta víctima. En esa medida, el esclarecimiento del

homicidio y de las responsabilidades correspondientes no solo revestía importancia para la familia

de Gabriel Sales Pimenta, sino que también tenía una dimensión colectiva, en tanto la falta de

esclarecimiento de las circunstancias de la muerte violenta del señor Sales Pimenta generaría un

efecto amedrentador para las personas defensoras de derechos humanos, para los trabajadores

rurales y para la sociedad en su conjunto.

117. Aunado a lo anterior, la Corte verifica que el caso se encuentra en una situación de absoluta

impunidad hasta la actualidad. Ello, debido a que no se esclarecieron las circunstancias de la muerte

de Gabriel Sales Pimenta, pese a la identificación de tres sospechosos y la existencia de dos testigos

oculares, y otros medios de prueba que se encontraban a disposición de las autoridades estatales.

118. Por ende, luego de casi 40 años de ocurrido el homicidio de Gabriel Sales Pimenta, no se ha

logrado determinar la verdad de lo sucedido, a pesar de la abundancia de elementos probatorios y del deber de debida diligencia reforzada que tenía el Estado para investigar los hechos de este caso.

Así, la Corte entiende que Brasil ha vulnerado el derecho a la verdad en perjuicio de los familiares del señor Sales Pimenta.